



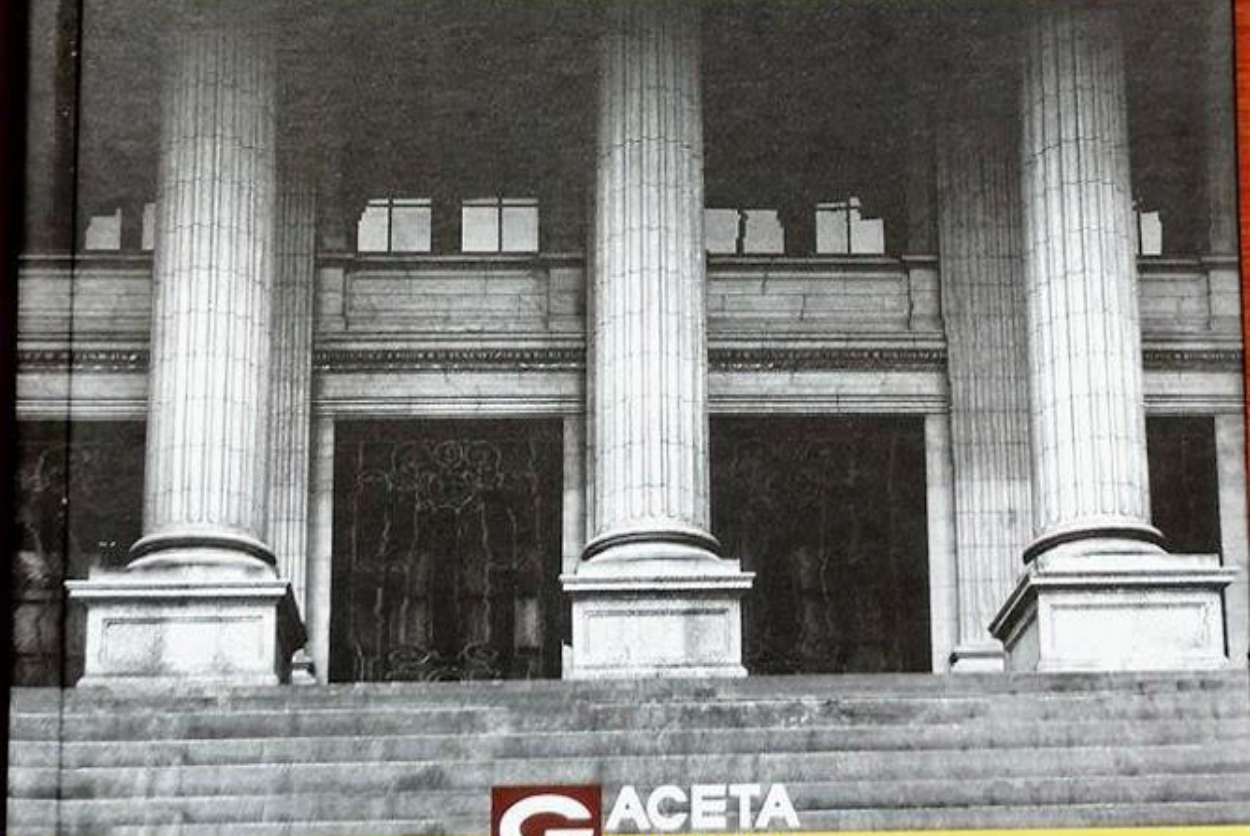
# CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO III

Análisis y comentarios artículo por artículo  
Concordancias / Jurisprudencia / Referencias bibliográficas

Coordinador:  
RENZO CAVANI



**G**ACETA  
JURIDICA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO  
TOMO III



# CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO III

Análisis y comentarios artículo por artículo  
Concordancias / Jurisprudencia / Referencias bibliográficas

Coordinador:  
**RENZO CAVANI**

Jorge Alvarado / Eugenia Ariño / Ricardo Carrillo / Jorge Carrión / Roger Casafranca / Sergio Casassa / Nadia Castillo / Jhoel Chipana / César de la Cuba / Miguel Espejo / Oscar Fernández / Beatriz Franciskovic / Hernán Gómez / Nerio Gonzáles / Martín Hurtado / David Ibarra / Marianella Ledesma / Luis Luján / Manuel Muro / F. Martín Pinedo / Alexander Rioja / A. Flavio Saavedra / Martín Sotero / Omar Sumaria / Álvaro Tord / Karla Vilela / Juan Wong

**GACETA**  
**JURIDICA**

Av. Angamos Oeste N° 526 Urb. Miraflores  
Miraflores, Lima-Perú / ☎ (01) 710-8900  
[www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

**BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ**

**Centro Bibliográfico Nacional**

345.7C5 C6 Código procesal civil comentado por los mejores especialistas / Yuliana Arce, Eugenia Ariano, Marco Carbajal ... [et al.] ; coordinador, Renzo Cavani.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2016 (Lima : Impr. Edit. El Búho).  
5 t. ; 18 cm

"Análisis y comentarios artículo por artículo. Concordancias. Jurisprudencia. Referencias bibliográficas".

Incluye bibliografías.

D.L. 2016-11492

ISBN 978-612-311-372-8

1. Perú. Código procesal civil (1993) - Interpretación y aplicación
2. Derecho procesal civil - Perú - Interpretación y aplicación
3. Derecho procesal civil - Legislación - Perú I. Arce, Yuliana II. Ariano Deho, Eugenia, 1962- III. Carbajal Carbajal, Marco IV. Cavani Brain, Renzo Ivo, 1986-, coordinador V. Título

**BNP: 2016-371**

**CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO**

**Por los mejores especialistas**

**Tomo III**

© Gaceta Jurídica S.A.

© Jorge Alvarado / Eugenia Ariano / Ricardo Carrillo / Jorge Carrión / Roger Casafranca / Sergio Casassa / Nadia Castillo / Jhoel Chipana / César de la Cuba / Miguel Espejo / Oscar Fernández / Beatriz Franciskovic / Hernán Gómez / Nerio Gonzáles / Martín Hurtado / David Ibarra / Marianella Ledesma / Luis Luján / Manuel Muro / F. Martín Pinedo / Alexander Rioja / A. Flavio Saavedra / Martín Sotero / Omar Sumaria / Álvaro Tord / Karla Vilela / Juan Wong

Edición al cuidado de: Manuel Muro Rojo y Miriam Tomaylla Rojas

Primera edición: Setiembre 2016

3100 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

2016-11492

ISBN Obra completa: 978-612-311-372-8

ISBN Tomo III: 978-612-311-375-9

Registro de proyecto editorial

31501221600941

Prohibida su reproducción total o parcial

D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero

Diagramación de interiores: Nora Villaverde Soldevilla

**GACETA JURÍDICA S.A.**

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

E-mail: [ventas@gacetajuridica.com.pe](mailto:ventas@gacetajuridica.com.pe) / [www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Setiembre 2016

# **AUTORES DE ESTE TOMO**

(por orden de aparición)

**1. Marianella Ledesma Narváez**

Abogada y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesora en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima (UL), Universidad de Piura (UDEP), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Ex juez supernumerario en lo Civil de Lima. Actualmente se desempeña como magistrada del Tribunal Constitucional.

**2. Álvaro Tord Velasco**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España y posgrado en Arbitraje en The Arbitration Academy de París, Francia. Es profesor del curso de Argumentación Jurídica en la Universidad de Lima (UL). Ha sido profesor de cursos de posgrado en Derecho Procesal Civil y del seminario de Teoría General del Derecho en la PUCP, así como del curso de Derecho Procesal Civil en la Universidad del Pacífico (UP).

**3. F. Martín Pinedo Aubián**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Experto en Mediación y Conciliación con estudios de posgrado en Mediación y Conciliación, capacitado por el Centro Internacional de Administración y Comercio (CIAC) de Lima y la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) de Buenos Aires, Argentina. Capacitador principal y especializado en temas de conciliación familiar, reconocido por el Ministerio de Justicia. Exdirector del Centro de Arbitraje Empresarial de la Cámara de Comercio e Industrias de Huánuco. Actualmente se desempeña como director académico del Centro de Formación y Capacitación de Conciliadores Concilium XXI y director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Ica.

**4. Manuel Muro Rojo**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Con estudios de Maestría en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialista en Derecho Civil Patrimonial, con experiencia en Gestión y Gerencia Empresarial. Gerente legal de Gaceta Jurídica. Ha sido profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima (UL), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV). Ha sido miembro del Comité Consultivo de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, y miembro de la Comisión de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Lima. Coautor de las obras *Los contratos modernos*, *Código Civil comentado*, *La práctica contractual*.

**5. Oscar A. Fernández Chávez**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Con estudios de maestría en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (UNAP), y con curso de doctorado en dicha casa de estudios. Docente por más de quince años en la Universidad Científica del Perú (UCP). Juez especializado en lo Civil de Maynas. Actualmente se desempeña como consultor y asesor legal, así como miembro de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi - Loreto.

**6. Hernán Gómez Pretto**

Abogado por la Universidad de Lima (UL). Posee un posgrado en Derecho y Management Deportivo en la Universidad Católica de Buenos Aires (CIES FIFA). Es asesor legal en materia deportiva.

**7. Eugenia Ariano Deho**

Abogada. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad de Lima (UL).

**8. Martín Alejandro Hurtado Reyes**

Doctor en Derecho, magíster en Derecho Civil y Comercial, y magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Juez superior titular del Poder Judicial desde el año 2003; actualmente integra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Docente en el posgrado de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal de la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor visitante de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG). Exprofesor de posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV).

**9. Omar Sumaria Benavente**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP), Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP), Instituto Colombo Venezolano de Derecho Procesal e Instituto Itapuetense del Paraguay de Derecho Procesal.

**10. Ricardo Carrillo Garrath**

Abogado por la Universidad de Lima (UL). Cuenta con estudios de especialización en Arbitraje Comercial Internacional por la American University Washington College of Law. Está especializado en litigios corporativos, procesos constitucionales, procesos contenciosos administrativos y arbitraje nacional e internacional. En la actualidad se desempeña como asociado sénior del área de litigios y arbitrajes del Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados.

**11. David Ibarra Delgado**

Abogado por la Universidad Privada Alas Peruanas (UAP). Especialista en Derecho Civil Patrimonial por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Estudio Javier Valle-Riestra Abogados.

**12. A. Flavio Saavedra Dioses**

Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Exbecario del Programa Futuros Docentes de la misma casa de estudios. Ex defensor público adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos

Humanos. Fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Sullana. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la UDEP y profesor contratado en la misma casa de estudios en el área de Derecho Público.

**13. César Augusto de la Cuba Chirinos**

Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional San Agustín (UNSA), bachiller y abogado por la misma universidad. Fiscal Adjunto Superior Civil y Familia de Arequipa. Docente de la Universidad Católica San Pablo (UCSP).

**14. Jorge Carrión Lugo**

Docente principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ex docente principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Fue juez supremo, miembro del Consejo Nacional de la Magistratura y decano de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Socio fundador del Estudio Carrión Lugo Abogados.

**15. Martín Alejandro Sotero Garzón**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios en la maestría en Derecho Procesal de la misma casa de estudios. Becario de la Escuela de Posgrado de la PUCP (Beca Aristóteles - reconocimiento a la excelencia académica). Desde el 2014 es profesor de Derecho Procesal en la PUCP, y desde el 2015 ocupa el cargo de secretario académico de dicha casa de estudios. Es asociado del Estudio Priori & Carrillo Abogados, donde ejerce el patrocinio legal en litigios judiciales y arbitrales, con especial énfasis en los casos de interés público. Es consultor en materia de Derecho Procesal y Sistema de Justicia.

**16. Roger Casafranca García**

Abogado y egresado de la Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Actualmente se desempeña como asesor I del Consejo Nacional de la Magistratura. Ex procurador público del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; ex gerente de Asesoría Jurídica del Jurado Nacional de Elecciones; ex funcionario de la Contraloría General de la República; ex jefe del Área Legal del Programa Social Projoven del MTPE; ex consultor del Estudio Jurídico Bramont-Arias Torres y ex miembro del Tribunal de Disciplina Policial del Ministerio del Interior. Árbitro *ad hoc*. Docente de la Academia de la Magistratura (AMAG).

**17. Nerio González Linares**

Ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco (UNAC). Presidente del Instituto de Derecho Agrario y Ambiental Qosqo. Magister en Derecho Civil.

**18. Miguel Espejo Rossell**

Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC). Candidato a magister con mención en Derecho Civil y Procesal Civil en la Escuela de Postgrado de la UNSAAC.

**19. Karla Vilela Carbajal**

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y abogada por la Universidad de Piura (UDEP). Docente ordinaria asociada de la Facultad de Derecho de la UDEP en pregrado y posgrado. Presidenta de la Comisión Regional del Indecopi - Piura en materias de



## AUTORES DE ESTE TOMO

---

protección al consumidor, publicidad, competencia desleal y barreras burocráticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP).

### 20. **Beatriz A. Franciskovic Ingunza**

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres (USMP) y candidata a magíster en la Maestría en Derecho Civil de la misma universidad. Con estudios de maestría en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Conciliadora extrajudicial y árbitro adscrita al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Consensos), del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), del Colegio de Abogados de Lima (CAL), del Ministerio de Justicia - Arbitra Perú. Docente en la Universidad Ricardo Palma (URP), en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ) y en la Universidad Científica del Sur (UCSUR). Socia fundadora y subgerente de Franciskovic Asociados S.C.R.L.

### 21. **Luis Alejandro Luján Sandoval**

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Egresado de la maestría con mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Becario de la Comisión Europea para estudios en la Universidad de Bologna, Italia.

### 22. **Jhoel Chipana Catalán**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Ejerce la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre y se especializa en Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Arbitral y Resolución de Conflictos. Asimismo, se desempeña como secretario arbitral en procesos *ad hoc*.

### 23. **Sergio Natalino Casassa Casanova**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster con mención en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de posgrado en la PUCP. Profesor de pregrado en la Universidad Tecnológica del Perú (UTP) y en la USMP. Asociado al Estudio Martínez & Torres-Calderón Abogados.

### 24. **Alexander Rioja Bermúdez**

Profesor en la Universidad Científica del Perú (UCP). Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Maestría y doctorando por la USMP. Conciliador del Colegio de Abogados del Callao, árbitro de la Cámara Peruana de Arbitraje. Cuenta con diplomados en Derecho en Función Jurisdiccional, Derecho de la Propiedad Predial y Registro, así como en Derecho Procesal Civil. Magistrado del Primer Juzgado Civil de Maynas.

### 25. **Nadia Castillo Bravo**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de maestría en Derecho Procesal en la misma casa de estudios. Asistente de juez superior en la Corte Superior de Justicia de Lima.

### 26. **Juan Jesús Wong Abad**

Abogado por la Universidad de Lima (UL), con estudios de maestría y doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV) - Sede Chincha. Fiscal Adjunto Superior Civil y Familia de Chincha - Ica.

**27. Jorge Luis Alvarado Giraldo**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios culminados de posgrado en la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil (especialización en Derecho Procesal, 2012-2013). Actualmente se desempeña como profesor del curso de Introducción al Derecho Procesal en la Universidad de Lima (UL). Asociado sénior del Área de Litigios y Arbitraje del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, con particular énfasis en litigios civiles, constitucionales y arbitrales.



# TÍTULO X

## INTERRUPCIÓN, SUSPENSIÓN Y CONCLUSIÓN DEL PROCESO

### Artículo 317

#### **Interrupción del plazo o diferimiento del término para realizar un acto procesal**

*La declaración de interrupción tiene por efecto cortar el plazo o diferir el término para realizar un acto procesal, produciendo la ineficacia de la fracción del plazo o difiriendo el término transcurrido.*

*La interrupción será declarada por el juez en resolución inimpugnable, de oficio o a pedido de parte, sustentándola en la ocurrencia de un hecho imprevisto o que siendo previsible es inevitable.*

*El plazo para solicitar la declaración de interrupción vence al tercer día de cesado el hecho interruptivo.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 121, 318, 346, 349.*

*Marianella Ledesma Narváez*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Una de las situaciones que afectan el desarrollo del proceso, una vez iniciado, es la interrupción del plazo procesal. Ella puede operar en circunstancias excepcionales, independientemente de la voluntad de las partes. Responde a la ocurrencia de un hecho imprevisto o que siendo previsible es inevitable, por citar, el fallecimiento de una de las partes del proceso, o el extravío o destrucción del expediente.

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, como es, cortar o diferir el término transcurrido para realizar un acto procesal. 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. La redacción de la norma hace referencia para calificar la interrupción a la ocurrencia de un hecho imprevisto o que siendo previsible es inevitable. Se califica de imprevisible cuando el hecho supera la aptitud normal de previsión que sea dable exigir a los sujetos del proceso; el hecho inevitable se refiere a la impotencia de los sujetos para impedir la ocurrencia del evento.

## 2. EFECTOS

Apréciase que el efecto principal de la interrupción es la ineficacia del tiempo transcurrido y el inicio de un nuevo cómputo desaparecida la causa de la interrupción. La interrupción inutiliza el tiempo transcurrido hasta la desaparición de la causal. Sus efectos son fulminantes porque anula todos aquellos actos que están en relación con la causa que ha producido la interrupción; además, en el caso de la interrupción es imposible poder predecir cuánto va a durar esta.

Este efecto es más drástico que el resultante de la suspensión del proceso, porque los actos realizados con anterioridad a la interrupción pierden su valor y por tanto hay que reanudarlos. En el caso de la suspensión, el tiempo transcurrido no es ineficaz, sino que se suma al nuevo, luego de levantada la suspensión. Vemos, pues, que la diferencia entre la interrupción y la suspensión se manifiesta en la diversa intensidad de la eficacia suspensiva, ya que mientras el proceso suspendido toma de nuevo el propio curso con el oportuno cumplimiento de determinadas actividades procesales, el proceso interrumpido debe ser reasumido y por eso, en cierto sentido, reanudado.

## 3. ABANDONO E INTERRUPCIÓN

La figura del abandono o perención está ligada con la interrupción del plazo. Ello implica que la inactividad en la instancia sujeta a un plazo genera la conclusión del proceso, salvo que ese plazo se interrumpa con actividad calificada. Según el artículo 346 del CPC, el plazo se fija en cuatro meses contados con la presentación de la demanda; en tales circunstancias observamos que la actividad procesal calificada interrumpe el plazo legal, siendo ineficaz la fracción del plazo transcurrido, iniciándose como consecuencia de ello un nuevo plazo y, por ende, un nuevo cómputo. Véase, en este caso, que la interrupción generada por la actividad procesal ha logrado el efecto que buscaba: cortar el plazo legal del abandono e iniciar el cómputo de un nuevo plazo.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El tiempo durante el cual los trabajadores del Poder Judicial paralizaron sus labores no puede suspender la realización de todas las labores judiciales, así como la de los abogados, sino únicamente en cuanto atañen a la presentación de los escritos, por resultar esta una labor inherente al trabajador judicial. Cuando determinado escrito se encuentra en el término final para su presentación, dicho término debe correr al primer día hábil siguiente a la finalización de la paralización de labores (*Exp. N° 392-2002, Tercera Sala Civil de Lima*).

Si el apelante tenía plazo hasta el 19 de noviembre para interponer apelación, sin embargo, por causales ajenas a su voluntad o causas de fuerza mayor, la apelación fue presentada el 28 de noviembre último, debe concederse la apelación, pues resulta evidente, y de dominio público, que las labores en el Poder Judicial fueron interrumpidas a raíz de las paralizaciones realizadas por los servidores de este ente, por lo que esta acción no debe afectar a los justiciables. Si bien existe un plazo para la interposición de la apelación que fija los artículos 376 y 377 del Código Procesal Civil, no es menos cierto que el juez no puede dejar de advertir razones de fuerza mayor que lo obligan a estimar la suspensión de los plazos procesales (*Exp. N° 162-2002, Tercera Sala Civil de Lima*).

**Artículo 318**

**Suspensión del proceso o del acto procesal**

*La suspensión es la inutilización de un periodo de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 40, 79, 90, 95, 99, 106, 121, 317, 319, 320, 405; C. de P.P. arts. 264, 267; L.O.P.J. arts. 122, 247.*

---

*Marianella Ledesma Narváez*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Mediante la suspensión del proceso se afecta el curso normal de su desarrollo. Esta puede operar por razones de orden legal, convencional y judicial generando reposo del proceso o una especie de letargo.

Para la doctrina, la suspensión expresa la crisis del proceso. La relación procesal permanece en suspenso por un periodo de tiempo más o menos largo. Véase el caso del llamamiento por fraude, regulado en el artículo 106 del CPC, que dispone la suspensión del proceso por un plazo no mayor de treinta días; el caso de la relación procesal válida que se busca en el litisconsorcio necesario (art. 95 del CPC); en la tramitación de la inhibitoria (art. 40 del CPC).

El acto constitutivo para la suspensión del proceso conserva su efecto negativo, esto es, impide la constitución de una nueva relación procesal. La inactividad carece durante este periodo de consecuencias, no opera el plazo del abandono ni de la caducidad. Tampoco se permite la actividad del juez y las partes durante el periodo de suspensión, pues no puede pertenecer a una relación que “de momento” no existe.

**2. EFECTOS**

La norma considera como efecto de la suspensión a la “inutilización de un periodo de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal”, por tanto, todos los actos procesales anteriores conservan íntegramente su validez, a pesar de la suspensión, pues se consagra la idea de continuidad.

El proceso suspendido existe y tiene efectos que se originaron con su movimiento, por citar, la jurisdicción se perpetúa a pesar de estar paralizado el proceso. Para reanudar el proceso es indispensable levantar su suspensión.

Uno de los efectos que genera la suspensión es la disyuntiva del cómputo del plazo luego de la reanudación del proceso. Se discute si al reanudarse el proceso se computa de nuevo todo el plazo concedido por la ley para la realización del acto o si se descuenta el lapso transcurrido antes de la paralización. Frente a ello, la doctrina considera que en la reanudación del proceso no se debe computar la concesión del plazo en toda su extensión, sino descontando el transcurrido durante la paralización, criterio que se asume en aplicación del artículo 1995 del CC, que dice “desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente”. En tal sentido, véase el caso de la apelación, cuyo término ha venido discurriendo, pero faltando un día para su culminación, el proceso se suspende; levantada la suspensión, no se computará un nuevo término para la apelación sino que se agregará el día que estaba pendiente para su preclusión. 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.

### **3. SITUACIÓN ESPECIAL QUE NO INTERRUMPE EL PROCESO**

Al respecto, véase en el caso de las vacaciones, licencia u otro impedimento de los magistrados que intervienen en el proceso. Señala el artículo 122 de la LOPJ que la actividad jurisdiccional no se interrumpe, salvo excepciones que establecen la ley y los reglamentos; en tal sentido, el artículo 247 de la LOPJ indica que no hay despacho judicial los días de duelo nacional y judicial, por inicio del año judicial y por el día del juez (el 2 de enero y 4 de agosto, respectivamente). En la historia de la actividad judicial, a raíz de la convulsión política que vivía nuestro país, la suspensión de los plazos procesales figura a raíz de los graves daños ocasionados en la sede del Palacio de Justicia y la Corte Superior de Lima el 28 de julio de 2000. Al haber quedado completamente destruido el sistema informático de los juzgados civiles, laborales y familia de la Corte de Lima, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa N° 1216-CME-PJ suspendió los plazos procesales, por el término de 4 días, del 31 de julio al 3 de agosto del año 2000, en la sede de la Corte de Lima.

### **4. SUSPENSIÓN DE LA SENTENCIA**

Por último, debe advertirse que la norma permite la suspensión de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal, situación que nos ubica en el caso de la suspensión de la sentencia a la que se refiere el artículo 99 del CPC (en el caso del tercero excluyente principal) y en la acumulación sucesiva de procesos (art. 90 del CPC). Señala la norma que en tanto no se defina la



acumulación, el juez está impedido de expedir sentencia; en igual forma, si el tercero interpone una pretensión por inserción, no suspende el proceso pero sí la sentencia. Aquí los plazos que por ley se fijan para la realización del acto procesal se suspenden. Véase el caso del proceso de conocimiento, el inciso 12 del artículo 478 del CPC fija en 50 días el plazo para expedir sentencia; sin embargo, este podría suspenderse por influencia de los supuestos del artículo 99 del CPC, o artículo 90 del CPC, ya descritos.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 periodo 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*).

El proceso civil como el proceso penal son autónomos, distintos en su tramitación y finalidad, ya que en el primero lo que se busca es la declaración de nulidad de un acto jurídico, mientras que en el segundo, lo que se busca es que se establezca la responsabilidad o no del presunto infractor y la sanción penal aplicable al ilícito cometido. No resulta necesario la suspensión del proceso civil, por cuanto de la tramitación y actuación de los medios probatorios, existen suficientes elementos de juicio para que el juez de la causa proceda a emitir el fallo correspondiente (*Exp. N° 1217-2001, Cuarta Sala Civil de Lima*).

Si el proceso principal ha concluido por transacción extrajudicial carece de objeto pronunciarse sobre la suspensión del proceso (*Exp. N° 436-2002, Primera Sala Civil de Lima*).

Encontrándose la representatividad del interviniente cuestionada en un proceso penal, resulta conveniente al proceso, la suspensión de esta hasta que se dilucide en la vía penal dicha representatividad (*Exp. N° 700-94, Primera Sala Civil*).

**Artículo 319 | Suspensión convencional**

*La suspensión acordada por las partes requiere aprobación judicial. Se concede solo una vez por instancia y no puede ser mayor de dos meses en cada caso.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 318.*

***Marianella Ledesma Narváez***

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.

La legitimación para esta suspensión solo recae en las partes, pero no es suficiente el concierto de voluntades para que opere la suspensión, sino que necesariamente requiere del control jurisdiccional, a través de la aprobación del juez.

Este control debe versar sobre aspectos de forma como es el verificar que se conceda, una sola vez por instancia, que la paralización pactada no sea mayor de dos meses en cada caso y la capacidad de las partes para disponer. Carnelutti consideraba inoportuno atribuir al juez el poder de rechazar la suspensión, cuando hay acuerdo expreso para ello; sin embargo, consideramos que dado el carácter público del proceso, es necesario que la jurisdicción limite en el tiempo los actos de disposición sobre el proceso mismo.

El artículo permite que las partes puedan ponerse de acuerdo para suspender el proceso en caso estén trabajando alguna solución extrajudicial del conflicto, que haría inútil la prosecución del procedimiento.

Aun cuando el acuerdo estuviese determinado por otras razones, por ejemplo, durante cierto tiempo las partes y sus defensores no pueden dedicarse al proceso con los cuidados debidos o por esperar condiciones más favorables al procedimiento, precisamente porque se trata siempre de una adecuación a su fin, debe reconocérsele eficacia suspensiva. Nótese que para la suspensión no se exige que explique las razones o motivos para ello, opera por una decisión bilateral sin causa.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Se advierte que la suspensión convencional fue acordada por las partes del proceso; siendo que la única inasistente a la audiencia fue la cónyuge de dicho demandado, lo que no vicia el acuerdo de las partes para pedir la suspensión del trámite ni su aprobación por el órgano jurisdiccional; por consiguiente, al haberse establecido en la recurrida que el plazo máximo de suspensión a que se contrae el precitado artículo 319, concluyó el 15 de enero del 2007, y sumados los cuatro meses a que se refiere el artículo 346 CPC, el plazo final venció el quince de mayo del mismo año, y habiéndose emitido la resolución apelada el 5 de julio de dicho año, confirmada por la resolución de vista recurrida, se concluye que ha operado el abandono, como lo han establecido las instancias de mérito (*Cas. N° 713-2008-Ica, Primera Sala Civil Permanente Suprema*).

**Artículo 320 | Suspensión legal y judicial**

*Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente o cuando a criterio del juez sea necesario.*

*El juez a pedido de parte, suspende la expedición de la sentencia en un proceso siempre que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Para ello es necesario que las pretensiones sean conexas, a pesar de lo cual no puedan ser acumuladas, caso contrario, deberá disponerse su acumulación. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 40, 42, 79, 95, 99, 103, 106, 157 inc. 7, 319, 405, 451 incs. 1 a 4, 456, 756; C. de P.P. arts. 264, 267; L.G.S.C. art. 9.*

***Marianella Ledesma Narváez***

**1. SUSPENSIÓN LEGAL, JUDICIAL Y DISCRECIONALIDAD**

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, el llamamiento por fraude o colusión, el trámite de la inhibitoria 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 judicial como acto de necesidad para la eficacia del proceso.

A diferencia de la interrupción, la suspensión no está liberada de la inimpugnabilidad; tampoco la suspensión legal y judicial están sujetas a un plazo predefinido, como lo es en la convencional; sin embargo, es importante que en el mandato que suspende el proceso, se señale bajo qué condiciones y en qué plazo se paraliza el proceso para tener clara la situación de cómo podría levantarse la suspensión del proceso.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

Hay situaciones de suspensión legal que fija el plazo máximo de paralización en treinta días, como es el caso del llamamiento por fraude o colusión (art. 106); en otros casos, la paralización está supeditada a la realización de determinado acto procesal, como es el caso del litisconsorcio necesario (art. 95) donde “la tramitación del proceso se suspende hasta que se establezca correctamente la relación procesal”.

Hay supuestos que conjugan la suspensión del proceso hasta la realización de determinado acto procesal, pero dentro del plazo que se le fije para ello, como son los efectos de las excepciones declaradas fundadas. Aquí el proceso se suspende hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio (ver el art. 451).

Otro caso de suspensión legal lo encontramos en la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809. La citada norma está referida a uno de los efectos del inicio del concurso, como es, la intangibilidad del patrimonio del concursado, y en dicha dirección dispone la prohibición de continuar con la ejecución forzada del proceso judicial, lo cual en la práctica se traduce en la suspensión de todo el proceso judicial seguido; sin embargo, esta suspensión hay que apreciarla restringida a la ejecución del patrimonio del deudor, lo que no impide que los procesos judiciales en trámite sigan su curso hasta la obtención de una declaración final, con la atingencia que recién en este estado, el proceso deberá ser suspendido.

Tal suspensión no puede afectar las atribuciones de la autoridad judicial para continuar conociendo el proceso en trámite hasta emitir el pronunciamiento final de conformidad con los principios y derechos de la tutela jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución; sin perjuicio de ello, una vez emitido el pronunciamiento final, la autoridad que conoce del trámite deberá suspender cualquier medida de ejecución del patrimonio del deudor, teniendo en consideración lo dispuesto por la Ley N° 27809.

## **2. SUSPENSIÓN POR CRUZAMIENTO DE PROCESOS**

La concurrencia de procesos de diversa naturaleza, calificado por la doctrina como el “cruzamiento de procesos” también es una justificante para la suspensión del proceso.

En estos casos, de concurrencia de procesos, la preferencia del proceso penal sobre el proceso civil ha quedado definida por la materia en conflicto; esto es, el interés público vulnerado se antepone a los conflictos de índole privado. Por citar, si ante el cobro de una suma de dinero en un proceso civil aparece que con antelación las mismas partes están involucradas en un conflicto penal por agio y usura, precisamente por el mutuo celebrado entre estos y que es materia de ejecución en

sede civil, nos encontramos ante un cruzamiento de procesos, en el que uno de ellos va a influenciar de manera decisiva en el otro, por lo que resulta recomendable la suspensión del proceso civil frente al proceso penal, por tener incidencia directa de este en aquel. En igual forma véase el caso en que se discute anteladamente en sede penal la falsificación de unas facturas para luego, paralelamente en sede civil, exigir el cobro de estas.

Otra situación se aprecia cuando concurren dos procesos civiles o un proceso civil y otro administrativo; la norma en comentario no ofrece al intérprete ningún criterio para decidir y es aquí donde el juez hará su obra para justificar la suspensión judicial; por citar, frente a dos procesos, podría detenerse aquel respecto del cual la cuestión común tiene carácter prejudicial. Sobre este particular véase el supuesto que refiere la Cas. N° 2897-2000-Lambayeque, que considera que se vulnera el principio de legalidad cuando se pretende suspender un proceso de ejecución de garantías como consecuencia de estar en trámite un proceso de nulidad de acto jurídico. Otro caso de suspensión se aprecia en el proceso de divorcio por causal; así, el demandante se casó civilmente estando vigente su primer matrimonio civil y luego de varios años solicita la disolución del segundo matrimonio bajo causal de divorcio; el Ministerio Público, al amparo del artículo 275 del CC, solicita la nulidad del segundo matrimonio, provocando con ello la suspensión del proceso por divorcio por causal, pues no podría prosperar este sobre un acto jurídico nulo. En el caso propuesto es necesario pronunciarse sobre la validez del segundo matrimonio para luego resolver la disolución de este por divorcio.

### 3. SUSPENSIÓN Y PROCESO PENAL

Otro supuesto distinto es el que regula el artículo 3 del CPP, que señala que: si durante la sustanciación de un proceso civil aparecieran indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el juez dará conocimiento al representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente.

Nótese que no estamos ante el cruzamiento de procesos, pues no existen dos procesos a la vez; todo lo contrario, existe solo un proceso civil en giro, en cuyo interior se ha desarrollado una actividad ilícita, pero que a tenor del citado artículo 3 del CPP, se suspende la tramitación civil, siempre que juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. Aquí, la actividad ilícita realizada en el proceso civil va a generar la existencia de un nuevo proceso, el penal. La redacción del artículo 3 del CPP nos lleva a sostener que no todo ilícito que se cometa en el proceso civil debe tener como efecto la suspensión de este. Esta paralización está supeditada a la influencia determinante del ilícito penal sobre el civil.

En este sentido, véase el caso seguido por Cornelio Van Oordt Sánchez con Banco Santander Central Hispano-Perú, en el que se suspendió la tramitación del proceso, remitiendo copias al Ministerio Público por haberse acreditado la falsificación del cargo de notificación de la sentencia dirigida al banco demandado, lo que impidió que dicha entidad pudiera apelar, motivando luego que esta quede consentida.

En igual sentido léase la Cas. N° 3799-2001 en la que se confunden los efectos del cruzamiento de procesos con los del artículo 3 del CPP, para suspender el proceso, pues señala el caso de la existencia de dos procesos; uno, en el que se dilucida el delito de defraudación en la modalidad de abuso de firma en blanco, y otro sobre la misma cambial que es materia de cobro en sede civil. Definitivamente lo que se resuelva en la sentencia penal ha de influir en el pleito civil. Precisamente sobre el contenido del artículo 3 del CPP, en el Congreso de la República apareció el Proyecto de Ley N° 1327-2006, que buscaba modificar el artículo 320 del CPC, a fin de incorporar de manera expresa a la regulación originaria de este, la transcripción del artículo 3 del CPP; sin embargo dicho proyecto fue archivado.

Además, agrega dicha propuesta legislativa, que el auto que suspende el trámite del proceso civil es susceptible de los recursos impugnatorios del CPC. Lo fundamental en este tipo de incidencias es que el vicio de reproche penal nace o se gesta en el propio proceso civil, y esto es lo que origina que se promueva un proceso penal para dilucidar la comisión del delito y la responsabilidad penal, en tanto suceda ello, el proceso civil se suspende, pues hay dos procesos en giro, uno –penal– proveniente de la sustanciación de un proceso civil y el otro, referido al proceso civil propiamente dicho.

#### **4. SUSPENSIÓN, CONEXIDAD Y FALLOS CONTRADICTORIOS**

Situación diferente es el caso de la suspensión judicial del proceso por cruzamiento, al amparo del artículo 320 del CPC. Se aprecia en la ejecutoria el siguiente caso : “cuando los ejecutantes utilizaban la empresa Cobranzas y Servicios Financieros SAC para captar clientes y celebrar mutuos con garantía hipotecaria, donde dolosamente se asignaban sumas superiores a las realmente entregadas a los clientes, aceptando además letras de cambio a los deudores, las que no eran devueltas a los giradores y dolosamente también eran ejecutadas en la vía civil para conseguir de esta forma apoderarse de los bienes inmuebles de los agraviados; por tanto, ante la existencia de un proceso penal seguido ante el 35 JPL (Exp. N° 6099-05), los representantes de la parte ejecutante, y más específicamente Félix Alberto Vilela Calle, quien suscribió la escritura de mutuo con garantía hipotecaria que se ejecuta en este proceso, viene siendo procesado en agravio del ejecutado Fernández Jaramillo por delito de estafa, es decir, se trata de un proceso penal que se encuentra

vinculado de modo directo con la presente causa, razón por la que corresponde suspender el proceso civil de ejecución de garantías”.

En esa misma línea (suspensión judicial de proceso) presentamos el siguiente caso: en un proceso de ejecución de garantías, se advierte que la defensa planteada en la contradicción al mandato de ejecución se sustenta en afirmar la nulidad y la falsedad del título que contiene la garantía real, extremos que se ventilan en un proceso de nulidad de acto jurídico en la vía civil y otro proceso penal por falsificación de documentos; habiéndose actuado como medio probatorio de oficio, los informes y copias certificadas tanto del proceso civil (Exp. N° 42096-2007 ante el 50° juzgado civil de Lima) como el proceso penal (registro ante la Segunda Sala Penal del Callao N° 1031-2009); que de la revisión de las copias certificadas, tenemos que dichos procesos, aun cuando no han concluido, en uno de ellos se evidenciaría la existencia de indicios de la comisión de un ilícito penal; en dicho proceso participa –en calidad de testigo– el aquí demandante; en él se está cuestionando y debatiendo la supuesta falsificación de las firmas en el poder otorgado por los aquí demandados, concediendo autorización para hipotecar el inmueble sublitis, siendo posible se presente, en el caso puntual, el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 242 del CPC, el que correspondería ser evaluado en su oportunidad por el órgano jurisdiccional; es del caso, tener presente que este proceso, cuenta con acusación fiscal, y en el que incluso se dispuso el inicio del juicio oral; que igualmente en el proceso civil instaurado, tiene por propósito, desvirtuar la validez del contrato de hipoteca que es materia de ejecución en los presentes autos, sobre la base de la alegada falsificación de firmas en el poder con el que se firmó el contrato y posterior escritura pública de constitución de la garantía real y que es ventilado en sede penal como indicamos, por tal motivo, en el caso particular, existe riesgo de una indebida afectación de derechos de los ejecutados pues podrían presentarse pronunciamientos divergentes entre sí en los procesos indicados con el presente proceso de ejecución, y que de prosperar se afectarían indebidamente los derechos patrimoniales (de propiedad y económicos por el pago de la obligación reclamada) que asistirían a los demandados –quienes niegan la existencia de la garantía real y el adeudo que ella respalda–siendo oportuno precisar que el acreedor aun cuando interviene en el proceso penal como testigo, tal condición continuará en tanto el órgano jurisdiccional no disponga situación distinta; que sobre el particular, es oportuno recordar que la buena fe de la intervención del demandante, al suscribir la garantía real sublitis, no se encuentra en debate en la presente acción y que, en todo caso, su derecho de crédito aun se encontraría respaldado con la hipoteca, además de los intereses fijados en caso de incumplimiento –de ser el caso– por lo que la suspensión dispuesta en atención a la existencia de los procesos comentados precedentemente (proceso civil y proceso penal) no afectan de modo irreparable su



derecho; situación distinta resulta de ser la de los ejecutados cuyo derecho podría ser afectados de manera irreparable.

Cuando se adviertan situaciones que pueden generar a futuro sentencias contradictorias se recomienda la suspensión judicial del proceso. Si la parte actora, con antelación a la demanda de desalojo por falta de pago, ha interpuesto una demanda de resolución de contrato ante un juzgado civil, bajo el argumento que la parte demandada ha incumplido con el pago de la renta; se puede advertir de los hechos de ambas pretensiones que corren en ambos procesos, que ellas están relacionadas con el incumplimiento en el pago de la renta, que se le atribuye a la empresa demandada; sin embargo, a pesar de tratarse de pretensiones diversas (una se orienta a un fin meramente resolutorio mientras que la otra busca una condena a la entrega del bien materia del arrendamiento) ambas pretensiones tienen una conexidad interna que podría provocar, a futuro, fallos contradictorios que se deben advertir y prevenir en esta etapa del proceso. En efecto, hay la posibilidad que la pretensión de resolución de contrato se pueda declarar fundada o infundada, la misma que también va a tener una directa incidencia con la pretensión de desalojo por falta de pago que se reclama en otro proceso, que en ese orden de ideas se debe recurrir a la suspensión judicial del proceso de desalojo hasta que concluya el proceso resolutorio, en aras de una adecuada tutela judicial.

Otro caso, un proceso sobre accesión de propiedad por edificación de mala fe, la parte actora informa al juzgado que entre las partes se viene ventilando en otro juzgado una pretensión de reivindicación respecto del mismo inmueble que es objeto de cuestionamiento en este proceso, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, es preciso que la cuestión relativa a la titularidad del terreno objeto del presente proceso sea previamente esclarecida en el proceso de reivindicación antes citado, toda vez, que se deberá analizar tanto el título de la demandante como el invocado por los demandados para definir la accesión demandada, por lo que corresponde la suspensión del proceso hasta que se emita la sentencia firme en el proceso de reivindicación.

## **5. LA MODIFICACIÓN POR LA LEY N° 30293**

El nuevo texto legal que se incorpora en este artículo, acoge un pequeño procedimiento a seguir, en la suspensión judicial; sin embargo, se contempla de manera especial la posibilidad que el juez, a pedido de parte, suspenda no el proceso sino la expedición de la sentencia. Son dos supuestos totalmente distintos: suspender el proceso y suspender la sentencia.

Para graficar mejor este escenario nos remitimos al texto del artículo 99 del CPC, que señala: “La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia”. La redacción del artículo 320 del CPC, promueve la suspensión de la sentencia, pero se pone como condición para justificarla, el hecho que el juez advierta que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Consideramos que el texto legal se orienta a la suspensión del proceso, mas no de la sentencia, a pesar de su redacción. Esta condición del texto actual, no operaría en el caso del artículo 99 del CPC que hemos citado, porque la suspensión no se justificaría en la decisión que se tome en otro proceso sino en la que se tome en el mismo proceso, que se promueve la suspensión de la sentencia. Ello, porque se ha generado una acumulación sobrevenida por inserción de pretensiones, que excluye a la relación originaria y hace que se suspenda la emisión de la sentencia hasta que el excluyente agote su defensa y actuación de medios de prueba, sujetándose al trámite propio del proceso en que comparece, para lo cual, por Ley se le otorga similares facultades probatorias a las partes.

La redacción del texto del artículo 320 del CPC debería asumir la posibilidad de la suspensión del proceso –que tiene mayor cobertura– y no de la expedición de la sentencia, que posterga la emisión del fallo hasta luego de agotada determinada actividad, pues, la pretensión planteada va a depender directamente de lo que se resuelva en otro proceso en el que se ha planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Va a generar pronunciamientos secuenciales, uno luego de otro, por tener implicancia directa entre ambos procesos; por decir un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, que se paraliza, porque se viene discutiendo con antelación la nulidad de la constitución de la garantía; situación distinta opera en la acumulación de pretensiones, pues, aquí el pronunciamiento no es secuencial, sino simultánea, pero, apreciando –a la vez– la implicancia de una con la otra, a fin de evitar fallos contradictorios. Evidentemente que en ambos supuestos, la acumulación de pretensiones y la suspensión del proceso, buscan evitar los fallos contradictorios, con la diferencia de que en un caso se promueve la acumulación y, en el otro, no hay acumulación pero sí la suspensión de un proceso a la espera de lo que resulte del otro.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.



## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el juez toma conocimiento de la conformación de un tribunal arbitral para dilucidar una controversia sobre obligaciones recíprocas, provenientes del mismo contrato que originaron los laudos anteriores, debe suspender la ejecución a las resultas del laudo definitivo, para analizar con vista a dicho fallo la liquidez y exigibilidad de lo que pretende el ejecutante; sin perjuicio de mantener vigentes las medidas cautelares que se hayan podido solicitar en garantía del pago definitivo (*Exp. N° 97-37325-2868, Sala de Procesos Ejecutivos*).

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*).

La suspensión del proceso, se presenta cuando por un motivo fundado debe evitarse la continuación del proceso para poder cumplir con la finalidad de este. Si los hechos expuestos en la acusación fiscal tienen relación con la materia controvertida en este proceso, pues, se refieren a presuntos actos fraudulentos de los demandados, respecto al cual se demanda civilmente la nulidad por fraude procesal, debe suspenderse el proceso civil hasta las resultas del proceso penal (*Exp. N° 3282-98, Sala de Proceso Abreviados y de Conocimiento*).

**Artículo 321****Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo**

*Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:*

1. *Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional;*
2. *Por disposición legal el conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable;*
3. *Se declara el abandono del proceso;*
4. *Queda consentida la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa sin que el demandante haya cumplido con sanear la relación procesal dentro del plazo concedido conforme al artículo 451, en los casos que así corresponda;*
5. *El juez declara la caducidad del derecho;*
6. *El demandante se desiste del proceso o de la pretensión;*
7. *Sobreviene consolidación en los derechos de los litigantes; o,*
8. *En los demás casos previstos en las disposiciones legales.*

*Las costas y costos del proceso se fijan atendiendo a la institución acogida y a la parte que dio motivo a la declaración de conclusión.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 157 inc. 7, 340, 346, 451, 465, 467, 474; C.P. Const. arts. 5 inc. 6, 44, 70 inc. 8, 87, 100; L.G.S. art. 195.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. INTRODUCCIÓN**

Un proceso concluye sin declaración sobre el fondo cuando fenece sin un pronunciamiento definitivo que resuelva el conflicto de intereses sometido a la decisión jurisdiccional. Tradicionalmente se atribuye dicha ocurrencia a la existencia de una causal que invalida la relación jurídica procesal (como es la falta de un presupuesto procesal o de una condición de la acción), lo cual impide al órgano jurisdiccional resolver el conflicto sometido a su conocimiento. Si bien esa sigue siendo la regla en la mayoría de los casos, existen excepciones. Por ejemplo, nuestra legislación actual no condena al proceso a su conclusión por incompetencia (que es un presupuesto procesal) y existen casos en los cuales, pese a existir una relación jurídica procesal válida, el proceso concluye sin pronunciamiento sobre el fondo (por ejemplo, el caso de la inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas).

Se afirma que los supuestos de la norma bajo comentario *implican un conflicto no diluido y la postergación de la discusión de este para otra oportunidad* (LEDESMA, 2009: p. 654). Si bien es correcto afirmar que estamos ante supuestos

de conflictos no resueltos (porque no existe un pronunciamiento sobre el fondo), como veremos más adelante, en varios supuestos del artículo en comentario se impide el inicio de un nuevo proceso idéntico (como por ejemplo, en los casos de caducidad de oficio o de estimación de excepciones con efectos perentorios complejos) y, por lo tanto, no se posterga la discusión.

La clasificación de los modos de conclusión del proceso según exista declaración sobre el fondo establecidas en los artículos 321 y 322 del CPC, es transversal a la otra clasificación que se infiere del título denominado *formas especiales de conclusión del proceso*. Frente al modo *normal* de conclusión del proceso (que es la sentencia), tenemos formas *anormales* de culminación del mismo que son la conciliación, el allanamiento, el reconocimiento, la transacción, el desistimiento y el abandono (GOZAÍNI, 2005: p. 397).

Ambas clasificaciones no son coincidentes. Según el legislador peruano, algunas formas especiales de conclusión del proceso implican una declaración sobre el fondo (allanamiento, reconocimiento, transacción y conciliación), pero otras no (desistimiento y abandono). No obstante lo regulado, el desistimiento de la pretensión sí implica una declaración sobre el fondo, dado que el artículo 344 del CPC, establece que la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada.

Por otra parte, el artículo en comentario regula algunos supuestos anormales o especiales de conclusión del proceso (es decir, distintos a una sentencia) que no están regulados como tales en el CPC, como la sustracción de la materia, el caso no justiciable o la caducidad de oficio. Frente a ello se podría alegar que las formas especiales de conclusión del proceso dependen de la voluntad de las partes. Si bien es cierto que la mayoría constituyen formas autocompositivas de conclusión del proceso, no es el caso del abandono (PRIORI, 2001: p. 37) el cual se asemeja más a la caducidad (incluso, en otras legislaciones se le llama caducidad de instancia).

## 2. LA SUSTRACCIÓN DE LA PRETENSIÓN DEL ÁMBITO JURISDICCIONAL

La conclusión del proceso por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional o *sustracción de la materia* es, en realidad, una *terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*. Este tipo de conclusión del proceso tiene como antecedente remoto las Instituciones de Gayo y las de Justiniano, en las cuales se reflexionaba sobre el proceder del juez en los casos que el demandado cumplía lo exigido por el demandante (GASCÓN, 2003: pp. 47-48, 51).

Este modo de terminación del proceso implica la pérdida de interés del demandante en obtener la tutela judicial solicitada, porque extraprocesalmente se ha producido la satisfacción de la situación jurídica materia de tutela (por ejemplo, se ha pagado la deuda reclamada en la demanda) o porque ha sobrevenido una situación que priva de fundamento a esa tutela (por ejemplo, en caso de una pretensión constitutiva de servidumbre legal de paso, el predio del demandante llega a tener acceso directo a vía pública) (ORTELLS, 2007: p. 507).

Sin embargo, la sustracción de la materia no es la única causa de conclusión del proceso por falta de interés para obrar. La mayor parte de las excepciones procesales que generan la conclusión del proceso son, en realidad, supuestos de falta de interés para obrar. Por ejemplo, las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, de litispendencia, de cosa juzgada, de desistimiento de la pretensión, conciliación, transacción, caducidad y prescripción extintiva, son en realidad defensas de forma que denuncian la falta de interés para obrar (MONROY, 2003: pp. 358-361). Es decir, detrás de todos los supuestos señalados, en realidad está la idea de denunciar la inutilidad del proceso dada la manifiesta inexistencia del derecho controvertido o de la acción o de la posibilidad de ejercerla.

Lo mismo de las causales de improcedencia de la demanda previstas en el artículo 427 del CPC o también llamadas *defensas de forma atípicas*. Las previstas en los incisos 2 (interés para obrar), 3 (caducidad) y 6 (petitorio física o jurídicamente imposible), son formas de denunciar la falta de interés para obrar.

La falta de interés para obrar en un proceso puede ser declarada por el juez en tres momentos: i) al momento calificar la demanda, en el cual la puede declarar improcedente por las causales establecidas en los incisos 2, 3 y 6 del artículo 427 del CPC; ii) al momento del saneamiento, si estima alguna de las excepciones ya mencionadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 449 y 465 del CPC y; iii) al momento de la sentencia, según lo regulado en el artículo 121 del CPC, siendo esta facultad excepcional (Cas. N° 106-99-Lima Norte; Cas. N° 724-99-Lambayeque) dado que conforme al artículo 466 del CPC, consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a cuestionarla.

En ese sentido, en tanto que la sustracción de la materia es un supuesto de falta de interés para obrar sobreviniente, si bien puede ser declarada en cualquier etapa del proceso, es improbable que sea alegada en la calificación de la demanda o en el saneamiento, toda vez que en esas etapas del proceso la falta de interés para obrar será sustentada bajo los supuestos de improcedencia de la demanda, excepción u otra defensa de forma antes mencionadas. Normalmente, la sustracción de la materia sirve como fundamento de la conclusión del proceso en etapas posteriores.

De acuerdo a nuestra legislación existen varios supuestos de falta de interés para obrar que pueden ocurrir durante el trámite del proceso y, por lo tanto, ser calificados como casos de sustracción de la materia. Un primer grupo son aquellos que están fuera de las fronteras del derecho y, por tanto, no tienen relevancia jurídica, como pueden ser las promesas de índole moral, las discusiones de carácter científico, académico o religioso, así como ciertos actos de gobierno como la declaración de guerra. Si el conflicto deja de tener relevancia jurídica en el transcurso del proceso, se aplicará el supuesto de conclusión por sustracción de la materia.

Una segunda categoría de casos son aquellos en los cuales el objeto de la controversia ha devenido en físicamente imposible. Es el caso en el cual el bien materia de controversia se destruye totalmente en el trámite del proceso, por ejemplo, por un desastre natural o un acto terrorista (CARBAJAL, 2005: p. 261). También podría ocurrir en el caso de extinción de una especie de animal que era objeto de la prestación o en caso de destrucción de una obra de arte o bien cultural de carácter irrepetible.

Un tercer grupo de supuestos serían los casos de imposibilidad jurídica sobrevinida, que se diferencian de los casos de irrelevancia jurídica, dado que son situaciones que sí están previstas en el ordenamiento jurídico, pero que han sido prohibidas por el mismo. Es el caso de la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio de un copropietario, proscrita por el artículo 985 del CC. Aquí estamos ante un asunto jurídicamente relevante (la adquisición de propiedad por prescripción por parte de un copropietario), pero el propio ordenamiento jurídico lo prohíbe. Ante una pretensión de esta naturaleza, es aplicable la defensa de forma que lleva su nombre prevista en el inciso 6 del artículo 427 del CPC.

Si la imposibilidad jurídica es sobreviniente, la sustracción de la materia es perfectamente aplicable, si aquello que genera dicha imposibilidad es un hecho. Es el caso del fallecimiento del demandado como interdicto, mientras se está sustanciando el proceso promovido en miras a su declaración de incapacidad (CARNELUTTI, 1959: p. 161). Este es un supuesto de sustracción de la materia por imposibilidad jurídica del petitorio (no se puede declarar interdicto a una persona fallecida) sobreviniente por un hecho jurídicamente relevante (la muerte).

Cosa distinta es si una norma es lo que hace imposible el petitorio. Es el caso de la promesa de matrimonio, la cual no genera una obligación legal (MONTERO, 1995: p. 140). Sobre el particular, el artículo 239 del CC, señala que *la promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo*. Si una demanda así se interpone, se puede pedir su improcedencia por ser jurídicamente imposible, en virtud del inciso 6 del artículo 427 del CPC. Pero si es sobrevinida, es decir, si la norma entra en vigencia durante el trámite del proceso, solo se podría aplicar la

sustracción de la materia siempre y cuando la retroactividad de la norma sea permitida por el ordenamiento jurídico.

Ese no sería el caso de la norma que prohíbe la prescripción al copropietario. Si luego de interponerse la demanda de prescripción adquisitiva de dominio del copropietario, una norma como la contenida en el artículo 985 del CC, recién entrara en vigencia, no podría ser utilizada por el juez para resolver el caso, dado que ello supondría una aplicación retroactiva de la misma a los hechos que ocurrieron cuando aún no estaba vigente (la adquisición de propiedad por parte del copropietario por efecto de la prescripción).

No obstante, puede haber casos en los cuales la retroactividad sería necesaria. Por ejemplo, si durante el trámite del proceso, los bienes materia de discusión devienen en prohibidos de comercio por mandato de una ley (como podría ocurrir con el uranio o el material radioactivo), esta podría ser aplicada retroactivamente y generar que una pretensión devenga en jurídicamente imposible.

Un cuarto supuesto de sustracción de la materia se puede dar cuando el derecho sometido a discusión se ha extinguido por mandato de la ley, cosa juzgada o por voluntad de las partes. A diferencia de la *imposibilidad del objeto de la controversia*, aquí el derecho o situación jurídica sí está previsto y permitido por el ordenamiento, solo que en el trámite del proceso se ha extinguido. También ocurre si la situación jurídica que se pretende extinguir, desaparece por un hecho (por ejemplo, si fallece uno de los cónyuges en el trámite de un proceso de divorcio). La Corte Suprema ha calificado un caso como de sustracción de la materia, dado que el vínculo matrimonial desapareció por causa extraprocesal (Cas. N° 4782-2007). No obstante, se debe tener en cuenta que es posible que en un divorcio se discutan cuestiones adicionales a la disolución del vínculo matrimonial, motivo por el cual podría no existir una sustracción de la materia total, de tal modo que concluya el proceso.

Un quinto supuesto es la satisfacción del interés. Estos son ejemplos típicos de sustracción de la materia citados por la doctrina como el pago de la obligación puesta a cobro, de entrega del bien objeto de restitución judicial o la revocación del acuerdo societario impugnado. En estos casos estamos frente a un supuesto de satisfacción extraprocesal del interés, toda vez que si este se realiza bajo la forma solemne de un acto procesal como el allanamiento o el reconocimiento, no estaremos ante un supuesto de sustracción de la materia (CARBAJAL, 2005: p. 264).

Otro supuesto o categoría es la inexistencia de la acción. Estos son los casos en los cuales el derecho o la situación jurídica sometida a discusión existen, pero el ordenamiento jurídico ha privado a su titular el ejercicio de la acción para exigirlo.



Es decir, son casos justiciables y jurídicamente relevantes pero que no gozan de tutela judicial. Son los denominados *derechos sin acción* (MONROY, 2007: p. 371).

Un *derecho sin acción* es el crédito que proviene del juego y de la apuesta no autorizada que, según el artículo 1943 del CC, son derechos no pasibles de reclamo judicial. Es difícil verificar la sustracción de la materia en caso de la sobrevinencia de un *derecho sin acción*, porque ello implicaría admitir la posibilidad de aplicar al proceso de manera retroactiva una norma que extingue la acción que permitió su inicio.

Asumiendo que una norma como la contenida en el artículo 1943 del CC, sea considerada como *norma procesal* (lo cual es así en realidad, dado que una norma procesal puede estar ubicada en el CC o en otra ley no procesal) o, mejor aún, si estuviese contenida en el CPC, su aplicación podría ser considerada como válida conforme a la segunda disposición final de dicho Código, que dispone que “las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

No obstante, resulta difícil aceptar que, si las reglas de competencia derogadas en el trámite de un proceso son de aplicación ultraactiva, no tengan el mismo tratamiento las normas que otorgan el derecho de acción, el cual es un presupuesto para la aplicación de norma de competencia. Probablemente el legislador no tuvo en cuenta este supuesto al momento de regular las excepciones a la regla de la aplicación inmediata de las normas procesales en el tiempo. Sin embargo, cabría interpretarse que dicha lista podría no ser taxativa, sobre todo si dicha interpretación guarda mayor armonía con los principios del debido proceso. Por ello, se entiende que la modificación de las normas contenidas en el CPC es de aplicación inmediata, salvo que haya actos procesales ya iniciados bajo el ámbito de la ley derogada y otras situaciones que afecten el desarrollo procesal y con él, el derecho a un debido proceso (MONROY, 2007: p. 316).

### 3. CASO NO JUSTICIABLE

La noción de caso justiciable es parecida a la de sustracción de la materia dado que suele definirse como un caso no susceptible de ser sometido al conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional, por tratarse de actos de gobierno, cuestiones científicas o académicas (PEYRANO, 1993: pp. 126-127; ALVARADO, 1978: p. 40). Otros definen al caso no justiciable como sinónimo de *carencia de jurisdicción*: cuando se habla de incompetencia, se supone que existe otro órgano competente

para juzgar; en cambio la *carencia de jurisdicción* es la negación del poder de juzgar (CABAL; ATIENZA, 1940: p. 5).

Sin embargo, la norma en comentario hace una clara distinción al supuesto de sustracción de la materia: la existencia de una *disposición legal* que hace que el conflicto de intereses deje de ser un caso justiciable. La sustracción de la materia depende de una realidad extraprocesal que genera una falta de interés para obrar sobreviniente. En cambio, el supuesto en comentario es más específico: esa realidad extraprocesal es una norma.

Se afirma que un conflicto de intereses es un caso justiciable cuando está previsto dentro del sistema jurídico de una sociedad políticamente organizada, es decir, cuando una norma acoge la situación discutida y, por tanto, sea pasible de ser presentado ante el juez (MONROY, 2007: pp. 367-368). Un supuesto de caso no justiciable son las demandas que adolecen de falta de fundamentación jurídica de la pretensión, como es la demanda de divorcio dirigida a un concubino (MONROY, 2007: p. 373). En dicha categoría también se encuentran los asuntos políticos o *cuestiones no justiciables* que son las decisiones políticas no susceptibles de impugnación judicial como la declaración de estado de sitio, de emergencia y de guerra (MONROY, 2007: p. 372).

Un caso no justiciable declarado como tal por el Tribunal Constitucional (TC) fue el *caso Tiwinza*, en el cual se interpuso una demanda de amparo contra el Decreto Supremo N° 011-99-PCM, referido a la transferencia de propiedad del terreno de un kilómetro cuadrado ubicado en *Tiwinza* al Ecuador, en el marco del cumplimiento del acuerdo de paz entre el Perú y dicha nación. En esa oportunidad, el TC señaló que dicha cuestión *no está sujeta a un control jurisdiccional* (Exp. N° 1297-1999-AA/TC).

Los casos no justiciables sobrevinientes en el trámite de un proceso por la dación de una norma podrían significar una afectación al principio de irretroactividad. Por ello, los ejemplos recurrentes en la doctrina están relacionados a normas emitidas en contextos de cierta inestabilidad política, casos en los cuales se admite la aplicación retroactiva de normas cuando está de por medio el orden público (MONROY CABRA, 1988: p. 24).

En el ámbito procesal constitucional, podrían ser casos de *derechos no justiciables* los previstos en los artículos 142 y 181 de la Constitución, que establecen que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones y del Consejo Nacional de la Magistratura no pueden ser revisadas. Es decir, el derecho constitucional existe pero no puede ser tutelado. Sin embargo, de acuerdo al principio según el cual *no existen zonas exentas de control constitucional*, el TC ha establecido en reiterada jurisprudencia que sí es posible impugnar dichas decisiones mediante un proceso

de amparo si las mismas violan derechos constitucionales (STC N° 2409-2002-AA “Caso González Ríos”; STC N° 2366-2003-AA “Caso Espino”; STC N° 5854-2005-PA “Caso Lizana”; STC N° 2730-2006-PA “Caso Castillo”).

#### **4. ABANDONO DEL PROCESO**

El abandono es un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo y una forma especial de conclusión de este, regulado en los artículos 346 al 354 del CPC. Ocurre cuando el proceso permanece en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse. No opera el abandono cuando la paralización del proceso se debe a causas no imputables al demandante y en otros supuestos específicos regulados en dichas normas.

Si bien el abandono no afecta la pretensión, 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. Si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido.

El abandono es un caso de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo que no guarda relación con un supuesto de falta de validez de la relación jurídica procesal, sino que, más bien, responde a una política legislativa jurisdiccional según la cual se sanciona a los litigantes que incurran en inacción procesal. El fundamento es el mismo que la prescripción: la seguridad jurídica y el principio *iura scripta vigilantibus* (la ley no favorece la negligencia).

#### **5. EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS**

La conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo ocurre, en la mayor parte de los casos, debido a la ausencia de un presupuesto procesal o de una condición de la acción, es decir, por un defecto en la relación jurídica procesal. Las excepciones procesales y las defensas previas son mecanismos que sirven para denunciar dicha ausencia.

Por ejemplo, las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conciliación, transacción, caducidad y prescripción extintiva, son en el fondo defensas de forma que denuncian la falta de interés para obrar (MONROY, 2003: pp. 358-361). Por ello, la norma señala que si queda consentida la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa sin que el demandante haya cumplido con sanear la relación procesal dentro del plazo concedido conforme al artículo

451 del CPC, en los casos que así corresponda, concluye el proceso sin declaración sobre el fondo.

No obstante, hay que hacer algunas precisiones. En primer lugar, también procede la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo si queda ejecutoriada la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa. En segundo lugar, no todas las excepciones conllevan a la conclusión del proceso ni tampoco implican que el demandante pueda sanear la relación procesal. Bajo esta perspectiva, se pueden clasificar las excepciones y las defensas previas de la siguiente manera:

- a) Que generan la conclusión de proceso sin posibilidad de subsanación: 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.
- b) Que generan la conclusión del proceso, si no existe subsanación: excepción de incapacidad del demandante o de su representante, de defecto o la insuficiencia de representación del demandante, excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado y las defensas previas.
- c) Que no generan la conclusión del proceso: excepción de competencia.

Por otra parte, hay excepciones con efectos perentorios simples, es decir, que su amparo o falta de subsanación permite el inicio de un nuevo proceso idéntico; y aquellas con efectos perentorios complejos, que lo impiden, como las de prescripción y caducidad. En estos últimos casos, ateniendo a dicha imposibilidad, las consecuencias prácticas son las mismas que una sentencia definitiva que rechaza la demanda (ARRARTE, 2001: p. 197).

## 6. CADUCIDAD

El artículo 2003 del CC establece que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. De acuerdo al artículo 2006 del CC, la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte. Es por ello que, aparte de la excepción de caducidad antes comentada, la caducidad de oficio constituye una causal adicional de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo.

Hay que diferenciar la caducidad de la prescripción extintiva, por la cual el transcurso de un determinado plazo extingue la acción que el sujeto tiene para exigir determinado derecho ante los tribunales (RUBIO, 2003: p. 13) pero no el derecho

(art. 1989 del CC). Es decir, la prescripción mantiene la existencia del derecho pero no la posibilidad de exigir su tutela. La diferencia práctica entre ambas instituciones, es que en caso de que el deudor cumpla con el pago de una obligación prescrita, no puede exigir su devolución. En cambio, si hubiese operado la caducidad, sí puede exigir su devolución porque el acreedor ya había perdido el derecho al momento del pago, siendo este, por tanto, indebido.

Otra diferencia es que la prescripción sólo opera a invocación de parte mediante excepción procesal, dado que el ordenamiento jurídico ha vedado la posibilidad que sea de oficio (art. 1992 del CC). Por ello, si el demandado no plantea esta excepción, el proceso no podrá concluir por dicho motivo. Ello no ocurre con la caducidad, porque puede ser declarada de oficio. En el ámbito procesal, existe otra diferencia importante: el plazo de prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda (inciso 4 del artículo 438 del CPC); en cambio, para evitar la caducidad, basta con presentar la demanda dentro del plazo correspondiente.

Si bien la caducidad extingue el derecho, al igual que la renuncia, (por diferentes motivos, una por el paso del tiempo y otra por la voluntad del titular del derecho); sin embargo una está regulada como una forma de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo y la otra como una forma de conclusión del proceso con declaración sobre el fondo (inc. 5 del art. 322 del CPC). No obstante ello, la declaración de caducidad tiene efectos perentorios complejos, es decir, impide el inicio válido de un proceso idéntico.

## 7. DESISTIMIENTO DEL PROCESO Y DE LA PRETENSIÓN

La palabra desistimiento significa abdicación, abandono o renuncia. En el ámbito del Derecho, el desistimiento es una forma de renuncia. No obstante, hay que diferenciar el desistimiento procesal de la renuncia del derecho sustancial (FORNACIARI, 1987: p. 1). El primero pone fin al proceso y el segundo es una forma de extinción del derecho y de la obligación correspondiente. Si bien, a diferencia de otros códigos civiles, en el CC no se ha regulado la renuncia como una forma de extinción de obligaciones, existen muchos supuestos de renuncia de derechos (y, por lo tanto, de sus correlativas obligaciones o deberes jurídicos) a lo largo de su articulado (como la renuncia a la hipoteca y al usufructo). Según el inciso 5 del artículo 322 del CPC, la renuncia del derecho sustancial que sustenta la pretensión procesal es una forma de conclusión del proceso con declaración sobre el fondo.

El desistimiento en el ámbito procesal es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal en virtud del cual se eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal (DEVIS ECHANDÍA, 2002: pp. 520-521). De acuerdo al artículo 343 del CPC, *el desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión.*

Es ese sentido, el desistimiento del proceso no implica la solución del conflicto o la incertidumbre jurídica planteada; por lo tanto, es un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo. Es por ello que, luego de la conclusión del proceso, el demandante podrá iniciar uno idéntico.

El artículo 344 del CPC señala que *el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada*. En ese sentido, estamos ante un supuesto de conclusión del proceso que sí implica la solución del conflicto, dado que tiene los efectos de una sentencia con cosa juzgada que declara infundada la demanda (es decir, constituye un pronunciamiento sobre el fondo). Inclusive, si el demandante inicia un proceso idéntico, el demandado puede plantear la excepción de desistimiento de la pretensión prevista en el inciso 9 del artículo 446 del CPC. En ese sentido, el desistimiento de la pretensión ha sido erróneamente previsto por el legislador como un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, y por lo tanto debió ser regulada como uno de los supuestos del artículo 322 del CPC, sobre conclusión del proceso con pronunciamiento sobre el fondo.

## 8. CONSOLIDACIÓN

La consolidación es una forma de extinción de obligaciones en la cual, respecto de una misma obligación, una persona resulta ser el deudor y el acreedor (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 770). Es el caso, por ejemplo, del hijo que le debe una suma de dinero a su padre y este, al morir, le deja toda su herencia dado que su hijo es su único heredero. En este caso, la obligación se extingue porque el hijo pasa a ser deudor y acreedor de la misma obligación. Otro ejemplo es el de la fusión por absorción de una empresa deudora por parte de la empresa acreedora.

La consolidación puede ser total o parcial. Es total cuando las calidades de acreedor y deudor concurren en una sola persona respecto del íntegro de la obligación. Es parcial cuando ello ocurre solo en parte de la obligación. La conclusión del proceso por consolidación puede ocurrir únicamente en los casos de consolidación total.

## 9. OTROS CASOS

Otros casos de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo son la inasistencia de ambas partes a la audiencia de pruebas y la improcedencia de la demanda por falta de conciliación extrajudicial, por falta de interés para obrar, por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, y por contener un petitorio jurídica o físicamente imposible.

## 10. COSTAS Y COSTOS

Según la norma se fijan atendiendo a la institución acogida y a la parte que dio motivo a la declaración de conclusión. La regla general es la contenida en el artículo 412 del CPC, según el cual el reembolso de las costas y costos del proceso es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. Algunos de los casos materia de comentario tienen reglas especiales para la determinación de las costas y costos. En el caso del abandono, el artículo 416 del CPC, señala que las costas y costos estarán a cargo del demandante. Lo mismo respecto del desistimiento. En el caso de las excepciones y defensas previas, el artículo 457 del CPC, señala que las costas y costos las debe asumir la parte vencida. La misma regla debería aplicarse para los casos de improcedencia de la demanda y la declaración de oficio de la caducidad del derecho. En los casos de consolidación, no es necesaria condena alguna de costas y costos. En los casos de conclusión del proceso por inasistencia de ambas partes a la audiencia de pruebas, debería seguirse la misma lógica que los casos de abandono.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVARADO, Adolfo (1978): *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe Rosario*, tomo I. Rosario: Centro de Estudios Procesales; ARRARTE, Ana María (2001): "Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 24; CABAL, Justo; ATIENZA, Antonio (1940): *Anotaciones al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 2924*. Rosario: Ciencia; CARBAJAL, Marco (2005): "Apuntes sobre el tratamiento de la sustracción de la materia controvertida en el Código Procesal Constitucional". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 60; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentías Melendo, tomo II. Buenos Aires: EJE; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2003): *Terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*. Madrid: Civitas; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; LEDESMA, Mariannella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO, Juan (1995): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Barcelona: Bosch; MONROY CABRA, Marco Gerardo (1988): *Principios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; MONROY, Juan (2003): "Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano". En: *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad; MONROY, Juan (2007): *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas; ORTELLS RAMOS, Manuel (2007): *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Aranzadi; OSTERLING, Felipe; CASTILLO, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra; PEYRANO, Jorge (1993): *El proceso atípico*. Buenos Aires: Universidad; PRIORI, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1; RUBIO, Marcial (2003): *La extinción de derechos y acciones en el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2001): *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PEYRANO, Jorge (2012): “Actualidad de la sustracción de la materia como medio atípico de extinción del proceso civil”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; TORD, Álvaro (2011): “La conclusión del proceso por sustracción de la materia”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 217.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Si se recurre al órgano jurisdiccional a efecto de que se declare la ineficacia del contrato de compraventa; y la actora posteriormente acompaña el testimonio de escritura pública mediante la cual sus deudores codemandados han adquirido nuevamente la propiedad del bien materia de litis, entonces se produce la conclusión del proceso por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional (*Exp. N° 104-2002, Quinta Sala Civil de Lima*).

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*).

La evicción requiere de la privación total o parcial en la propiedad, cuando el adquirente está en el goce de la cosa, y que se haya originado en una causa de derecho y no de hecho. 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*).



**Artículo 322**

**Conclusión del proceso con declaración sobre el fondo**

*Concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando:*

1. *El juez declara en definitiva fundada o infundada la demanda;*
2. *Las partes concilian;*
3. *El demandado reconoce la demanda o se allana al petitorio;*
4. *Las partes transigen; o,*
5. *El demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 121 párr. 3, 327, 330, 333, 334, 337, 470, 474; L.G.S. art. 195; L.O.P.J. 24 DF.*

*Álvaro Tord Velasco*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Cuando concluye el proceso *con declaración sobre el fondo* significa que tanto el proceso como el conflicto sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional, han concluido de manera coincidente. Ello puede ocurrir mediante una decisión del órgano jurisdiccional (sentencia) consentida o ejecutoriada, o por voluntad de las partes de acuerdo a los actos que establece el artículo en comentario.

El término *declaración* debe entenderse para los procesos en general y no exclusivamente en relación al proceso *declarativo*. A partir de las posibles consecuencias de la sentencia, los procesos pueden clasificarse en: constitutivos, declarativos o de condena. Son constitutivos cuando la sentencia crea, extingue o modifica una situación o relación jurídica material, como por ejemplo los casos de divorcio o de anulación de un acto jurídico (ARRARTE, 2001: pp. 190-191). Son declarativos cuando la decisión judicial se limita a volver indiscutible una situación o relación jurídica material de la cual existía cierta incertidumbre (COUTURE, 1993: p. 328). Serán de condena cuando la sentencia obliga la realización de determinadas conductas, como sería el caso de los procesos de ejecución o ejecutivos, pero también aquellos como el otorgamiento de escritura, el desalojo, etc. (ARRARTE, 2001: p. 191).

La norma se refiere al término *declaración* en general como sinónimo de *pronunciamiento*, aplicable tanto a los procesos de condena como los constitutivos y declarativos. Por ejemplo, habrá una declaración sobre el fondo en un proceso de condena, si existe sentencia que ordena el pago de la suma de dinero puesta a cobro. Habrá declaración sobre el fondo en un proceso constitutivo, si se emite

una sentencia firme que declara el divorcio. Lo mismo en el proceso declarativo, si se emite una sentencia firme declarando la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio.

## 2. SENTENCIA QUE RESUELVE EL CONFLICTO O LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA

La existencia de una sentencia que resuelve el *fondo* implica, a su vez, que el proceso aprobó previamente el examen de validez, lo cual generó la posibilidad de que exista dicho pronunciamiento. Estamos frente a un proceso en el cual las pretensiones propuestas han sido declaradas fundadas o infundadas.

Por *pretensión* se entiende a la petición dirigida al órgano jurisdiccional de una determinada consecuencia jurídica prevista en una norma jurídica, sustentada en hechos que se afirman como coincidentes con el supuesto de hecho previsto en la misma (ASENCIO, 1997: p. 109). La justificación del pedido consiste en los argumentos de hecho y de derecho. En los argumentos de derecho se cita (e interpreta) la norma que señala la consecuencia jurídica solicitada, la cual deberá coincidir con el petitorio de la demanda; mientras que el supuesto de hecho de la norma alegada deberá coincidir con los hechos expuestos en los fundamentos correspondientes.

En ese sentido, si existe dicha coincidencia la pretensión será fundada, de lo contrario, será infundada; es decir, se declarará que no existe el derecho o la situación jurídica pretendida. Ello es distinto, por ejemplo, a la caducidad: en este caso el órgano jurisdiccional no tiene que realizar ese examen, ya que de antemano el ordenamiento jurídico establece que el derecho ha desaparecido por el paso del tiempo (haya o no existido). Por ello, ante la caducidad, es innecesario que el órgano jurisdiccional realice un examen de mérito de la pretensión o actividad probatoria alguna, dado que sea cual sea el resultado, estará condenado al fracaso, en la medida que, aunque hubiera derecho, este ha fenecido por el paso del tiempo.

La sentencia es también, aparte de una forma de conclusión del proceso con pronunciamiento sobre el fondo, una forma normal de conclusión del mismo, frente a lo que se consideran como medios anormales o especiales de conclusión del proceso (ALSINA, 1961: p. 502).

## 3. CONCILIACIÓN

La norma no se refiere a la conciliación previa a la demanda, sino a la conciliación judicial que se lleva a cabo durante al trámite del proceso y es aprobada por los órganos jurisdiccionales hasta antes de la expedición de la sentencia de segunda instancia, de acuerdo al artículo 323 del CPC.

Si se lleva a cabo ante un centro de conciliación, las partes presentarán el acta de conciliación respectiva al juez para que la apruebe, siempre y cuando trate sobre derechos disponibles. La conciliación también puede ser realizada ante el mismo juez, si ambas partes lo solicitan.

El proceso solo concluye si la conciliación recae sobre todas las pretensiones propuestas en el proceso. La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada y puede ser ejecutada en la vía del proceso único de ejecución, al ser un título ejecutivo.

#### **4. RECONOCIMIENTO Y ALLANAMIENTO**

El allanamiento es una forma autocompositiva unilateral de conclusión del proceso, en el cual el demandado acepta el petitorio de la demanda (y no la pretensión, como erróneamente señala el art. 330 del CPC). En cambio, el reconocimiento, además de aceptar el petitorio, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de esta (es decir, acepta la pretensión).

El demandado puede allanarse o reconocer la demanda en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia. No proceden ambos cuando el demandado no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto, el apoderado o representante del demandado carece de facultad para ello, los hechos admitidos requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte, el conflicto de intereses afecta el orden público o las buenas costumbres o comprende derechos indisponibles, el acto no proviene de todos los litisconsortes necesarios, se presume la existencia de fraude o dolo procesal, se advierte que la sentencia a dictarse va a surtir efecto frente a tercero no emplazado y cuando el demandado es el Estado u otra persona de derecho público, salvo que su representante tenga autorización expresa.

Declarado el allanamiento o el reconocimiento respecto a todas las pretensiones demandadas, el juez debe expedir sentencia inmediata, con la finalidad de que el demandante tenga un título para la eventual ejecución de su derecho.

#### **5. TRANSACCIÓN**

La transacción es un contrato mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. La transacción ha sido regulada en el libro de obligaciones del CC como uno de los tipos de extinción de obligaciones que, al mismo tiempo, permite crear, regular y modificar obligaciones diversas de las que fueron objeto de conflicto entre las partes.

Asimismo, la transacción debe contener concesiones recíprocas, es decir, ambas partes deben sacrificar algún derecho u otra situación jurídica de su interés para que el acuerdo pueda ser calificado de transacción. El solo sacrificio de una sola parte implicaría solamente una renuncia, acto que tendría ese tratamiento legal y no el de una transacción. Sin embargo, ello no significa que las concesiones recíprocas deban ser equivalentes, dado que las normas que regulan la transacción no exigen una igualdad de sacrificios o equivalencia económica de los mismos. Inclusive, la pretensión de lesión no procede en casos de transacción, por disposición expresa contenida en el artículo 1455 del CC.

La transacción judicial es una especie de transacción civil, con regulaciones particulares, aunque le es de aplicación supletoria las normas pertinentes del CC. De acuerdo a dicha regulación especial, la transacción judicial es un modo auto-compositivo y bilateral de conclusión del proceso y del conflicto. Asimismo, y a diferencia de la transacción civil, en la transacción judicial debe existir una aprobación judicial de la transacción y mediante la misma no se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas *ajenas al proceso*. Por ello, la transacción judicial constituye una especie de la categoría más amplia de la transacción civil (GUASP, 1968: p. 535).

Una vez que el juez aprueba la transacción, siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas, quedando sin efecto la sentencia que no se encuentre firme. La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de cosa juzgada.

## 6. RENUNCIA

La palabra renuncia significa abdicación, abandono o apartamiento. En el ámbito del Derecho, la renuncia se puede referir al derecho o a la acción (en la mayor parte de los casos) y a otras situaciones jurídicas más complejas, como el albaceazgo por ejemplo (CANO, 1986: p. 12). Un caso peruano de renuncia al derecho es el previsto en el artículo 1482 del CC, según el cual la parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación. Un ejemplo de renuncia a la acción es el regulado en el artículo 1303 del CC, según el cual la transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción.

La norma en comentario se refiere expresamente a la renuncia al *derecho* que sustenta la pretensión. Se afirma que la renuncia se debe referir a un derecho actual y no a aquel que aún no se tiene (CANO, 1986: p. 12). El artículo 678 del CC es un ejemplo de ello, dado que señala que *no hay renuncia de herencia futura*.

Hay que diferenciar el desistimiento procesal de la renuncia del derecho sustancial (FORNACIARI, 1987: p. 1). El primero pone fin al proceso y el segundo es una forma de extinción del derecho y de la obligación. A diferencia de otros códigos civiles, en el CC no se ha regulado a la renuncia como una forma de extinción de obligaciones. No obstante, existen varios supuestos de renuncia de derechos que generan la extinción de sus correlativas obligaciones o deberes jurídicos (por ejemplo, la renuncia a la hipoteca).

No obstante lo señalado, el hecho de que la norma en comentario le otorgue los efectos procesales que establece a la *renuncia sustancial*, la asemeja mucho al desistimiento de la pretensión, que tiene como efecto la conclusión del proceso, pero también de cierta forma extingue el derecho que sustenta la pretensión, al otorgarle *los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada*. En ese sentido, en ambos casos estamos ante supuestos de conclusión del proceso que sí implican la solución del conflicto. Es por ello que el desistimiento de la pretensión debería formar parte de los supuestos regulados en el artículo bajo comentario.

Sin embargo, existen notables diferencias entre la renuncia y el desistimiento de la pretensión. Una de ellas es que ante el inicio de un proceso idéntico, el desistimiento de la pretensión puede ser opuesto mediante la excepción que lleva su nombre, según el inciso 9 del artículo 446 del CPC. Ese no es el caso de la renuncia.

Otra diferencia es su oportunidad. Mientras el desistimiento de la pretensión procede antes de que se expida sentencia en primera instancia (salvo que sea convencional), según el artículo 474 del CC, la renuncia puede ocurrir durante la tramitación del proceso. Asimismo, siendo la renuncia una categoría del Derecho Civil, en realidad puede realizarse inclusive antes del proceso (FORNACIARI, 1987: p. 78).

De acuerdo al inciso 5 del artículo 332 del CPC, no procede el allanamiento en casos de derechos indisponibles. Esta norma es aplicable al desistimiento de pretensión de acuerdo al artículo 344 de dicho Código. Si bien en la norma procesal no existe una disposición semejante respecto de la renuncia, el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta lo dispuesto en el CC y demás normas de derecho material, que disponen que ciertos derechos son irrenunciables, como el artículo 5 del CC, referido al derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1961): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo IV. Buenos Aires: Ediar; ARRARTE, Ana María (2001): "Apuntes sobre los

---

alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 24; ASECIO, José María (1997): *Derecho Procesal Civil: parte primera*. Valencia: Tirant lo Blanch; CANO, José (1986): *La renuncia de los derechos*. Barcelona: Bosch; COUTURE, Eduardo (1993): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, tomo II. Buenos Aires: EJE; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Perrot; ORTELLS RAMOS, Manuel (2007): *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Aranzadi.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).



# TÍTULO XI

## FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

### CAPÍTULO I CONCILIACIÓN

#### Artículo 323 | Oportunidad de la conciliación

*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 inc. 2, 415, 442, 469; C. de P.P. arts. 306, 308; C.N.A. art. 171; L.C. art. 1 y ss.; L.P.T. art. 30.*

*F. Martín Pinedo Aubián*

---

#### 1. INTRODUCCIÓN

El proceso civil supone la existencia de dos o más personas en posición contrapuesta –las denominadas *partes procesales*–, de las cuales, una ejercita la acción pidiendo al órgano jurisdiccional el otorgamiento de justicia o tutela jurídica, frente a la otra (PRIETO-CASTRO, 1989: pp. 66-81). Iniciado un proceso, que representa la exteriorización y judicialización de un conflicto entre dos intereses contrapuestos, este debe ser decidido –en principio– mediante la decisión del juez, aunque también puede ser solucionado por obra de las propias partes, haciendo innecesaria la expedición de la sentencia al privarle de su objeto al resolver la discrepancia por actos de las partes. Así, la conciliación se concibe como una forma *especial* de conclusión del proceso civil, por la cual se deja a la libre y coincidente voluntad de las partes la resolución de sus controversias, haciendo innecesario el pronunciamiento del juez mediante la expedición de una sentencia (que sería la forma *natural* u *ordinaria* de conclusión del proceso). El tratamiento normativo a nivel procesal considera que esta finalidad se puede lograr tanto mediante la conciliación procesal o judicial como de la conciliación extrajudicial, aunque con particularidades muy específicas en su empleo.



Si bien es cierto se suele elogiar la posibilidad de una solución mutuamente satisfactoria y su economía de tiempo y costo, también existen críticas respecto al empleo de la conciliación, en tanto expresión de autocomposición, pues la espontaneidad del sacrificio es solo aparente, y en realidad envuelve una “capitulación del litigante de menor resistencia, e incluso cabe que la renuncia del propio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular, que lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que en verdad es” (ALCALÁ-ZAMORA, 1947: p. 14), aunque el posible acuerdo terminará siendo una decisión libre y totalmente individual que perseguirá en última instancia la solución de la controversia por otros medios distintos a los de la decisión del juez, revalorando la capacidad de diálogo y el reconocimiento de la autonomía privada de las propias partes.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación es la acción destinada a componer, concordar o avenir a las partes en conflicto con el objeto de evitar un pleito o concluir uno ya iniciado. Según el Diccionario de la Real Academia, conciliación, que proviene del latín *conciliatio*, es el nombre que recibe la acción y efecto de conciliar, y *conciliar* es la acción de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.

Como indica COUTURE (1976: p. 159):

“Etimológicamente, la palabra conciliación viene de las palabras latinas *conciliatio* y *conciliationis* y que se refieren a la acción y efecto de conciliar; a su vez, el verbo conciliar proviene del verbo latín *conciliare*, que implica componer o ajustar los ánimos de los que estaban contrapuestos, avenir sus voluntades, ponerlos en paz. Tanto el verbo conciliar como las palabras latinas *concilio* y *conciliare* derivan de *concilium* que significaba asamblea o reunión, y que en la antigua Roma se utilizaba para denominar a una asamblea en general, y en particular a una asamblea de la plebe, donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc. razón por la que el verbo *conciliare* que originalmente significaba asistir al concilio tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades”.

Por su parte, ORMACHEA Y SOLÍS (1998: p. 48) señalan que:

“Para evitar confusiones al momento de utilizar el vocablo conciliación, debemos precisar las dos acepciones que guarda el término: la primera está relacionada con el acto de autocomposición pura llamado audiencia de conciliación, dirigido por un conciliador o un juez; la segunda acepción está vinculada a la noción de resultado o acto de avenimiento plasmado en un acuerdo. De manera que contamos con conciliación en cuanto al procedimiento (*actividad*) y en lo relativo al resultado o acuerdo (*la llamada finalidad*)”.

En este sentido, lo correcto sería emplear los términos *procedimiento conciliatorio* y *acuerdo conciliatorio*, respectivamente, dejando el término conciliación para la referencia genérica a la institución jurídica.

Se puede considerar a la conciliación como el acto voluntario que realizan las partes ante un tercero –siempre que se trate de derechos disponibles–, haciendo uso de su libre voluntad y de su ánimo de conciliar, para poner fin a su conflicto de intereses, concluyendo el proceso iniciado –para el caso de la conciliación intraprosesal– o evitando el que pueda iniciarse –para la conciliación preprocesal– (ZEGARRA, 1999: p. 204). Debemos poner énfasis en el carácter voluntario de la conciliación, que no es otra cosa que la exteriorización de la autonomía de la voluntad de los individuos, y el querer conciliar como característica subjetiva de las partes en conflicto que se someten a conciliación, quienes solo podrán conciliar derechos disponibles.

Intentando elaborar una definición que albergue las principales características de esta institución, podemos afirmar que la conciliación es el acto jurídico que expresa la manifestación de voluntad de las partes de querer poner fin a su conflicto de intereses, mediante concesiones o renunciaciones unilaterales o recíprocas de derechos disponibles, y que se puede realizar de manera previa a la instauración de un proceso judicial o dentro de este, ante un tercero investido de facultades para conciliar, quien guiará un procedimiento tendiente a facilitar el proceso de comunicación entre las partes a fin de que sean ellas las que elaboren su propuesta de solución y, eventualmente, poder contar con sugerencia de una fórmula no vinculante de solución de la controversia por parte del tercero. Es así que la solución adoptada por las partes y plasmada en un acta de conciliación resuelve la controversia, hace innecesaria la revisión judicial de los hechos controvertidos así como cualquier pronunciamiento jurisdiccional respecto de estos hechos, siendo que lo libremente acordado posee carácter vinculante para las partes y es de cumplimiento obligatorio, pudiendo emplearse la vía ejecutiva en caso de un eventual incumplimiento.

La conciliación es un acto jurídico de naturaleza compleja, por cuanto para su convocatoria y celebración participan tanto los contendientes o litigantes como terceros o intermediarios y estos últimos, dada la autoridad o funciones, actúan en calidad de conciliadores, y que presenta aspectos jurídicos-sustanciales como la *solemnidad* (requiere del cumplimiento del trámite conciliatorio que puede ocurrir ante el juez del proceso en la audiencia respectiva o en la que este convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes –a nivel judicial o extrajudicial– para tal efecto, surtiendo efectos jurídicos siempre y cuando conste en un documento especial y sea aprobada por el juez, ya que la mera voluntad de las partes no es factor suficiente para hablar de conciliación), la *bilateralidad* (la conciliación es generadora

de obligaciones para cada una de las partes en conflicto, aunque no siempre se tiene que cumplir, pues las concesiones pueden ser también unilaterales), la *onerosidad* (ambas partes pretenden una obtención de resultados en favor de sus intereses y para su patrimonio una utilidad, donde en la mayoría de los casos las partes se gravan mutuamente), que es *commutativa* (la conciliación se encuentra dentro del marco en que las partes conocen plenamente los alcances del acuerdo, toda vez que debe ser preciso y expreso para que ellas conozcan sus compromisos, de tal manera que no es posible que en ella haya elementos aleatorios e imprecisos que dependan de la suerte o de vicisitudes jurídicas o fácticas), que es *de libre discusión* (es uno de los actos convencionales donde más discusión existe y donde más juega la autonomía de la voluntad de las partes, pues se discute, se delibera, se contradice, se propone o se niega una determinada versión, hecho o propuesta), y es un *acto nominado* (en nuestra legislación en distintas ramas del Derecho, existen normas que regulan la institución conciliatoria, hasta el punto en que la han convertido en un acto obligatorio y con la que se trata, en lo posible, de regular los pasos precisos para su elaboración, sus efectos, características, así como los requisitos para su trámite, existencia y validez) (LEDESMA, 1996: pp. 113-116).

### 3. LA CONCILIACIÓN PROCESAL

Cuando se afirma que la conciliación *hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual* (COUTURE, 1976: p. 159), dicho postulado nos introduce a una clasificación del acto de conciliación dependiendo de la sede donde se realice, así, si esta evita un litigio pendiente estaremos hablando de la conciliación *intra-proceso o procesal*, pero si evita un litigio eventual, entonces nos estamos refiriendo a una conciliación *preprocesal o extrajudicial*, es decir, la que se encuentra fuera del ámbito del proceso civil.

En palabras de ALSINA (1963: pp. 465-466):

“El acto de *conciliación procesal* consiste en la comparecencia de las partes ante el Juez competente, con el objeto de que diriman sus diferencias, evitando la contienda judicial, facultando a los jueces para intentar el avenimiento de las partes, en cualquier estado del juicio”.

Este acto puede revestir una forma obligatoria configurándose en un trámite previo y necesario dentro de la estructura del proceso. Recordemos que esta era la forma en que estaba concebido originariamente el sistema de conciliación procesal en nuestro CPC de 1993, aunque posteriormente —a raíz de las modificatorias introducidas desde el año 2008 por el Decreto Legislativo N° 1070— reviste un carácter facultativo.

La conciliación procesal puede considerarse un *procedimiento no jurisdiccional*, aunque intervenga en él, por razones de conveniencia, un juez civil, por el que se intenta que las partes entre las que existe una discrepancia o disceptación lleguen a una avenencia o convenio evitador del proceso, que, en otro caso, sería objetivamente necesario (PRIETO-CASTRO, 1989: pp. 418-422). En otras palabras, si bien es cierto que esta conciliación se desarrolla en el ámbito procesal, la participación del juez no se da como tal (con el deber de resolver el conflicto de intereses), sino como la de un *facilitador* que no está para decidir la controversia sino para restablecer el diálogo de las partes y que sean ellas las que decidan voluntariamente la solución de la controversia, haciendo innecesario el pronunciamiento jurisdiccional respecto del tema controvertido, ya que en este momento procesal son las partes las únicas que tienen capacidad de decisión.

En 1988, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal propuso en el texto del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que era aconsejable consagrar una *audiencia preliminar* en la cual, entre otras finalidades, se intente la conciliación de las partes. Es menester aclarar que el nombre de audiencia preliminar no debe entenderse como anterior al proceso, ya que de ser así sería preprocesal o extrajudicial, sino dentro de él. Según esta premisa, nos encontrábamos ante una primera audiencia, dentro del proceso judicial, a la que deben comparecer ambas partes, presidida por el tribunal, cuyo fin primordial era evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento. Nuestra legislación procesal acogió en parte este modelo, pero con ciertas variantes, pues se procede al saneamiento del proceso, luego –aunque ahora de manera facultativa– se busca la conciliación judicial, y de no ser posible esta, se procede a fijar los puntos controvertidos y a la actuación de pruebas, encontrándonos con tres audiencias (saneamiento, conciliación y actuación de pruebas).

Se considera como antecedentes de esta institución el *erste tagsatzung* o primera audiencia dentro del proceso del régimen austríaco o la *personeliche erscheinung des parteien*, o *comparecencia personal de las partes*, figura análoga del Derecho alemán. Eduardo J. Couture, en su proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay de 1945, señala que esta institución se origina en el régimen norteamericano del *pretrial*; aunque algunos sistemas la han asimilado, con algunas modificaciones, con el Derecho portugués y el *despacho regulador*, contemplado en el proceso sumario portugués por Ley de 1907, el cual pasara luego a ser precedido de una audiencia preparatoria, la cual se iniciaba, justamente, con la tentativa de conciliación. Luego, llegó como *despacho saneador* al Código Procesal brasileño de 1973 con el exclusivo fin de saneamiento del proceso después de la fase postulatoria. En el régimen mexicano, en la organización del juicio ordinario se introdujo una audiencia preliminar cuyas finalidades básicas son tentar la

conciliación, examinar la regularidad de la demanda y la contestación así como otras cuestiones estrictamente procesales.

Las funciones de esta audiencia preliminar pueden ser de diversa índole. Así, tenemos la función *conciliadora* (exclusión del proceso), *saneadora* (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), *abreviadora* (establecer el objeto del proceso y de la prueba) y *ordenadora*, justamente por el tribunal respecto del futuro desarrollo del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba. Con respecto a la función de conciliación por intermedio del tribunal que se realiza en la audiencia preliminar, esta corresponde a la finalidad de extinguir el proceso.

#### 4. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

La conciliación extrajudicial se encuentra regulada por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, que la concibe como un mecanismo obligatorio y previo a la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles. En este sentido, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 6 de la Ley, se le considera como un requisito de *procedibilidad*, pues el incumplimiento de transitar previamente por un centro de conciliación genera la declaración de improcedencia de la demanda interpuesta. Así, nos encontramos con un mandato procesal para los jueces, el cual, curiosamente, no se encuentra en la ley adjetiva. Efectivamente, este dispositivo señala que “si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia de conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial para intentar resolver previamente su conflicto, el juez competente al momento de calificar la demanda, deberá declararla improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”.

Pero debemos precisar que lo que se considera como requisito de procedibilidad es el acta de conciliación extrajudicial que acredita la concurrencia previa del demandante al procedimiento conciliatorio como solicitante sin haber logrado un acuerdo, ya que de existir acuerdo conciliatorio el acta que lo contiene tiene el mérito de ser un *título ejecutivo de naturaleza extraprocesal*, que resuelve la controversia por acuerdo de las partes y que, en caso de un eventual incumplimiento, se ejecuta mediante el proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

El hecho de considerar al procedimiento conciliatorio extrajudicial como un requisito de procedibilidad supera la antigua distinción de *requisito de forma* y *requisito de fondo* que se aplicaba para distinguir un requisito de admisibilidad de un requisito de procedibilidad –y que aun se encuentra regulada en el artículo 128 de nuestro CPC–. Estas categorías jurídicas, según la moderna doctrina procesal, se diferencian ahora por el simple hecho de que, en caso de ausencia, la norma

procesal permite poder subsanarlas (*requisito de admisibilidad*) o no (*requisito de procedibilidad*). Así, al ordenarse al juez que proceda a la declaración de improcedencia de la demanda por el incumplimiento del requisito previo de la conciliación extrajudicial, sin posibilidad de subsanar dicha omisión, tenemos que esta se convierte en un requisito de procedibilidad, excluyéndose del análisis si se trata de un requisito de fondo o de forma.

Si bien es cierto que la conciliación extrajudicial es considerada como un requisito de procedibilidad, se deben precisar tres cosas:

En primer lugar, la exigencia del cumplimiento del requisito de procedibilidad del intento conciliatorio previo se encuentra limitada a un ámbito territorial muy restringido, pues se ha optado por una implementación progresiva mediante *calendario oficial* que contemple no menos de tres *distritos conciliatorios* (que equivalen a provincias) por año. A la fecha, la conciliación extrajudicial es exigida como requisito de procedibilidad en los *distritos conciliatorios (provincias)* de Lima, Callao, Trujillo, Arequipa, Cusco, Huancayo, Cañete, Huaura, del Santa, Piura, Ica, Chiclayo, Cajamarca, Puno, Huamanga, Huánuco, Tacna, Maynas, Huaraz, San Martín, Tumbes, Coronel Portillo, Mariscal Nieto, Abancay, Pasco, Huancavelica, Tambopata y Chachapoyas, y a partir de 2015 se ha ampliado esta exigencia en las provincias de San Román, Sullana, Barranca y Moyobamba, y desde el 2016 se exigirá en las provincias de Chincha, Pisco, Rioja, Satipo, Ilo y Andahuaylas.

Por otro lado, no debemos limitar nuestra concepción de la conciliación extrajudicial como un mero requisito de procedibilidad previo a la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles, ni tampoco visualizarla como un requisito burocrático para acceder al Poder Judicial ni mucho menos como un incremento para el ciudadano de los costos de acceso a la tutela jurisdiccional. El marco normativo permite que las partes intenten llegar a un acuerdo conciliatorio que resuelva la controversia entre ellas y, en consecuencia, haga innecesario el inicio del proceso judicial. Así, la conciliación puede ser concebida también no como un costo adicional que deba asumir el futuro litigante, sino como una inversión que podría evitarle asumir los costos económicos y emocionales derivados del inicio de un largo y complicado proceso. Por otro lado, el hecho de que una controversia se encuentre judicializada no impide que esta pueda ser sometida a conciliación extrajudicial, intentando –nuevamente– el arreglo de dicha controversia ante un Centro de Conciliación y, de lograrse, se solicitará al juez que apruebe la conciliación y concluya el proceso, conforme lo habilita el artículo 327 del CPC.

Finalmente, debemos recordar que la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad solamente se circunscribe a derechos de naturaleza civil-patrimonial que la norma denomina *derechos disponibles*, pues los temas derivados del derecho de familia son materias conciliables de naturaleza

facultativa, en virtud de la modificación establecida por la Ley N° 29876, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de junio de 2012, que incorporó al artículo 9 de la Ley de Conciliación que regula las materias conciliables facultativas, que los temas de familia –específicamente los referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia así como otros que deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición– sean considerados *facultativos*; aunque con una técnica legislativa deficiente. También tienen el carácter de materias conciliables facultativas los temas laborales, en mérito de la tercera disposición final del Decreto Legislativo N° 1070.

## 5. OPORTUNIDAD DE LA CONCILIACIÓN

Lo que si queda claro es que se puede conciliar en cualquier estado del proceso, siempre que no haya concluido este, es decir, que no se haya expedido sentencia en segunda instancia, porque la decisión ha de recaer en un proceso que todavía no goza de la *inmutabilidad de cosa juzgada*, y en el supuesto que la conciliación sea celebrada con posterioridad a la emisión de la sentencia definitiva, nos ubicamos en la figura que regula el artículo 339 del CPC, cuyos efectos son totalmente distintos para el proceso (LEDESMA, 2009: pp. 660-661).

Así, la conciliación puede invocarse aun cuando se hubiere expedido la sentencia en primera instancia y antes de que se expida en segunda, esto debido a que el CPC busca o persigue preferentemente llegar a lo que sanciona el numeral III del Título Preliminar, el cual establece la obligación preliminar que tiene el juez de orientar el proceso a su finalidad concreta, es decir, resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales de las partes en conflicto; por supuesto sin perder de vista que su finalidad abstracta es lograr la paz social con justicia, apelando a la voluntad componedora de estas (ZEGARRA, 1999: pp. 110-111).

En este orden de ideas, las partes procesales pueden intentar conciliar su conflicto de intereses valiéndose para tal fin tanto de la conciliación procesal como de la conciliación extrajudicial, aun si la controversia ha sido decidida por el juez de primera instancia y se encuentre en trámite de apelación de sentencia. El único requisito reposa en que no exista una sentencia firme y consentida que haya concluido el proceso y sobre la que recaiga autoridad de cosa juzgada, con lo cual el acto de avenimiento de las partes reemplazará cualquier pronunciamiento jurisdiccional que pudiera haberse dado en primera instancia.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1947): *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, México: Imprenta Universitaria; ALSINA, Hugo (1963): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, parte general, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; COUTURE, Eduardo J. (1976): *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires: Depalma; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1996): *La conciliación*. Lima: Legrima Editorial; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; ORMACHEA CHOQUE, Iván y SOLÍS VARGAS, Rocío (1998): “Retos y posibilidades de la conciliación en el Perú. Primer estudio cualitativo. Propuestas de políticas y lineamientos de acción”. En: *Cuadernos de Debate Judicial*, vol. 2. Lima: Consejo de Coordinación Judicial. PRIETO-CASTRO, Leonardo (1989): *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed. Madrid: Tecnos; ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer (1999): *Formas alternativas de concluir un proceso civil*, 2ª ed. actualizada, Trujillo: Marsol Perú Editores.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BUSTAMANTE, Alberto (1993): *Justicia alternativa*, Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado; MONTOYA CASTILLO, Carlos Franco (2013): *Problemas más frecuentes en la calificación de las demandas judiciales. Doctrina y casuística jurisprudencial*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2013): “¿Cómo evitar la improcedencia de la demanda? Recomendaciones desde el punto de vista de la Ley de Conciliación”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2014): “Intervención de los sujetos en el proceso judicial y en el procedimiento conciliatorio”. En: *Actualidad Civil*, N° 1; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil. Introducción. Libro primero*. Traducción de Ángela Romero Vera, Lima: ARA; SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro (1998): *La conciliación judicial y extrajudicial*, 1ª ed. Lima: Ediciones Forenses; SUMARIA BENAVENTE, Omar (2014): “Manifestaciones de las formas de solución de conflictos como expresión de la ‘cultura’ y la relación con el desarrollo de la ‘autoridad’”. En: *Actualidad Civil*, N° 1; ROMERO GÁLVEZ, Salvador Antonio; AHOMED CHÁVEZ, Omar Abraham (2003): *Negociación directa y asistida. Tratado de gestión de conflictos*. Lima: Asociación Promotora de Desarrollo Social; ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer (1999): *Formas alternativas de concluir un proceso civil*, 2ª ed. actualizada, Trujillo: Marsol Perú Editores.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El artículo 323 del Código Procesal Civil se refiere a la oportunidad en que es factible realizar la conciliación y habiéndose producido ésta en el curso de la audiencia única a que se refiere el artículo 554 del Código Adjetivo antes citado, el que expresamente contempla la etapa de conciliación, estando además a lo dispuesto por el artículo 224 de la misma norma, el recurso resulta en esta parte infundado (*Cas. N° 708-97 Lambayeque*).



## Artículo 324

### Formalidad de la conciliación

*La conciliación se lleva 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.*

*Los jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se le aplica una multa de entre tres y seis unidades de referencia procesal (URP). (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 309, 469; L.C. art. 1 y ss.; L.O.P.J. arts. 185 inc. 1, 24 DF.*

*F. Martín Pinedo Aubián*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 324 del CPC establece la posibilidad del empleo de la conciliación en sus dos vías: *extrajudicial* y *procesal*. El empleo de la conciliación extrajudicial reviste un carácter obligatorio (aunque limitado territorialmente) como requisito de procedibilidad, aunque también se puede emplear para el intento de resolver controversias ya judicializadas. Por su parte, la conciliación procesal reviste un carácter facultativo, pero puede convocarse a pedido tanto del juez como del pedido conjunto de las partes procesales. La única prohibición expresa para emplear cualquier forma de conciliación la encontramos en los casos de violencia familiar. Para poder entender la actual regulación se hace necesario revisar la forma cómo ha ido evolucionando el criterio del legislador en lo que respecta a la concepción de la institución de la conciliación como forma especial de resolución de conflictos que puede ser empleada por elección de las partes o por convocatoria del juez.

## 2. TRATAMIENTO ORIGINARIO: CONCILIACIÓN PROCESAL OBLIGATORIA

En un contexto de proceso por audiencia, la conciliación procesal era concebida originariamente como una audiencia de realización obligatoria guiada por un

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

juez que tenía como una de sus funciones más importantes la de propiciar la conciliación entre las partes. En este sentido, la redacción original del artículo 324 del CPC de 1993 prescribía que “la conciliación puede ocurrir ante el juez del proceso en la audiencia respectiva, o en la que este convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes para tal efecto”.

El CPC regulaba originariamente a la institución de la conciliación pero con el carácter de ser una audiencia obligatoria que debía realizar el juez al interior del proceso. Durante su vigencia se estableció la *conciliación procesal* en el Perú con las siguientes características: i) procesal (dentro del proceso o intraproceso); ii) obligatoria, bajo sanción de nulidad del proceso; iii) se realizaba ante el juez del litigio; iv) se hacía en la audiencia de conciliación respectiva o en cualquier momento posterior del proceso; y, v) podía ser convocada también, de manera facultativa, a pedido del juez o a solicitud conjunta de las partes.

Esta forma de conciliación llamada *procesal* está normada considerándola como una de las formas especiales de conclusión del proceso (junto con el allanamiento y reconocimiento, la transacción judicial, el desistimiento –de la acción y de la pretensión– y el abandono).

### 2.1. Sistemas conciliatorios generados por el marco normativo originario

La redacción original del Código adjetivo establecía la importancia reconocida a la conciliación procesal y no limitaba la posibilidad de su celebración, estableciendo que esta podía realizarse hasta en tres momentos diferentes antes que se dicte sentencia en segunda instancia y ante la presencia del juez. Así, en un primer momento se celebraba en la audiencia de conciliación (según lo prescribían el derogado inc. 9 del art. 478, y el inc. 8 del art. 491 y art. 554 del CPC, estos dos últimos modificados posteriormente desde el año 2008 por el D. Leg. N° 1070); en un segundo momento, cuando el juez la convoque de oficio; y en un tercer momento, cuando las partes la soliciten de manera conjunta. De esta manera, el conflicto de intereses podía ser solucionado –vía conciliación– en cualquier estado del proceso, pudiendo ser requerida tanto por el juez como por los litigantes (ZEGARRA, 1999: pp. 111-112).

Esta regulación adjetiva originaria generaba dentro del proceso civil tres sistemas conciliatorios, a saber:

#### a) Sistema de conciliación procesal obligatoria del juez

Que operaba cuando la conciliación debía convocarse y realizarse necesariamente por el juez en una audiencia obligatoria dentro del proceso judicial, al existir obligación legal de realizarla cumpliendo ciertas reglas

procesales de manera escrupulosa (como requerir fórmula conciliatoria a las partes o proponerla en caso de que las partes no aceptaran las fórmulas de aquellas) bajo sanción de nulidad.

**b) Sistema de conciliación procesal facultativa del juez**

Que implicaba la realización de la audiencia de conciliación al interior del proceso judicial cuando el juez lo creía necesario, esto es, el juez estaba facultado a convocar de oficio a una audiencia de conciliación procesal cuando consideraba que las circunstancias evidenciaban que las partes podían poner fin a la controversia mediante medios conciliatorios que hagan innecesario la imposición de una solución a las partes mediante expedición de sentencia, lo que justificaba el ejercicio de esta facultad de convocatoria por parte del juez. Queda claro que esta audiencia podía convocarse después de realizada la audiencia de conciliación procesal obligatoria.

**c) Sistema de conciliación procesal facultativa de las partes**

En el cual la realización de la audiencia de conciliación dependía exclusivamente de la voluntad de las partes, las cuales podían optar por solicitar de manera conjunta al juez la celebración de una audiencia de conciliación procesal a fin de evitar proseguir con el juicio y la consecuente expedición de la sentencia.

La falta de acuerdo conciliatorio en la realización de la audiencia de conciliación procesal obligatoria no impedía que, posterior a ella, se pudiese ejercer la facultad de convocar a una nueva audiencia de conciliación procesal amparado en cualquiera de los otros dos sistemas conciliatorios procesales existentes (*facultativa del juez y facultativa de las partes*), siempre y cuando no se hubiese expedido sentencia en segunda instancia.

**3. CONCILIACIÓN PROCESAL POR MODIFICACIÓN DEL  
DECRETO LEGISLATIVO N° 1070**

Posteriormente, el artículo 324 del CPC fue modificado por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, señalando que “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”.

Esta nueva regulación varía la concepción en cuanto a la institución de la conciliación procesal, adoptando un criterio de considerarla *facultativa*, a la par que

incorpora la posibilidad de conciliar ante un centro de conciliación con lo cual se genera un sistema conciliatorio dual judicial - extrajudicial (ABANTO, 2010: pp. 103-123), con las características que pasamos a detallar.

### 3.1. Fecimiento del sistema de conciliación procesal obligatoria del juez

Recordemos que, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1070, mediante su disposición modificatoria única se derogaron los artículos 326 (*audiencia de conciliación*) y 329 (*protocolo de la conciliación*) del CPC, a la vez que se modificó no solo el artículo 324 sino también el artículo 327 del mismo cuerpo normativo, transformando a la conciliación judicial, que dejó de ser una audiencia de carácter obligatoria para el juez para transformarse en un acto eminentemente *facultativo* para las partes. Otra consecuencia importante de esta regulación procesal es que la labor conciliadora obligatoria se sustrae de la esfera procesal y se encomienda a un tercero imparcial y neutral como es el conciliador extrajudicial, que ejerce su labor al interior de un centro de conciliación extrajudicial –siendo que ambos son supervisados y fiscalizados por el Ministerio de Justicia en tanto se constituye en *ente rector*– y que cuenta además con la ventaja de encontrarse capacitado y entrenado en el manejo de conflictos.

Esta regulación presenta las siguientes características: i) la audiencia conciliatoria se puede realizar fuera del local del juzgado ante un centro de conciliación extrajudicial; ii) el procedimiento conciliatorio extrajudicial es concebido como un requisito de procedibilidad obligatorio previo a la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles, conforme a la regulación contenida en la Ley N° 26872, Ley de Conciliación; iii) el acuerdo conciliatorio adoptado ante un centro de conciliación extrajudicial puede emplearse también como una forma de dar conclusión a un proceso abierto; y iv) la conciliación procesal, que es eminentemente facultativa, debe ser solicitada por ambas partes al juez, quien en atención a este pedido conjunto deberá convocar a la realización de la audiencia respectiva en cualquier etapa del proceso.

El Decreto Legislativo N° 1070 también modificó el artículo 468 del CPC que, originariamente, obligaba al juez a convocar a una audiencia de conciliación procesal una vez saneado el proceso, prescindiendo actualmente de la realización obligatoria de la audiencia conciliatoria; por su parte se derogaron los artículos 469 al 472 referidos a la finalidad de la audiencia de conciliación y al hecho de tener una audiencia con o sin conciliación.

Con estas disposiciones se eliminó el *Sistema de Conciliación Procesal Obligatoria del juez*, con lo cual se liberaba al juez de convocar obligatoriamente a una

audiencia de conciliación procesal, convirtiéndolo en un *juez de litigio*. Un sector importante de magistrados considera adecuada la flexibilización de la realización de la audiencia de conciliación judicial que, al ser facultativa, la torna más ágil y menos formal; en este sentido, nuestra posición siempre ha sido optar no por la eliminación de la audiencia de conciliación en sede judicial, sino poner a disposición de las partes múltiples espacios de diálogo en los que puedan emplear la conciliación, siendo un aspecto aparte el de la adecuada capacitación de los jueces en técnicas de conciliación que les permitan ser menos empíricos y más eficientes en cuanto al desempeño de su labor conciliadora.

### **3.2. Persistencia del sistema de conciliación procesal facultativa del juez**

En el sistema procesal incorporado al CPC por el Decreto Legislativo N° 1070 existe la duda respecto al fenecimiento del *sistema de conciliación procesal facultativa del juez*, pues si bien es cierto se dejó de regular expresamente en el Código adjetivo la posibilidad de que el juez convoque de oficio a una audiencia de conciliación procesal, se mantiene en el artículo 185 de la LOPJ las facultades conciliatorias del juez y, en consecuencia, se encontraría habilitado para poder convocar en cualquier momento –aunque insistimos, de manera facultativa, sin carácter obligatorio ni coercitivo– a una audiencia de conciliación procesal.

Consideramos que, a pesar de no haberse derogado las facultades conciliatorias de los jueces contenidas en la LOPJ el sistema de conciliación procesal facultativa del juez persistió, aunque pocos jueces hicieron uso de aquellas facultades, convirtiéndose en una institución casi inexistente, pudiendo afirmar que cayó en desuso aunque el sistema perviviese de manera formal.

### **3.3. El pedido conjunto como requisito del sistema de conciliación procesal facultativa de las partes**

Lo que sí queda claro es que el *sistema de conciliación procesal facultativa de las partes* se mantiene vigente, siendo requisito indispensable que la realización de la audiencia de conciliación procesal sea solicitada al juez por ambas partes; aunque esta posición no es uniforme, pues cierto sector de la doctrina sostiene tesis distintas. En este sentido, LEDESMA (2009: p. 668) afirma:

“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, siendo que 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”.

Estimamos que el mandato legal es expreso al exigir que para que proceda la convocatoria a una audiencia de conciliación procesal deben ser *ambas partes de manera conjunta* las que soliciten al juez su realización, lo que siempre va a suponer una especie de *acuerdo preliminar*, por lo que un pedido de naturaleza unilateral en este sentido no prosperaría a nivel procesal, pues el juez deberá exigir que se le acredite el pedido conjunto de ambas partes procesales; sin embargo, y en aplicación del precitado artículo 327 del CPC, podría darse una manifestación de voluntad unilateral de una de las partes procesales de querer resolver la controversia que se encuentra judicializada, pero esta se hará en un contexto extrajudicial mediante la presentación de una solicitud de conciliación individual ante un centro de conciliación extrajudicial y, de llegarse a un acuerdo total podrá presentarse el acta de conciliación respectiva para que el juez concluya el proceso.

#### **4. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**

Por otra parte, el Decreto Legislativo N° 1070 también modificó diversos artículos de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, con la finalidad de fortalecer a la conciliación extrajudicial al considerarla como requisito de procedibilidad tal como se desprende de una lectura del vigente artículo 6 de la Ley que señala que “[S]i la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”, convirtiéndola en un requisito de procedibilidad obligatorio, previo a la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles.

##### **4.1. Sistema conciliatorio preprocesal obligatoria para las partes**

Estas modificaciones generaron y fortalecieron un *sistema conciliatorio preprocesal obligatoria para las partes*, que también puede considerarse como un sistema *prejudicial* o *de vía previa*, en el cual, por mandato expreso de la ley, la conciliación es exigida a las partes de manera previa y obligatoriamente a la interposición de la demanda judicial, convirtiéndose en un requisito de procedibilidad de esta. En otras palabras, se exige al futuro litigante agotar la vía conciliatoria de manera previa, y en caso de no lograr solucionar su controversia, debe dejar constancia de esto en un acta que acompañará al escrito de demanda, sin la cual esta será declarada improcedente. Este es el sistema implementado por la Ley

N° 26872, Ley de Conciliación y puesto en práctica en aquellos lugares donde viene funcionando la implementación progresiva de la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad.

Recordemos que por Decreto Supremo N° 005-2010-JUS se estableció el calendario oficial de entrada en vigencia de la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial y se ordenó que sean no menos de tres distritos conciliatorios por año. A la fecha, la conciliación extrajudicial es exigida como requisito de procedibilidad en los *distritos conciliatorios (provincias)* de Lima, Callao, Trujillo, Arequipa, Cusco, Huancayo, Cañete, Huaura, del Santa, Piura, Ica, Chiclayo, Cajamarca, Puno, Huamanga, Huánuco, Tacna, Maynas, Huaraz, San Martín, Tumbes, Coronel Portillo, Mariscal Nieto, Abancay, Pasco, Huancavelica, Tambopata y Chachapoyas. Recientemente, por Decreto Supremo N° 004-2015-JUS, a partir de 2015 se ha ampliado esta exigencia en las provincias de San Román, Sullana, Barranca y Moyobamba, y desde el 2016 se hará lo propio en las provincias de Chincha, Pisco, Rioja, Satipo, Ilo y Andahuaylas. En estas provincias se ha fortalecido la conciliación extrajudicial al ser considerada como un requisito de procedibilidad previo a la interposición de una demanda que verse sobre derechos disponibles de naturaleza civil, aunque una vez cumplido el intento conciliatorio y judicializada la controversia la conciliación procesal tiene un carácter facultativo, en mérito a las modificaciones introducidas al CPC por el Decreto Legislativo N° 1070.

Empero, este esquema de fortalecimiento de la conciliación extrajudicial no opera en el resto de provincias del país donde tenemos un esquema de debilitamiento de ambos sistemas conciliatorios (*extrajudicial y procesal*), toda vez que ni se exige el cumplimiento de requisito de procedibilidad alguno –que torna en la práctica a la conciliación extrajudicial en facultativa– y al interior del proceso judicial los jueces se encuentran con una audiencia de conciliación judicial de carácter facultativo. Es decir, en aquellos lugares donde no se encuentra implementada la obligatoriedad de la exigencia de la conciliación extrajudicial no existe ningún tipo de conciliación, ni procesal ni extrajudicial. Tal vez el panorama sería distinto si se estableciera que en aquellos lugares donde no se exija el cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad se restableciera la plena vigencia de la obligatoriedad de la conciliación procesal, con lo cual persistiría, por lo menos, uno de los sistemas conciliatorios.

#### **4.2. Conciliación extrajudicial como forma de conclusión de un proceso ya iniciado**

Como ya hemos señalado anteriormente, si bien es cierto la conciliación extrajudicial se considera como un requisito de procedibilidad obligatorio y previo a

la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles, también existe la posibilidad de que las partes procesales que tienen una controversia judicializada sobre la cual no hay una sentencia definitiva puedan intentar resolverla solicitando de manera individual o conjunta el inicio de un procedimiento conciliatorio ante un centro de conciliación, y de llegar a un acuerdo, deberán presentar el acta con acuerdo al juez para que la apruebe y concluya el proceso. Esta figura será analizada en detalle al comentar el artículo 327 del CPC.

## **5. NUEVA FÓRMULA LEGAL DEL ARTÍCULO 324 DEL CPC MODIFICADO POR LA LEY N° 30293**

La Ley N° 30293, de diciembre de 2014, modifica nuevamente el artículo 324 del CPC señalando que “la conciliación se lleva 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”, para luego incorporar un párrafo final que señala que “los jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se le aplica una multa de entre tres y seis unidades de referencia procesal (URP)”.

### **5.1. Las nuevas relaciones entre los sistemas conciliatorios preprocesal obligatoria para las partes, procesal facultativa de las partes y procesal facultativa del juez**

En esta nueva regulación legal, debemos precisar las nuevas relaciones que se dan entre los diversos sistemas conciliatorios existentes:

- a) Se mantiene a la conciliación extrajudicial como un requisito de procedibilidad previo a la interposición de toda demanda sobre derechos disponibles, la cual se lleva a cabo ante un centro de conciliación extrajudicial elegido por las partes, es decir, se mantiene el *sistema conciliatorio preprocesal obligatorio para las partes*, aunque como hemos visto esta obligatoriedad se encuentre limitada territorialmente.
- b) Por otro lado, vemos que el marco normativo permite que, una vez judicializada la controversia, y antes de la expedición de sentencia en segunda instancia, se pueda emplear a la conciliación extrajudicial como una forma especial de conclusión de un proceso abierto, por el que una de las partes (mediante una solicitud individual) o ambas (a través de una solicitud conjunta) podrán manifestar su deseo de concluir el proceso en instancia



conciliatoria iniciando un procedimiento conciliatorio extrajudicial ante un centro de conciliación y, arribando voluntariamente a un acuerdo que sirva para ello, presentarán el acta de conciliación respectiva al juez a fin de que este concluya el proceso, conforme lo señala el artículo 327 del CPC.

- c) Se establece la posibilidad de que, posterior a la realización de la conciliación extrajudicial y consecuente judicialización de la controversia, a solicitud de ambas partes el juez puede convocar a una audiencia de conciliación procesal, pedido que puede hacerse en cualquier etapa del proceso siempre y cuando no exista sentencia en segunda instancia. Esto supone que se mantiene el *sistema conciliatorio procesal facultativo de las partes*, pero con la exigencia legal expresa que el pedido de realización de la audiencia de conciliación procesal al juez debe ser formulado de manera conjunta por las partes procesales, en cualquier estado del proceso, antes de la expedición de sentencia en segunda instancia, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 323 del CPC.
- d) También se señala que antes de expedir sentencia, los jueces –de oficio o a solicitud de ambas partes– podrán citar a una audiencia de conciliación procesal. Con ello tenemos la reincorporación legal expresa del *sistema conciliatorio procesal facultativo del juez*, por el cual los jueces tienen la facultad legal expresa de poder convocar de oficio a una audiencia de conciliación procesal si advierten motivos suficientes de que las partes podrían arribar a una solución dialogada de su controversia, aunque debemos asumir que esta facultad podría ser considerada como una invocación final que formulan los jueces a las partes para que arreglen sus diferencias de manera armoniosa y mutuamente satisfactoria antes de expedir una sentencia que solamente beneficiaría a una de las partes.

La disposición legal expresa que esta audiencia de conciliación procesal, a realizarse de manera previa a la expedición de la sentencia, no solo puede ser convocada de oficio por el juez, sino que también puede ser solicitada por *ambas* partes, lo que supone un punto de conexión entre los sistemas conciliatorios procesales *facultativo del juez* y *facultativo de las partes*.

Creemos que pudo haberse regulado mejor este tema, pues ya existe la posibilidad de que ambas partes puedan solicitar de manera conjunta la realización de una audiencia de conciliación en cualquier estado del proceso y, por ende, también antes de la expedición de la sentencia; en todo caso, y tomando como modelo lo que sucede en un esquema de *Arb/Med*, el juez de primera instancia podría convocar a una audiencia de conciliación previa a la expedición de la sentencia, invocando a las partes sobre

la conveniencia del acuerdo que beneficie no a una sino a ambas partes. La naturaleza de esta audiencia debería ser de carácter muy informal y con un ánimo pacificador.

La figura del *Arb/Med* se inicia con un juicio arbitral ordinario en el cual el árbitro llegado el momento de adoptar una decisión coloca el laudo en un sobre y sale un momento de la habitación, diciendo a las partes que pueden leer juntas el fallo o retomar el control de su disputa y comenzar a negociar. Al reingresar el árbitro, puede ocurrir que los participantes hayan decidido leer el fallo o que, por el contrario, se abstengan de ello. Si cuando vuelve a la sala las partes están hablando entre sí y no han abierto el sobre con el laudo, el tercero se transforma en Mediador. En caso que las partes lleguen a un acuerdo, el facilitador se guarda el sobre y nadie sabe cuál era su decisión (HIGHTON; ÁLVAREZ, 1996: pp. 123-124).

- e) Aunque nuestro sistema procesal no lo contempla, podría sugerirse la incorporación futura de un esquema de conciliación por derivación (que se configura en un *sistema de conciliación procesal delegada*), tal y como se encuentra contemplada en el ordenamiento procesal mexicano, específicamente en el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que contempla que la actividad de conciliación la cumple no el juez sino un conciliador adscrito al juzgado, siendo que el juez tiene la obligación de remitir a las partes a un tercero experto en el manejo de situaciones conflictivas a efectos que dé trámite a la audiencia de conciliación, y en el caso de que la controversia se solucione, entonces procede a homologar el acta que contiene el acuerdo conciliatorio, caso contrario, retoma la conducción del procedimiento judicial.

## 5.2. Imposibilidad de recusación del juez

El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera expresar en la audiencia de conciliación procesal, sea esta convocada de oficio o a pedido de parte. Recordemos que las causales para solicitar la recusación de un juez se encuentran expresamente señaladas en el artículo 307 del CPC (amistad o enemistad manifiesta, parentesco consanguíneo o por afinidad, relaciones de crédito, empleadores o herederos, o existencia de proceso vigente con cualquiera de las partes, interés directo o indirecto en el resultado del proceso, entre otras). Al margen que no existe una causal específica de recusación del juez por las manifestaciones que pudiera formular en la audiencia de conciliación, debe entenderse que la disposición legal expresa prohíbe su recusación por esta inexistente causal, aun cuando cualquiera de las partes considere que exista algún tipo de prejuzgamiento o interés en el resultado del proceso.

En la doctrina existen tres tesis que tratan el tema del prejuzgamiento cuando el juez propone la fórmula conciliadora: la *tesis restrictiva*, que casi prohíbe el acto de conciliación, pues con la proposición de la fórmula conciliadora el juez secretamente puede inclinarse en favor de una de las partes o puede existir animadversión de un juez contra la parte que ha rechazado dicha fórmula; la *tesis intermedia*, que aumenta sensiblemente las facultades del juez en el acto conciliatorio, reduciendo el riesgo del prejuzgamiento y haciendo que asuma un decidido rol protagónico dentro del avenimiento y una función activa dentro de la conciliación, tratando de ordenar el proceso para mejor solucionar el conflicto; y la *tesis amplia*, que otorga un rol mucho más permisivo al juez dentro de la audiencia conciliatoria, siendo que no solo se limita a proponer una fórmula conciliatoria, sino que además lo dicho en tal diligencia no puede ser considerado de ninguna manera como prejuzgamiento (ZEGARRA, 1999: pp. 113-115).

Recordemos que el último párrafo del derogado artículo 326 del Código adjetivo señalaba que si la fórmula conciliatoria del juez no era aceptada por las partes y la sentencia otorgaba igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, el juez imponía una multa a la parte que había rechazado dicha propuesta. Esta situación era considerada como una materialización del prejuzgamiento del magistrado, aunque cierto sector de la doctrina lo llegó a denominar "coerciliación", es decir, una forma de coerción indirecta del juez a las partes para obligarlos a arribar a acuerdos conciliatorios. Este sistema ha sido proscrito de nuestra legislación procesal.

Pero en definitiva, lo que se busca con la prohibición de su recusación es que los jueces no tengan temor de convocar a una audiencia de conciliación de oficio o a pedido de parte, al no ser posible que la mera proposición de fórmulas conciliatorias en dicha audiencia sea considerado por las partes como un prejuzgamiento que le cause un grave perjuicio a la hora de tener que resolverse la controversia mediante la expedición de una sentencia al haber fracasado la invocación conciliatoria del juez y, de ser considerado como un acto de prejuzgamiento, que no exista posibilidad de habilitar a las partes a formular tal pedido al interior del proceso. Lo correcto es que esta facultad de convocar a una conciliación y proponer fórmulas conciliatorias se enmarcan dentro de las funciones de todo magistrado que tienen como objetivo lograr la paz social, configurándose en un acto de buenas intenciones, resultando improcedente cualquier pedido de recusación del juez por las opiniones, manifestaciones o sugerencias que pudiera haber expresado en dicha audiencia.

### **5.3. Prohibición expresa de conciliar casos de violencia familiar**

Coincidiendo con lo señalado por el marco normativo vigente, se prohíbe expresamente cualquier tipo de intento conciliatorio en temas que versen sobre

violencia familiar. Recordemos que la Ley N° 29990 –publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de enero de 2013– ha establecido la prohibición de emplear la conciliación como forma de resolución de conflictos en los que se advierta casos de violencia familiar. Esta prohibición se aplica mediante modificaciones a lo regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley de Conciliación y el Código Penal, con lo que este nuevo marco normativo prohíbe conciliar casos de violencia familiar a cualquier nivel.

La modificación incorporada por la Ley N° 29990 a las reglas del *proceso único* reguladas en el nuevo Código de los Niños y Adolescentes –aprobado por Ley N° 27337– precisa en el artículo 170 un deber al juez, el que al convocar a la realización de la audiencia, ahora se encuentra prohibido de convocar a una audiencia de conciliación en los casos de violencia familiar.

Asimismo, la Ley N° 29990 modifica el artículo 7 de la Ley N° 27939, Ley que establece el procedimiento en casos de faltas y que modificara a su vez los artículos 440, 441 y 444 del Código Penal. En estos casos, a pesar que de manera genérica se permite que en cualquier estado de la causa, hasta antes de dictada la resolución de segunda instancia, el agraviado puede desistirse o transigir, con la finalidad de dar por fenecido el proceso, se precisa la prohibición de que no procede la transacción ni el desistimiento en los procesos de faltas contra la persona derivados de violencia familiar. Ahora bien, si entendemos la *ratio legis* de la norma, la misma que está dirigida a eliminar la posibilidad de emplear la conciliación, entonces dicha prohibición se extiende también a la conciliación que no podrá ser empleada como forma especial de conclusión del proceso en los casos de violencia familiar.

La Ley N° 29990 ha establecido un marco normativo general que tiene como norte la proscripción de toda forma de conciliación frente a casos de violencia familiar tanto a nivel de lo regulado por el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley de Conciliación y el Código Penal. En definitiva, esta ley resulta una decisión legislativa que favorece la implementación de un marco legal en el que casos de violencia familiar no queden impunes a través de la realización de conciliaciones entre agresores y víctimas que oculten o perdonen actos de violencia familiar –ya sea de manera voluntaria o mediante actos que fuercen o coaccionen su libre voluntad–, con lo que deberíamos afirmar que este nuevo marco normativo prohíbe conciliar casos de violencia familiar a cualquier nivel.

#### **5.4. Multa en caso de incomparecencia**

Finalmente, en el caso de que la audiencia de conciliación procesal hubiese sido convocada a pedido de las partes y esta no pudiese realizarse por incomparecencia

de cualquiera de ellas, se establece la obligación de imponer una multa a aquella parte entre 3 a 6 Unidades de Referencia Procesal.

Recordemos que la audiencia de conciliación procesal tiene el carácter de ser *facultativa* en lo que respecta a su realización –ya sea *de oficio* o a *solicitud de ambas partes*– quedando claro que el juez no puede sancionar con multa a las partes que no hayan concurrido a la audiencia de conciliación convocada *de oficio*, pues al carecer de obligatoriedad en cuanto a su realización y tener más el carácter de una invocación del magistrado a las partes, mal haría el juez en pretender imponer una multa a la parte que no concurrió a dicha audiencia conciliatoria convocada como expresión de buenas intenciones y de la facultad conciliatoria de aquel.

Empero, si la audiencia hubiese sido convocada como consecuencia del pedido conjunto del demandante y del demandado, entonces el juez se vuelve un instrumento de la manifestación de voluntad de ambas partes y se ve forzado a convocar a una audiencia de conciliación en la seguridad que las partes han decidido desistir de su actitud antagónica y concluir el proceso de manera distinta a la sentencia, valiéndose para tal fin de la conciliación *procesal* en la audiencia que deberá ser conducida por el juez. Si en este contexto, la audiencia convocada no puede realizarse por inasistencia de cualquiera de las partes, entonces el juez se encuentra obligado a imponer una multa a la parte inasistente. Entendemos que la incomparecencia no podrá justificarse y el hecho de que por ello se imposibilite la realización de la audiencia de conciliación procesal debe ser entendida como una medida dilatoria de la secuencia del proceso que, en tanto inconducta procesal, deberá ser merituada como tal por el juez y proceder a sancionarla con la imposición de la multa.

Finalmente, recordemos que la Ley N° 30293 también ha modificado el artículo 423 del CPC, referente al pago de la multa, que debe pagarse inmediatamente después de impuesta, y su exigencia ya no se hace por el juez de la causa al concluir el proceso, sino que luego de los 10 días de requerido el pago mediante la resolución correspondiente sin haberse hecho efectivo el pago se transfiere la resolución de multa para su cobro en la oficina correspondiente, la que dispone de facultades coactivas.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABANTO TORRES, Jaime David (2010): *La conciliación extrajudicial y la conciliación judicial*. Lima: Grijley; HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladys S. (1996): *Mediación para resolver conflictos*. Serie Resolución Alternativa de Disputas, N° 1, 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; ZEGARRA

---

ESCALANTE, Hilmer (1999): *Formas alternativas de concluir un proceso civil*, 2ª ed. actualizada, Trujillo: Marsol Perú Editores.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1996): *La conciliación*. Lima: Legrima; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2008): “El fin de la conciliación (el nuevo marco normativo de la conciliación extrajudicial dado por el Decreto Legislativo N° 1070 y el nuevo Reglamento de la Ley de Conciliación)”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 180; PINEDO AUBIÁN, F. Martín; GUIA ABARCA, Diana Marilyn (2010): “Ni a favor ni en contra... ¡todo lo contrario!: problemas derivados de la interpretación y aplicación del Decreto Legislativo N° 1070”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 108; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2013): “El nuevo marco normativo que elimina la conciliación en asuntos de violencia familiar”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 144; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2014): “El marco normativo vigente no permite al juez de familia aprobar conciliaciones en casos de violencia familiar”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2015): “Mejorando la conciliación procesal (a propósito de las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por la Ley N° 30293 y su incidencia en la conciliación intraproceso)”. En: *Actualidad Civil*, N° 7.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La conciliación es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación o al juzgado de paz letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (*Apelación N° 2394-2003-Huaura*).

Permitir que la conciliación pueda realizarse ante un conciliador privado, establece una alternativa respecto de la conciliación ante una entidad pública, pero de ninguna manera elimina la necesidad de la participación de un tercero conciliador, por lo tanto no existe en la Ley la opción de escoger entre una conciliación asistida por tercero y una conciliación libre entre las partes (*Apelación N° 1291-2003-Ica*).

## Artículo 325

### Requisito de fondo de la conciliación

*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; L.C. art. 1 y ss.*

---

*F. Martín Pinedo Aubián*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

De ordinario se afirma que el acuerdo conciliatorio al que puedan arribar las partes en el proceso es el resultado de la coincidencia de la manifestación de la voluntad de aquellas que se da con la finalidad de concluir el proceso ya iniciado. Pero la sola manifestación de la voluntad de las partes no basta para concluir el proceso, pues la conciliación requiere de un *control jurisdiccional* como acto previo a su aprobación.

Así, a efectos de determinar la posibilidad de que una conciliación sea aprobada o no por el juez se deberá verificar, en primer lugar, que el objeto de la conciliación haya sido un derecho de naturaleza disponible, situación compleja habida cuenta que no tenemos una definición legal que nos permita de manera objetiva establecer cuándo posee naturaleza disponible y –por oposición– cuándo no la tiene, a efectos de delimitar su *conciliabilidad*, eso es, si es un derecho disponible y, por ende, susceptible de ser sometido a una conciliación.

Verificado esto, el juez deberá determinar que el acuerdo conciliatorio se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, es decir, debe tener vinculación estrecha con las materias o derechos que son objeto del litigio y están plasmados en las pretensiones. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, recién se expedirá la respetiva resolución que dará eficacia plena al acuerdo que, a partir de ese momento, adquirirá mérito ejecutivo.

## 2. EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LA HOMOLOGACIÓN

La conciliación requiere de un *control jurisdiccional* como acto previo a su aprobación por parte del juez, el cual está compuesto de dos elementos: i) que el acuerdo verse sobre *derechos disponibles* y ii) que guarde correlación con el derecho en litigio (LEDESMA, 2009: pp. 678-679). Esta actividad jurisdiccional de valoración y calificación es ejercida por el juez y recae estrictamente en el acuerdo conciliatorio y no sobre el tema de fondo –que no es resuelto por el juzgador sino por la coincidencia de voluntad de las partes–.

Así, una vez efectuado este control jurisdiccional, se habilita a realizar la *homologación*, que es cuando se arriba a un acuerdo de partes que se celebra con la presencia e intervención del juez, y es aquel quien en lugar de dictar sentencia para resolver la litis, conoce y decide sobre la conciliación, expidiendo una resolución aprobándola para investirla de imperatividad y ejecutabilidad similar a la de una sentencia, adquiriendo recién el verdadero carácter de título ejecutivo, pues una vez que las partes han conciliado es imperativo contar con la aprobación judicial (LEDESMA, 2006: pp. 90-91). En este sentido, “[e]l título de ejecución (entiéndase título ejecutivo en la actualidad) está constituido, en este caso, por las copias certificadas de la conciliación judicial y el auto que la aprueba” (Cas. N° 2960-2006-Puno).

### 3. DERECHOS DISPONIBLES

La esencia misma de las materias conciliables, entendidas como los derechos que sí pueden someterse a un procedimiento de conciliación (*conciliabilidad*), la tenemos en el concepto de *derechos disponibles*. El actual marco normativo no define lo que debe entenderse por derechos disponibles. Como referencia normativa podríamos remitirnos a la definición legal contenida en el artículo 7 del primer Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por el derogado Decreto Supremo N° 001-98-JUS, la misma que establecía que podrá entenderse como derechos disponibles *aquellos que tienen un contenido patrimonial*, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente; señalando seguidamente que son también derechos disponibles *aquellos que no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición*. Es necesario entonces entender –de manera más precisa– esta doble característica de los derechos disponibles: el *contenido patrimonial* y la *libre disposición*.

#### 3.1. Contenido patrimonial

En primer lugar, se afirma que los derechos disponibles tienen un contenido patrimonial, lo que se percibe como susceptible de valoración económica, esto es, que puede ser valorado monetariamente, ya sea fijándole un precio o mediante el pedido de una indemnización; pero existirá siempre la pregunta acerca de qué cosas pueden valorarse de esta forma, ya que el derecho privado, tradicionalmente, está integrado por dos tipos de derechos, a saber: *patrimoniales* y *no patrimoniales*.

Como precisa ROMERO (1947: p. 10):

“Derechos patrimoniales son los que pueden ser valuados en dinero; los no patrimoniales, los no valuables en dinero, como los referentes a la familia, la patria potestad, el estado civil, etc. Aunque debemos advertir que esta



clasificación clásica se encuentra en crisis ya que no siempre es exacta, porque el derecho de propiedad puede recaer sobre cosas que no tienen valor, o que pueden tenerlo solo para la parte interesada, como sucede, por ejemplo, con el caso de un recuerdo familiar, una carta o el rizo de la amada; en cambio tenemos derechos clasificados como no patrimoniales, como el de la patria potestad que, sin embargo, tiene frecuentemente un interés económico apreciable, porque el padre hace suyos los rendimientos de los bienes de los hijos”.

De igual forma, podríamos sostener de manera simplista que poseerá esta característica de patrimonial todo aquello que se refiera a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas materiales y que pueden ser cuantificados en dinero, aunque esta *patrimonialidad* se puede llegar a confundir con elementos no patrimoniales, toda vez que existirán derechos que, en principio, no serían susceptibles de valorarse económicamente –como por ejemplo el derecho al honor o a la integridad física– pero que mediante el pedido de una indemnización podrían patrimonializarse, aunque tampoco sean objeto de libre disposición. De manera contraria, derechos susceptibles de valorarse económicamente podrían verse impedidos de cuantificarse económicamente al primar un aspecto subjetivo compuesto por los afectos del propietario por sobre cualquier posible valoración económica que pueda realizarse de manera objetiva –como sucede con una reliquia familiar, que para el titular no tiene precio– encontrándonos ante aspectos altamente subjetivos de apreciación del derecho.

En este sentido, BULLARD, (1990: pp. 131-136) señala que:

“Podrá ser considerado como patrimonial aquel aspecto de la relación jurídica que persiga la satisfacción de un interés patrimonial en la prestación, es decir aquel interés que enfrente a dos individuos en su posibilidad mutua de maximizar beneficios”.

Vemos pues que nos encontramos con que esta característica de valoración económica no se podrá dar siempre puesto que no es exclusiva de los derechos disponibles, sino que también pueden llegar a patrimonializarse otro tipo de derechos que no son disponibles, pero que pueden valorarse económicamente en caso de una afectación negativa que requiera un resarcimiento económico, lo cual no implica que sean necesariamente disponibles, como ocurre en los pedidos indemnizatorios por daño a la integridad física o al proyecto de vida, que son derechos fundamentales que al ser valorados económicamente no se convierten en derechos disponibles. Por el contrario, también existe la posibilidad de que siendo el derecho objetivamente susceptible de valorarse económicamente, el titular de ese derecho no podrá asignarle un valor monetario por un elemento subjetivo que prima sobre el criterio objetivo de una valoración económica que podría efectuarse, por ejemplo, mediante una tasación. En definitiva, debe tenerse presente

que la posibilidad de valoración económica es una característica de los derechos disponibles que comparten con otros tipos de derechos indisponibles, pero susceptibles de valorarse económicamente.

### 3.2. Libre disposición

En segundo lugar, y atendiendo a la eventual imposibilidad de valorarse económicamente, se habla de la que podría considerarse la principal característica de los derechos disponibles, como es el hecho de que puedan ser objeto de libre disposición, esto es, que el titular de aquellos derechos ejercite facultades que demuestren su capacidad de dominio, enajenación o de gravar dichos derechos, sin ningún tipo de prohibición legal que limite o restrinja esas facultades, o que existiendo pueda ser superada.

El ejemplo clásico de derecho disponible lo encontramos al interior del derecho de propiedad, por el cual una persona tiene el derecho de usar, disfrutar, disponer y recuperar los bienes a los que tiene derecho, y debe entenderse que la facultad de disponer implica la posibilidad de preservar el derecho que posee, o apartarlo de su esfera de acción jurídica sin impedimento de ninguna clase. En este sentido, la Comisión de Justicia del Congreso, en su dictamen sobre el Proyecto de Ley de Conciliación definió como derechos disponibles *aquellos derechos de contenido patrimonial y por tanto pueden ser objeto de negociación (transacción), se regulan desde normas creadas inter partes con límite a las normas de carácter imperativo, son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación, son transmisibles por herencia, son susceptibles de caducidad y prescripción.*

Bajo esta perspectiva, ZEGARRA (1999: p. 116) sostiene que:

“Deberá considerarse como absolutamente indisponibles aquellos derechos que sean inalienables (vale decir ni transferible ni cedible) *intervivos*, intransmisible *mortis causa*, irrenunciables, no pignoraables y no usucapiables. Esta indisponibilidad acarrea la invalidez absoluta (nulidad) del acto (negocio) con el cual se disponga de él enajenándolo, renunciándolo o si fuera el caso, constituyendo sobre él derechos reales menores. Por consiguiente no podrán ser materia de conciliación aquellos derechos que no sean de libre disposición”.

Finalmente, el hecho de que las partes puedan disponer de sus derechos se encuentra limitado ya que esos actos de libre disposición serán válidos siempre y cuando el acuerdo conciliatorio al que se haya arribado no sea contrario a las leyes que interesan al orden público ni a las buenas costumbres.

Un ejemplo podría graficar mejor la situación:

Suponiendo que una persona en su condición de propietaria de un inmueble decidiera darlo como parte de pago de una deuda contraída con un tercero, no tendría ningún inconveniente —en principio— para poder formalizar dicho cumplimiento mediante la celebración de un acuerdo conciliatorio con su acreedor en el cual le transfiere la titularidad del predio; pero la posibilidad que esa situación pueda ocurrir en la realidad variará sustancialmente si es que de los hechos se llegará a verificar que el deudor posee el estado civil de casado, y que ese inmueble hubiera sido adquirido con posterioridad a la celebración de su matrimonio, con lo que se constituiría en bien común de la sociedad de gananciales; o que el inmueble con el que pretende cancelar la deuda estuviera sujeto a algún tipo de carga o gravamen, hechos que dificultarían o imposibilitarían el acto de disposición por mandato legal y que deberían estar perfectamente señalados en la normativa y ser de cumplimiento obligatorio.

Comentario aparte merece el hecho de distinguir los derechos disponibles, con su característica de libre disposición, de los demás derechos que posee toda persona y que se encuentran amparados por la normativa vigente. Así, nuestra Constitución reconoce derechos inherentes a todo ser humano que no pueden ser otorgados o negados ya que se nace con ellos y poseen la característica de ser fundamentales como sucede con los derechos a la vida, la integridad moral, psíquica y física, etc. y que fueron reconocidos como consecuencia de la revolución liberal iniciada en Francia en 1789 que pregonaba el reconocimiento de ciertas libertades básicas inherentes a todo individuo por el solo hecho de serlo. Esta situación se llegó a complementar con la incorporación de los llamados *derechos sociales*, con una clara mención de los derechos laborales —que en nuestra Constitución Política tienen el carácter de *irrenunciables*— exigiendo una más activa participación del Estado a fin de que cumpla con su rol de proporcionar seguridades a sus miembros. Tan importantes son estos derechos que no se permite cualquier acto de disposición, cesión o renuncia a pesar que sus titulares deseen hacerlo, ya que por encima de su voluntad prima el interés social.

### 3.3. Características de los derechos disponibles

En la práctica, el término derechos disponibles subsume toda una serie de posibilidades de materias de Derecho Civil patrimonial en las que la exigencia de la conciliación resultaría exigible de manera obligatoria; así, por ejemplo, se afirma que se constituyen como materias susceptibles de conciliarse los desalojos, otorgamiento de escritura pública, interdictos, pago de deudas, obligación de dar, hacer o no hacer, indemnizaciones, división y partición de bienes, incumplimiento, resolución y rescisión de contrato, rectificación de áreas y linderos, reivindicación, retracto, mejor derecho de propiedad, ofrecimiento de pago, pago de alquileres, problemas vecinales y otros sobre derechos disponibles. Todos estos

temas y otros más que se podrían suscitar, presentan una serie de características comunes que conviene precisar:

En primer lugar, existe la posibilidad de que *los derechos sean valorados económicamente*.

En segundo lugar, al margen de la ya aludida posibilidad o no de ser valorados económicamente, nos encontramos ante *derechos de libre disposición por parte de sus titulares*, lo que implica que no existe ningún tipo de impedimento legal para que los titulares de esos derechos los puedan apartar de su esfera de actuación jurídica a través de una renuncia –sea esta unilateral o bilateral, a título oneroso o gratuito– o una transacción.

Finalmente, en tercer lugar, existirá la *exigencia de su cumplimiento* a aquel que está obligado a hacerlo por parte de la persona afectada por el incumplimiento de determinada obligación y que, desde un punto de vista legal –como parte de una relación obligacional en la que encontramos a un deudor y a un acreedor– constituirá la raíz del conflicto o controversia.

Por otro lado, recordemos que la legislación específica sobre conciliación extrajudicial establece la posibilidad de conciliar *pretensiones determinadas* (planteadas por el solicitante en la solicitud de conciliación) y *pretensiones determinables* (planteadas por cualquiera de las partes –solicitante e invitada– durante el desarrollo de la audiencia de conciliación), que versen sobre derechos disponibles de las partes, es decir, sobre aquellos derechos que pueden ser objeto de valorización económica, pero que siempre pueden ser objeto de libre disposición.

#### 4. CORRELACIÓN CON EL DERECHO EN LITIGIO

Queda claro que, aparte de encontrarnos frente a un derecho disponible, el juez deberá verificar que el acuerdo conciliatorio al que arriben las partes guarde correlación con el derecho en litigio. Cuando se exige que el acuerdo deba tener correlación con el pedido de las partes, esto implica que *deberá versar sobre la pretensión material que se ventila dentro del proceso* (ZEGARRA, 1999: p. 121), es decir, que el acto de solución de la controversia adoptado por las partes debe adecuarse a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, pues el acuerdo no puede estar referido a relaciones jurídicas sustanciales diversas de aquella de la cual deriva la materia litigiosa sometida a juicio, pues debe existir *congruencia* entre la pretensión objeto del proceso y el objeto de la conciliación contenido en el acuerdo y que resuelve el conflicto plasmado en la pretensión para recién poder considerar que la conciliación pueda aprobarse por resolución y, en consecuencia, se culmine el litigio.

Recordemos que el *principio de congruencia* supone que, siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que las normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara –es decir, el contenido de su declaración– es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que este ha pretendido en la demanda (MONROY, 1999: pp. 90-91).

En otras palabras, la congruencia es la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima lo que supone que la congruencia reclama que todas las pretensiones deducidas por el accionante, como también la totalidad de las cuestiones llevadas a la controversia por la demandada, deban ser ponderadas y resueltas por el juzgador, lo que comprende los siguientes aspectos: i) resolución de todas las pretensiones deducidas; es decir prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; ii) resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; o sea, prohibición de resolver pretensiones no ejercitadas o –lo que es sustancialmente lo mismo– alterar o exceder las deducidas; iii) aplicación de las reglas precedentes a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas (PEYRANO, 1978: pp. 35-48).

Por ello, cuando decimos que la conciliación debe tener correlación con el derecho en litigio nos encontramos frente a la exigencia de evitar un caso de incongruencia objetiva, es decir, el desfase que puede producirse entre las reclamaciones formuladas y su satisfacción por obra de la decisión jurisdiccional –o en el caso que nos ocupa, por decisión de las partes–. Hay incongruencia objetiva por exceso, y por ende resolución *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado; en tanto que la habrá por defecto cuando el tribunal, sin razón valedera, otorga menos de lo reclamado. La incongruencia objetiva *extra petita* se da cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido impetrado por las partes; en tanto que la habrá *citra petita* si aquel omite pronunciarse sobre la viabilidad de alguno de los pedidos deducidos (MONROY, 1987: p. 222).

En definitiva, si nos encontramos frente a una conciliación procesal sobre la totalidad de las pretensiones formuladas a nivel procesal, es tarea del juez verificar que exista coincidencia entre las pretensiones formuladas y los acuerdos conciliatorios. Situación análoga la encontraremos si la conciliación fuese extrajudicial y se presentase la respectiva acta de conciliación extrajudicial con acuerdo al juez a efectos de concluir el proceso. En el caso que la conciliación fuese parcial y alcance únicamente a algunas de las pretensiones dejando otras sin resolver,

deberá procederse de acuerdo a lo normado en el artículo 327 del CPC, siendo que el proceso continuará respecto de las pretensiones no afectadas.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BULLARD, Alfredo (1990): *La relación jurídico patrimonial: reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1996): *La conciliación*. Lima: Legrima; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (1987): *Temas de proceso civil*, Lima: Librería Studium; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, Bogotá: Temis; PEYRANO, Jorge W. (1978): *El proceso civil: principios y fundamentos*, 1ª ed. Buenos Aires: Astrea; ROMERO ROMAÑA, Eleodoro (1947): *Derecho Civil: Los derechos reales*. Lima: Editorial P.T.C.M.; ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer (1999): *Formas alternativas de concluir un proceso civil*, 2ª ed. actualizada. Trujillo: Marsol Perú Editores.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2010): “¿...Y eso es conciliable?: la vigente (y complicada) regulación de las materias conciliables en la Ley de Conciliación Extrajudicial”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 116.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 326**

**Audiencia de conciliación (DEROGADO)**

*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. (\*)*

---

(\*) El presente artículo fue derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Conciliación, Ley N° 26872. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder 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 327****Conciliación y proceso**

*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 inc. 2, 469, 474; C.N.A. art. 171.*

*F. Martín Pinedo Aubián*

**1. INTRODUCCIÓN**

La conciliación extrajudicial se considera como un requisito de procedibilidad obligatorio y previo a la interposición de toda demanda que verse sobre derechos disponibles en aquellos lugares donde se encuentra implementada esta exigencia. Así, de ordinario, el justiciable se encuentra en la obligación de agotar la instancia conciliatoria prejudicial debiendo acreditar al juez que ha procedido a solicitar la conciliación extrajudicial, que ha concurrido a la audiencia de conciliación respectiva y que no ha provocado la conclusión del procedimiento conciliatorio por retirarse antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a suscribir el acta de conciliación, conforme lo exigen los artículos 6 y 15 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación.

Queda claro que si al momento de calificar la demanda el juez verifica que el demandante no cumplió con solicitar la conciliación extrajudicial o que no concurrió a la audiencia de conciliación extrajudicial o que provocó la conclusión de la audiencia por una forma distinta a la falta de acuerdo o la inasistencia de su contraparte, deberá declarar improcedente la demanda por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.



En este orden de ideas, se podría pensar que agotada de manera infructuosa la instancia conciliatoria prejudicial ya no sería posible acudir a su empleo cuando la controversia que enfrenta a las partes se ha judicializado buscando el pronunciamiento del magistrado respecto del fondo de la controversia. Pero si apreciamos la regulación adjetiva a la luz de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1070 (de junio de 2008), podemos afirmar que se contempla la posibilidad de recurrir facultativamente al empleo de la conciliación extrajudicial como una forma de concluir un proceso abierto, a pesar de haberse agotado el intento conciliatorio previo. Para que opere esta posibilidad bastará con presentar el acta de conciliación al juez y que este proceda a aprobar la conciliación verificando que verse sobre derechos disponibles y se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio.

## **2. REGULACIÓN ORIGINARIA: EMPLEO EXCLUSIVO DE LA CONCILIACIÓN PROCESAL COMO FORMA ESPECIAL DE CONCLUSIÓN DE UN PROCESO CIVIL**

La redacción originaria del artículo 327 del CPC solamente contemplaba el empleo exclusivo de la *conciliación procesal* como forma especial de conclusión de un proceso civil por conciliación. Así, se establecía que “aceptada por las partes la propuesta conciliatoria del juez, si versa sobre todas las pretensiones propuestas, este declarará concluido el proceso. Si la conciliación recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno 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 terceros”.

Este artículo guardaba estrecha relación con el derogado artículo 326 que establecía la obligatoriedad de que el juez proponga una fórmula conciliatoria, luego de haber escuchado las razones de las partes demandante y demandada. Es decir, se imponía al magistrado el deber de proponer a las partes una fórmula conciliatoria que su prudente arbitrio le aconsejara, a fin de lograr su avenimiento, siendo que esta proposición debía ser realizada por el juez con posterioridad a haber escuchado el argumento de cada una de las partes y conocer su intencionalidad, o dicho en palabras de ZEGARRA (1999: pp. 120-121):

“La fórmula conciliatoria debe ser el resultado de haber escuchado previamente las razones de cada una de las partes, siendo finalmente estas quienes decidirán en última instancia si la aceptan o no”.

Se debe reiterar que la fórmula conciliatoria propuesta por el juez necesariamente debía tener correlación con el pedido de las partes contenido en la pretensión material que se ventilaba dentro del proceso.

En definitiva, la gran herramienta con la que contaba el juez para proponer su fórmula conciliatoria a las partes era su *prudente arbitrio*, tratando de convencer a las partes a través de la persuasión, apoyado en el marco legal que le obligaba a realizar dicha labor de amigable componedor, pero sin preocuparse en una adecuada capacitación que garantizase que pudiera cumplir su rol de conciliador en las mejores condiciones, con lo cual teníamos jueces conciliadores por mandato de la ley procesal, pero que desempeñaban su labor obligatoria aunque de manera casi intuitiva y empírica.

Así, nos encontrábamos dentro de un *sistema de conciliación procesal obligatoria del juez*, en el que la audiencia de conciliación debía convocarse y realizarse obligatoriamente por el juez dentro del proceso judicial, debiendo requerir fórmula conciliatoria a las partes o proponerla él en caso de que las partes no aceptaran las fórmulas de aquellas, bajo sanción de nulidad. Claro está que, luego de haberse culminado la audiencia de conciliación obligatoria sin llegar a acuerdos, nada impedía que, de manera facultativa, tanto el juez (*sistema de conciliación procesal facultativa del juez*) como las partes (*sistema de conciliación procesal facultativa de las partes*) pudieran convocar a la realización posterior de una nueva audiencia de conciliación procesal. Es decir, la falta de acuerdo conciliatorio en la realización de la audiencia de conciliación procesal obligatoria no impedía que, posterior a ella, se pudiese ejercer la facultad de convocar a una nueva audiencia de conciliación procesal amparado en cualquiera de los otros dos sistemas conciliatorios procesales existentes (*facultativa del juez* y *facultativa de las partes*), siempre y cuando no se hubiese expedido sentencia en segunda instancia (PINEDO, 2015: pp. 47-49), pero siempre dentro de un sistema conciliatorio de naturaleza exclusivamente *procesal*.

### **3. EL VIGENTE RÉGIMEN DUAL DE LA CONCILIACIÓN PROCESAL Y EXTRAJUDICIAL COMO FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO CIVIL**

A raíz de las modificatorias incorporadas al CPC por el Decreto Legislativo N° 1070, actualmente existe la posibilidad de que las partes procesales que tienen una controversia judicializada sobre la cual no hay una sentencia firme y definitiva puedan intentar resolverla solicitando –de manera individual o conjunta– el inicio de un procedimiento conciliatorio extrajudicial ante un centro de conciliación, y de llegar a un acuerdo, deberán presentar el acta con acuerdo al juez para que la apruebe y concluya el proceso.

Recordemos que, en virtud de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1070 al CPC, el artículo 324 del Código adjetivo considera que la conciliación debe realizarse obligatoriamente ante un centro de conciliación

extrajudicial de manera previa a la interposición de la demanda que verse sobre materias conciliables en cumplimiento de la exigencia del requisito de procedibilidad de la demanda, al establecerse un *sistema de conciliación pre procesal obligatorio para las partes*. Pero este mismo artículo señala que la audiencia de conciliación procesal, como expresión del *sistema de conciliación procesal facultativo de las partes*, tiene un carácter estrictamente facultativo y que para su realización se requiere del pedido expreso de ambas partes –demandante y demandada– al juez o que sea este el que pueda convocar a las partes a la realización de una audiencia conciliatoria al habilitarlo el *sistema de conciliación procesal facultativo del juez*. Con ello se admite la posibilidad que una controversia sea resuelta por un acuerdo conciliatorio –pudiendo ser este un acuerdo arribado en una audiencia de conciliación judicial o extrajudicial–.

Empero, el texto vigente del artículo 327 del CPC prescribe que, si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva a fin de que sea aprobada y se declare concluido el proceso. Es decir, se prevé que la conclusión del proceso judicial se puede dar de forma especial no solamente mediante la conciliación judicial sino también por la conciliación extrajudicial, no importando en este último caso en que etapa se encuentre el proceso judicial, siempre y cuando no se haya expedido sentencia en segunda instancia, con lo cual vemos que la conciliación extrajudicial se visualiza, además de requisito de procedibilidad, como una forma especial de concluir un proceso civil, es decir, se concibe a la conciliación extrajudicial como una forma de concluir conflictos judicializados de una manera más eficiente y mutuamente satisfactoria.

Esto supone que, una vez iniciado un proceso judicial, cualquiera de las partes procesales ha evaluado dos posibles situaciones:

La primera, que ambas partes (*demandante y demandado*) han considerado la conveniencia de un acuerdo entre ellas y están de acuerdo en resolver su controversia judicializada mediante el empleo de la conciliación extrajudicial y, por lo tanto, deciden iniciar un procedimiento conciliatorio, mediante la presentación de una solicitud conjunta ante un centro de conciliación, a fin de que sean ellas y no el juez las que resuelvan el conflicto de manera mutuamente satisfactoria. Influye mucho en esta decisión el hecho que, a diferencia del juez, el conciliador extrajudicial posee capacitación en el manejo de conflictos y se encuentra acreditado para el ejercicio de la función conciliadora al interior de un centro de conciliación, lo que garantizará un manejo adecuado de la controversia.

La segunda, que una de las partes procesales (sea el *demandante* o el *demandado*) ha evaluado la conveniencia de intentar conciliar extrajudicialmente con su contraparte a fin de llegar a un acuerdo en sede extrajudicial que ponga fin a la

controversia de manera distinta a la sentencia. Por ello, presenta una solicitud de conciliación de manera individual, esperando que su contraparte acepte concurrir a la audiencia de conciliación que, para tal efecto convoque el centro de conciliación, intentando llegar a un acuerdo; así, en caso de arribarse a una conciliación, el acta conteniendo el acuerdo será presentada posteriormente al juez para concluir el proceso judicial ya instaurado. Esta opción supone una forma más flexible de acceder a la conciliación como forma de solución de conflictos, ya que el sistema de conciliación extrajudicial contempla también la posibilidad de intentar la conciliación de manera individual, situación que no ocurre en la conciliación procesal, en la que la exigencia legal expresa es que la conciliación sea solicitada por ambas partes.

Nótese también que bastará con presentar al juez el acta de conciliación con acuerdo, sea este total o parcial, por lo que perfectamente se pueden admitir cualquiera de las dos situaciones anteriormente descritas.

#### 4. DE LA HOMOLOGACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Como vemos, el régimen vigente considera que la conciliación extrajudicial sirve para poner término al litigio de manera distinta a la sentencia, en cualquier estado del mismo, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia, no importando si esta se hubiere empleado de manera previa como requisito de procedibilidad, pues se contempla su empleo como *forma especial de conclusión del proceso civil*. En todo caso, presentada por las partes el acta de conciliación extrajudicial, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325, verificando que verse sobre derechos disponibles y se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, para recién expedir resolución que declare concluido el proceso.

Ello implica que el acuerdo conciliatorio contenido en el acta debe recibir una aprobación integradora, que técnicamente se denomina *homologación*, por medio de la cual *el acuerdo conciliatorio obtiene un refuerzo público por parte de la jurisdicción, al atribuirle aptitud e idoneidad de ser realizada en vía de ejecución, el contenido del acuerdo conciliatorio*; así en lugar de que el juez dicte sentencia sobre la litis, dicta otro pronunciamiento llamado *Resolución de homologación*, que suplanta o sustituye a la sentencia sobre la litis, porque “en la homologación el juez conoce y decide sobre la conciliación, en cambio en la sentencia del magistrado decide sobre la litis” (LEDESMA, 1996: p. 90).

En otras palabras, no importa que la controversia se encuentre judicializada, pues se contempla la posibilidad de que las partes concilien extrajudicialmente el

fondo del asunto y presenten al juez de la causa el acta de conciliación con acuerdo expedida por un centro de conciliación extrajudicial, solicitando la calificación del acuerdo que pone fin a la litis, a manera de control jurisdiccional, para posteriormente proceder a su homologación, concluyendo el proceso mediante una resolución distinta a una sentencia y obteniendo recién allí mérito ejecutivo. Esta vía del empleo de la conciliación extrajudicial –como forma especial de conclusión del proceso– es más flexible para las partes teniendo en cuenta que puede ser solicitada por una o ambas partes (a diferencia de la conciliación procesal que debe ser solicitada por ambas partes), puede ser empleada en cualquier etapa del proceso antes de la expedición de sentencia en segunda instancia y alcanza a todo tipo de controversias judicializadas, no importando si en ellas se hizo empleo previo de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

## 5. DE LOS ACUERDOS PARCIALES

De la parte final del artículo 327 se colige que si la conciliación extrajudicial 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 caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero. Esto significa que las partes conciliaron no sobre la totalidad de las pretensiones sino sobre algunas de ellas, dejando las restantes pendientes de resolución por parte del juez la que se hará efectiva al momento de expedir la sentencia respectiva.

### 5.1. Acuerdos parciales sobre las pretensiones pero no sobre los sujetos

El vigente artículo 17 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, precisa que “si la conciliación concluye con acuerdo parcial, solo puede solicitarse tutela jurisdiccional efectiva por las diferencias no resueltas”. Ello supone que existe la posibilidad de que, en caso nos encontremos con una pluralidad de pretensiones y solo se llegase a acuerdos sobre algunas de ellas, las pretensiones no resueltas deberán ser resueltas en sede jurisdiccional mediante la consecución del proceso respecto a ellas en tanto no se encuentran bajo los alcances del acuerdo conciliatorio parcial que únicamente tendrá efectos de conclusión especial del proceso para aquellas pretensiones que sí fueron resueltas –aunque parcialmente– en sede conciliatoria.

Recordemos que, originariamente, el derogado Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS señalaba expresamente en su artículo 7 que, por el resultado del trámite, la conciliación podía ser *parcial* cuando *las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos, dejando otros sin resolver*; o cuando *existiendo una*

*pluralidad de sujetos, existe acuerdo conciliatorio solo entre algunos de ellos.* Es decir, a nivel de procedimiento conciliatorio se contemplaba la posibilidad de que los *acuerdos parciales* fueran arribados tanto a nivel de *puntos controvertidos* como de *sujetos* intervinientes en la controversia. Actualmente los *acuerdos parciales* se refieren exclusivamente a la posibilidad de conciliar extrajudicialmente algunas de las controversias, mas no hay referencia legal expresa respecto a la posibilidad de conciliar estas controversias con algunas de las partes intervinientes, asumiéndose que la posibilidad de arribar a acuerdos conciliatorios extrajudiciales requiere de la concurrencia y *unanimidad* de todas las partes.

Recordemos que al interior del procedimiento conciliatorio extrajudicial podemos encontrar como *sujetos procedimentales* al *solicitante* y al *invitado*, los que al judicializarse la controversia, actuarán en sede jurisdiccional como *partes procesales* en su condición de *demandante* y como *demandado* respectivamente. En ambos casos, no existirá inconveniente alguno para que estén integradas por una pluralidad de personas, pero el artículo 18 de la Ley N° 26872 es claro al señalar, en el caso de la concurrencia de varios titulares del derecho en discusión, que “cuando la parte está conformada por varios sujetos titulares del derecho en discusión, el Acta deberá contener la voluntad expresada por cada uno de ellos”, añadiendo que “en el caso del apoderado común, este debe contar con facultades especiales para conciliar”. Por otro lado, el artículo 14 de la Ley N° 26872 reafirma la exigencia de la concurrencia personal a la audiencia, habilitando a actuar a través de *apoderado común* cuando una de las partes esté conformada por cinco o más personas.

En otras palabras, cuando una parte –sea esta solicitante o invitada– esté compuesta por una pluralidad de sujetos titulares del derecho en discusión, se hace necesaria la concurrencia de todas las partes que la componen para poder realizar la audiencia de conciliación extrajudicial. Una vez verificada la concurrencia, se requerirá de unanimidad para cualquier tipo de acto de disposición sobre el derecho disponible en discusión en caso de querer llegarse a un acuerdo. En este sentido, una sugerencia procedimental a nivel extrajudicial es intentar arribar a acuerdos conciliatorios a través del inicio de procedimientos conciliatorios de manera individual con cada una de las partes, a fin de evitar el hecho que se frustre la posibilidad de llegar a un acuerdo al tener que contar con la concurrencia de la totalidad de las partes o la unanimidad.

## 5.2. Intervención de terceros

Por otro lado, el artículo 15 *in fine* del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS señala que “en caso el acuerdo al que pudieran arribar las partes afecte el derecho de terceros, para continuar la audiencia de conciliación estos deberán ser citados e incorporados al procedimiento

conciliatorio. En caso los terceros a pesar de estar válidamente notificados no asistan a la audiencia convocada, las partes podrán llegar a acuerdos sobre las materias que únicamente los afecte a ellos”. En otras palabras, de verificarse la posibilidad de que el acuerdo conciliatorio afecte derecho de terceros, los terceros deben ser incorporados necesariamente al procedimiento conciliatorio y, en caso de no contar con su concurrencia, la audiencia puede llevarse a cabo sobre las materias en las que no se afecte el derecho de terceros.

Recordemos que la intervención de terceros es una institución procesal por la que un sujeto que no es parte material y/o procesal en un proceso, se le permite ingresar al mismo, debido a que tiene un interés jurídicamente relevante, directo o indirecto en su resultado. Los presupuestos de la procedencia de la intervención por adhesión son: i) que debe existir y estar todavía pendiente una controversia, el llamado *proceso principal*, entre *otras* personas, siendo que el proceso principal será, por lo regular, un *procedimiento de sentencia*; ii) el proceso principal debe *ya estar pendiente*; es decir, estar notificada la demanda o presentada la solicitud o debe llegar a pendiente junto con la adhesión del interviniente adherente; iii) el proceso principal debe estar *todavía pendiente*, pues no hay intervención después de la resolución de la controversia con autoridad de cosa juzgada; pero sí cabe todavía en la instancia de apelación o de revisión, en tanto el recurso es en sí admisible; iv) el proceso principal debe estar pendiente entre *otras personas*, pues no es posible adherirse como interviniente adherente a sí mismo o a la parte legalmente representada por uno mismo, y si el interviniente adherente llegase a ser parte posteriormente, por ejemplo, a causa de herencia o traspaso del proceso a él, entonces cesa la procedencia de la intervención por adhesión; y v) el interviniente adherente debe tener de acuerdo con las afirmaciones de parte, presentadas en el proceso principal, un *interés jurídico* en la victoria de la parte principal (llamado *causa de la intervención*). Un interés de esta clase se da siempre cuando el interviniente adherente está en tal relación jurídica con las partes o el objeto del proceso principal, que una sentencia desfavorable para la parte principal influiría –de algún modo– jurídicamente y para su detrimento, en su situación jurídica, de derecho privado o público (ROSENBERG, 2007: pp. 303-306).

Concluyendo, y de acuerdo a lo señalado por el artículo 101 del CPC, podríamos afirmar que cualquier tercero no podrá incorporarse a un proceso, sino que deberá acreditar una serie de requisitos para la procedencia de su pedido: i) que exista conexidad entre la pretensión del tercero y la pretensión de las partes procesales; ii) que el tercero debe alegar un interés propio y actual en el proceso; iii) que el interés invocado por el tercero sea legítimo, y iv) que exista un proceso entre las partes procesales pendiente de resolución.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (1996): *La conciliación*. Lima: Legrima; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil. Introducción. Libro primero*. Traducción de Ángela Romero Vera, Lima: ARA; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2015): “Mejorando la conciliación procesal (a propósito de las modificaciones incorporadas al Código Procesal Civil por la Ley N° 30293 y su incidencia en la conciliación intraproceso)”. En: *Actualidad Civil*, N° 7; ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer (1999): *Formas alternativas de concluir un proceso civil*, 2ª ed. actualizada. Trujillo: Marsol Perú Editores.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, Bogotá: Temis; PEYRANO, Jorge W. (1978): *El proceso civil: principios y fundamentos*, 1ª ed. Buenos Aires: Astrea; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2013): “¿Cómo evitar la improcedencia de la demanda? Recomendaciones desde el punto de vista de la Ley de Conciliación”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2014): “Intervención de los sujetos en el proceso judicial y en el procedimiento conciliatorio”. En: *Actualidad Civil*, N° 1.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).



**Artículo 328**

**Efecto de la conciliación**

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

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 123, 415, 446 inc. 10, 469, 474; C.N.A. art. 171; L.P.T. art. 30.*

*F. Martín Pinedo Aubián*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Cuando existe una controversia entre dos o más partes y se recurre al órgano jurisdiccional para que sea este a través del juez quien decida mediante la expedición de una sentencia al finalizar un proceso, vemos que con ella se cumple con la obligación de brindar tutela jurídica a los justiciables mediante la declaración de un derecho contenido en dicho pronunciamiento jurisdiccional. Pero si bien es cierto que se opta de manera recurrente por el proceso judicial como forma de resolver un conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, también cabe que se solvete por obra de los propios litigantes; así el empleo de la autocomposición, que pertenece a la esfera de las decisiones individuales, pretende evitar el inicio del juicio o buscar apartarse de la vía jurisdiccional para ponerle término por otros medios distintos a los de la sentencia (ALCALÁ-ZAMORA, 1947: pp. 13, 28-29).

En este sentido, los objetos acerca de los que normalmente se trata en el proceso civil no exigen la vigencia en él de los principios de legalidad, necesidad e inmutabilidad, y ello permite, y aun aconseja muchas veces, que se prescindiera del instituto del proceso, haciéndolo innecesario si las partes logran una avenencia o lo sustituyen por otro medio que puede ser más conveniente para el logro de la armonía y la paz jurídica. Así, el proceso civil se puede hacer innecesario por un resultado favorable en un intento previo de conciliación, siendo que el carácter fundamentalmente disponible de los derechos privados subjetivos no aconseja imponer como único medio de resolver las discrepancias entre particulares la vía del proceso civil. En palabras de PRIETO-CASTRO (1989: pp. 418-422):

“En cuanto a la eficacia procesal del convenio logrado en conciliación, existe una equiparación a una sentencia, en tanto que se puede ejecutar el convenio con arreglo a las normas sobre ejecución de sentencias”.

Debemos precisar que el acuerdo conciliatorio no solo se limita a contener de manera indubitable la función componedora de las partes, sino que este acuerdo debe contener ciertos elementos que lo tornen ejecutable debido a que goza de

los *efectos* de una sentencia con la calidad de cosa juzgada, es decir, “el acuerdo se vuelve seguro para las partes, así como ejecutable, pues concluido un proceso, por medio de la conciliación, este se torna inamovible e inalterable, gozando de los efectos de una sentencia con la autoridad de cosa juzgada” (ZEGARRA, 1999: p. 128).

Pero hay que hacer el distinguo en el sentido que las sentencias que ponen fin de manera definitiva al proceso poseen *autoridad de cosa juzgada*, mientras que el acto conciliatorio por el cual se concluye de manera especial el proceso tiene *efecto de cosa juzgada*. Por esta razón, es totalmente válido analizar la institución de la cosa juzgada para determinar su grado de influencia en el acuerdo conciliatorio como forma especial de conclusión del proceso civil.

## 2. LA COSA JUZGADA

Si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo solo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, y la decisión final que se obtenga en el proceso sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de *cosa juzgada*. Se precisa, además, que para que la autoridad de cosa juzgada acompañe a una resolución se deben haber agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnabile o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta (MONROY, 1999: pp. 86-87).

El aforismo *res iudicata pro veritate habetur* –que puede ser traducido como *la cosa juzgada se tiene por verdad*–, nos lleva a señalar que la *cosa juzgada* es lo resuelto en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite la interposición de recurso alguno, no cabiendo posibilidad de contradecirla judicialmente –salvo la *acción nulidad de cosa juzgada fraudulenta*–, poniendo fin a la polémica entre las partes y dando estabilidad jurídica a las resoluciones, de manera que la cuestión controvertida no pueda ser discutida de nuevo en ese proceso ni en otro y la parte cuyo derecho ha sido reconocido en la sentencia, pueda obrar en justicia, sin que ningún juez pueda desconocer su derecho reconocido. Se llega a afirmar que bien puede calificarse a la tesis de la *inmutabilidad y santidad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada*, cualesquiera que fueran los vicios de que su dictado adoleciera, como mito propio de una ideología exacerbadamente individualista, siendo que en la eterna opción entre el valor seguridad y el valor justicia, debe prevalecer, a todo trance, el primero (PEYRANO, 1978: pp. 171-247).

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LA COSA JUZGADA

Eduardo Couture señalaba que la cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Así, la cosa juzgada como *autoridad* es el atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. La cosa juzgada como *eficacia* implica que la sentencia adquiere los caracteres de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad (ZEGARRA, 1999: p. 128).

Entonces, podemos afirmar que “la cosa juzgada se asienta en dos principios: a) La extinción de la acción con su ejercicio, lo que impide su renovación en otro proceso, salvo disposición legal expresa; y b) La seguridad jurídica, a fin de dar estabilidad a las relaciones de Derecho. Por eso los efectos de la cosa juzgada obligan a toda autoridad y el artículo 139 de la Carta Política, en sus incisos 2 y 13, prohíbe dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada y revivir procesos fenecidos. De aquí sigue que son caracteres de la cosa juzgada, la inmutabilidad y la coercibilidad” (Cas. N° 724-2006-Lambayeque). Por otro lado, “no debe confundirse la cosa juzgada con el principio de preclusión, por cuanto la primera está referida a la existencia de una sentencia definitiva o un auto que produzca estos efectos, en cambio la preclusión implica que transcurrido (*sic*) una etapa del proceso no se puede regresar a otra etapa, lo cual no impide que se pueda declarar de oficio la nulidad de los actos procesales cuando se advierte la existencia de nulidades insubsanables” (Cas. N° 1195-2004-Ica).

#### 3.1. Autoridad de cosa juzgada

La *autoridad de cosa juzgada* es la fuerza definitiva que la ley atribuye a la sentencia firme, bien por haberse dado el último recurso o por no haberse apelado dentro del término o por vicios de forma en la apelación, siendo que tal eficacia se revela entre las partes litigantes. Así, la sentencia judicial crea un estado de verdad judicial y de intangibilidad impugnatoria, y el fallo constituye título ejecutivo para los que litigaron y se traduce en la imposibilidad de reproducir la misma cuestión, porque el demandado podría oponer la excepción de cosa juzgada contra las pretensiones de mala fe (CABANELLAS, 2001: p. 425). Se debe precisar que *no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, pues esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso* (MONROY, 1999: p. 86).

### 3.2. Eficacia de la cosa juzgada

La cosa juzgada como *eficacia* implica que la sentencia adquiere los caracteres de *inimpugnabilidad* (cuando no procede ningún medio impugnatorio contra ella), *inmutabilidad* (cuando el juez de la causa o cualquier otro juez se encuentran impedidos de modificar sus términos) y *coercibilidad* (que pueda ser sometida a ejecución forzada).

Los caracteres de inimpugnabilidad e inmutabilidad de la cosa juzgada, se encuentran consagrados en el artículo 123 del CPC.

Así, respecto de la inimpugnabilidad, señala que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: i) no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o, ii) las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos; agregando que la resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable salvo lo dispuesto en los artículos 178 ( *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*) y 407 (*corrección de errores numéricos y ortográficos durante la ejecución de la resolución*).

La coercibilidad la tenemos precisada en el numeral 1 del artículo 688 del Código adjetivo, que señala que se puede promover ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Así, parafraseando a MONROY, cuando una decisión jurisdiccional se vuelve inmutable y se constituye en *cosa juzgada*, debe asegurarse no solo que el conflicto se haya resuelto a nivel jurisdiccional, sino que la sentencia despliegue sus efectos en la realidad, pues el reconocimiento de lo imperativo del mandato no es necesariamente lo mismo que el cumplimiento de este en el plano de la realidad, porque si existe desobediencia del obligado entonces la jurisdicción se convertiría en una actividad inútil y absurda, y el prestigio social de la jurisdicción se debe, en considerable medida, al hecho de que sus decisiones deben ser obedecidas por el ciudadano vinculado a ellas, no tratándose de un mandato moral sino que vinculado a él se encuentra la fuerza material del Estado, su imperio expresado en la posibilidad de utilizar algunas de sus instituciones como instrumentos coercitivos a fin de hacer cumplir el mandato judicial que ha alcanzado la calidad de definitivo o de todo aquel que requiera ejecución (MONROY, 1999: pp. 220-221).

En otras palabras, nos encontraríamos frente a una *función jurisdiccional* que, en su aspecto *decisorio* se encargará de decidir la controversia, y que en su aspecto *ejecutivo* se encargará de ejecutar lo decidido de manera coercitiva en caso de la renuencia del vencido a cumplir con lo ordenado en una sentencia firme y consentida sobre la cual ha recaído la autoridad de cosa juzgada.

#### 4. CLASES DE COSA JUZGADA

De otro lado, doctrinariamente se hace la distinción entre *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada sustancial* o *material*.

##### 4.1. Cosa juzgada formal

Hay cosa juzgada formal cuando la sentencia o resolución judicial es inimpugnable pero no es inmutable; es decir, no puede ser impugnada dentro del mismo proceso, pero sí puede ser modificada en un proceso posterior, como ocurre cuando se interpone la nulidad de cosa juzgada fraudulenta dentro del plazo de ley.

##### 4.2. Cosa juzgada material

Existe cosa juzgada sustancial o material cuando la sentencia o resolución judicial es inimpugnable dentro del mismo proceso e inmutable en un proceso posterior. En palabras de Ernesto PERLA VELAOCHAGA "la cosa juzgada material es la que produce la inmutabilidad definitiva de la sentencia y se funda en la necesidad de que los conflictos tengan un fin impuesto por la autoridad del Estado, en garantía del orden jurídico, siendo que ello impide que el conflicto se reabra, de tal manera que ni las partes ni de los que de ellas derivan su derecho, pueden volver a plantearlo, ni los jueces pueden admitir una nueva discusión, ni menos nueva decisión, sobre lo que ha sido resuelto, ya que ella constituye una resolución de tal clase que no solamente es una ejecutoria, algo que debe cumplirse, sino que es una resolución que además de ser cumplida se tiene en forma decisiva como la expresión de la voluntad legal sobre el particular, sin que haya poder que pueda desconocerla, sin excepción dentro del campo del Derecho Civil" (PERLA, 1987: p. 413). En este orden de ideas, la plena eficacia de la cosa juzgada solo se alcanza cuando la sentencia o resolución judicial adquiere las características de inimpugnabilidad e inmutabilidad, y una vez adquirida esas características obtendrá la coercibilidad.

#### 5. LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA

De ordinario se suele afirmar que las actas de conciliación con acuerdo son iguales a una sentencia judicial, razonamiento que carece de sustento tanto fáctico como legal, pues en realidad existen diferencias que nos llevarían a desvirtuar esta afirmación que se encuentra muy arraigada entre las personas ajenas al campo jurídico.

Como se ha visto, la autoridad y eficacia de cosa juzgada es una característica única y exclusiva de las resoluciones judiciales que ponen fin de manera definitiva a la controversia mediante el acto de decisión del juez, el mismo que resulta

inimpugnable, inmutable y coercitivo. Pero también es posible que el proceso concluya de manera distinta al acto de decisión del magistrado –ya sea por conciliación extrajudicial o judicial–, generando una serie de efectos similares a los de una sentencia firme, pero contenidos en un documento que no posee el mismo valor que una sentencia –y por tanto carece del valor de cosa juzgada– pero sí comparte efectos de cosa juzgada.

Una sentencia contiene el acto de decisión de una controversia que es expedida por un magistrado al finalizar un proceso de naturaleza pública y que es susceptible de cuestionarse mediante los respectivos recursos impugnatorios que prevé la ley procesal hasta que adquiera el carácter de inmutabilidad que le otorga la *autoridad y efectos de cosa juzgada*. Un acta de conciliación es un instrumento que contiene la manifestación de voluntad de las partes tendiente a resolver su controversia y, en consecuencia, evita el inicio del juicio o concluye el proceso ya iniciado, pero el acuerdo conciliatorio no genera efectos de cosa juzgada de manera inmediata, pues será necesario que previamente sea aprobado por el juez de la causa.

Pero sí existe un elemento que las actas de conciliación comparten con las sentencias y que se da en la posibilidad de recurrir a la misma vía procesal para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en ellas.

En este sentido, existen una serie de efectos que produce el acto conciliatorio a nivel procesal (LEDESMA, 1996: pp. 92-93) podrían detallarse de la siguiente manera:

### **5.1. Con la relación procesal**

Efectivamente, producido el acuerdo conciliatorio y aprobado judicialmente, se tiene como principal efecto la resolución definitiva del conflicto preexistente, de manera distinta a la sentencia, con lo cual se concluye el proceso con declaración sobre el fondo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 322 del CPC.

Es de precisar que esta extinción de la relación procesal no es inmediata, pues se requerirá la aprobación de la conciliación –judicial o extrajudicial– por parte del juez, además de que el proceso puede continuar hasta dilucidar lo concerniente a las costas, según el artículo 415 del CPC.

### **5.2. Con la defensa**

La conciliación tiene efecto extintivo sobre la cuestión controvertida, volviéndola inmutable e irrevisable, impidiendo que las partes procesales puedan volver a formular algún reclamo sobre ella; siendo que al existir imposibilidad de que cualquiera de las partes pretenda una nueva revisión judicial de los hechos controvertidos, en caso este hecho suceda, se puede oponer como excepción al igual

que la transacción o el desistimiento de la pretensión, para lo cual debe acompañarse el protocolo de la conciliación o designarse el expediente en que se hubiera celebrado, acreditando su preexistencia y solicitando su remisión.

Por otro lado, debemos precisar que el acuerdo conciliatorio que resuelve de manera definitiva la controversia no surte los mismos efectos en el caso de relaciones de naturaleza familiar (como ocurre en los casos de pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia) en los cuales es de aplicación el *principio de revisión de derechos*, que supone que en el caso de que dado un fallo, una transacción o una conciliación, en estos casos no significa que el contenido sea definitivo ya que pueden variar las circunstancias en las que se acordó o determinó el derecho y, en consecuencia, pueden variar los acuerdos o la decisión jurisdiccional.

### 5.3. Con el valor del acta

Con la aprobación judicial de la conciliación se crea un título ejecutivo y el acuerdo conciliatorio deviene en inmodificable. De ordinario, los acuerdos libremente suscritos son cumplidos de manera voluntaria por las partes, debido a la mayor vocación de cumplimiento que existe. Empero, si la persona obligada no cumple, entonces la parte perjudicada por el incumplimiento puede recurrir al órgano jurisdiccional el cual empieza a actuar en una nueva etapa llamada *ejecutiva*, en la que se recurre a la ejecución forzosa a través del Estado y su fuerza coactiva a efectos de hacer cumplir el acuerdo contenido en el acta.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1947): *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México: Imprenta Universitaria; CABANELLAS, Guillermo (2001): *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo I, 26ª ed. Buenos Aires: Heliasta; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Mariánella (1996): *La conciliación*. Lima: Legrima; PERLA VELA OCHAGA, Ernesto (1987): *Juicio ordinario*. 7ª ed. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros - Eddili; PEYRANO, Jorge W. (1978): *El proceso civil: principios y fundamentos*, 1ª ed. Buenos Aires: Astrea; PRIETO-CASTRO, Leonardo (1989): *Derecho Procesal Civil*. 5ª ed. Madrid: Tecnos; ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer (1999): *Formas alternativas de concluir un proceso civil*, 2ª ed. actualizada. Trujillo: Marsol Perú Editores.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediar; HURTADO REYES, Martín (2009): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Lima: Idemsa; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2014): "Ejecución de las actas de conciliación extrajudicial: ¿Cuál es el juez competente?". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 189.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

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*).



**Artículo 329**

**Protocolo de la conciliación (DEROGADO)**

*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 presente artículo fue derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Conciliación, Ley N° 26872. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder 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.

## CAPÍTULO II

### ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

#### Artículo 330 | **Allanamiento y reconocimiento**

*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 inc. 3, 332 inc. 3, 413, 594.*

*Marianella Ledesma Narváez*

#### 1. DEFINICIÓN DE ALLANAMIENTO

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 (1975: p. 545) 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 parte contraria. Otros autores señalan que es la declaración de voluntad del demandado de someterse a la pretensión de sentencia solicitada por el actor en la demanda. SENTÍS MELENDO (1959: p. 387 y ss.) 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 (1987: p. 104) 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. ALLANAMIENTO Y VOLUNTAD

FORNACIARI (1987: p. 111) 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. REQUISITOS DEL ALLANAMIENTO

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 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 CPC como la sustracción de la materia (art. 321, inc. 1).

A pesar de que la redacción de la norma no lo consagre, 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 por qué se abdica.

#### **4. ELEMENTOS DEL ALLANAMIENTO**

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 no se conforma 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. ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO**

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 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.

Un aspecto que no regula el CPC es la posibilidad del allanamiento en el caso de las excepciones procesales. Ante este vacío se puede colegir lo siguiente: 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. Es un acto volitivo por el cual uno de los litigantes se somete a su adversario efectuando una renuncia a defenderse; por tanto, interpuesta la excepción procesal, la parte actora puede formular el allanamiento ingresando el juez a definir –acto seguido– el fondo de esta excepción. Lo que se busca con este allanamiento es asumir mayor celeridad en la tramitación de la incidencia, lo que no significa que el juez al momento de definir esta, la declare fundada. El allanamiento a la pretensión nulificante de cosa juzgada fraudulenta no puede operar por más que sea la voluntad y el querer del demandado, pues, el objeto de dicha pretensión es la existencia del dolo o fraude procesal, el mismo que ha incidido directamente en la sentencia injusta que se impugna. El inciso 7 del artículo 332 del CPC precisamente declara la improcedencia del allanamiento cuando se presume la existencia de fraude o dolo procesal, como es el objeto de la pretensión en la nulidad de cosa juzgada.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo 1. Buenos Aires: Depalma; PALACIO, Lino (1975): *Derecho Procesal Civil*, tomo 5. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; SENTÍS MELENDO, Santiago (1959): *Teoría y práctica del proceso; ensayos de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: EJEA.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

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*).

**Artículo 331**

**Oportunidad del allanamiento**

*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.*

---

*Marianella Ledesma Narváez*

---

**1. OPORTUNIDAD DEL ALLANAMIENTO**

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 de 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 CPC, pues ha provocado un conflicto no resistido, sin controversia, que motiva un juzgamiento anticipado, tal como refiere el artículo 332 del CPC.

## 2. ALLANAMIENTO TOTAL Y PARCIAL

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 CPC.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No es causal de nulidad del proceso si la solicitud de allanamiento no se presentó con las correspondientes tasas judiciales, pues resulta de aplicación los principios de convalidación y trascendencia, pues la recurrente convalidó el acto que ahora viene cuestionando, además no se advierte que con el mencionado acto procesal se haya causado perjuicio a una de las partes (*Cas. N° 1104-2004-Puno*).



**Artículo 332****Improcedencia del allanamiento**

*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 inc. 2, 344.*

***Marianella Ledesma Narváez***

**1. NOCIÓN**

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. CAPACIDAD DEL ALLANANTE**

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 ejercerlo. 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. FACULTADES ESPECIALES PARA EL ALLANAMIENTO**

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 CPC.

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. PROBANZA DE HECHOS ADMITIDOS**

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 CPC 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 332 del CPC 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 revisitan 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 esta 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. ORDEN PÚBLICO

La eficacia del allanamiento está condicionada a la no afectación del orden público. Ello explica por qué 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 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 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.

ARAGONESES (1955: p. 430, citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 121) contempla un caso hipotético en el que la pretensión actora se funda en haberse convenido la compraventa de una cantidad de trigo en el 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. DERECHOS ABSOLUTOS O INDISPONIBLES

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 (1991: p. 37), “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 orienta ALBALADEJO (1993: p. 36) 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 Cas. Nº 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. LITISCONSORCIO NECESARIO

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 (s/a: p. 222) 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 al litisconsorte es necesaria 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 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.

Un caso en que indebidamente se declaró la improcedencia del allanamiento hace referencia a una pretensión de exoneración de alimentos dirigida por un padre contra sus tres hijas, quienes habían cumplido la mayoría de edad y superaban los 25 años. Una de ellas se apersona al proceso y formula, a título personal, el reconocimiento a la demanda, a pesar que se encontraba dirigida conjuntamente contra las tres alimentistas (Exp. N° 2172-06, Res: 30 de octubre de 2006, 5° Juzgado de Paz Letrado de La Victoria; juez Gastulo Chávez). La juez no aceptó dicho allanamiento, pues consideró que en la exoneración de alimentos concurre un litisconsorcio necesario, por tanto es indispensable que ese acto provenga de todos los demandados; sin embargo, se debe advertir que ello no es cierto porque estamos ante una acumulación subjetiva de pretensiones (un proceso donde se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados) y no ante un litisconsorcio necesario (una pretensión con una pluralidad de sujetos); por tanto, es perfectamente válido que cada hija demandada decida hacer la renuncia o el allanamiento a la pretensión del actor. Cada demandada es titular de su propio título, por tanto, le corresponderá a cada una de ellas decidir lo mejor para el derecho que se quiere afectar o proteger. Como dice el artículo 94 del CPC: “Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

## 8. FRAUDE Y PERJUICIO A TERCEROS

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 CPC 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 CPC, el llamamiento por fraude o colusión, la que genera como efecto inmediato ante esa citación, la suspensión del proceso.

## 9. CASUÍSTICA

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 (Exp. N° 1370-97 del 14 de julio de 1996, GACETA JURÍDICA, 2002: pp. 83-90). Argumenta la sala que el demandado “no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto pues se trata de un derecho indisponible”, por lo 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 CPC, 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 CC 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 mantiene una prohibición expresa a este tipo de allanamientos (véase el art. 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 (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 212) y FOSAR BENLLOCH (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 213). Para dichos autores resulta difícil negar la posibilidad de actos dispositivos, cuando el CC permite la reconciliación de los cónyuges en la separación y divorcio (ver art. 365 del CC).

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 (ver art. 357).

Como señala FOSAR BENLLOCH (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 695), 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 (ver art. 90 del CC) 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 (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 213), 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.

Para MUÑOZ SABATÉ (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 214) 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 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 incómoda 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 (...)”.

ENTRENA KLETT (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 215) escribe 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 (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 215) 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 (citado por MÁRQUEZ ROMERO, 1992: p. 213), 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.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBADALEJO, Manuel (1993): *El negocio jurídico*, 2ª ed. Barcelona: Bosch; GACETA JURÍDICA (2002): *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 41. Lima: Gaceta Jurídica; MÁRQUEZ ROMERO, Pedro (1992): *El allanamiento en el proceso civil*. Granada: Comares; LEÓN BARANDIARÁN, José (1991): *Tratado de Derecho Civil*. Lima: W.G. Editor; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 333**

**Efecto del allanamiento**

*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 inc. 3, 331, 413; L.O.P.J. art. 154.*

*Marianella Ledesma Narváez*

---

**1. ALLANAMIENTO Y CONTROVERSIA**

Frente a una demanda, el legitimado pasivo puede adoptar temperamentos distintos. Uno de ellos es autocomponer el conflicto sometiéndose 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 artículo no ha regulado expresamente el efecto sobre el allanamiento parcial como sí aparece en los casos de la transacción y la conciliación (arts. 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. ALLANAMIENTO Y SENTENCIA DE FONDO

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. CONSECUENCIAS DEL ALLANAMIENTO

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 (1941: p. 191) 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 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 esta.

Para MUÑOZ ROJAS (1958: p. 111), 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 (1992: p. 151) 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 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 art. 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. ALLANAMIENTO PARCIAL Y SENTENCIA FUNDADA

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, *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 (1987: p. 117) presenta el supuesto que el allanamiento vaya seguido del cumplimiento de la prestación, en estos casos considera que puede dictarse sentencia parcial que tendrá la forma de una resolución interlocutoria.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1941): *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. J. Casais Santaló. Madrid: Reus; FORNACIARI, Mario (1941): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo 1. Buenos Aires: Depalma; MÁRQUEZ ROMERO, Pedro (1992): *El allanamiento en el proceso civil*. Granada: Comares; MUÑOZ ROJAS, Tomás (1958): *El allanamiento a la pretensión del demandante*. Pamplona: Gómez Gorrití.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

## CAPÍTULO III TRANSACCIÓN JUDICIAL

### Artículo 334 | Oportunidad de la transacción

*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 inc. 4, 394 párr. 1, 415, 446 inc. 10; L.A. art. 50; L.G.S. arts. 139, 146.*

*Álvaro Tord Velasco*

### 1. INTRODUCCIÓN

Transigir proviene del latín *transigere* y significa consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia (RAE, 1970: p. 1287). En el derecho civil, la transacción es un contrato (LORENZETTI, 2000: p. 792) mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. La transacción ha sido regulada en el libro de obligaciones del CC como uno de los tipos de extinción de obligaciones que, al mismo tiempo, permite crear, regular y modificar obligaciones diversas de las que fueron objeto de conflicto entre las partes. También puede tener el propósito de que se reconozcan y cumplan obligaciones (MASCIOTRA, 2012: p. 55) y tener como objeto otro tipo de situaciones jurídicas como los derechos reales y hereditarios, siempre que sean patrimoniales y disponibles.

La transacción debe contener concesiones recíprocas, es decir, ambas partes deben sacrificar algún derecho u otra situación jurídica de su interés, para que el acuerdo pueda ser calificado de transacción. El solo sacrificio de una sola parte implicaría solamente una renuncia, acto que tendría ese tratamiento legal y no el de una transacción. Ello no significa que las concesiones recíprocas deban ser equivalentes, dado que las normas que regulan la transacción no exigen una igualdad de sacrificios o equivalencia económica de los mismos. Inclusive, la pretensión de lesión no procede en casos de transacción, por disposición expresa contenida en el artículo 1455 del CC. Como se puede apreciar, en la transacción adquiere



cierta predominancia el valor de la paz, de ahí la frase *más vale una mala transacción que un buen pleito*.

La transacción judicial es una especie de transacción civil, con regulaciones particulares (como la norma que es materia de comentario), aunque le es de aplicación supletoria las normas pertinentes del CC. De acuerdo a dicha regulación especial, la transacción judicial es un modo autocompositivo (CARNELUTTI, 1997: pp. 110-112) y bilateral de conclusión del proceso y del conflicto (PRIORI, 2001: p. 41).

Asimismo, y a diferencia de la transacción civil, en la transacción judicial debe existir una aprobación judicial de la transacción y mediante la misma no se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas *ajenas al proceso*. Por ello, la transacción judicial constituye solo una especie de la categoría más amplia de la transacción civil (GUASP, 1968: p. 535).

## 2. LA COSA JUZGADA COMO LÍMITE TEMPORAL A LA OPORTUNIDAD DE TRANSAR

La norma en comentario regula la oportunidad en la cual se debe realizar la transacción judicial, señalando que esta puede hacerse *incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia*. En otras palabras, la transacción procede antes de que exista cosa juzgada (es decir, sentencia consentida o ejecutoriada). El fundamento de esta regla es que no se puede componer un conflicto ya resuelto con cosa juzgada.

La oportunidad es una de las diferencias que existen entre la conciliación y la transacción judicial. La primera procede antes de que se expida sentencia de segunda instancia; en cambio, la transacción judicial procede en cualquier estado del proceso (siempre y cuando no exista cosa juzgada).

En la medida que la norma en comentario regula la *oportunidad* de la transacción, los problemas de interpretación jurídica que podría suscitar estarán relacionados con casos de posible *conurrencia* de transacción con sentencias firmes. Es decir, casos en los cuales existan transacciones y, al mismo tiempo, sentencias firmes que resuelven el mismo conflicto.

En el Perú no se ha regulado expresamente los remedios que corresponderían casos similares, como sí ha ocurrido en otros países. Por ejemplo, el artículo 1647 del nuevo Código Civil y Comercial argentino señala que es *nula la transacción si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, siempre que la parte que la impugna lo haya ignorado*. Pese a no existir en nuestro país una regulación al respecto, se afirma que una transacción que tenga como objeto un conflicto ya resuelto mediante sentencia firme es nula, sea por ignorancia de una o ambas partes (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 792).

En efecto, una transacción referida a un conflicto ya resuelto mediante sentencia firme, al vulnerar lo dispuesto en la norma en comentario y lo dispuesto en el artículo 1302 del CC, podría ser declarada nula en virtud de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del CC (y del art. 178 del CPC, de ser el caso), si se interpreta como *normas imperativas* a las *normas de orden público* (RUBIO, 1988: pp. 100-101). La norma en comentario es una norma imperativa, de acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del CPC.

Por otra parte, si la transacción judicial es anterior a la sentencia, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 337 del CPC, según el cual el juez al aprobar la transacción declara concluido el proceso y *queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme*. Ante lo señalado por dicha norma cabe preguntarse, ¿es posible que exista una sentencia firme que se pronuncie sobre un conflicto ya resuelto mediante transacción judicial? Ello es improbable si la transacción se somete a aprobación del mismo órgano jurisdiccional que tiene a su conocimiento el proceso.

Si bien el artículo 337 del CPC hace referencia al “juez”, se debe entender que si el proceso estuviera en etapa impugnatoria y a cargo de una sala superior o suprema, la transacción debe presentarse ante el órgano jurisdiccional que lo tiene bajo su competencia. Es el caso del Expediente N° 19295-3005-99, en el cual la transacción fue aprobada por la Sala de Procesos Ejecutivos de la Corte Superior, que era el órgano jurisdiccional que en ese momento tenía a su cargo el recurso de apelación de sentencia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1997): *Instituciones del Derecho Civil*, vol. I. Buenos Aires: El Foro; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; OSTERLING, Felipe; CASTILLO, Mario (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra; LORENZETTI, Ricardo (2000): *Tratado de los contratos*, tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; MASCIOTRA, Mario (2012): “Transacción”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; PRIORI, Giovanni (2001): “Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil”. En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970): *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: RAE; RUBIO, Marcial (1988): *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2013): “Algunas notas sobre la competencia en materia civil”. En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Legales-Ius et Veritas Editorial; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; ORTELLS RAMOS, Manuel (2007): *Derecho Procesal Civil*.

Valencia: Aranzadi; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Perrot; PAYA, Fernando; LIMA, Susana (1989): *Extinción del proceso civil por voluntad de las partes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

**Artículo 335****Requisitos de la transacción**

*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.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. REQUISITOS DE LA TRANSACCIÓN JUDICIAL**

La transacción judicial debe realizarse únicamente por las *partes* o sus representantes con facultades para transar judicialmente. Por *partes* se debe entender a las personas que integran o creen integrar la relación jurídica sustantiva y que, por tanto, debe formar parte de la relación jurídica procesal, sea como parte activa o demandante, o como parte pasiva o demandada (MONROY, 1993: p. 43).

Cuando existen múltiples sujetos en la parte activa o pasiva de la relación procesal, estamos ante un supuesto de acumulación subjetiva o *litisconsorcio*. En esos casos, en la transacción judicial deberá tener en cuenta lo normado sobre el litisconsorcio. De acuerdo al CPC y a la doctrina, existen las siguientes clases de litisconsorcio:

- a) ***Litisconsorcio necesario***, regulado en el artículo 93 del CPC. De acuerdo a dicha norma, estamos frente a este tipo de litisconsortes cuando la decisión a recaer en el proceso les afecta de manera uniforme y la falta de comparecimiento de un litisconsorte activo o emplazamiento de un pasivo invalida el proceso. Se le atribuyen las siguientes características: existe una sola pretensión e interés para obrar (ARRARTE, 1997: p. 134), los actos de disposición de la pretensión afectan a todos por igual (GONZÁLEZ, 1985: p. 72), la cosa juzgada afecta a todos por igual (TORELLO, 1989: p. 77), las defensas y los medios impugnatorios interpuestos por cualquiera de los litisconsortes favorecen a los demás (GONZÁLEZ, 1985: p. 72), la ausencia de un litisconsorte genera la ineficacia de la sentencia (PEYRANO, 1992:

p. 88) y la falta de legitimidad para obrar por defecto (VÉSCOVI, 1984: p. 198). Asimismo, al advertir la falta de un litisconsorte, el juez puede pedir de oficio su integración al proceso (GONZÁLEZ, 1985: p. 76).

Como ejemplos de litisconsorcio necesario tenemos la nulidad de contrato de compraventa sobre un bien social o común o la pretensión pauliana prevista en el artículo 195 del CC, según la cual el acreedor que ve un agravio a su derecho de crédito deberá dirigirse simultáneamente contra su deudor y contra el adquirente del bien. En casos de litisconsorcio necesario, la transacción judicial requiere de la participación de todos los litisconsortes, de lo contrario no tendrá efectos en el proceso.

- b) *El litisconsorcio facultativo*, regulado en el artículo 94 del CPC. De acuerdo a dicha norma, estamos frente a este tipo de litisconsortes cuando son considerados litigantes independientes y los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso. Se le atribuye las siguientes características: existen tantas pretensiones y defensas como litisconsortes (GONZÁLEZ, 1985: p. 54), se origina en la voluntad de las partes de participar en el proceso y no por una exigencia de la ley (DÁVILA, 1997: p. 21), cada sujeto es titular de una particular situación sustantiva, ligadas por relaciones de conexidad o afinidad (MONROY, 1993: p. 49), las defensas y medios impugnatorios interpuestos por cualquiera de los litisconsortes no afectan a los demás (ARRARTE, 1997: p. 136), los actos de disposición de un litisconsorte no perjudican a los demás (MARTÍNEZ, 1987: p. 46), la ausencia de un litisconsorte no genera la ineficacia de la sentencia y a sentencia deberá pronunciarse sobre la posición de cada litisconsorte de manera independiente, razón por la cual la cosa juzgada no les afecta a todos por igual (PALACIO, 1990: p. 219).

Este tipo de litisconsorcio está inspirado en el principio de economía procesal, dado que busca que en un solo proceso se resuelvan varios conflictos, siempre y cuando exista cierta vinculación entre los mismos. En ese sentido, también se busca evitar fallos contradictorios. Un ejemplo de este tipo de litisconsorcio es el de un incumplimiento contractual que comparte un hecho común, como podría ser la cancelación de un vuelo o de un concierto. Si bien no todos los que compraron sus boletos deben demandar conjuntamente para que el proceso sea válido, eso sería conveniente a efectos de evitar fallos contradictorios y usar de modo eficiente los recursos del servicio de justicia (REGGIARDO; TORD, 2013: p. 832).

Dadas estas características del litisconsorcio facultativo, si la transacción judicial no es suscrita por todos, el proceso seguirá con los litisconsortes que no hayan participado en la misma.

- c) ***Litisconsorcio cuasinecesario***: el CPC no lo regula expresamente, pero existen casos regulados en el ordenamiento jurídico que pueden subsumirse dentro de la definición de este tipo de litisconsorcio. Se califica como cuasinecesario al litisconsorcio en el cual no es indispensable emplazar a todos los integrantes de la relación jurídica material para que la cosa juzgada pueda vincularlos (GONZÁLEZ, 1984: p. 77). En otras palabras, se establece una relación procesal válida sin que en ella participen todos los titulares de la relación material, y los alcances de la cosa juzgada afectarán a todos por igual, hayan o no intervenido en el proceso (FAIRÉN, 1990: p. 306). Este tipo de litisconsorcio es una excepción a la regla de los alcances subjetivos de la cosa juzgada (ARRARTE, 1997: p. 138) y aquellos litisconsortes que no hayan sido emplazados podrán intervenir voluntariamente en el proceso en cualquier momento previo a la sentencia definitiva, convirtiéndose en partes (DÁVILA, 1992: p. 32). La pretensión de impugnación de acuerdos societarios regulada en el artículo 143 de la LGS, es un supuesto de litisconsorcio cuasinecesario.

Dado que la intervención del litisconsorte cuasinecesario no es indispensable para la constitución de una relación jurídica válida, entonces tampoco se requiere que la transacción sea suscrita por este tipo de intervinientes para que concluya el proceso.

- d) ***Litisconsorcio atípico***: ocurren en aquellos casos de litisconsorcio cuyas características impiden clasificarlos dentro de los tipos de litisconsorcio antes señalados o, al menos, existe controversia al respecto. Es el caso, por ejemplo, del proceso de ejecución de hipoteca donde interviene un garante hipotecario no deudor o tercero garante hipotecario. En este caso, el acreedor tiene dos pretensiones en su demanda: una es la de pago de la deuda y, la segunda, que es subordinada a la primera, es la ejecución de la garantía. La primera pretensión está dirigida contra el deudor y la segunda pretensión está dirigida contra el tercero garante que es el propietario del bien (al menos, al momento de constituir la garantía). En este caso, ambos deben ser emplazados para que exista una relación procesal válida, algo propio del litisconsorcio necesario, pero aquí no hay una sola pretensión, sino dos (algo propio del litisconsorcio facultativo). Por estas razones, pese a la redacción actual del artículo 690 del CPC, en realidad el tercero garante en un proceso de ejecución de garantía es un litisconsorte atípico y no necesario (REGGIARDO, TORD, 2013: p. 835).

Se afirma que los deudores solidarios serían un caso de litisconsorcio facultativo, motivo por el cual en esos supuestos la transacción judicial debería seguir las reglas de ese tipo de litisconsorcio (PRIORI, 2001: p. 42).

Sin embargo, cuando se ensayan las posibilidades de transacción con deudores solidarios, surgen incompatibilidades con las regulaciones de este tipo de litisconsorcio. En el ejemplo que señalamos de litisconsorcio facultativo (la cancelación del vuelo), si la compañía aérea transa con uno de los pasajeros litisconsortes, ello no afectará a los demás litisconsortes, quienes continuarán litigando en el proceso sin que sus pretensiones hayan sido afectadas. En cambio, la transacción con uno de los deudores solidarios sí afecta a los demás litisconsortes, dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1118 del CC, en ese caso los demás deudores solidarios quedan liberados.

En realidad, dichas incompatibilidades en el ámbito de la transacción judicial no son otra cosa que una manifestación de la incompatibilidad general entre las reglas del litisconsorcio facultativo y las de los deudores solidarios. Si bien existen muchas semejanzas con el litisconsorcio facultativo, en el caso de los deudores solidarios solo existe una pretensión dirigida contra los litisconsortes (a diferencia del caso del vuelo cancelado, que cada uno tiene una pretensión propia). Tampoco es un caso de litisconsorcio necesario, porque el acreedor puede demandar solo a uno de ellos y el proceso no se invalida. Por otra parte, dado que la cosa juzgada no surte efecto al deudor no demandado (art. 1119 del CC) –por ejemplo, el acreedor no puede ejecutar los bienes del deudor no demandado– tampoco es un supuesto de litisconsorcio cuasinecesario.

En todo caso, los alcances subjetivos y objetivos de la transacción de los deudores y acreedores solidarios se encuentran regulados en las normas correspondientes del CC, las cuales resultan aplicables en caso de transacción judicial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 338 del CPC.

De darse supuestos de litisconsorcio atípicos, a falta de normas que regulen los alcances subjetivos de la transacción judicial y de la cosa juzgada en general, se deberá analizar la relación material y en base a ello, determinar cuáles deben ser los alcances de la transacción judicial en el caso concreto, teniendo en cuenta lo siguiente: i) si es necesaria la participación de todos los litisconsortes para que el proceso sea válido; ii) si las pretensiones que vinculan a cada litisconsorte son las mismas o diferentes; y iii) si es necesaria su participación para que la cosa juzgada los vincule.

En relación a la representación, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1307 del CC, según el cual los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente. Por su

parte el artículo 336 del CPC, establece que 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.

La norma excluye –aparentemente– a los terceros. Sin embargo, hay que distinguir los terceros ajenos al proceso de los terceros a los que se refiere el capítulo VII del título II de la sección segunda del CPC, que regula la *intervención de terceros*. Los terceros a los que se refiere dicho capítulo, son aquellas personas que, sin ser titulares de la relación jurídica material que origina el conflicto, tienen un interés propio y jurídicamente relevante para participar en el proceso, en la medida que los efectos de lo que en el mismo se decida pueden afectarles directa o indirectamente (ARRARTE, 1997: p. 141). Cabe señalar que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 337 del CPC, en casos de transacción judicial se debe tener en cuenta lo normado sobre *intervención de terceros*.

El CPC regula las siguientes clases de intervención de terceros:

- a) **Intervención coadyuvante:** es el caso del tercero que tiene con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deberán extenderse los efectos de la sentencia, pero que pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida. Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y que *no impliquen disposición del derecho discutido*.

En este caso, según se desprende de la definición antes señalada, la transacción no debe ser suscrita por este tipo de interviniente para que concluya el proceso.

- b) **Intervención litisconsorcial:** ocurre en los casos en los cuales el tercero se considera titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deberían extenderse los efectos de la sentencia y, por tal razón, se considera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso. Este “tercero” puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de esta. Dicha intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.

En la medida que el litisconsorcio no es otra cosa que la presencia de más de una persona en la parte demandante o demandada y que, por tanto, se refiere exclusivamente a las partes (TORELLO, 1989: p. 40), la norma en comentario en realidad no regula un supuesto de intervención de terceros



sino de intervención de un litisconsorte que está *legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso*. Es decir, es una parte.

Se afirma que la parte que interviene en este caso no coincide con las características de un litisconsorte necesario o facultativo, con lo cual estaríamos frente a una norma que establece la forma de ingresar al proceso de un litisconsorte cuasinecesario (ARRARTE, 1997: pp. 146-147). Dado que la intervención del litisconsorte cuasinecesario no es indispensable para la constitución de una relación jurídica válida (GONZÁLEZ, 1884: p. 77), entonces tampoco se requiere que la transacción sea suscrita por este tipo de interviniente.

- c) **Intervención excluyente principal:** ocurre en los casos de aquel que pretende, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, quien puede intervenir formulando su pretensión contra la parte demandante y demandada. Esta intervención solo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia. El excluyente actuará como una parte más en el proceso.

Se trata, pues, de una intervención anómala en la cual la nueva parte tiene una pretensión propia en contra del demandante y el demandado originales quienes, para esos efectos, serán considerados como parte pasiva. En este caso sí correspondería que este “tercero” suscriba la transacción –para efectos de concluir con el proceso– en la medida que, como lo señala el artículo 99 del CPC, estamos ante una parte.

- d) **Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente:** puede intervenir en un proceso quien pretende 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. También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.

Estas son las dos tercerías tradicionales y eran las únicas reguladas en el Código de Procedimientos Civiles, predecesor del actual CPC. De acuerdo al código vigente, el trámite de ambas tercerías corresponde a un proceso abreviado. Es decir, el tercero debe iniciar un proceso aparte contra el ejecutante y el ejecutado, para hacer valer sus derechos.

El caso típico de la tercería de propiedad es el del dueño de un inmueble con derecho no inscrito, que solicita el levantamiento de la inscripción de una medida cautelar realizada en el registro de dicho bien, como

consecuencia de una demanda de obligación de dar suma de dinero iniciada por el acreedor del anterior dueño, que continúa apareciendo como propietario del bien en dicho registro.

En el caso de la tercería excluyente de derecho preferente, un supuesto usual es el del acreedor hipotecario de primer rango que, frente al proceso de ejecución de hipoteca iniciado por el acreedor hipotecario de segundo rango, solicita que se haga pago de su crédito o se deje el equivalente al monto de la garantía en depósito.

En ambos casos y en relación al proceso de tercería, la transacción deberá incluir al “tercero” en la medida que en dicho proceso él es en realidad parte.

En relación a los requisitos *objetivos* de la transacción judicial, esta se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario judicial. Se debe entender que se trata de un escrito firmado por ambas partes. Por *contenido* se debe entender a los acuerdos, los cuales deben estar precisados, es decir, deben haber sido descritos con claridad. Se debe tener en cuenta que la precisión es muy importante, dado que la transacción encierra renunciaciones y, por ello, en caso de duda, rige el criterio de interpretación restrictiva, de tal manera que no incluye derechos no señalados de forma inequívoca y expresa. Por ejemplo, por aplicación de este criterio, se ha resuelto que la transacción por daños derivados de un hecho ilícito, comprende solo los daños que pudieron preverse, pero no los sobrevinientes y desconocidos al momento de transar (MASCOTRA, 2012: p. 62).

Como lo establece la norma en comentario, las partes también pueden presentar ante el juez la transacción realizada fuera del proceso. En este caso, las firmas pueden ser legalizadas ante el secretario respectivo en el escrito en que acompañan la transacción. Ello no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada. Como se puede apreciar, el segundo párrafo del artículo comentado, regula el supuesto en el cual la transacción extrajudicial se convierte en transacción judicial.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARRARTE, Ana María (1997): “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal peruano”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 1; DÁVILA, María (1992): *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; GONZÁLEZ, Atilio (1985): *La pluralidad en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea; MARTÍNEZ, Hernán (1987): *Procesos con sujetos múltiples*, tomo I. Buenos Aires: La Rocca; MONROY, Juan (1993): “Acumulación, litisconsorcio, sucesión procesal e intervención

de terceros”. En: *Ius et Veritas*, N° 6; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PEYRANO, Jorge (1992): *Procedimiento civil y comercial*, tomo 2. Rosario: Ed. Juris; MASCIOTRA, Mario (2012): “Transacción”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; PRIORI, Giovanni (2001): “Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil”. Lima: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970): *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: RAE; REGGIARDO, Mario; TORD, Álvaro (2013): “Los alcances subjetivos del laudo arbitral”. En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Legales-Ius et Veritas; TORELLO, Luis (1989): *Litisconsorcio e intervención de terceros*. Montevideo: FCU; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; ORTELLS RAMOS, Manuel (2007): *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Aranzadi; OSTERLING, Felipe; CASTILLO, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra; PARRA QUIJANO, Jairo (1970): *La intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Depalma; PAYA, Fernando; LIMA, Susana (1989): *Extinción del proceso civil por voluntad de las partes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

El acto jurídico no puede quedar sin efecto por decisión unilateral de uno de los que intervienen 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*).

**Artículo 336 | Transacción del Estado y otras personas de Derecho Público**

*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.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. INTRODUCCIÓN**

Al igual que en el artículo 1307 del CC, que regula la representación de los ausentes e incapaces para efectos de la transacción, en el capítulo del CPC referido a la transacción judicial, se encuentra el artículo en comentario que contiene una regulación específica para la realización de este acto procesal, por parte de otro tipo de personas que requieren representación legal: la administración pública y las universidades.

La personalidad del Estado solo es admisible en el seno de la comunidad de los Estados, en cuanto a sujeto del derecho internacional. En cambio, desde el punto de vista del ordenamiento interno, aparece la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la *administración pública* (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2006: p. 31). La posibilidad de que la administración se apersona a un proceso sea como parte demandante o demanda, es uno de los argumentos a favor al reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, en la polémica del Derecho Administrativo sobre dicha posibilidad (ISASI, 2014: pp. 209, 212).

A diferencia de las personas jurídicas de Derecho Privado, la capacidad jurídica de la Administración Pública está limitada al conjunto de potestades que le han sido atribuidas por la ley. La *norma de clausura* prevista en el literal a del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, conforme a la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, es aplicable solo a los particulares. En cambio, las autoridades y funcionarios no pueden alegar este principio, precisamente porque solo pueden hacer aquello que el ordenamiento expresamente les autoriza.

Las autoridades y funcionarios, como personas físicas, ocupan un lugar en la organización de la Administración Pública. Ellos tienen lo que se denomina un *cargo*, que es el conjunto de competencias o conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico les otorga para actuar en nombre del Estado (CASSAGNE, 2011: pp. 185, 207). La norma en comentario regula la exigencia de acreditar dicha competencia y autorización para efectos de transar judicialmente.

El artículo comentado incluye a las universidades, entidades que desde su origen, hace ya casi mil años atrás, han tenido cierta autonomía política y administrativa en relación a los poderes políticos del territorio que ocupan. Son anteriores a la noción de persona jurídica que gozan actualmente, no obstante siempre han sido corporaciones con fines académicos con las mismas características de autogobierno que tienen hoy (RUBIO, 1999: p. 179). Como parte de dicha autonomía que les otorga la ley, son las mismas universidades las que deciden quiénes son las autoridades competentes para realizar actos jurídicos procesales como el que es materia de comentario.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO

La norma en comentario regula la transacción judicial de las siguientes entidades del Estado: los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales. Los Organismos Constitucionales Autónomos son los siguientes: i) el Jurado Nacional de Elecciones; ii) la Oficina Nacional de Procesos Electorales; iii) el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; iv) el Tribunal Constitucional; v) el Ministerio Público; vi) el Consejo Nacional de la Magistratura; vii) el Banco Central de Reserva del Perú; viii) la Contraloría General de la República; ix) la Defensoría del Pueblo, y; x) la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Se hace mención a las universidades sin distinguir si se refiere a todas o solo a las públicas. El artículo 3 de la Ley Universitaria, Ley N° 30220, define a la universidad como una comunidad académica que puede ser pública o privada siendo, en el primer caso, una persona jurídica de derecho público y en el segundo caso, una persona jurídica de derecho privado.

## 3. APROBACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE LA AUTORIDAD O FUNCIONARIO COMPETENTE

De acuerdo al artículo 47 de la Constitución, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos. La defensa judicial del Estado se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 1068 sobre el Sistema de Defensa

Jurídica del Estado (en adelante Ley de Defensa del Estado) y su reglamento el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS (en adelante Reglamento de Defensa del Estado). El artículo 12 de la Ley de Defensa del Estado establece que los Procuradores Públicos del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y de los Organismos Constitucionalmente Autónomos, ejercen la defensa jurídica del Estado.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley de Defensa del Estado, los procuradores públicos del Poder Ejecutivo son designados mediante Resolución Suprema con refrendo del Presidente del Consejo de Ministros, del Ministro de Justicia y del Ministro del sector correspondiente. Los Procuradores Públicos del Poder Legislativo, Poder Judicial y de los organismos constitucionalmente autónomos son designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Justicia. La designación y/o nombramiento de los Procuradores Públicos Regionales y Municipales se norma por su respectiva ley orgánica.

El inciso 2 del artículo 23 de la Ley de Defensa del Estado establece que los procuradores públicos podrán conciliar, transigir o desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos dispuestos por el reglamento. Para dichos efectos será necesaria la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, para lo cual del Procurador Público deberá emitir un informe precisando los motivos de la solicitud.

El numeral 22.3. del artículo 22 de dicha norma establece que los procuradores públicos tiene todas las facultades generales y especiales de representación establecidas en los artículos 74 y 75 del CPC, con las limitaciones que dicha ley establece y con excepción de la facultad de allanarse a las demandas interpuestas en contra del Estado. La norma no establece limitación alguna al reconocimiento de la demanda, regulada para los casos del Estado en el inciso 9 del artículo 332 del CPC, que establece que el representante del Estado puede reconocer la demanda, con autorización expresa (del titular de la entidad, se entiende).

El artículo 38 del Reglamento de Defensa del Estado establece que los procuradores públicos pueden conciliar, transigir o desistirse de las acciones judiciales en los siguientes supuestos y según los siguientes procedimientos:

1. Cuando el Estado actúa como demandante y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los Procuradores Públicos a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas hasta en un setenta por ciento (70 %) del monto del petitorio, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de treinta (30) UIT, monto que no incluye

los intereses. Previamente se debe solicitar la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad respectiva.

2. Cuando el Estado actúa como demandado y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los procuradores públicos a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas hasta en un cincuenta por ciento (50 %) del monto del petitorio, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de treinta (30) UIT, monto que incluye los intereses. Previamente se debe solicitar la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad respectiva.
3. Cuando el Estado sea demandante y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los procuradores públicos a desistirse de las pretensiones controvertidas y/o del proceso, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de una UIT. Para este efecto se requiere la expedición de resolución autoritativa del titular de la entidad respectiva.
4. Cuando el Estado actúa como demandado en procesos contencioso - administrativos, constitucionales y otros cuya naturaleza no sea pecuniaria, podrá conciliar o transigir, en los términos en los cuales han sido autorizados mediante las resoluciones expedidas por los titulares de las entidades respectivas.

En ese sentido, y de acuerdo a lo señalado por la Ley de Defensa del Estado y su reglamento, se debe entender por “*autoridad o funcionario competente*” al titular de la entidad que es parte del proceso. Por ejemplo, de acuerdo al artículo 73 de la LOPJ, el presidente de la Corte Suprema es el titular del Poder Judicial.

Asimismo, por “*aprobación previa y expresa*” se debe entender como la “*expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad*” de acuerdo a lo señalado en el inciso 2 del artículo 23 de la Ley de Defensa del Estado, la cual debe ser realizada antes de la suscripción de la transacción y de su aprobación por el órgano jurisdiccional correspondiente.

En relación a las universidades, tanto la Constitución como la Ley Universitaria señalan que las mismas son autónomas en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico y que se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes. En ese sentido, cada estatuto de cada universidad tendría que señalar cuál es la *autoridad o funcionario competente* que debe autorizar la transacción.

#### 4. EXIGENCIAS APLICABLES A LA CONCILIACIÓN Y AL DESISTIMIENTO

Las exigencias señaladas en el artículo en comentario, referidas a la autorización previa y expresa de la autoridad o funcionario competente para los casos de transacción del Estado y de las universidades, son aplicables también la conciliación y al desistimiento de la pretensión y del proceso, tres de las demás formas especiales de conclusión del proceso reguladas en el CPC.

La norma no se refiere a la conciliación previa a la demanda, sino a la conciliación judicial que se lleva a cabo durante al trámite del proceso y es aprobada por el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo el proceso, hasta antes de la expedición de la sentencia del segunda instancia, de acuerdo al artículo 323 del CPC.

De acuerdo al artículo 343 del CPC, *el desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión*. Es ese sentido, el desistimiento del proceso no implica la solución del conflicto o la incertidumbre jurídica planteada, por lo tanto es un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo. Es por ello que, luego de la conclusión del proceso, el demandante podrá iniciar uno idéntico.

El artículo 344 del CPC, señala que *el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada*. En ese sentido, estamos ante un supuesto de conclusión del proceso que sí implica la solución del conflicto o la incertidumbre jurídica planteada, dado que tiene los efectos de una sentencia con cosa juzgada que declara infundada la demanda (es decir, constituye un pronunciamiento sobre el fondo). Por ello, si el demandante inicia un proceso idéntico, el demandado puede plantear la excepción de desistimiento de la pretensión prevista en el inciso 9 del artículo 446 del CPC.

En la medida que estas exigencias son aplicables también al allanamiento y reconocimiento, según el inciso 9 del artículo 332 del CPC, se puede concluir que las mismas se aplican a todos los casos de formas especiales de conclusión del proceso que dependen de la voluntad (PALACIO, 1990: pp. 533-534). Por lo tanto y al referirse a la representación del Estado, esta norma contenida en el artículo en comentario bien pudo estar ubicada en el capítulo correspondiente a la representación procesal y no a uno referido exclusivamente a la conciliación judicial.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASSAGNE, Juan Carlos (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Buenos Aires: La Ley; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006): *Curso de Derecho Administrativo* (1974), tomo I. Lima: Palestra-Temis; ISASI, Juan Felipe, (2014): *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica; PALACIO,



Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; RUBIO, Marcial (1999): *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo 2. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ASENCIO, José María (1997): *Derecho Procesal Civil: parte primera*. Valencia: Tirant lo Blanch; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; GORDILLO, Agustín (2003): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I. Lima: ARA; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè.

---

**Artículo 337****Homologación de la transacción**

*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 inc. 4, 415.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. INTRODUCCIÓN**

Como ya se dijo, la transacción es un contrato mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. La transacción ha sido regulada en el CC como uno de los tipos de extinción de obligaciones que, al mismo tiempo, permite crear, regular y modificar obligaciones diversas de las que fueron objeto de conflicto entre las partes. La transacción judicial es una especie de transacción civil, con regulaciones particulares (como la norma que es materia de comentario), aunque es de aplicación supletoria las normas pertinentes CC, es decir, aquellas normas que se regulen situaciones no previstas en el CPC, pero que no lo contravengan.

De acuerdo al CPC, la transacción judicial es un modo autocompositivo y bilateral de conclusión del proceso y del conflicto. Asimismo, y a diferencia de la transacción civil, en la transacción judicial debe existir una aprobación judicial de la transacción y mediante la misma no se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas *ajenas al proceso*. Por ello, la transacción judicial constituye solo una especie de la categoría más amplia de la transacción civil (GUASP, 1968: p. 535).

## 2. CONCESIONES RECÍPROCAS

La transacción debe contener concesiones recíprocas, es decir, ambas partes deben sacrificar algún derecho u otra situación jurídica de su interés, para que el acuerdo pueda ser calificado de transacción. El solo sacrificio de una sola parte implicaría únicamente una renuncia, acto que tendría ese tratamiento legal y no el de una transacción. Ello no significa que las concesiones recíprocas deban ser equivalentes, dado que las normas que regulan la transacción no exigen una igualdad de sacrificios o equivalencia económica de los mismos. Inclusive, la pretensión de lesión no procede en casos de transacción, por disposición expresa contenida en el artículo 1455 del CC. Como se puede apreciar, en la transacción adquiere cierta predominancia el valor de la paz, de ahí la frase: *más vale una mala transacción que un buen pleito*.

## 3. DERECHOS PATRIMONIALES

La norma en comentario señala que el juez (se debe entender, órgano jurisdiccional) aprueba la transacción siempre que verse sobre derechos patrimoniales. Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 1305 del CC, que establece que solo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción. Los derechos patrimoniales son aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución a la persona de un poder de contenido económico o de un señorío sobre bienes de naturaleza económica (DÍEZ-PICAZO, 1996: p. 57). No obstante, hay derechos patrimoniales que no son susceptibles de transacción por mandato de la ley, como los alimentos y derechos laborales de carácter patrimonial, calificados por el legislador de *irrenunciables* (STC N° 01722-2011-PA/TC).

*Contrario sensu* a lo señalado en el artículo en comentario, los derechos extrapatrimoniales no pueden ser objeto de transacción. Se entiende por derechos extrapatrimoniales aquellos que son inherentes a la persona humana (como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la salud, etc.), a la personalidad (como la identidad, la capacidad, el estado civil, etc.) y a los derechos relacionados a la organización familiar, la filiación, el matrimonio así como los otorgados legalmente a los padres, curadores y tutores (OSTERLING; CASTILLO, 2008: pp. 791-792).

Otros derechos que no pueden ser objeto de transacción son los derechos calificados por el legislador como irrenunciables en general, sean o no patrimoniales. Asimismo, tampoco pueden ser transables objetos considerados fuera del comercio como los bienes de dominio público (como las plazas o las calles) y las cosas que no son susceptibles de apropiación, como el aire, la luz y la atmósfera (DÍEZ-PICAZO, 1996: p. 209).

En relación a la responsabilidad civil que proviene de un delito, existe una autorización expresa para que sea objeto de transacción de acuerdo al artículo 1306 del CC. Evidentemente, se refiere solo a la indemnización y no a la responsabilidad

penal que es un asunto que escapa al ámbito privado de los contratos. Bajo un argumento *a fortiori*, se entiende que también se puede transigir indemnizaciones provenientes de las faltas.

#### 4. NO AFECTACIÓN AL ORDEN PÚBLICO O LAS BUENAS COSTUMBRES

La norma en comentario es concordante con lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del CC que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Ello, en tanto que, siendo la transacción un contrato, es también un acto jurídico y, como tal, le son aplicables las normas correspondientes a ambas categorías.

Por orden público se entiende al conjunto de principios sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, el cual consta de normas imperativas o prohibitivas (MESSINEO, 1979: p. 480). Por lo tanto, se entiende por *leyes que interesan al orden público* las normas jurídicas imperativas, de obligatorio cumplimiento, que no pueden ser suplidas por la voluntad individual (RUBIO, 1988: pp. 99-100).

Es difícil señalar de manera taxativa todas las normas que pueden ser calificadas como de orden público. No obstante, se puede afirmar que entre las mismas se encuentran aquellas que conciernen al estado civil, capacidad y sucesión de las personas, a la organización de la familia, a los derechos y deberes de los cónyuges y de la patria potestad, a los derechos laborales, a la organización del Estado, a las normas sobre nacionalidad, a las normas de salud pública y policía, de protección a incapaces, las normas sobre los principios sustantivos de la organización económica y los derechos y garantías individuales (LOHMANN, 1994: p. 306).

Por buenas costumbres se debe entender a los principios morales o la conciencia moral social de un momento y lugar determinados. No se trata de una moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de la razón, sino se refiere a la opinión común, vigente en determinado contexto social, de tal modo que su afectación también implica una afectación al orden público (RUBIO, 1988: p. 108).

Si bien estamos ante un caso ubicado en la frontera entre el Derecho y la moral, ambos no deben confundirse. En efecto, el Derecho no exige todo lo que la moral común exige (la caridad por ejemplo), ni prohíbe todo lo que la moral común prohíbe (no entra en el ámbito de las intenciones); sin embargo, el Derecho no admite lo que es notoria y objetivamente inmoral (LEÓN BARANDIARÁN, 1973: p. 46).

Las buenas costumbres están comúnmente asociadas con normas jurídicas o sociales que protegen el pudor, la moralidad sexual, la decencia pública, la

educación de los menores, la tranquilidad pública y la integridad física de los animales. El CP vigente regula las *faltas contra las buenas costumbres* entre las cuales se encuentran la perturbación de la tranquilidad pública, proposiciones inmorales o deshonestas, el suministro de bebidas alcohólicas o tabaco a menores de edad (en establecimientos públicos), los actos de crueldad contra un animal, entre otros.

## 5. CONCLUSIÓN DEL PROCESO

La transacción judicial es una de las formas de conclusión del proceso con pronunciamiento sobre el fondo, siempre y cuando esta alcance a la totalidad de las pretensiones propuestas. La sola transacción no genera ese efecto, sino que es necesaria la providencia judicial para generar ese efecto (GUASP, 1968: p. 357). Es decir, la homologación judicial de la transacción no es un requisito de su validez, pero desde el ángulo procesal es necesario para generar la terminación del proceso (MORELLO, 1973: p. 375).

## 6. INEFICACIA DE DECISIÓN SOBRE EL FONDO QUE NO SE ENCUENTRE FIRME

La transacción procede antes de que exista cosa juzgada (es decir, sentencia consentida o ejecutoriada). Ello, en tanto que si existe sentencia firme, ya no existe conflicto que componer mediante la transacción judicial, dado que este ya ha sido resuelto. En ese sentido, pueden darse casos en los cuales existan transacciones y, al mismo tiempo, sentencias firmes que resuelven el mismo conflicto.

En el Perú no se ha regulado expresamente los remedios que corresponderían a esos casos, como sí ha ocurrido en otros países. Por ejemplo, el artículo 1647 del nuevo Código Civil y Comercial argentino señala que es *nula la transacción si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, siempre que la parte que la impugna lo haya ignorado*. Pese a no existir en nuestro país una regulación al respecto, se afirma que una transacción que tenga como objeto un conflicto ya resuelto mediante sentencia firme es nula, sea por ignorancia de una o ambas partes (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 792).

La norma en comentario establece el supuesto contrario: si la transacción judicial es anterior a la sentencia, el juez, al aprobar la transacción, declara concluido el proceso y *queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme*. Ante lo señalado por dicha norma cabe preguntarse: ¿es posible que exista una sentencia firme que se pronuncie sobre un conflicto ya resuelto mediante transacción judicial? Ello es improbable si la transacción se somete a aprobación del mismo órgano jurisdiccional que tiene a su conocimiento el proceso.

Si bien la norma en comentario hace referencia al “juez”, se debe entender que si el proceso estuviera en etapa impugnatoria y a cargo de una sala superior o suprema, la transacción debe presentarse ante el órgano jurisdiccional que lo tiene bajo su competencia. Es el caso del Expediente N° 19295-3005-99, en el cual la transacción fue aprobada por la Sala de Procesos Ejecutivos de la Corte Superior, que era el órgano jurisdiccional que en ese momento tenía a su cargo el recurso de apelación de sentencia.

## 7. AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA

El artículo 123 del CPC establece que una resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inimpugnable e inmutable. *Inimpugnable* significa que no procede recurso alguno contra dicha resolución, sea porque ya se han agotado o porque no se plantearon oportunamente. *Inmutabilidad* significa que la resolución no puede ser modificada.

La cosa juzgada es una regla práctica del derecho inspirada en el principio de seguridad jurídica, motivado por los valores de paz y certeza. No puede lograr la paz social (uno los fines del proceso y del derecho mismo) si las sentencias y resoluciones judiciales pudieran ser revisadas tantas veces cuantas parezcan convenientes (EISNER, 1984: p. 518). Hay que distinguir la cosa juzgada formal de la material. La primera no admite la revisión en el propio proceso, pero acepta un nuevo examen en otro proceso (CAMUSSO, 1983: p. 143). Es decir, la cosa juzgada formal corresponde a las decisiones judiciales respecto de las cuales operó preclusión, pero solo dentro del proceso en el que fueron emitidas. Así, por ejemplo, adquirirán la autoridad de cosa juzgada formal las decisiones que declaran la improcedencia de la demanda, pero por razones que no impidan que se demande nuevamente (ARRARTE, 2001: p. 195).

Por otro lado, la cosa juzgada material es la *verdadera cosa juzgada*, según la cual lo resuelto no puede ser discutido en el propio proceso ni tampoco en otro. El ejemplo típico de cosa juzgada material es la sentencia firme que contiene un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre las pretensiones contenidas en la demanda. No obstante, también se considera cosa juzgada material la decisión que concluyó el proceso en forma definitiva mediante una resolución distinta a una sentencia, pero que tiene efectos perentorios complejos en relación al proceso mismo. Tal es el caso de las resoluciones que declaran la caducidad, la prescripción o la sustracción de la materia. En estos casos, la resolución judicial es un auto que se pronuncia sobre la validez de la relación procesal, poniéndole fin sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia, pero afectando también la posibilidad de que la pretensión pueda ser nuevamente intentada en un proceso posterior (ARRARTE, 2001: p. 197).

La norma en comentario se refiere a la autoridad de cosa juzgada material de la resolución judicial que aprueba la transacción, la misma que pone fin al

proceso y al conflicto y puede ser ejecutada de la misma manera que una sentencia. Cabe señalar que, de acuerdo al Primer Pleno Casatorio Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicado el 21 de abril de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, la excepción de transacción prevista en el inciso 10 del artículo 446 del CPC, procede tanto en los casos de transacciones judiciales como de las extrajudiciales.

## **8. IMPROCEDENCIA DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**

La transacción es un contrato y como tal se le pueden aplicar las reglas sobre su eficacia y los remedios correspondientes. No obstante, en este caso la ley prohíbe uno de ellos: la resolución por incumplimiento. Al igual que en el caso de la improcedencia de la acción de rescisión por lesión previsto en el artículo 1455 del CC (ARIAS-SCHREIBER, 1986: p. 249), el legislador ha considerado prohibir la resolución por incumplimiento por respeto de la calidad de cosa juzgada que tiene la transacción, la cual la hace inimpugnable e inmodificable. Por ello, en caso de incumplimiento, solo procede su ejecución forzosa.

## **9. TRANSACCIÓN, LITISCONSORCIO E INTERVENCIÓN DE TERCEROS**

El artículo en comentario señala que si la transacción recae sobre alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las personas no comprendidas en ella y que, en ese caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre *intervención de terceros*. Conforme a lo dispuesto en el artículo 335 del CPC, la transacción judicial debe ser realizada únicamente por las *partes* (o sus representantes). Por *partes* se debe entender a las personas que integran o creen integrar la relación jurídica sustantiva y que, por tanto, deben integrar la relación jurídica procesal, sea como parte activa o demandante o como parte pasiva o demandada (MONROY, 1993: p. 43).

Cuando existen múltiples sujetos –ya sea en la parte activa o pasiva de la relación procesal– estamos ante lo que se denomina acumulación subjetiva o litisconsorcio. Asimismo, los terceros a los que se refiere la norma en comentario, son aquellas personas que, sin ser partes o litisconsortes, tienen un interés propio y jurídicamente relevante para participar en el proceso, en la medida que los efectos de lo que en el mismo se decida, pueden afectarle directa o indirectamente (ARRARTE, 1997: p. 141). De acuerdo a lo señalado en el artículo 337 del CPC y, en concordancia con el artículo 335, en casos de transacción judicial en proceso con múltiples sujetos en alguna de las partes que integran la relación jurídica procesal, se debe tener en cuenta lo normado sobre litisconsorcio e intervención de terceros, como ya fue visto en comentarios precedentes.

## 10. LÍMITES OBJETIVOS DE LA TRANSACCIÓN JUDICIAL

El artículo en comentario establece que si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas, el proceso continuará respecto de las pretensiones no comprendidas en ella. El presupuesto de dicha norma es la existencia de varias pretensiones o *acumulación objetiva*, que según el artículo 87 del CPC, puede ser subordinada, alternativa o accesoría. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoría cuando esta sigue la suerte de la principal. A dicha clasificación legal se debe añadir las pretensiones condicionales, las cuales se amparan siempre que se ampare la principal, siendo ello necesario pero no suficiente (PRIORI, 2002: p. 165).

De acuerdo a lo señalado, en caso de dos o más pretensiones principales, el proceso continuará respecto de las pretensiones que no fueron materia de transacción. En caso de pretensiones subordinadas, el proceso continuará respecto de las mismas dependiendo de lo pactado en la transacción: si en la transacción se satisface la pretensión principal, las pretensiones subordinadas no deberían subsistir. Caso contrario, si se renuncia solo al derecho o situación jurídica que sustenta la pretensión principal, las subordinadas deberían continuar. Si las pretensiones son alternativas y en la transacción el demandado se ha obligado a satisfacer una de ellas, la otra no debería subsistir. En caso de pretensiones accesorias, estas deberían seguir la suerte de la principal en la transacción. Si las pretensiones son condicionales, estas no deberían subsistir si existe una renuncia al derecho o situación jurídica que sustenta la pretensión principal. En cambio, si dicha pretensión es satisfecha y no existe acuerdo sobre la condicionada, esta última debería continuar.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARRARTE, Ana María (2001): "Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 24; ARRARTE, Ana María (1997): "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 1; ARIAS SCHREIBER, Max (1986): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Studium; CAMUSSO, Jorge (1983): *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Ediar; DÁVILA MILLÁN, María Encarnación (1992): *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch; DÍEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo I. Madrid: Civitas; EISNER, Isodoro (1984): *Planteos procesales*. Buenos Aires: La Ley; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; GONZÁLEZ, Atilio (1985): *La pluralidad en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LEÓN BARANDIARÁN, José (1973): *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; LOHMANN, Juan Guillermo (1994): *El negocio jurídico*. Lima: Grijley; MARTÍNEZ, Hernán (1987): *Procesos con sujetos múltiples*, tomo 1. Buenos Aires: La Rocca; MESSINEO, Francesco (1979): *Manual de Derecho Civil y Comercial*.



Buenos Aires: EJEА; MONROY, Juan (1993): "Acumulación, litisconsorcio, sucesión procesal e intervención de terceros". En: *Ius et Veritas*, N° 6; MORELLO, Augusto (1973): "La transacción desde la perspectiva procesal". En: *Revista del Colegio de Abogados*; OSTERLING, Felipe; CASTILLO, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PEYRANO, Jorge (1992): *Procedimiento civil y comercial*, tomo 2. Rosario: Juris; PRIORI, Giovanni (2002): *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: АRА; REGGIARDO, Mario; TORD, Álvaro (2013): "Los alcances subjetivos del laudo arbitral". En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Legales-Ius et Veritas; RUBIO, Marcial (1988): *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; TORELLO, Luis (1989): "Litisconsorcio e intervención de terceros". En: *Curso sobre el Código General del Proceso*. Montevideo: FCU; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO, Adolfo (1978): *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe Rosario*, tomo I. Rosario: Centro de Estudios Procesales; CABAL, Justo; ATIENZA, Antonio (1940): *Anotaciones al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 2924*. Rosario: Ciencia; CARDINI, Eugenio (1959): *Orden público*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, tomo II. Buenos Aires: EJEА; COUTURE, Eduardo (1993): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE BARTOLOMÉ, José Carlos (2002): *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; ESPINOZA, Juan (2011): *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*. Lima: Grijley; ORTELLS RAMOS, Manuel (2007): *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Aranzadi; PAYA, Fernando; LIMA, Susana (1989): *Extinción del proceso civil por voluntad de las partes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". *Revista Proceso y Justicia*, N° 1.



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 338** | **Normatividad supletoria**

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

**CONCORDANCIAS:**

*C. C. arts. 1302 a 1312.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. INTRODUCCIÓN**

En la problemática jurídica de la solución de un caso determinado, existen varios niveles o etapas a recorrer. El primero de ellos consiste en determinar cuáles son las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Si existen varias normas aplicables pueden surgir tres problemas: incompatibilidad, presuposición y redundancia. En casos de incompatibilidad existen tres criterios para solucionar las *antinomias*: el de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*), el criterio de la especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) y el cronológico (*lex posterior derogat legi anteriori*). Estos criterios funcionan de acuerdo a dos reglas: i) el criterio de jerarquía prevalece sobre otros criterios, y; ii) el criterio de especialidad prevalece sobre el de sucesión temporal (TARELLO, 2013: pp. 147-153).

De otro lado, la redundancia es una situación inusual y que no presenta mayores problemas dado que las normas aplicables tienen el mismo supuesto de hecho y la misma consecuencia jurídica.

En relación a la norma comentada interesa el caso de la *presuposición* que implica la existencia de dos normas en las cuales una remite o reenvía al intérprete a otra norma para definir algún enunciado o concepto contenido en la primera. Es decir, la interpretación del primer enunciado presupone la interpretación del segundo enunciado (TARELLO, 2013: p. 141). Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el artículo 93 del CC que señala que los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación, conforme a las reglas de la representación (ESPINOZA, 2011: p. 71).

La *presuposición* guarda relación con el principio de especialidad y la técnica del reenvío (TARELLO, 2013: pp. 147-153). La norma en comentario se sitúa dentro de los supuestos de *presuposición* por *reenvío explícito* a una norma (en este caso *las normas pertinentes del CC*) siendo, por tanto, una norma remisiva que indica expresamente la relación de supletoriedad con la norma destinataria de la remisión o norma supletoria.

La norma en comentario guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del CC que establece que *las disposiciones del CC se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza*.

Dicha norma es una manifestación del Derecho Civil como el tronco base de las demás ramas jurídicas del Derecho (RUBIO, 2007: p. 67), pese a su fragmentación por el Derecho Administrativo y otras ramas del Derecho en las últimas décadas (DE TRAZEGNIES, 1996: p. 33). No obstante dicha fragmentación, el CC surge como una suerte de filtro hermenéutico, destinado a armonizar y dar coherencia al sistema jurídico (ESPINOZA, 2011: p. 630).

El principio de supletoriedad del CC puede entenderse en dos sentidos: hacia afuera y hacia adentro o heterointegración y autointegración (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, 1982: p. 211). En el primer caso, el CC se aplica en caso de insuficiencia de las leyes especiales (como el CPC); en el segundo, ante la insuficiencia normativa al interior de una relación jurídica de carácter civil, como el caso de los contratos (ESPINOZA, 2011: pp. 632-634).

## 2. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CC

Cuando la norma en comentario señala el enunciado *en todo lo no previsto en este Capítulo*, se está refiriendo a la supletoriedad de la norma que es materia de remisión. En la relación de supletoriedad tenemos la norma 1, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho, pero no lo hace y a la cual se le denomina *suplida*; y la norma 2, de carácter general, que sí contiene regulación para el hecho del caso, llamada supletoria (NEVES, 2009: p. 154).

Un requisito común de los casos de supletoriedad entre normas jurídicas, es que no exista incompatibilidad entre la norma supletoria (en este caso, las normas del CC) y la naturaleza de la suplida (en este caso, el CPC) (RUBIO, 2007: 68). Ello ocurre, por ejemplo, entre las normas laborales materiales y procesales respecto del CC y el CPC, en cuyas normas respectivas (artículo IX del Título Preliminar y primera disposición complementaria y final, respectivamente) establecen que la supletoriedad estará condicionada a la compatibilidad con la naturaleza de la norma suplida.

La norma en comentario señala que se aplican las normas *pertinentes* del CC. Pertinente significa *perteneciente o correspondiente a algo*. En el ámbito de del razonamiento jurídico, la pertinencia es una manifestación del principio de *identidad* que rige la lógica jurídica (FRAGUEIRO, 1997: pp. 105-106). En este ámbito, se deberá interpretar por *pertinente* aquella norma aplicable para resolver el caso (por ser la que guarde una relación lógica de identidad con el mismo) y que no sea contradictoria con la naturaleza de las normas procesales.

Por lo tanto, serán *aplicables* las normas del CC a los casos de transacción judicial, cuando el órgano jurisdiccional no pueda encontrar la norma que resuelva el caso concreto en el capítulo del CPC en el cual se ubica la norma en comentario, y en caso que no sean contradictorias con la naturaleza de las normas procesales civiles. Por ejemplo, dicho capítulo nada menciona sobre la lesión. Sin embargo, el inciso 1 del artículo 1455 del CC, señala que *no procede la acción por lesión en la transacción*. En la medida que dicha norma del CC regula el derecho de acción contra la transacción, en realidad se trata de una norma procesal (pese a estar ubicada en el CC) que es pertinente (porque se refiere a la transacción) y, además, es compatible con la naturaleza de las normas del CPC.

Si no es posible utilizar la norma materia de remisión (en este caso, el CC) en forma supletoria, entonces estaremos frente a una *laguna normativa*, caso en el cual se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso, como lo establece el artículo III del Título Preliminar del CPC.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE TRAZEGNIES, Fernando (1996): *Postmodernidad y Derecho*. Lima: ARA; Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio (1982): *Sistema de Derecho Civil*, vol. I. Madrid: Tecnos; ESPINOZA, Juan (2011): *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Grijley; FRAGUEIRO, Alfredo, citado por GHIRARDI, Olsen (1997): *El razonamiento judicial*. Lima: Academia de la Magistratura; NEVES, Javier (2009): *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; RUBIO, Marcial (2007): “Aplicación supletoria del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; TARELLO, Giovanni (2013): *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CHIASSONI, Pierluigi (2010): “Antinomias”. En: *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: ARA; RUBIO, Marcial (2009): *El sistema jurídico* (1984), 10ª ed. aumentada. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; MONROY, Juan (2007): *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra; RUBIO, Marcial (2005): *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; TORD, Álvaro (2015): “Conflictos entre criterios de interpretación jurídica”. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, tomo 85.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida (*Cas. N° 2026-2004-Arequipa*).

**Artículo 339****Acto jurídico posterior a la sentencia**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

C.C. art. 1312; C.P.C. art. 334.

**Manuel Muro Rojo**

Del texto de la norma contenida en el artículo 339 del CPC se desprende la voluntad del legislador de hacer valer la autoridad de cosa juzgada que ostenta la sentencia, frente a cualquier acto jurídico posterior a esta emanado de la autonomía de la voluntad privada.

Sin embargo, no debe entenderse del artículo en cuestión que las partes estén impedidas de pactar algo distinto con posterioridad a la expedición de la sentencia, o incluso después de que esta ha adquirido la calidad de cosa juzgada al haber sido consentida o ejecutoriada, con el alcance jurídico que tienen estos vocablos: consentida cuando el interesado no interpone los recursos impugnatorios que la ley le concede; ejecutoriada cuando, ejercidos estos, se agotan todas las instancias jurisdiccionales.

En ese sentido, no compartimos la idea de la magistrada LEDESMA NARVÁEZ cuando sostiene 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" (LEDESMA, 2015: p. 80) (resaltado agregado).

Por el contrario, la norma comentada sí permite realizar tales actos de disposición, tan es así que los menciona expresamente; por ejemplo, señala: "(...) las partes puede acordar condonar la obligación (...)", y precisamente la condonación, remisión, abdicación o perdón de la deuda es un acto de disposición (art. 1295 del CC); lo mismo que la renuncia a cobrarla.

Lo propio ocurre con la novación *objetiva* (a la cual aparentemente se entiende la referencia de la norma), por la cual las partes convienen en extinguir una obligación sustituyéndola por otra nueva (arts. 1277 y 1278 del CC), con lo cual la obligación que fue determinada en la sentencia no se debe más, sino solo la nueva que las partes han acordado por esta vía. Empero también es válido sostener la posibilidad de que se trate de una novación *subjetiva* por cambio de acreedor o deudor (arts. 1280 a 1282 del CC), en cuyo caso, cumplidos los presupuestos de

la ley sustantiva, se modifica lo resuelto en la sentencia con relación al sujeto obligado o beneficiado según sea el caso.

En cuanto a la dación en pago, a la cual también se refiere expresamente el artículo 339 del CPC, el efecto es el mismo, pues si las partes acuerdan que el objeto de la obligación establecido en la sentencia sea sustituido por otro, en el momento del cumplimiento, lo que están haciendo es modificar lo resuelto en la vía judicial. Por ejemplo, si la sentencia ordena al deudor a pagar la suma de S/. 100,000.00 y, posteriormente, las partes de común acuerdo establecen que el deudor efectúe el pago con una prestación distinta (art. 1265 del CC), digamos con la transferencia de propiedad de un terreno de ese valor, entonces están alterando la decisión judicial por acuerdo privado, habida cuenta que el deudor en lugar de realizar un pago dinerario efectuará una operación de transferencia inmobiliaria a favor del acreedor.

Asimismo, la norma comentada menciona también, en términos generales, la posibilidad de que las partes acuerden “(...) celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia (...)”; previo a ello se refiere a un caso particular como es “prorrogar el plazo para su cumplimiento” (de la obligación). Igualmente, podría tomarse como ejemplo el pacto que estableciera condiciones o cargos, o el acuerdo de realizar la compensación de obligaciones mutuas que las partes tuvieran pendientes de cumplimiento una hacia la otra o, como dice la norma, “celebrar cualquier acto jurídico”.

Desde luego, el único acto jurídico posterior a la sentencia consentida y ejecutoriada que las partes no podrían celebrar válida y eficazmente sería una transacción, pues esta es solo posible mientras el conflicto aún no ha sido resuelto de manera definitiva, como máximo “durante el trámite del recurso de casación [en la Corte Suprema] y aun cuando la causa esté al voto o en discordia” (art. 334 del CPC). En este caso sí nos adherimos a la afirmación de la magistrada LEDESMA NARVÁEZ cuando dice que: “(...) [después de la sentencia judicial] (...) el objeto del litigio (...) ya quedó definido por obra de la jurisdicción a través de la sentencia judicial” (LEDESMA, 2015: p. 80); de ahí que sea inviable una transacción posterior, como también es inviable asignarle los efectos de esta a los actos jurídicos posteriores que las partes acuerden celebrar (condonación, novación, dación en pago, etc.), conforme a la última parte del artículo 339 del CPC.

Cabe hacer una precisión sobre esto último, en el sentido de que la transacción posterior a la sentencia firme debería tenerse por nula, pues no obstante la ausencia de una regulación normativa expresa en la legislación peruana, tal nulidad descendería de que su objeto es jurídicamente imposible (arts. 140 inc. 2 y 219 inc. 3 del CC), toda vez que la sentencia consentida o ejecutoriada impide jurídicamente la validez del acto transaccional en virtud de la autoridad de cosa juzgada que la ley le otorga a dicha sentencia, y por la cual se ha puesto fin, en sede judicial, a una controversia planteada por los propios interesados ante el órgano

jurisdiccional. Por eso resulta coherente que la autora citada afirme que “el conflicto es la materia prima con la que trabaja tanto la transacción como el proceso judicial” y que “dichos mecanismos, no obstante operar con el conflicto, se excluyen entre sí” (LEDESMA, 2015: pp. 79-80); en esa línea, si la sentencia resuelve el conflicto, ya no hay lugar para la transacción.

Distinto es el caso de los otros actos jurídicos posteriores a la sentencia firme (tales como la condonación, novación, dación en pago, o cualquier otro), los cuales son perfectamente válidos y eficaces, y no riñen ni se contraponen al principio de la cosa juzgada, habida cuenta que emanan del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y su finalidad no es resolver el conflicto –que en realidad ya no existe por haber sido resuelto en la sentencia–, sino que están encaminados a lograr la ejecución de lo decidido por el juzgador aun cuando ello sea de una manera diferente.

En realidad, en nuestra opinión, tiene sentido la parte final del artículo 339 del CPC cuando dispone que no puede asignarse efectos transaccionales a los actos jurídicos posteriores a la sentencia firme porque ni siquiera la propia transacción es jurídicamente posible y, además, porque tales actos (condonación, novación, dación en pago u otros) generan los efectos que corresponden a su naturaleza.

En ese sentido, y para concluir, cabe preguntarse ¿qué pasaría si las partes no cumplen con lo acordado en virtud de esos actos? La respuesta, a tenor de la norma comentada, fluye claramente: no se puede invocar la naturaleza ejecutiva de la transacción para exigir el cumplimiento, dado que los actos en cuestión “no tiene[n] la calidad de transacción ni produce[n] los efectos de esta”. De modo, que los perjudicados con el incumplimiento no tendrían más alternativa que iniciar las acciones comunes en la vía procesal que corresponda. Imaginemos el ejemplo citado anteriormente: que la sentencia ordene pagar S/. 100,000.00 y que luego las partes acuerden que el deudor pague con la transferencia de propiedad de un terreno (dación en pago); si este no cumple, no hay forma de ejecutar el acuerdo como si fuese una transacción, debiendo el acreedor iniciar un nuevo proceso para exigir el cumplimiento de la prestación sustituida.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

## CAPÍTULO IV DESISTIMIENTO

### Artículo 340 | Clases de desistimiento

*El desistimiento puede ser:*

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

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 321 inc. 6, 416; L.A. art. 60 inc. 2 lit. a; L.G.S. arts. 139, 146, 195;  
L.P.A.G. arts. 189, 190.*

*Álvaro Tord Velasco*

### 1. INTRODUCCIÓN

La palabra desistimiento significa abdicación, abandono o renuncia. En el ámbito del Derecho, el desistimiento es una forma de renuncia. No obstante, hay que diferenciar el desistimiento procesal de la renuncia del derecho sustancial: el primero pone fin al proceso y el segundo es una forma de extinción del derecho y de la correspondiente obligación o deber jurídico (FORNACIARI, 1987: pp. 1, 71).

Si bien, a diferencia de códigos civiles de otros países, en el CC no se ha regulado a la renuncia como una forma de extinción de obligaciones; no obstante, existen muchos supuestos de renuncia de derechos (y, por lo tanto, de sus correlativas obligaciones o deberes jurídicos) a lo largo de su articulado (renuncia a la herencia, al legado, a la hipoteca, al usufructo, por nombrar algunas). Cabe señalar que, según el inciso 5 del artículo 322 del CPC, la renuncia es el modo de conclusión del proceso con declaración sobre el fondo.

El desistimiento procesal, por su parte, es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal en virtud del cual se eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal (DEVIS ECHANDÍA, 2002: pp. 520-521). Es decir, se renuncia a la pretensión o a seguir con el proceso o el acto procesal, abdicando a la posición procesal adquirida y también al correspondiente derecho de examen de tales actos, incluyendo, la sentencia. El desistimiento existe desde el Derecho Romano (BOURGUIGNON, 2012: p. 21) y su fundamento radica en los principios dispositivo y de economía procesal (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 649).



El desistimiento del proceso y de la pretensión son formas autocompositivas de conclusión del proceso (PRIORI, 2001: p. 37). Es decir, son modos de conclusión del proceso en virtud de la voluntad –unilateral en este caso– de las partes. Según el inciso 6 del artículo 321 del CPC, el desistimiento de la pretensión y del proceso son formas de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. De acuerdo al título XI de la sección tercera del CPC, también son formas especiales de conclusión del proceso, junto con la conciliación, el allanamiento, el reconocimiento, la transacción y el abandono.

Ambas clasificaciones no son coincidentes, dado que, según el legislador peruano, algunas formas especiales de conclusión del proceso implican una declaración sobre el fondo (allanamiento, reconocimiento, transacción y conciliación), pero otras no (desistimiento y abandono). No obstante lo regulado, en el caso del desistimiento de la pretensión sí hay una declaración sobre el fondo, dado que el artículo 344 del CPC, establece que la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada.

## 2. DESISTIMIENTO DEL PROCESO

De acuerdo al artículo 343 del CPC, *el desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión*. En ese sentido, el desistimiento del proceso no implica la solución del conflicto o la incertidumbre jurídica planteada, por lo tanto es un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo. Es por ello que, luego de la conclusión del proceso, el demandante puede iniciar uno idéntico.

Dado que el desistimiento del proceso requiere consentimiento del demandado (si es que ha sido emplazado), los autores suelen hablar de la *bilateralidad del desistimiento*, noción que implica la necesidad de la concurrencia de las dos partes para desistir de la demanda (DEVIS ECHANDÍA, 2002: p. 522). El artículo 343 del CPC, señala que procede el desistimiento del proceso si el demandado no expresa su oposición en el plazo de tres días, por lo tanto el asentimiento puede ser tácito y, por ende, la oposición debe ser expresa.

## 3. DESISTIMIENTO DE ACTO PROCESAL

El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Se debe distinguir el desistimiento del acto procesal (ya ejecutado) de la renuncia anticipada de una facultad procesal (FORNANCIARI, 1987: p. 64). Un ejemplo de esta última es la renuncia a recurrir establecida en el artículo 361 del CPC, que es una

abdicación anticipada del derecho a apelar. En cambio, es distinto desistirse de la apelación ya interpuesta.

A diferencia de los demás tipos de desistimiento, el desistimiento de actos procesales también puede ser realizado por el demandado y los terceros legitimados.

Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión. Ello según lo dispuesto en el artículo 373 del CPC, que establece que el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

En el caso de desistimiento de medios de prueba, se afirma que este opera hasta que estas sean actuadas, caso en el cual en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba, ya no es posible el desistimiento (DEVIS ECHANDÍA, 2006: p. 111). Sin embargo, también se ha afirmado que siendo el derecho a la prueba parte integrante del derecho fundamental al debido proceso, es indisponible y, por ende, no cabe desistimiento de un medio probatorio ofrecido o admitido (BUSTAMANTE, 2001: p. 274).

#### 4. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

El desistimiento de la pretensión constituye el acto en virtud la parte demandante declara su voluntad de abdicar el ejercicio de la pretensión misma, con lo cual no solo se produce la conclusión del proceso, sino que *produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada*. Comporta de tal manera, el reverso, contrapartida o el espejo del allanamiento (BOURGUIGNON, 2012: p. 19), dado que es un reconocimiento del propio demandante de que su pretensión es infundada (recordemos que el allanamiento es la aceptación de la parte demandada de que la pretensión en su contra es fundada).

En ese sentido, estamos ante un supuesto de conclusión del proceso que sí implica la solución del conflicto o la incertidumbre jurídica planteada, dado que tiene los efectos de una sentencia con cosa juzgada que declara infundada la demanda (es decir, constituye un pronunciamiento sobre el fondo). Por ello, si el demandante inicia un proceso idéntico, el demandado puede plantear la excepción de desistimiento de la pretensión prevista en el inciso 9 del artículo 446 del CPC. Por tales razones, considero que el desistimiento de la pretensión ha sido erróneamente previsto por el legislador como un supuesto de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, cuando debió ser regulado como uno de los supuestos de conclusión del proceso con pronunciamiento sobre el fondo del artículo 322 del CPC.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOURGUIGNON, Marcelo (2012): "El desistimiento del proceso y del derecho. Requisitos y efectos". En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; BUSTAMANTE, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; PRIORI, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ, María (2012): "Anotaciones sobre el desistimiento del proceso". En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es procesalmente válido el desistirse de la pretensión en una audiencia de conciliación (*Exp. N° 1527-94, Primera Sala Civil*).

**Artículo 341 | Aspectos generales del desistimiento**

*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. arts. 75, 336, 416; L.G.S. art. 195.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. EL DESISTIMIENTO NO SE PRESUME**

En el desistimiento debe mediar una inequívoca manifestación de voluntad, de ahí que no puede ser objeto de presunción (FORNANCIARI, 1987: p. 57). Asimismo, siendo o conllevando el desistimiento una declaración de voluntad, su exteriorización solo puede ser expresa, por escrito e indubitable (BOURGUIGNON, 2012: p. 31). Por ello, el desistimiento no puede ser tácito y el escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance, es decir, si se refiere a las pretensiones, al proceso o a determinado acto procesal.

En la medida que estamos ante una renuncia, en caso de duda, debe regir el criterio de interpretación restrictiva, de tal manera que no se incluya actos no señalados de forma inequívoca y expresa.

**2. REQUISITOS FORMALES**

El desistimiento procesal general tiene dos requisitos formales: que conste por escrito y que la firma de su proponente sea legalizada ante el secretario judicial respectivo. El desistimiento no requiere de fundamentación, justificación o motivación, bastando con precisar sus alcances. Se afirma que en caso de desistimiento conjunto, no requiere que esté contenido en una misma pieza procesal, pudiéndose efectuar en escritos separados (FORNANCIARI, 1987: p. 41).

**3. INCONDICIONALIDAD Y ALCANCE SUBJETIVO**

El desistimiento es incondicional, es decir, no puede estar supeditado a ningún otro acto (PRIORI, 2001: p. 41). Dada la naturaleza estrictamente procesal de esta forma de renuncia, no puede estar sujeta a ninguna de las modalidades que pueden afectar la eficacia de los actos jurídicos (FORNANCIARI, 1987: p. 41).

El artículo en comentario también establece que el desistimiento solo perjudica a quien lo hace. Ello significa que el desistimiento no puede afectar a la contraparte, ni a terceros ni a litisconsortes. En el caso del desistimiento del proceso sí puede afectar de cierta manera al demandado cuando es emplazado, dado que podría tener interés en continuar con el proceso tal como ha sido planteado, por ello se requiere su aceptación expresa o tácita para que ese tipo de desistimiento tenga eficacia.

Sin embargo, en los casos de desistimiento de la pretensión y del acto procesal no se requiere el asentimiento de la contraparte, ya que en ambos casos el desistimiento solo puede afectar al que lo realiza y no a la contraparte. Cabe señalar que en el caso del desistimiento de la pretensión, solo puede realizarlo la parte demandante; en cambio el desistimiento del acto procesal puede provenir de la parte activa o pasiva de la relación jurídica procesal.

De acuerdo a la literalidad de la norma en comentario, el desistimiento tampoco puede perjudicar a los litisconsortes. Cuando existen múltiples sujetos en la parte activa o pasiva de la relación procesal o en ambas, estamos ante lo que se denomina como acumulación subjetiva o litisconsorcio. Siendo el desistimiento un acto de disposición de pretensiones, se debe tener en cuenta lo dispuesto sobre el litisconsorcio en general.



#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOURGUIGNON, Marcelo (2012): "El desistimiento del proceso y del derecho. Requisitos y efectos". En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma.



#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARRARTE, Ana María (1997): "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 1; DÁVILA MILLÁN, María Encarnación (1992): *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1954): "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil". En: *Revista de Derecho Procesal*; GONZÁLEZ, Atilio (1985): *La pluralidad en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; FERNÁNDEZ, María (2012): "Anotaciones sobre el desistimiento del proceso". En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos

---

Aires: Ediar; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffré; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Perrot; PRIORI, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1; REGGIARDO, Mario; TORD, Álvaro (2013): "Los alcances subjetivos del laudo arbitral". En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Legales-Ius et Veritas.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 342**

**Oportunidad**

*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.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 345.*

---

*Álvaro Tord Velasco*

---

**1. OPORTUNIDAD DEL DESISTIMIENTO DEL PROCESO Y DEL ACTO PROCESAL**

El artículo en comentario señala que el desistimiento del proceso o del acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia *haya producido efecto*.

En relación al proceso, como situación procesal materia de renuncia, se debe entender que este produce *efecto* cuando concluye y eso ocurre con la sentencia u otro acto firme que le ponga fin. Por lo tanto, el demandante o el reconviniente pueden desistirse del proceso en cualquier estado del mismo antes de que exista sentencia firme (FORNANCIARI, 1987: p. 38).

En ese sentido, se afirma que el proceso puede ser desistido en segunda o ulterior instancia, antes de que exista cosa juzgada. En el caso que el desistimiento ocurra cuando el demandante viene ganado el proceso, la aceptación del mismo por parte del demandado implicará la renuncia al recurso intentado (FORNANCIARI, 1987: p. 39).

El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Se debe distinguir el desistimiento del acto procesal —ya ejecutado— de la renuncia anticipada de una facultad procesal (FORNANCIARI, 1987: p. 64). Un ejemplo de esta última es la renuncia a recurrir, establecida en el artículo 361 del CPC, que es una abdicación anticipada del derecho a apelar. Distinto es desistirse de la apelación ya interpuesta.

A diferencia de los demás tipos de desistimiento, el desistimiento de actos procesales también puede ser realizado por el demandado y los terceros legitimados. Por ejemplo, y de acuerdo a la oportunidad señalada en el artículo en comentario, el demandado puede desistir del allanamiento antes de que este sea aprobado.

Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión. Ello según lo dispuesto en el artículo 373 del CPC, que establece que el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

En el caso de desistimiento de medios de prueba, se afirma que este opera hasta que estas sean actuadas, caso en el cual, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba, ya no es posible el desistimiento (DEVIS ECHANDÍA, 2006: p. 111). Sin embargo, también se ha afirmado que siendo el derecho a la prueba parte integrante del derecho fundamental al debido proceso, es indisponible y, por ende, no cabe desistimiento de un medio probatorio ofrecido o admitido (BUSTAMANTE, 2001: p. 274).

## 2. OPORTUNIDAD DEL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

El desistimiento de la pretensión procede antes de que se expida sentencia en primera instancia, salvo que sea convencional. El artículo en comentario tiene dos supuestos: el desistimiento antes de la sentencia de primera instancia y después de la misma.

Cuando el desistimiento ocurre antes de la sentencia de primera instancia, es de aplicación el artículo 344 del CPC, que establece que el desistimiento de la pretensión no requiere la conformidad del demandado. En cambio, cuando ocurre con posterioridad a la sentencia de primera instancia, la norma en comentario señala que debe ser *convencional*.

Por *convencional* debemos entender lo perteneciente o relativo al pacto o convenio, es decir, a la coincidencia de dos o más voluntades (RAE, 1970: p. 357). Se afirma que, en la medida que el desistimiento es un acto unilateral, no puede ser convencional y, por lo tanto, existe un error en la norma comentada y lo que debería señalar es *salvo que se produzca una conciliación o transacción* (PRIORI, 2001: p. 40) que son actos convencionales. Sin embargo, de ser el caso, el proceso concluiría no por desistimiento sino por dichas formas bilaterales de autocomposición.

La convencionalidad del desistimiento parece, en efecto, una contradicción. Sin embargo, esta aparente contradicción ocurre legislativamente en el caso del desistimiento del proceso –luego del emplazamiento de la demanda– en el cual se requiere el asentimiento expreso o tácito del demandado para su aprobación. El sustento de dicha exigencia en ese caso es que al demandado le podría interesar seguir con la demanda ya planteada, sea por la posibilidad de que una nueva demanda pueda ser mejorada o por el mero deseo de terminar con el conflicto de una vez (FORNANCIARI, 1987: p. 11).



Por esta razón, lo señalado por la norma en comentario solo podría tener sentido en el caso que el demandado pueda tener algún interés en continuar con el proceso, pese al desistimiento de la pretensión del demandante. Sin embargo, en la medida que el desistimiento de la pretensión tiene los efectos de una sentencia firme que declara infundada la demanda, no veo cuál podría ser un supuesto en el cual el demandado pueda tener interés en continuar con el proceso, si es que el demandante se desiste de la pretensión.

Incluso en el mejor escenario para el demandado –que exista una sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda y que ha sido apelada– el desistimiento de la pretensión equivaldría a que esta quede firme. Es decir, en el escenario más favorable al demandado, el desistimiento de la pretensión funcionaría como un desistimiento de la apelación de la sentencia que le fue favorable. Además, el artículo 416 del CPC, señala que paga las costas y costos quien se desista de la pretensión. Por lo tanto, en cualquiera de los escenarios posibles, el desistimiento de la pretensión solo puede ser favorable al demandado, incluso luego de la sentencia de primera instancia. Por ese motivo, no veo razón para que deba ser *convencional*.

No obstante lo señalado, se ha afirmado que en el desistimiento de la pretensión (luego de la sentencia de primera instancia) solo procede si el demandante está ganando el proceso y que en caso contrario, solo procede el desistimiento del recurso interpuesto (FORNACIARI, 1987: p. 78).

El CPC no ha regulado el desistimiento o la revocación del desistimiento en general ni en ninguno de los tres tipos de desistimiento. No obstante, siendo el desistimiento –en general– un acto procesal, se podría interpretar que sí cabe el desistimiento del desistimiento (sea del acto procesal, del proceso o de la pretensión). Por ello, se afirma que el desistimiento del proceso y de la pretensión puede ser materia de revocación antes del pronunciamiento judicial (LEDESMA, 2009: p. 711).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOURGUIGNON, Marcelo (2012): “El desistimiento del proceso y del derecho. Requisitos y efectos”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; BUSTAMANTE, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; LEDESMA, Mariannella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; PRIORI, Giovanni (2001): “Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil”. En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970): *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: RAE.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2001): *Derecho Procesal Civil: El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; FERNÁNDEZ, María (2012): "Anotaciones sobre el desistimiento del proceso". En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

**Artículo 343**

**Desistimiento del proceso o del acto procesal**

*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 del 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 inc. 6.

*Álvaro Tord Velasco*

---

**1. EFECTO Y REQUISITO ESPECIAL DEL DESISTIMIENTO DEL PROCESO**

El efecto del desistimiento del proceso es la conclusión del mismo. No tiene efectos en cuanto a la pretensión, la cual puede ser planteada nuevamente en un proceso posterior. Otro efecto del desistimiento del proceso es que deja sin efecto la interrupción de la prescripción extintiva, de acuerdo al artículo 439 del CPC.

Cuando el desistimiento del proceso se formula después de notificada la demanda, se 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.

A diferencia del desistimiento de la pretensión, en este caso se requiere la conformidad expresa o tácita del demandado, dado que le podría interesar seguir con la demanda ya planteada, sea por la posibilidad de que una nueva demanda pueda ser mejorada o por el mero deseo de terminar con el conflicto de una vez (FORNANCIARI, 1987: p. 11).

Así, el desistimiento del proceso requiere la voluntad de la parte demandante, la declaración de voluntad de la parte demanda –si ha sido emplazada, pudiendo ser tácita– y una resolución judicial que tenga por desistido el proceso (BOURGUIGNON, 2012: p. 24).

## 2. EFECTO DEL DESISTIMIENTO DEL ACTO PROCESAL

El artículo en comentario señala que el desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Se debe distinguir el desistimiento del acto procesal –ya ejecutado– de la renuncia anticipada de una facultad procesal (FORNANCIARI, 1987: p. 64). Un ejemplo de esta última es la renuncia a recurrir establecida en el artículo 361 del CPC, que es una renuncia anticipada del derecho a apelar. Distinto es desistirse de la apelación ya interpuesta.

A diferencia de los demás tipos de desistimiento, el desistimiento de actos procesales también puede ser realizado por el demandado y los terceros legitimados.

La norma establece que si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión. Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 373 del CPC, que establece que el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

En el caso de desistimiento de medios de prueba, se afirma que opera hasta que estas sean actuadas, caso en el cual –en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba– ya no es posible el desistimiento (DEVIS ECHANDÍA, 2006: p. 111). Sin embargo, también se ha afirmado que siendo el derecho a la prueba parte integrante del derecho fundamental al debido proceso, es indisponible y, por ende, no cabe desistimiento de un medio probatorio ofrecido o admitido (BUSTAMANTE, 2001: p. 274).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOURGUIGNON, Marcelo (2012): “El desistimiento del proceso y del derecho. Requisitos y efectos”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; BUSTAMANTE, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis; FORNANCIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2001): *Derecho Procesal Civil: El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; FERNÁNDEZ, María (2012): “Anotaciones sobre el desistimiento del proceso”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto*

*Processuale Civile*. Milán: Giuffré; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1.

---



#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

De existir algún derecho, este debe ser ejercitado en vía de acción y en proceso distinto (*Exp. N° 724-97, Sexta Sala Civil*).

Si como consecuencia de la transacción, el actor se desiste de la media 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*).

**Artículo 344** | **Desistimiento de la pretensión**

*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 inc. 6, 332, 446 inc. 9.*

*Álvaro Tord Velasco*

**1. REQUISITOS ESPECIALES DEL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN**

A diferencia del desistimiento del proceso (luego del emplazamiento), este tipo de desistimiento no requiere la conformidad del demandado. Ello en tanto que, al implicar una renuncia tanto del proceso como del derecho material, el demandado solo puede ser favorecido, toda vez que el derecho extinguido ya no se le podrá exigir nuevamente (PRIORI, 2001: p. 40).

En ese sentido, frente a un desistimiento de la pretensión, el juez debe 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.

En relación a la capacidad, esta puede ser definida como la aptitud legal de ser sujeto de derechos y obligaciones y demás situaciones jurídicas (LOHMANN, 1994: p. 65). Se distingue entre capacidad de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones y la segunda es la aptitud de realizar los actos jurídicos necesarios para adquirirlos y contraerlos (DE LA PUENTE, 2007: p. 283). La norma en comentario se refiere a la capacidad de ejercicio.

El artículo 42 del CC establece que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del CC. El artículo 43 del CC, establece que son absolutamente incapaces los menores de dieciséis años (salvo actos determinados por la ley como el caso del artículo 1358 del CC) y los privados de discernimiento. Por su parte, el artículo 44 del CC, señala que son relativamente incapaces los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Por la *naturaleza del derecho que sustenta la pretensión* se debe interpretar que el juez no podrá aprobar el desistimiento de la pretensión si el derecho que la sustenta es indisponible o irrenunciable. Son derechos irrenunciables los que son calificados como tales por la legislación, como el caso del artículo 5 del CC, que establece que son irrenunciables el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana. También se debe entender por derechos irrenunciables o indisponibles aquellos que son inherentes a la personalidad (como la identidad, la capacidad, el estado civil, etc.) y a los derechos relacionados a la organización familiar, la filiación, el matrimonio, así como los otorgados legalmente a los padres, curadores y tutores (OSTERLING; CASTILLO, 2008: pp. 791-792).

El artículo en comentario señala que el juez debe tener en cuenta, al momento de calificar el desistimiento de la pretensión, lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda. El artículo 332 del CPC, regula como supuestos de improcedencia del allanamiento, los siguientes:

- a) Incapacidad.
- b) Representación insuficiente.
- c) Los hechos admitidos requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte.
- d) El conflicto de intereses afecta el orden público o las buenas costumbres.
- e) El conflicto de intereses comprende derechos indisponibles.
- f) Habiendo litisconsorcio necesario, el allanamiento no proviene de todos los demandados.
- g) Se presume la existencia de fraude o dolo procesal.
- h) Advierte que la sentencia a dictarse va a surtir efecto frente a tercero no emplazado.
- i) El demandado es el Estado u otra persona de derecho público, salvo que su representante tenga autorización expresa.

El primer supuesto (incapacidad) es también un requisito expreso del desistimiento de la pretensión, como señala el artículo en comentario. Por otra parte, siendo el desistimiento de la pretensión un acto de disposición de derechos sustantivos, de acuerdo con el artículo 75 del CPC, el representante debe tener facultad expresa para desistirse de la pretensión.

El tercer supuesto no es aplicable, dado que la prueba del derecho es algo irrelevante si se renuncia al mismo. En el allanamiento sí es importante, dado que pueden darse casos como el de una pretensión que se sustenta sobre derechos que requieren una formalidad solemne para que existan (como por ejemplo, la hipoteca) y, por tanto, no bastaría la sola confesión del demandado para estimar una demanda de esas características. Sin embargo, no es el caso del desistimiento de la pretensión, en el cual sea suficiente o no una prueba como la declaración de parte para que se desestime la demanda, no tiene importancia si lo que realiza es una renuncia al derecho que la sustenta, esté probado o no. Cabe señalar que ello sería, además, una situación anómala, toda vez que sería extraño que un demandante confiese que no tiene el derecho que alega y, al mismo tiempo, ese derecho se encuentra fehacientemente acreditado según la ley, en otro medio de prueba que él mismo ha aportado en su demanda.

Por orden público se entiende el conjunto de principios sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, el cual consta de normas imperativas o prohibitivas (MESSINEO, 1979: p. 480). Es difícil señalar de manera taxativa todas las normas que pueden ser calificadas como de orden público. No obstante, se puede afirmar que entre las mismas se encuentran aquellas que conciernen al estado civil, capacidad y sucesión de las personas, a la organización de la familia, a los derechos y deberes de los cónyuges y de la patria potestad, a los derechos laborales, a la organización del Estado, a las normas sobre nacionalidad, a las normas de salud pública y policía, de protección a incapaces, las normas sobre los principios sustantivos de la organización económica y los derechos y garantías individuales (LOHMANN, 1994: p. 306).

Por *buenas costumbres* se debe entender como a la conciencia moral social de un momento y lugar determinados. No se trata de una moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de la razón, sino se refiere a la opinión común, vigente en determinado contexto social, de tal modo que su afectación también implica una afectación al orden público (RUBIO, 1988: p. 108). Las buenas costumbres están comúnmente asociadas con normas jurídicas o sociales que protegen el pudor, la moralidad sexual, la decencia pública, la educación de los menores, la tranquilidad pública y la integridad física de los animales. El CP vigente regula las *faltas contra las buenas costumbres* entre las cuales se encuentran la perturbación de la tranquilidad pública, proposiciones inmorales o deshonestas, el suministro de bebidas alcohólicas o tabaco a menores de edad (en establecimientos públicos), los actos de crueldad contra un animal, entre otros.



Si un conflicto de intereses afecta el orden público o las buenas costumbres, esta causal de improcedencia del allanamiento puede ser aplicable al desistimiento de la pretensión. Por ejemplo, si la pretensión se sustenta en un acto jurídico que adolece de nulidad por la causal contenida en el artículo V del Título Preliminar del CC, el juez debe declarar su nulidad de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 220 del CC, no pudiendo aceptar la renuncia de un derecho basado en un acto cuya nulidad advierte.

El quinto supuesto (disponibilidad del derecho) se refiere a un requisito expreso del desistimiento de la pretensión, ya desarrollado anteriormente. En caso de litisconsorcio necesario activo, el desistimiento de la pretensión debe provenir de parte de todos los demandantes, dado que todos en conjunto son los titulares del derecho que se dispone.

La utilización del desistimiento de la pretensión con fines de fraude o dolo procesal pareciera menos obvia que el caso del allanamiento, dado que es más factible utilizar la cosa juzgada estimatoria para esos fines, que la desestimatoria. En efecto, no es difícil imaginar la utilización de la cosa juzgada como medio para, por ejemplo, otorgar validez a actos jurídicos que no la tienen. Es el caso del allanamiento a una demanda de otorgamiento de la escritura pública de donación de bien inmueble. En cambio, es difícil imaginar un caso en el cual una resolución que equivale a una sentencia firme que declara infundada la demanda, pueda servir para fines fraudulentos. Evidentemente, de existir un supuesto así, el desistimiento no debería ser aprobado. Si el fraude o el dolo procesal pueden afectar a terceros, es de aplicación el artículo 106 del CPC.

Lo mismo en el caso de la sentencia que surta efecto frente a tercero no emplazado. Sea por fraude, dolo o ignorancia, no es difícil imaginar que una resolución con autoridad de cosa juzgada que declare fundada una pretensión, pueda afectar a terceros no emplazados. En cambio, un caso en el cual una resolución que equivale a una sentencia firme que declara infundada la demanda, pueda afectar un tercero no emplazado, no sería algo común. Evidentemente, de ser el caso, el desistimiento no debería ser aprobado.

Si el desistimiento de la pretensión proviene del Estado u otra persona de derecho público, es procedente si su representante tiene autorización expresa. Esta disposición guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 366 del CPC, que dispone que los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos y los gobiernos regionales y locales, solo pueden desistirse de la pretensión previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente.

De acuerdo al artículo 47 de la Constitución, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos. A nivel legal, la defensa judicial

del Estado se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 1068 sobre el Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su reglamento el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS. El artículo 12 de la Ley de Defensa del Estado establece que los procuradores públicos del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y de los Organismos Constitucionalmente Autónomos, ejercen la defensa jurídica del Estado.

El inciso 2 del artículo 23 de la Ley de Defensa del Estado establece que los procuradores públicos podrán desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos dispuestos por el reglamento. Para dichos efectos será necesaria la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, para lo cual el procurador público deberá emitir un informe precisando los motivos de la solicitud.

El artículo 38 del Reglamento de Defensa del Estado establece que los procuradores públicos pueden desistirse de las pretensiones siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT). Para este efecto se requiere la expedición de resolución autoritativa del titular de la entidad respectiva.

De acuerdo a lo señalado por la Ley de Defensa del Estado y su reglamento, se debe entender por "*autoridad o funcionario competente*" al titular de la entidad que es parte del proceso. Por ejemplo, de acuerdo al artículo 73 de la LOPJ, el presidente de la Corte Suprema es el titular del Poder Judicial.

## 2. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN Y ACUMULACIÓN

Se afirma que el desistimiento de la pretensión puede ser total o parcial, y cada una de estas modalidades, a su vez, puede ser objetiva o subjetiva. Desistimiento parcial objetivo ocurre cuando, mediando acumulación de pretensiones, hay desistimiento de una de ellas; y desistimiento parcial subjetivo en el caso de que, existiendo litisconsorcio, el actor desiste de su pretensión respecto a uno o a algunos de los litisconsortes pasivos (si son facultativos) (PALACIO, 1972: p. 537).

El artículo en comentario señala que si el desistimiento es solo deducido por uno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las personas no comprendidas en el mismo y que, en ese caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre *litisconsorcio necesario*. Cuando existen múltiples sujetos en la parte activa o pasiva de la relación procesal o en ambas, estamos ante lo que se denomina como acumulación subjetiva o litisconsorcio. Siendo el desistimiento un acto de disposición de pretensiones, no solo se debe tener en cuenta lo dispuesto sobre el litisconsorcio necesario activo, sino también lo dispuesto en cuanto al litisconsorcio en general.

El artículo en comentario también establece que si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones, el proceso continuará respecto de las pretensiones

no comprendidas en el mismo. El presupuesto de dicha norma es la existencia de varias pretensiones o *acumulación objetiva* que, según el artículo 87 del CPC, puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando esta sigue la suerte de la principal. A dicha clasificación legal se debe añadir las pretensiones condicionales, las cuales se amparan siempre que se estime la principal, siendo ello necesario pero no suficiente (PRIORI, 2002: p. 165).

De acuerdo a lo señalado, en caso de dos o más pretensiones principales, el proceso continuará respecto de las pretensiones que no fueron materia de desistimiento. En caso de pretensiones subordinadas, el proceso continuará respecto de las mismas si se renuncia a solo la pretensión principal. Si las pretensiones son alternativas y el desistimiento se refiere a solo una de ellas, la otra debería subsistir, salvo que la alternatividad sea un derecho del deudor, como el supuesto establecido en el inciso 4 del artículo 1188 del CC. En caso de pretensiones accesorias, estas deberían seguir la suerte de la principal (Cas. N° 3774-2000). Si las pretensiones son condicionales, estas no deberían subsistir si existe desistimiento de la pretensión principal.

### 3. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN Y RECONVENCIÓN

El artículo en comentario señala que el desistimiento de la pretensión no impide el trámite de la reconvencción. Dicha norma asume que las reconvencciones siempre son pretensiones independientes de las pretensiones originales del proceso contenidas en la demanda. Si bien ello puede ocurrir en la mayoría de los casos, existen supuestos en los cuales las reconvencciones si guardan relación de dependencia respecto de las pretensiones contenidas en la demanda. Por ejemplo, en el caso de las reconvencciones condicionales, cuyo pronunciamiento está sujeto al hecho de que la pretensión contenida en la demanda sea estimada. En estos casos, cuando la demanda es rechazada, entonces tampoco debe decidirse sobre la reconvencción (LEIBLE, 1998: pp. 245-246). En ese sentido, ante un desistimiento de la pretensión contenida en la demanda (cuyos efectos son los de una sentencia con cosa juzgada que declara infundada la demanda), si la pretensión contenida en la reconvencción está condicionada a la pretensión que fue materia de desistimiento, de tal manera que su pronunciamiento depende de si esta última es estimada, entonces la reconvencción no debería continuar.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOURGUIGNON, Marcelo (2012): "El desistimiento del proceso y del derecho. Requisitos y efectos". En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; DE LA PUENTE, Manuel (2007): *El contrato en general*, tomo I. Lima: Palestra; LEIBLE,

Stefan (1998): *Proceso civil alemán*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike; LOHMANN, Juan Guillermo (1994): *El negocio jurídico*. Lima: Grijley; MESSINEO, Francesco (1979): *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJE; OSTERLING, Felipe; CASTILLO, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PEYRANO, Jorge (1992): *Procedimiento civil y comercial*, tomo 2. Rosario: Juris; PRIORI, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1; PRIORI, Giovanni (2002): *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: ARA; RUBIO, Marcial (1988): *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARRARTE, Ana María (1997): "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal peruano". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 1; ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil*, tomo III, vol. I. Barcelona: Bosch; ARATA, Moisés (2010): En: *Código Civil comentado*, tomo V. Lima: Gaceta Jurídica; DÁVILA MILLÁN, María Encarnación (1992): *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2001): *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1954): "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil". En: *Revista de Derecho Procesal*; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; GONZÁLEZ, Atilio (1985): *La pluralidad en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè; MARTÍNEZ, Hernán (1987): *Procesos con sujetos múltiples*, tomo 1. Buenos Aires: La Rocca; MONROY, Juan (1993): "Acumulación, litisconsorcio, sucesión procesal e intervención de terceros". En: *Ius et Veritas*, N° 6; REGGIARDO, Mario; TORD, Álvaro (2013): "Los alcances subjetivos del laudo arbitral". En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Legales-Ius et Veritas; TORELLO, Luis (1989): "Litisconsorcio e intervención de terceros". En: *Curso sobre el Código General del Proceso*. Montevideo: FCU; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 345**

**Desistimiento de pretensión no resuelta**

*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.

*Álvaro Tord Velasco*

---

**1. OPORTUNIDAD DEL DESISTIMIENTO DE UNA PRETENSIÓN NO RESUELTA EN PRIMERA INSTANCIA**

El desistimiento de la pretensión constituye el acto en virtud del cual la parte demandante declara su voluntad de abdicar el ejercicio de la pretensión misma, con lo cual no solo se produce la conclusión del proceso, sino que *produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada*. Comporta de tal manera, el reverso, contrapartida o espejo del allanamiento (BOURGUIGNON, 2012: p. 19), dado que es un reconocimiento del propio demandante de que su pretensión es infundada (recordemos que el allanamiento es la aceptación de la parte demandada de que la pretensión en su contra es fundada).

En ese sentido, estamos ante un supuesto de conclusión del proceso que sí implica la solución del conflicto. Asimismo, también implica la renuncia del derecho sustantivo, en caso la pretensión se sustente en un derecho efectivamente existente (PRIORI, 2001: p. 40). Por ello, si el demandante inicia un proceso idéntico, el demandado puede plantear la excepción de desistimiento de la pretensión prevista en el inciso 9 del artículo 446 del CPC.

Si bien sus efectos prácticos son similares, el desistimiento de la pretensión se diferencia de la renuncia de derechos en que en este último el derecho renunciado no está en discusión; en cambio, en el desistimiento de la pretensión es un acto procesal que involucra un conflicto acerca de la existencia o alcance de ese derecho (PALACIO, 1972: p. 544).

La norma en comentario establece que cuando una pretensión no ha sido resuelta en primera instancia, el titular de la misma —que puede ser demandante o reconviniente— puede desistirse de dicha pretensión antes que el proceso sea decidido por el superior. Se ha afirmado que dicha norma hace referencia a las sentencias inhibitorias, es decir, resoluciones que le ponen fin a la instancia sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, declarando improcedente la demanda y que son apeladas (PRIORI, 2001: p. 40).

De otro lado, se afirma que estamos ante el supuesto de una sentencia de primera instancia incompleta, es decir, que omite el pronunciamiento sobre determinada pretensión, y que ha sido objeto de apelación. En este caso, no habría necesidad que el desistimiento sea convencional (HINOSTROZA, 2010: p. 271), en relación a esa pretensión no resuelta en primera instancia.

El tenor de la norma parece referirse a un supuesto de *incongruencia citra petita* de la sentencia de primera instancia, que omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones propuestas en la demanda o en la reconvencción. En ese caso, pese a que el proceso se encuentra en una instancia superior, el desistimiento sigue la misma regla general para el desistimiento en primera instancia, es decir, que no requiere ninguna manifestación de la contraparte para ser aceptada. Es, en ese sentido, una excepción a la regla de la convencionalidad prevista en el artículo 342 del CPC.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOURGUIGNON, Marcelo (2012): “El desistimiento del proceso y del derecho. Requisitos y efectos”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; HINOSTROZA, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, tomo IV. Lima: Jurista; PALACIO, Lino (1990): *Derecho Procesal Civil*, tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2001): “Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil”. En: *Revista Proceso y Justicia*, N° 1.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general del proceso* (1990), 2ª ed. Buenos Aires: Universidad; FERNÁNDEZ, María (2012): “Anotaciones sobre el desistimiento del proceso”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; FORNACIARI, Mario (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffré; TORD, Álvaro (2009): “Consideraciones sobre los límites de la aplicación del *iura novit curia* en el proceso civil peruano”. En: *Revista Athina*, N° 7.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Dado que el a quo no ha emitido pronunciamiento sobre todas las pretensiones demandadas, se observa claramente la vulneración al principio de congruencia procesal, establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, causal insalvable de nulidad al lesionar evidentemente el contenido esencial de la garantía constitucional de la debida motivación y con ello el debido proceso legal, ambos contemplados en los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado (*Cas. N° 3411-2012-Lima*).

## CAPÍTULO V ABANDONO

### Artículo 346

#### Abandono del proceso

*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:

*C.P.C. arts. II, 89 inc. 1, 321 inc. 3, 416; L.G.S. arts. 139, 146; L.P.A.G. art. 191; L.G.S.C. art. 136; D.LEG. 1075 art. 18.*

*Marianella Ledesma Narváez*

### 1. INTRODUCCIÓN

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.

La Corte Suprema se ha pronunciado al respecto, definiendo el abandono como:

“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)”.

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 serían los supuestos de inoperancia que contempla la parte final del artículo 348 del CPC. Véase el caso de pedir copias certificadas, variar de domicilio, cambiar de abogado, etc.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26691 del 30/11/1996.

## 2. ABANDONO

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 art. 1996, inc. 3 del CC).
- 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 CPC, o porque el juez lo haya dispuesto expresamente, como sería el caso del llamamiento por fraude a que refiere el artículo 106 del CPC.
- 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 CPC.

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.

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.

En ese sentido la Corte Suprema se ha pronunciado:

“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)”.

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 art. 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 a otra de las distintas etapas que lo integran. A manera de ejemplo se señala 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 art. 79 del CPC).

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.

En el proceso penal, hay justificaciones diversas para la conclusión, como la presunción de la falta de interés o la sanción al litigante no diligente en impulsar

el proceso. En ese escenario, lo interesante del abandono en el caso de las querellas, es que la vieja legislación procesal penal no contemplaba de manera directa la posibilidad del abandono, pero se recurría para ello a las reglas del CPC. Sin embargo, el nuevo texto legal del CPP sí desarrolla un pequeño procedimiento para ese tipo de procesos, con un plazo especial para el abandono, como es tres meses, a diferencia del CPC que contempla los cuatro meses (ver art. 464.1); sin embargo, hay que precisar siempre que este CPC operará de manera supletoria para lo no regulado de manera expresa por el CPP de 1994.

En cuanto al impulso de oficio, este debe asumirse en el contexto que el juez tiene el deber de hacerlo, salvo que cuando se trate de actos que sean imputables a las propias partes, ese impulso de oficio cesa, para asumir el acto “de parte”; por citar, el precisar la dirección domiciliaria de una de las partes en el proceso. Ese dato y acto es imputable a la parte, no es un acto imputable al juez, por tanto, allí cesa esa función de impulso de oficio; en este caso, el juez asume otro rol, de verificar que los procesos no se encuentren paralizados o abiertos de manera indeterminada, sino que el proceso requiere de plazos y etapas, que si no se cumple con ellas, hay que concluirlo; hay un rol activo del juez, a definir si continúa abierta la discusión judicial. Si el proceso está paralizado, tiene el deber –de oficio– de concluirlo; aquí hay deber de concluir debates paralizados. No hay que olvidar que la parte beneficiada con el abandono puede renunciar a este, al continuar con el impulso del proceso, siempre y cuando el juez de oficio, no haya emitido el auto de conclusión del proceso.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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 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*).

**Artículo 347 | Medidas cautelares**

*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.

*Marianella Ledesma Narváez*

**1. INTRODUCCIÓN**

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 CPC.

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

**2. 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 art. 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 cautelar dictada y jamás ejecutada, fuera de proceso, por lo que 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 Continental con Molino La Casta S.A. sobre medida cautelar fuera de proceso.

En conclusión, el artículo en comentario recoge el efecto de un hecho sobreviniente a la decisión cautelar, como sería el caso del abandono; sin embargo, pueden ser calificados como sobrevinientes 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.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La prescripción sólo extingue la acción, mas no el derecho, de modo que la declarada en otro proceso, concluye la acción que le dio origen, no pudiendo servir de base para declarar la improcedencia de una nueva demanda, mucho menos de oficio, por lo que lo resuelto en el acompañado no es sustento para rechazar la que es materia de autos, sobre todo porque el otro proceso ha sido declarado en abandono y en tal situación se extinguen todas las resoluciones que se hayan expedido en él, incluyendo las medidas cautelares o los efectos de la interrupción de la prescripción (*Cas. N° 2197-98-Huaura*).

**Artículo 348****Naturaleza del abandono**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 346, 349.*

*Marianella Ledesma Narváez*

**1. INTRODUCCIÓN**

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.

**2. NATURALEZA DEL ABANDONO**

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, y 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 art. 347 del CPC). En igual forma, para enervar los efectos de la interrupción del plazo de prescripción civil, también se requiere de la resolución judicial del abandono.

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 (art. X, T.P. 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 dichos 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 (art. 95 del CPC) o en el diligenciamiento de la publicación de edictos, u otros actos que son imputables a las partes, por ello, el artículo 350, inciso 5 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 diario oficial *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”.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.



**Artículo 349**

**Paralización que no produce abandono**

*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.*

---

*Marianella Ledesma Narváez*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

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, o el extravío del expediente, siempre que se hayan practicado las diligencias necesarias para su búsqueda o reconstrucción.

**2. SUPUESTOS EN LOS QUE NO OPERA EL ABANDONO**

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 sobrevinientes 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.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 periodo 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*).

## Artículo 350 **Improcedencia del abandono**

*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 inc. 1.*

*Marianella Ledesma Narváez*

## 1. INTRODUCCIÓN

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.

## 2. IMPROCEDENCIA DEL ABANDONO

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 contienen pretensiones imprescriptibles, debemos entender que no opera la prescripción al derecho a percibir los alimentos, pero sí a la pensión fijada (art. 2001, inc. 4 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 (Cas. Provisional N° 030-1999, Lima).

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 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". 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.

Según PARRY (1964: p. 21), 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 artículo 350, inciso 3 del CPC. La pretensión alimentaria se ubica precisamente en ese sentido, de tal manera que no cabe declarar el abandono procesal en ellas.

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 CC, 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 art. 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 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 artículo 2001, inciso 4 del CC, 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, 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.

Con 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 inconcurrencia 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 art. 206 del CNA) lo dispuesto por la última parte del artículo 203 del CPC.

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 concurrencia a la audiencia de pruebas, aquí dicha inasistencia va a generar la conclusión del proceso, pero no por abandono sino por imperio del artículo 321, inciso 8 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 diario oficial *El Peruano*, el 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.

No siempre la paralización del proceso puede ser imputable al actuar del juzgador, sino que incluso puede darse que la omisión o demora dependa 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. Si bien este inciso de manera expresa no hace referencia a los órganos de auxilio judicial, consideramos que también deben ser comprendidos dentro este supuesto, por tener directa participación en la realización de actos de impulso procesal. En este contexto, nos preguntamos ¿es válido declarar el abandono del proceso, si este se paraliza por más de cuatro meses, en espera que el curador procesal conteste la demanda? La respuesta a esta interrogante resulta afirmativa según lo que se expone en la ejecutoria emitida por la 8ª Sala Civil de Lima, Exp. N° 3611-2007, criterio que desde ya preciso no comparto. Refiere la citada ejecutoria, que se ordenó se sobrecarte la demanda, subsanación y admisorio al curador procesal en su domicilio procesal, para su contestación; sin embargo, computando el plazo legal de cuatro meses desde la última notificación se declaró el abandono del proceso. Dicho fallo no contempla que la contestación de la demanda (cuando la parte está representada por curador procesal) constituye un deber y no una carga

imputable al órgano de auxilio judicial (curador procesal). El juez omite su deber de impulsar el proceso de oficio y abdica a sus facultades disciplinarias, frente al curador procesal que omite cumplir con su deber de contestar la demanda.

La curadoría procesal implica una de las expresiones de la representación judicial. Esta representación permite que una de las partes del proceso pueda actuar en él a través de otra persona debidamente autorizada para ello. El curador procesal es una expresión de este tipo de representación judicial, aunque un sector de la doctrina considera que este tipo de representación se ubica en la representación legal, porque es la ley procesal la que otorga facultades al juez para la designación del representante de una persona en el proceso. De manera general podemos decir que curador es quien cuida de algo. Un curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir los pleitos y defender los derechos de un menor, de un ausente o del sometido a interdicción civil o a otra incapacidad.

El curador procesal tiene el deber de intervenir en todos los actos que ocurran durante el desarrollo del proceso, cesando su representación solo frente a la comparecencia del demandado. Debe tener la oportunidad de contestar la demanda; sin embargo, no tiene la carga de reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en aquella o la autenticidad o recepción de los documentos acompañados por el actor. A pesar de que la norma no refiera nada al respecto, el curador podría reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba. Carece de facultades para realizar actos de disposición como allanarse, transar y conciliar; y, no puede ser citado para ejecutar aquellos actos cuya eficacia depende del cumplimiento personal por parte del demandado, como el reconocer firmas.

Felizmente en la casuística judicial encontramos otros pronunciamientos acordes con la función del curador en el proceso, donde no se confunde su rol de colaborador, sujeto a deberes y derechos: "Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe 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).

Como señala el artículo 350.5 del CPC, en los procesos en que la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los auxiliares jurisdiccionales, la paralización del proceso no genera el abandono; por tanto, si los curadores judiciales son órganos de auxilio judicial, esto es, son auxiliares jurisdiccionales (ver arts. 54 y 55 del CPC) la omisión en el cumplimiento del acto encomendado no genera el abandono procesal, sin perjuicio de que las dilaciones indebidas que su actuación provoquen en el proceso merezcan alguna



sanción disciplinaria por el juez, pero, no se traslada la afectación del propio proceso, como es la conclusión de este por inactividad procesal. En tal sentido, compartimos el siguiente pronunciamiento judicial: "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 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).

Definitivamente el curador, como órgano de auxilio judicial, es un representante judicial de la parte a la que asiste, y en tal sentido la omisión en la realización de actos procesales específicos debe asumirse como el incumplimiento de deberes al que está sujeto bajo su rol de curador procesal; por tanto, si el curador no cumple con contestar la demanda, corresponderá al juez requerir el cumplimiento de ese acto, sin perjuicio de la sanción pecuniaria que pudiere corresponder al curador que omite ese deber; pero, de ninguna manera podría declararse la rebeldía o, en todo caso, el abandono del proceso por inactividad generalizada.

Pareciera que se incurre en error al apreciar al curador procesal sujeto al cumplimiento de cargas y no de deberes. En atención a ello, la contestación de la demanda constituye un deber imputable a un órgano de auxilio judicial, por tanto, la omisión de ese deber no debe llevar a la declaración del abandono por ser un acto propio de la administración judicial; por último, también advertimos que esta paralización se debe a la omisión de un acto imputable al juez, como es, el deber de impulso de oficio, tal como lo consagra el artículo II, T.P. del CPC, por tanto, si el juez advierte que el proceso se encuentra paralizado por la inactividad del curador procesal, tiene el deber de impulsar este, requiriendo la ejecución del acto bajo apercibimiento de imponer sanciones pecuniarias y disciplinarias hasta la subrogación del curador procesal si no cumple con sus funciones encomendadas, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiere haber generado dicha omisión.

Por último, la paralización del proceso, a la espera de que el curador procesal conteste la demanda, no solo encierra un cuestionamiento al órgano de auxilio judicial (curador) por la omisión en el cumplimiento del deber, sino también acoge el cuestionamiento al juez del proceso por no haber cumplido con su deber del impulso de oficio, pues corresponde a dicho juez requerir la ejecución del acto pendiente e incluso hacer uso de sus facultades disciplinarias para tal fin, frente al curador procesal.

Un caso similar es el que desarrolla la Cas. N° 5175-2011-Cusco. El último acto procesal del juez, en un proceso sobre nulidad de acto jurídico y reivindicación, fue la resolución de nombramiento de un curador procesal de una sucesión intestada, en el que se dispuso previamente a fijarse los honorarios propuestos, poner en conocimiento de la parte demandante por tres días, lo cual fue notificado. La Sala Civil Suprema determinó que desde la fecha del cargo de esa notificación no se produjo ningún acto que impulse el proceso, pero, estableció además que aun cuando el juzgador comunicó los honorarios fijados por el curador en el proceso, ello no implica que sean las partes las que por último determinen el *quantum* por fijarse porque ello es una facultad que la ley le concede al juez, en ese sentido, correspondía al juzgador impulsar el proceso. El artículo 350.5 del CPC establece que no procede el abandono en los procesos pendientes de una resolución y si la demora fuera imputable al juez. “Situación que se produjo en este caso, porque la fijación de honorarios del curador procesal solo puede hacerla el juez”, por ello, la Sala Suprema considera que, independientemente que la parte no haya cumplido el mandato del juez, este debió tomar las medidas necesarias para tal fin.

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 inc. 6), a pesar de la inactividad generalizada. Un ejemplo de ello se encontraba en los procesos tramitados bajo el amparo de la Ley de Violencia Familiar, Ley N° 26260, modificada por la Ley N° 27982, que en su artículo 20 expresamente señalaba que no cabía el abandono en dichos procesos; sin embargo estas leyes fueron derogadas por la Ley N° 30364, nueva Ley de Violencia Familiar, la misma que no regula este supuesto de abandono.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORNEJO, Héctor (1999): *Derecho familiar peruano*. 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica;  
PARRY, Adolfo (1964): *Perención de la instancia*. 3ª ed. Buenos Aires: Omeba.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 351**

**Efectos del abandono del proceso**

*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.R.C. art. 416.*

*Marianella Ledesma Narváez*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El abandono es una forma de concluir el proceso sin declaración de fondo, según lo regulado en el artículo 321, inciso 3 del CPC, 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. EFECTOS DEL ABANDONO**

Como señala el CPC, 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 regula el artículo 322, inciso 5 del CPC, 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 Cas. N° 1240-2002-Ica del 27 de setiembre de 2002, publicada en el diario oficial *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 accesorio, ni tampoco discrimina que tal acumulación resulte improcedente.

Mediante la Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ, publicada en el diario oficial *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.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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-Loreto*).

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*).

**Artículo 352** | **Validez de pruebas actuadas en proceso abandonado**

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

CONCORDANCIA:  
C.P.C. art. 198.

*Marianella Ledesma Narváez*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

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. VALIDEZ DE LAS PRUEBAS**

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.

Con 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.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**Artículo 353** | **Recurso de apelación**

*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 inc. 1, 371.*

---

***Marianella Ledesma Narváez***

---

El artículo que se comenta regula los efectos de la apelación con relación al abandono y lo hace en concordancia con el artículo 371 del CPC, 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 art. 321, inc. 3 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, 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 CPC, 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.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

Ledesma Narváez, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

**Artículo 354** | **Abandono y prescripción extintiva**

*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.*

---

***Marianella Ledesma Narváez***

---

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, a efectos del cómputo de la prescripción, el tiempo transcurrido hasta entonces.

Las causas de interrupción las regula el artículo 1996 del CC, 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 al deudor.

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

La ineficacia de la interrupción se produce cuando atendiendo a las características de las causales interruptivas, por circunstancias que señala la ley (ver el art. 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”.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---





# TÍTULO XII

## MEDIOS IMPUGNATORIOS

### CAPÍTULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

#### Artículo 355

#### Medios impugnatorios

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

#### CONCORDANCIAS:

*C. art. 139 inc. 20; C.P.C. arts. X, 58, 357; C.N.A. art. 178; L.P.T. art. 32 y ss.; L.P.A.G. arts. 206 a 218; L.O.P.J. arts. 11, 290.*

*Oscar A. Fernández Chávez*

---

#### 1. ACEPTACIÓN GENERAL

El presente dispositivo procesal tiene una enorme importancia, pues nos brinda una herramienta básica para analizar y desarrollar el concepto y finalidad de los medios impugnatorios, por ello es que si no dominamos este precepto menos podríamos entender buena parte de las reglas generales que regentan los medios impugnatorios y tampoco los dispositivos específicos que regulan las diferentes clases de medios impugnatorios, sean estos remedios o recursos.

En el presente caso, el legislador ha pretendido invocar un concepto de medio impugnatorio, sin embargo, no ha desarrollado el ámbito de los elementos que constriñen su definición y lo ha dejado a la doctrina, situación que definitivamente crea imprecisiones en su aplicación. Así, entonces, permítanme comentar brevemente sobre la base de la noción de esta figura procesal, tales elementos para tratar de comprender un medio impugnatorio.

#### 2. NOCIÓN DE MEDIO IMPUGNATORIO

Al respecto, la doctrina ha ensayado diferentes definiciones de esta institución procesal, como por ejemplo MONROY GÁLVEZ (2003: p. 196) sostiene que

es el “instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente”; sin embargo, todas ellas coinciden en destacar que el medio impugnatorio tiene por finalidad brindarle una herramienta superlativa a los sujetos procesales legitimados con la finalidad de que puedan cuestionar los actos procesales proferidos por el órgano jurisdiccional con la finalidad de que se anulen o revoquen.

### 3. ACTOS PROCESALES

Es preciso subrayar que el acto procesal es una acción voluntaria realizada en el marco del proceso judicial o para su inicio, cuyo efecto inmediato es la constitución, sostenimiento, modificación o disolución de la relación jurídica procesal. La clasificación de los actos procesales es muy diversa, siendo la prioritaria aquella que tiene por carácter diferenciador, el sujeto del que proviene el acto procesal, determinando que existan actos procesales de parte, así como del órgano jurisdiccional (GACETA JURÍDICA, 2013: p. 16).

Así entonces debemos complementar señalando que estos actos procesales no solo se encuentran constituidos por los actos emitidos por los jueces, sino también por los auxiliares de la jurisdicción civil. Ello en la medida que los actos procesales no solo se circunscriben a las resoluciones judiciales, que emanan de la potestad del juez, sino que se amplían a los actos que no necesariamente se encuentran contenidos en resoluciones como son las que realiza dicho funcionario público, en virtud del principio de inmediatez, como las audiencias o inspecciones judiciales, por ejemplo; incluso, hasta suelen existir actos como los decretos, que son emitidos por los secretarios (ver art. 122 del CPC) o las notificaciones judiciales y que en la actualidad hasta son diligenciadas por el personal de las centrales de notificaciones adscritas a cada Corte Superior de Justicia en el Perú.

Como podrá observarse, cuando uno pretende hacer uso de un medio impugnatorio, evidentemente debe saber que existe una variedad de actos procesales que pueden ser cuestionados, sin necesidad de distinguir al funcionario judicial quien, según la atribución impuesta en la norma, lo emite o ejecute. Siendo así, entonces cabe preguntarse: ¿Qué sentido tiene un medio impugnatorio?, ¿que busca?, ¿qué consecuencias trae su acogimiento jurisdiccional? Evidentemente, toda inquietud sobre el rol del medio impugnatorio subyace a un esquema concreto, asegurar la correcta administración de justicia, desde el punto de vista procesal así como sustancial, lo que significa en buena cuenta que los medios impugnatorios sirven para resguardar de manera imperturbable el respeto de los derechos fundamentales en proceso, básicamente el debido proceso desde su contexto adjetivo como sustantivo.

#### 4. IMPUGNACIÓN. SUJETOS IMPUGNANTES

La impugnación viene a ser la atribución del sujeto procesal legitimado para cuestionar en proceso los actos procesales expedidos por los sujetos procesales a quienes la ley autoriza, entonces: “Impugnación significa cuestionar un determinado acto denunciando un error, a fin de que este sea corregido. Por lo tanto, en el plano procesal, las partes y los terceros legitimados de un proceso pueden cuestionar diferentes actos procesales –poder de impugnación– cuando estos no cumplen sus fines pre establecidos, con la única finalidad de corregirlos” (GACETA JURÍDICA, 2013: p. 150).

Ahora bien, ¿quién puede interponer un medio impugnatorio? La norma materia de comentario refiere que puede ser el demandante o demandado y tercero legitimado, evidentemente esta posición legislativa tiene arraigo en principios básicos de orden constitucional como el de tutela jurisdiccional, derecho de defensa, doble instancia; sin embargo, se restringe la atribución de impugnar únicamente a quienes son reconocidos en proceso, sea la posición que tengan, así puede tanto el demandante como demandado impugnar, se entiende como tales a quienes se evidenciaron desde la composición originaria entablada en la demanda; pero no solo ello, también esta facultad se les atribuye a los terceros legitimados; ¿quiénes son estos personajes? Bueno, vienen a ser los que, por alguna razón, fueron incluidos al proceso, sea por tener un interés directo o indirecto, allí tenemos a los litisconsortes necesarios, facultativos, coadyuvantes, etc.

#### 5. JUSTIFICACIÓN PARA IMPUGNAR

Las circunstancias que provocan utilizar esta herramienta de los medios impugnatorios en los sujetos antes enunciados debe partir por una justificación objetiva originada a consecuencia de las decisiones o gestiones del ente jurisdiccional, y es que el acto que pretende impugnar debe afectarlo en la forma o en el fondo, conforme luego analizaremos. Ahora, si el uso de esta herramienta no se justifica carece de pertinencia su interposición, así por ejemplo, quien obtuvo decisión coherente con sus intereses no podría impugnar el acto procesal que así lo determina, en la medida que evidentemente no le produce agravio, situación particular es cuando el juez emite, por ejemplo, un auto de saneamiento probatorio omitiendo admitir las pruebas de una de las partes en cuyo caso resulta válido que además de la afectada directamente con ello también pueda la contraparte cuestionar el acto procesal aludido en la medida que la afectación es del proceso, indudablemente.

Esa justificación para impugnar tiene correlato en la propia norma, pues esta exige que quien cuestiona un acto procesal debe señalar, asimismo, cual es el error

o vicio consumado para impulsarlo con lo que se objetiviza la afectación inferida por el acto procesal.

## 6. EL ROL DEL VICIO O ERROR

El error o vicio se orienta a cuestionar particularidades esenciales del acto, en la medida que en el caso del primero, el impugnante debe encaminarse a denunciar la incorrecta valoración de pruebas, distorsión de hecho (errores de hecho) o la aplicación indebida sea por no corresponder, porque esté derogada, o se haya consumado la inaplicación de una norma (errores de derecho). Ahora bien, en el caso de denunciarse el vicio de un acto procesal, ello debe tener como fundamento la trasgresión de principios básicos que regentan un proceso judicial, siendo nuclear que esta se inspire en el principio del debido proceso, principio continente que, a su vez, está nutrido de una serie de sub-derechos, como el de defensa, al de obtener una decisión ajustada a derecho, racional, al derecho a probar, derecho al contradictorio, etc.

En todos esos casos, al impugnar, la denuncia del *vicio o error* para que tengan relevancia deben ser de una trascendencia capaz de retrotraer o revocar (revertir la decisión primigenia materia de impugnación), respectivamente, el acto procesal cuestionado. Se entiende que quien busca retrotraer para corregir la distorsión procesal trascendente debe denunciar un vicio y para cuestionar aspectos relacionados con el fondo de la controversia debe denunciar un error sea de hecho o de derecho, conforme ya hemos precisado en el párrafo precedente.

Considero necesario subrayar el detalle anterior en la medida que suele distorsionarse cuando se pretende sustentar el error o vicio, situación que evidentemente no coadyuva en una correcta defensa y por ende en una pertinente administración de justicia. Además, un escrito de impugnación que no determina claramente los cuestionamientos tipificándolos según sea su condición de error o vicio, menos entonces puede considerarse una real y objetiva manifestación de la afectación a los derechos en proceso del impugnante, trayendo como consecuencia un inefectivo e ilusorio cuestionamiento, sin esencia, lo que desde ya anuncia una muerte anticipada en cuanto a su gestión y efectos en proceso.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

GACETA JURÍDICA (2013): *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (2003): "Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil". En: *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Communitas.

---

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

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*).

**Artículo 356****Clases de medios impugnatorios**

*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.

*Oscar A. Fernández Chávez*

**1. ACEPCIONES GENERALES**

Mediante el presente dispositivo adjetivo el legislador ha diseñado una fórmula orientada a distinguir los diferentes medios impugnatorios que pueden plantearse. Los ha dividido en dos clases: 1) *remedios* y 2) *recursos*.

Los primeros serían “aquellos medios impugnatorios encaminados a lograr que se anule o rescinda determinados actos procesales que no se encuentran contenidos en resoluciones. Se interpone ante el mismo juez que conoció el acto procesal materia de impugnación, a fin de que este procesa a destruirlo por medio de una declaración rescisoria” (GACETA JURÍDICA, 2013: p. 321).

Por su parte, los recursos son “medios impugnatorios destinados para atacar los actos procesales que se encuentran contenidos en resoluciones, es decir, se utilizan para solicitar el reexamen de decisiones judiciales” (GACETA JURÍDICA, 2013: p. 313).

Existe, por tanto, una distinción absoluta entre una y otra. Así, entonces, en el caso de los remedios, estas estarían dirigidas a servir como herramienta para el cuestionamiento de actos procesales no contenidos en resoluciones, y en el caso de los recursos, estos de manera opuesta a la primera, estarían destinadas a cuestionar actos contenidos en resoluciones.

**2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS REMEDIOS EN LA PERSPECTIVA DEL CPC**

En el caso de los remedios, el legislador –de manera tímida– ha citado la oposición y, refiere, para cerrar un círculo ambiguo, a los demás remedios que se

interpongan para los casos expresamente señalados en el Código. Decimos ambiguo porque, si bien por un lado pareciera que el legislador infiere considerarlo (remedios) como *numerus apertus* para identificar, de acuerdo a su naturaleza, qué herramienta vendría a ser un remedio, sin embargo, luego dice que “los demás remedios solo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro de tercer día de conocido el agravio”. Esta contradicción se agrava desde que en nuestra norma procesal no existe expresamente invocación de la interposición de un remedio para un caso expresamente previsto.

Ahora bien, si el legislador ha pretendido darle un cariz amplio a esta clase de medio impugnatorio, consideramos que no ha conseguido ese objetivo pues ha sido infeliz la fórmula planteada en el dispositivo acotado, ya que si los remedios se interponen en casos expresamente señalados en el Código, entonces, por ejemplo, la nulidad procesal no debería considerarse como remedio, aun algunos magistrados así lo conciben, incluso hasta rechazan nulidades por no haberse interpuesto dentro del término de tres días que pregona la norma materia de comentario, es más, inclusive, hasta se toma como ejemplo de la definición en diferentes ejemplares jurídicos (así, por ejemplo, los remedios pueden ser dirigidos contra el acto de notificación, una diligencia externa realizada por el secretario, etc., es decir, cualquier acto procesal que no se encuentre comprendido en una resolución (GACETA JURÍDICA, 2013: p. 321).

### 3. UBICACIÓN DE LA NULIDAD PROCESAL

Mención aparte merece nuestra apreciación respecto de la naturaleza jurídica de la nulidad, en la medida que esta si bien es una herramienta que cuestiona actos procesales, desde el punto de vista de la clara distinción de los medios impugnatorios legislados, dicha figura constituiría, pues, un híbrido ya que de acuerdo a ley la nulidad no necesariamente está dirigida a cuestionar actos procesales no contenidos en resoluciones (remedio) como las notificaciones, por ejemplo, sino también tiende a cuestionar resoluciones, por ende, actos contenidos en ellas, sino entonces no sería posible aplicar el artículo 122 del CPC, en cuanto establece que si una resolución no contiene la fundamentación correspondiente o decisoria (autos y sentencias), estas acarrearán nulidad insubsanable.

Por tanto, este tipo de impugnaciones nulificadoras no tiene un regazo firme en nuestra normativa procesal; por ello, menos podría aplicársele por ejemplo el plazo para su interposición, conforme lo pregona la norma materia de comentario, pues, además, las normas que regulan la nulidad, entre ellos, el artículo 176 del CPC, refiere que “El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo”. Evidentemente esta norma racionaliza el sistema de pedido nulificadorio, dependiendo su interposición a los acontecimientos



que anteceden el cuestionamiento procesal de nulidad, por lo que, en el caso particular, podríamos decir que la nulidad procesal tiene una doble acepción, es decir, en algunos casos cumple una función de recurso y en otra de remedio. Sin embargo, para evitar cualquier disquisición podríamos entender a la nulidad procesal como un mecanismo impugnatorio singular y distinto a los propuestos de manera concreta en el título de medios impugnatorios, por lo que desde ya sugerimos su adecuación correcta a fin de evitar interpretaciones contrarias a los derechos y garantías en proceso.

#### **4. LA OPOSICIÓN EN SU CONDICIÓN DE REMEDIO PROCESAL**

Por otro lado, tampoco resulta clara la propuesta referida a la oposición como remedio, ya que la oposición que primero se advierte en la legislación procesal vigente es el de aquel mecanismo mediante el cual se cuestiona los medios probatorios. En ese sentido, así diseñado, no podríamos considerar como remedio a la oposición a una prueba, pues el remedio en sí cuestiona actos procesales proferidos en proceso por el ente jurisdiccional correspondiente, en la medida que se cuestiona la gestión, la decisión del órgano judicial.

Otra figura de oposición es la que se contempla para las medidas cautelares, aunque ella no nació desde el inicio de vigencia del CPC, ya que tiene aplicación desde el 29 de junio de 2009 al modificarse el artículo 637 según la Ley N° 29384 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2009). Igualmente, no está orientada a cuestionar actos no contenidos en resoluciones; todo lo contrario, cuestiona la resolución que concede la medida cautelar, incluso hasta regenta un plazo para su interposición, distinto al previsto en el dispositivo materia de comentario, pues el término perentorio para plantear un remedio es de tres días, mientras que para la oposición cautelar es de cinco días. Hasta allí, considero que debería modificarse la terminología expuesta en nuestro CPC a fin de evitar una suerte de confusión que puede ser contraproducente para una eficaz gestión del proceso judicial.

#### **5. LOS RECURSOS EN EL CPC**

Por otro lado, en cuanto a los recursos, el legislador ha sido enfático en enunciar en *numerus clausus* a esta clase de medios impugnatorios y de esa manera ha entendido expresamente como tales al recurso de reposición, al de apelación, casación y queja. Sin embargo, de forma inexplicable reitera parte de la definición del medio impugnatorio establecido en el artículo 355 del CPC, cuando en el último párrafo del dispositivo materia de comentario señala: "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”, dando a entender que solo respecto a los recursos se pudiera cuestionar el vicio o error alegado cuando en el artículo 355 del CPC referido, los vicios o errores están considerados como herramientas de impugnación en toda clase de medios impugnatorios, y aun en el caso de remedios no sabemos qué utilidad tendría una revocación cuando se cuestiona actos no contenidos en resoluciones, queda claro que confunde este tipo de reiteraciones que no hacen más que informarnos uno de los tantos defectos encontrados en la elaboración del CPC. Lo grave de esto es que semánticamente tampoco es feliz el dispositivo acotado, pues ha llegado el legislador a enfatizar que el objetivo del recurso es para que luego de un nuevo examen “se subsane el vicio o error alegado”, no sabíamos que necesariamente el vicio pudiera ser subsanado, y peor aún el error.

En efecto, los vicios que pudieran justificar la impugnación del acto simplemente informan al juez para que este retrotraiga el proceso, sea para corregir lo indebidamente encausado y que vaya a significar su continuación o, incluso, su conclusión por improcedencia de la demanda, etc., pero no tiene un fin de subsanación de vicio y menos de subsanación del error, pues la decisión que acoja como legítimo el cuestionamiento de un error estará encaminada a resolver en definitiva, vía revocación, una incidencia, ejemplo: la que resuelve una nulidad, o el proceso en sí, ejemplo: la sentencia. Por eso es que consideramos poco feliz la expresión materia de análisis expuesta en la norma comentada.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GACETA JURÍDICA (2013): *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico;  
GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica;  
MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

Los recursos impugnatorios pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella (*Exp. N° 189-95, Segunda Sala Civil*).

**Artículo 357**

**Requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios**

*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; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.*

***Óscar A. Fernández Chávez***

---

**1. ACEPCIONES PRELIMINARES. PRECISIONES**

Cuando el legislador plantea el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios no se está refiriendo básicamente a aquellos requisitos pasibles de subsanación, esto lo subrayo puesto que comúnmente se suele confundir el término de requisito de admisibilidad con la consecuente posibilidad de plazo para subsanar, simplemente debe entenderse a los requisitos de admisibilidad a aquellos requisitos de forma que no tienen mayor trascendencia en el contenido del medio impugnatorio, pero que su inobservancia puede acarrear incluso el rechazo del mismo.

Este aspecto es importante puesto que, por ejemplo, hay algunos requisitos de admisibilidad que no admiten incluso un plazo para subsanación, así tenemos el requisito relacionado con el término que se otorga para interponer el medio impugnatorio, o el hecho de no adjuntarse tasa judicial por concepto de recurso de apelación, claramente sancionado en el segundo párrafo del artículo 367 del CPC.

**2. IDENTIFICACIÓN GENERAL DE LOS REQUISITOS.  
ANÁLISIS CRÍTICO**

El dispositivo materia de comentario nos brinda una pauta general de los requisitos que debe cumplir los medios impugnatorios según sea el caso. En tal sentido, se señala, como primer requisito, que el medio impugnatorio esté dirigido al órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, bajo este supuesto objetivo, se entiende que quien interpone un medio impugnatorio lo debe hacer por escrito y dirigido al órgano que cometió el vicio o error, se entiende como tal al director del proceso en el que se ha efectuado el acto materia de impugnación (juez).

No obstante, este tratamiento nos parece genérico y, en ciertos pasajes, contradictorio, toda vez que conforme se ha dicho, los medios impugnatorios no solo están dirigidos a cuestionar actos emitidos por los jueces, sino también, cuando corresponde, cuando son emitidos por otros sujetos que integran el aparato judicial como es el secretario judicial (ahora especialista), notificador, etc.; entonces, bajo el esquema del dispositivo señalado, tendríamos que entender que si un secretario o un notificador cometiese un vicio o error en la ejecución de la gestión encomendada por las normas vigentes, entonces, el medio impugnatorio tendría que ser interpuesto directamente ante ellos. Tal como esta situación resulta absurda, sería aconsejable más bien que los términos empleados sean modificados con la finalidad de garantizar correctamente el derecho de defensa de las partes, pues, siendo el juez el director del proceso, entiéndase juez de paz letrado, juez especializado, sala superior o suprema, entonces, sería recomendable que, por ejemplo, el dispositivo se encamine a que el medio impugnatorio se interponga ante el juez de la causa o proceso en el que se habría cometido el vicio o error.

También nos parece infeliz la posición adoptada por el legislador al complementar el dispositivo sancionando de manera anticipada el comportamiento del órgano jurisdiccional (juez) cuando señala que el medio impugnatorio “se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error”; es decir, bajo el supuesto legislado, el órgano jurisdiccional ya habría cometido el vicio o error, cuando lo recomendable sería que el medio impugnatorio se interponga ante el juez que actualmente (porque puede haber acontecido en segunda instancia) dirige el proceso en el que se habría cometido el vicio o error, esto evidentemente en el entendido que no solo es el juez quien pudiera cometer el vicio o error, sino además, el secretario judicial, notificador, etc.

Por otro lado, en la secuencia previsto en el dispositivo de determinar ante quien se interpone el medio impugnatorio, la expresión “salvo disposición en contrario” sí tiene justificación desde que las normas especiales que regentan los medios impugnatorios establecen situaciones excepcionales como el contemplado para los recursos de queja, artículo 403 del CPC, y, en su caso, el referido a la posibilidad de interponerse recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, directamente, conforme lo establece el artículo 387 del CPC.

En cuanto a las formalidades y plazos, el legislador ha considerado que estos también son requisitos de admisibilidad, esto quiere decir que para interponer un medio impugnatorio, además de las normas generales expuestas en el Capítulo I del Título XII Medios Impugnatorios, se debe observar obligatoriamente las formalidades específicas en relación a cada tipo de medio impugnatorio, sean estos remedios o recursos y dentro de estos últimos los relacionados a las reposiciones, apelaciones, casaciones y queja.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico; GACETA JURÍDICA (2013): *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica; GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Para la interposición de medios impugnatorios ante el órgano jurisdiccional, en caso de que adolezcan de omisión o defecto 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 (*Cas. N° 566-2005-Piura*).

Si el juez, con oportunidad de resolver una excepción en la audiencia única, establece un determinado criterio al respecto, en presencia de ambas partes, sin que en dicha oportunidad la parte ejecutada haya interpuesto el medio impugnatorio respectivo o formulado reparo u objeción, entonces dicho aspecto quedó consentido y no es pasible de revisión por otra instancia (*Exp. N° 1402-2005*).

Si el recurso de apelación no se encontraba fundamentado, por lo que debió ser declarado inadmisibles, pero fue admitido, la falta de pronunciamiento en la sentencia sobre dicha impugnación no origina la nulidad de la misma, dado que no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal (*Cas. N° 1116-2002-Puno*).

El declarar inadmisibles 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*).

**Artículo 358****Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios**

*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.*

**Óscar A. Fernández Chávez**

Los requisitos de procedencia de los medios impugnatorios están básicamente relacionados con la esencia del cuestionamiento impugnatorio. Por ello el legislador consideró que la fundamentación del medio impugnatorio subyace a la procedencia del mismo, por la sencilla razón que si se cuestiona un acto, deben existir argumentos que tengan por finalidad mostrar el móvil de la afectación. Tanto es así que el dispositivo señala que la fundamentación debe concentrarse en el agravio, es decir, en la afectación que causa en el impugnante el acto procesal cuestionado y, además, debe fundamentarse señalando el vicio o error que motiva la impugnación.

Estos elementos son intrínsecos al medio impugnatorio pero que, definitivamente, pueden ser planteados aislada o independientemente, y hasta conjuntamente; es decir, la norma no discrimina la denuncia conjunta del vicio o error, más aún si en la actualidad pasa incluso por un aspecto de discrecionalidad el de determinar la trascendencia de la afectación nulificatoria (vicio). Además, así lo ha expresado el CEPJ en una confusa manifestación administrativa interferente de la labor jurisdiccional (Resolución Administrativa N° 002-2014-CE-PJ de fecha 7 de enero de 2014, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 26 de febrero de 2014) que ha tenido un correlato mucho más ecuánime y académico en la sentencia del TC dictada en el Exp. N° 06259-2013-PA/TC del 24 de octubre de 2014.

La parte del dispositivo que llama la atención –pero que a la vez comúnmente es omitido por los operadores de justicia– es la que señala que el impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna. Este requisito de procedencia, ineludible por cierto, exige a la parte impugnante determinar, de manera coherente con el acto procesal cuestionado, el medio impugnatorio que expresamente deberá plantear.

Por ejemplo, si se pretende cuestionar un decreto, entonces debiera corresponderle el recurso de reposición conforme lo regula el artículo 362 del CPC. Así entonces, siguiendo el ejemplo anterior, si se interpone el recurso de apelación contra el decreto, lo lógico sería que el juez declare improcedente el medio impugnatorio por constituir requisito de procedencia la incorrecta adecuación del medio impugnatorio al acto que se impugna.

Ahora bien, hemos advertido hace un momento que esa parte del dispositivo nos llama la atención en la medida que contiene un mensaje que, si bien es imperativo, no guarda concordancia en la actualidad con algunas expresiones jurisdiccionales –evolutivas por cierto– de enaltecer el derecho de defensa, pues más allá de la nomenclatura errónea que pudiera acontecer para impugnar, esta incidencia no puede empañar el contenido del cuestionamiento (agravio, error o vicio). Estos últimos elementos sí son trascendentes para determinar, finalmente, el destino del mecanismo impugnatorio, en este caso más bien hasta la LPAG establece en su artículo 213 la flexibilidad en conceder el recurso aún se haya consumado el error en la calificación del mismo.

Ante ello, consideramos oportuno que se derogue este extremo de la norma, porque finalmente contradice los paradigmas constitucionales que subyacen al debido proceso, en consecuencia, la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico; GACETA JURÍDICA (2013): *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica; GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 359** | **Incumplimiento de los requisitos**

*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. arts. 50 inc. 6, 401; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.*

**Óscar A. Fernández Chávez**

El legislador se ha preocupado por mantener un orden en establecer los requisitos de forma (admisibilidad) y los requisitos de fondo (procedibilidad), para luego fijar las sanciones que se puedan generar a consecuencia del incumplimiento de estos requisitos. Sin embargo, no ha complementado qué tipo de sanciones se aplicarán en estos casos, únicamente se limita a considerar lo innegable, esto es que la decisión que sanciona las faltas de requisitos debiera estar debidamente fundamentada, situación que se justifica por el hecho mismo de que se está calificando un medio impugnatorio; es decir, una herramienta básica en el derecho de defensa que resultan inherentes a los sujetos inmersos en el proceso judicial.

Y esta observación de nuestra parte lo hacemos en la medida que existen unas series de situaciones de forma que son sancionadas con el rechazo automático ante su incumplimiento, como suele ser lo relacionado con el plazo que se otorga para impugnar, o el incumplimiento en la presentación de la tasa por concepto de apelación conforme se tiene del artículo 367 del CPC.

No obstante, no existe una regulación específica cuando el impugnante dirige su medio impugnatorio ante un órgano jurisdiccional totalmente distinto del que corresponde, en algunos casos, el juez indebido remite el recurso a quien corresponde para su prosecución o incluso para su rechazo ante esta errónea precisión, en cuyo caso, consideramos recomendable que este aspecto también sea materia de modificación normativa a fin de evitar interpretaciones contrarias a los paradigmas constitucionales inherentes a los sujetos procesales.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico; GACETA JURÍDICA (2013): *Diccionario procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica; GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.





## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

El declarar inadmisibles 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*).

**Artículo 360****Prohibición de doble recurso**

*Está prohibido a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución.*

CONCORDANCIA:

*L.P.A.G. art. 214.*

*Óscar A. Fernández Chávez*

La presente norma es una más de aquellas que el legislador parece haber diseñado presurosamente, pues únicamente prohíbe el doble recurso sobre una misma resolución; es decir, prohíbe que respecto de una resolución se puedan plantear dos recursos.

Se entiende que, por ejemplo, contra un decreto sea imposible plantear dos recursos de reposición, o que sea prohibido plantear, contra un auto o sentencia, dos apelaciones o casaciones o queja según corresponde. Aun si bien, esta norma simplemente garantiza preconizar el estamento de la seguridad jurídica y, por ende, el de no discutir cada decisión incidental o final en un proceso más de una vez, esta debe entenderse que se trata de la tentación de doble recurso ante una misma instancia.

No obstante, ¿solo cuando se trata de resoluciones y por ende de recursos? ¿Qué sucede entonces respecto de los remedios y por tanto de actos procesales no contenidos en resoluciones igualmente impugnables? ¿Acaso sobre esta clase de medios impugnatorios (remedios) sí sería posible el doble remedio? Creemos que sobre este tema no se ha regulado absolutamente nada y consideramos que también debe ser aclarado a fin de evitar argumentos como el que “donde la ley no distingue no debemos distinguir”.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico;  
GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica;  
MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

**Artículo 361**

**Renuncia a recurrir**

*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.*

*Oscar A. Fernández Chávez*

---

La practicidad de esta norma tiene como inspiración el de la posibilidad de concluir procesos sin mayor dilación sobre la base de la voluntad de las partes contrapuestas en un proceso judicial orientado en acabar de una vez por todas con el conflicto de intereses en primera instancia.

Esta norma es criticable, pues en primer lugar ha señalado como condición, en nuestra consideración innecesaria, que dicha manifestación de las partes de renunciar a recurrir sea planteada durante el proceso, desconocemos la orientación restringida expuesta por el legislador, pues nada obsta a que las partes puedan manifestar dicha voluntad incluso antes de iniciado el proceso, en acuerdos expresos previos que tengan ese sentido. ¿Por qué entonces esperar a que tengan una controversia instaurada en proceso judicial para permitirles renunciar a recurrir? Nada saludable viene a ser el mensaje del legislador, pues si la propuesta es crear una cultura de paz y no de conflicto instaurado en contraposición del letargo en la administración de justicia poco suma este tipo de restricciones planteadas en la norma.

La terminología planteada por el legislador (“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”) también nos parece poco feliz, pues, en primer lugar, la norma exige que bastaría admitir la renuncia a recurrir cuando en realidad una acepción más coherente sería el de la posibilidad de aceptarse o aprobarse un acto procesal (generado por las partes) implica de ser aceptado, un efecto coyuntural al interior del proceso judicial pues no debe olvidarse que la norma se orienta a brindar una herramienta potestativa a las partes con la finalidad de terminar de una vez por todas el conflicto de intereses.

Por otro lado, se condiciona que la pretensión discutida sea renunciable, sin embargo, el legislador aplica un término conjuntivo “(...) y no afecte el orden

---

público, las normas públicas o normas imperativas”; es decir, pareciera que aunque deba ser renunciable el derecho también deberán cumplirse estas últimas particularidades, situación que evidentemente crea confusión.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico;  
GACETA JURÍDICA (2015): *Manual del proceso civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica;  
MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

---

## CAPÍTULO II REPOSICIÓN

### Artículo 362

#### Procedencia

*El recurso de reposición procede contra los decretos a fin de que el juez los revoque.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 121 párr. 1, 358; L.A. art. 49; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.*

### Artículo 363

#### Trámite

*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 inadmisibile 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:

*L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.*

*Hernán Gómez Pretto*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Se debe comenzar diciendo que quizás estos artículos que tratan este medio impugnatorio sean los que menos estudios o tratamiento tienen a nivel nacional a comparación de los otros medios impugnatorios. Sin embargo, intentaré explicar, de manera sencilla, el concepto, objetivo y características principales que tiene dicho recurso en el escenario nacional. Además, señalaré algunos detalles sobre lo que dice la doctrina y legislación comparada al darle otros matices al recurso de reposición.

## 2. CONCEPTO Y OBJETO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Primero, se debe advertir que el recurso de reposición es el medio impugnatorio mediante el cual se pretende que el mismo órgano jurisdiccional que emitió

la resolución recurrida subsane los agravios, que esta pudo haber generado (revocando en primer lugar y después sustituyendo, PARRA, 1992: p. 277). Quedando solo por establecer contra qué tipo de resoluciones se debe interponer el recurso. La idea de catálogo de resoluciones son diversas en diferentes legislaciones, pero donde existe uniformidad con respecto a los decretos o providencias simples.

En ese sentido, se debe señalar que dicho recurso en la legislación nacional (art. 362) *está destinado a que el juez (o colegiado) reexamine la resolución que este emitió cuando se traten de resoluciones de impulso procesal o de mero trámite*. Sin embargo, estas por más que parezcan de “mero trámite” generan efectos o consecuencias jurídicas entre los elementos activos (partes, terceros y órganos de auxilio judicial) de la relación jurídica procesal, y estas también pueden tener efectos que los perjudiquen.

Estas resoluciones que impulsan el desarrollo del proceso, el CPC, en el artículo 121, las denomina “decretos”. Siendo estas de simple trámite, no poseyendo una elaboración lógico-jurídica, como sí lo tienen los autos y sentencias.

El mismo artículo 362 del CPC, además de señalar cuáles son las resoluciones contra las que se interpone el recurso de reposición, señala expresamente que el mismo juez (o tribunal colegiado) es quien revoca su propia resolución y subsana los agravios. Sin embargo, se entiende que es el mismo órgano quien emite una nueva resolución. Dicha naturaleza del objeto del recurso de reposición, está ligada al principio de economía procesal, toda vez que lo que busca este recurso es que se pueda resolver incidencias (de mero trámite) en el menor tiempo posible. Es por eso que le da la opción al propio órgano jurisdiccional de revocar su resolución.

En este sentido, la doctrina es pacífica en establecer que el objeto del recurso de reposición es evitar las dilaciones y gastos que genera la segunda instancia (o grado), cuando se trata de cuestiones accesorias y respecto de las cuales no se requieren mayores alegaciones (ALSINA, 1967: p. 194; CUADRADO, 1987: p. 341).

Por lo tanto, estando a que el órgano jurisdiccional se encuentra en la capacidad de advertir –de oficio o a pedido de parte (en el caso peruano)– el error que lo ha llevado a dictar una resolución que contiene defectos, se debe evitar la demora que genera elevar dicha resolución para que otro órgano superior lo resuelva, cuando el mismo órgano lo puede reexaminar, para revocarla y reponerla.

### 3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Algunas características resaltantes del recurso de reposición y que se encuentran contemplados en el CPC:

- i) *Es impropio*, porque a diferencia de los propios, estos van a ser resueltos por el mismo órgano jurisdiccional que expidió la resolución materia de impugnación (MONROY GÁLVEZ, 2003: p. 200).
- ii) *Es ordinario*, porque le basta que la resolución impugnada contenga un vicio o error que genere un agravio. Y además, porque se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico procesal peruano.
- iii) *Sobre el agravio de la resolución impugnada*: el recurso de reposición debe señalar que la resolución impugnada le genere un daño concreto y actual. Dicho agravio puede tener connotación jurídica o económica (VARGAS, 2001: p. 309).
- iv) *Las resoluciones recurribles*: Como se señaló anteriormente, las resoluciones que son de materia de impugnación de acuerdo al Derecho comparado (inclusive puede llegar a interponerse contra autos e inclusive sentencias) son diversas por cuanto cada legislación elige los tipos de resoluciones materia de reposición, sin embargo, se debe señalar a nivel nacional un marco general sobre cuáles son las resoluciones recurribles. Como en el presente caso son los decretos.

Además, hay generalidades en todas las legislaciones (como la nuestra) en donde se debe advertir que cualquier resolución recurrida por medio de la reposición debe ser válida; de lo contrario, “si fuese nula, deberá deducirse su nulidad, mas no la reposición. Por eso, no se puede dejar de señalar que la interposición del recurso importa la renuncia al recurso de nulidad” (ALSINA, 1967: p. 194).

En la legislación comparada, existe una tendencia en ampliar el catálogo de resoluciones recurribles, como lo señala VARGAS (2001: p. 75) y PEYRANO (1993: p. 71) la cual señala que se está abriendo a una excepcional y muy especial variante de reposición *–in extremis–*, la cual procede contra las resoluciones interlocutorias e inclusive contra sentencias definitivas. Siendo que estas ya se encuentran materializadas en algunos ordenamientos procesales, tales como el Código General Procesal de Uruguay (art. 245) y el Código Modelo Procesal para Iberoamérica, y en el caso de la reposición *in extremis*, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes (art. 241 *bis*, dado por la Ley N° 5. 745).

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 (art. 451), establece que son recurribles en reposición las providencias o autos no definitivos, como lo señala de la siguiente manera:

- 1) Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión.

- 2) Contra todas las providencias y autos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida.

Finalmente, debemos afirmar que en el ámbito nacional solo las resoluciones que adolecen de errores *in procedendo* son pasibles de ser impugnadas vía reposición; en consecuencia, el defecto que debe configurarse de manera manifiesta o evidente es la aplicación indebida o inaplicación de una norma de contenido procesal.

#### 4. SOBRE EL PROCEDIMIENTO O TRÁMITE

El tratamiento a nivel de legislación nacional, es muy simple, teniendo las siguientes características:

- i) *Legitimación*: Si bien es cierto el artículo no señala expresamente los legitimados para interponer recurso de reposición, se debe entender –y la doctrina es pacífica– que son las partes de la relación procesal, así como también los terceros legitimados, los representantes de las partes, los peritos, en lo que corresponda con su actuación y, en algunos casos, los testigos, cuando se trate de alguna cuestión referida a su actuación testimonial.
- ii) *Órgano competente y plazo*: la característica principal en este recurso es que es el mismo órgano jurisdiccional (individual o colegiado) que emitió la resolución recurrida, quien se pronuncia sobre el recurso de reposición. Teniendo 3 días de plazo para interponer el recurso.

El artículo 363 del CPC además es categórico en concederle al juez, si advierte que el error es evidente o que el recurso es inadmisibile o improcedente, *la facultad de decidir de inmediato*, sin necesidad de trámite. De ese modo, *le otorga la potestad de resolver el recurso sin necesidad de correr traslado a la otra parte*. Es por eso que el referido artículo señala que si el juez “lo considera necesario”, conferirá traslado. Sin embargo, establece que en las audiencias se debe resolver el recurso previo traslado a la otra parte. Así, *se puede concluir que dicho artículo advierte que cuando la reposición es en forma escrita la substanciación es potestativa –u optativa–, y cuando es interpuesta verbalmente, es obligatoria*.

Además, con respecto a los efectos de la resolución que resuelve la reposición, el artículo antes citado es concluyente al establecer que contra lo que se resuelva (del recurso de reposición) *no cabe medio impugnatorio alguno*. Lo que se entiende que prescinde si estima o desestima el recurso. Sin embargo, la legislación comparada no es tan “estricta”, toda vez que existe la regla general que dispone que contra la resolución que desestima el recurso de reposición no cabe medio impugnatorio alguno. Y, en el caso de que la reposición prospere, la otra parte podrá interponer recurso de apelación, con la condición de que hubiera absuelto el traslado de la reposición en su oportunidad.



Nótese, en cambio, que el artículo 427 del Código General del Proceso de Uruguay y el artículo 217 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, advierten que en el caso de que la decisión fuera modificativa de la anterior, se puede interponer un nuevo recurso de reposición con apelación en subsidio, si correspondiere.

Es así que se puede señalar que la regulación peruana actual, a comparación con la legislación comparada, se encuentra en una significativa desventaja, en el sentido que el ordenamiento procesal no prevé algunas de las cuestiones que son centrales para la interposición, tramitación y resolución de este recurso. En este sentido, el código no resuelve, por ejemplo, *si la interposición produce efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida, sobre la fundamentación de este, tampoco advierte la apelación en subsidio –con las cuestiones que implican– y la reposición de oficio, que son materia de un estudio profundo del instituto procesal comentado* (recurso de reposición), y compararlo con otras legislaciones como España, Argentina, Colombia, Uruguay, Chile, etc.

Y, finalmente, respecto de las resoluciones recurribles, se puede decir que la legislación nacional como se advierte de los artículos comentados, en comparación a otros ordenamientos procesales, tiene un ámbito de aplicación restringido, toda vez que el catálogo actual de resoluciones susceptibles de este recurso como se ha visto, es distinto, en tanto los autos e inclusive las sentencias definitivas son susceptibles del recurso de reposición.

Sin embargo, el recurso de reposición tiene una concepción sólida, en la cual su concepto, objeto y principios que la sustentan, tienen en la doctrina y legislación comparada una cierta posición coincidente. Donde radica su versatilidad, es en la uniformidad de las resoluciones recurribles, porque como lo advertimos, cada ordenamiento tiene su propio catálogo de resoluciones recurrida. Acá en sede nacional, por el momento, son los decretos.

Finalmente, se debe señalar que si bien es cierto existe un proyecto de ley modificatorio de estos artículos (342 y 343 del CPC), existen cuestiones que también deben ser tratadas como la interposición del recurso y la posibilidad del efecto suspensivo de la resolución recurrida, la fundamentación del recurso en solitario o cuando tiene apelación subordinada, y la reposición de oficio.

## 5. ¿MODIFICACIÓN NORMATIVA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN?

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que actualmente existe un proyecto de ley (N° 1719/2007-CR) desde el 2007 que modifica el CPC respecto al recurso de reposición. Con relación a la regulación actual, el proyecto propone dos

cambios significativos. El primero, es la ampliación del catálogo de resoluciones recurribles por este impugnatorio, y, el segundo, es la regulación de la apelación subordinada o subsidiaria (como lo señalan otros ordenamientos). Así, el proyecto aumenta el espectro de resoluciones recurridas, como son los autos, exceptuando las que resuelven excepciones o medidas cautelares. Sin embargo, creemos que las medidas cautelares también deben estar incluidas dentro de las resoluciones materia de recurso de reposición (GÓMEZ PRETTO, 2014).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1961): *Tratado teórico-práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial*, IV: Juicio ordinario, 2ª parte, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CUADRADO, Jesús (1987): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; GÓMEZ PRETTO, Hernán (2014): “El recurso de reposición en sede civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (2003): *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Parte general. Bogotá: Temis; PEYRANO, Jorge (1993): “Recurso de reposición”. En: *Recursos judiciales*. Buenos Aires; VARGAS, Abraham Luis (2001): “Recurso de reposición, revocatoria o reconsideración (tipicidad y atipicidad)”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, IV. Lima.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Contra los decretos procede el recurso de reposición a fin de que el juez los revoque, debiendo presentarse dentro del plazo de tres días, contados desde la notificación de la resolución (*Exp. N° 942-95-Lima*).

Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos Unidades de Referencia Procesal son apelables con efecto suspensivo; sin embargo del caso se advierte que el impugnante interpone recurso de reposición contra la citada resolución, no cumpliendo con el requisito de procedencia de adecuar el medio impugnatorio que se utiliza al acto procesal que se impugna, conforme lo exige el artículo 358 del CPC (*Apelación N° 05-99-Lima*).

El recurso de reposición procede contra los decretos a fin de que el Juez los revoque, estableciendo el artículo 363 del CPC, en su último párrafo que el auto que resuelve la reposición es inimpugnable (*Exp. N° 99-23088-1263*).

### CAPÍTULO III APELACIÓN

#### Artículo 364

#### Objeto

*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 inc. 6; C.P.C. arts. 358, 382; C.P. Const. arts. 35, 36, 57, 58, 93; L.G.S.F. art. 122; L.O.P.J. arts. 11, 40 inc. 1, 131; D.LEG. 1075 arts. 132, 133, 134, 135.*

*Eugenia Ariano Deho*

#### 1. INTRODUCCIÓN

La apelación es un instituto muy antiguo. Surgida en Roma en los primeros tiempos del Imperio como un *extraordinarium auxilium* dirigido al *Princeps* (ORESTANO, 1959: p. 708; RANDAZZO, 2001), devino con el pasar del tiempo el medio ordinario para que quien se sintiera perjudicado por una sentencia reputada como injusta, obtuviera de otro juez un nuevo pronunciamiento sobre la situación ya previamente juzgada y definida por uno precedente.

Tres son las líneas fundamentales que nos interesan de la apelación romana: a) la sentencia apelable debía estar inmune de “vicios de construcción”, es decir, debía ser una sentencia válida, en cuanto para los romanos la sentencia inválida era considerada como nunca pronunciada (*sententia nulla* = “ninguna sentencia”), por lo que no se precisaba contar con ningún medio específico para hacer declarar su inexistencia; b) su promoción reabría totalmente el juicio ante el juez de apelación (*novum iudicium*), con posibilidad para las partes de aportar nuevas alegaciones y pruebas no deducidas en la instancia precedente; y, c) era posible el planteamiento sucesivo de tantas apelaciones como los niveles de la organización imperial lo permitieran (será recién Justiniano quien reducirá el número de apelaciones a dos) (CALAMANDREI, 1920: Caps. I-IV; ORESTANO, 1958: p. 708 y ss.; PADOA SCHIOPPA, 1967: *passim*; PUGLIESE, 1969: pp. 746-748).

Estas líneas fundamentales de la apelación se conservaron en el Derecho italiano intermedio, pero como el tiempo no pasa en vano, nuevas exigencias sociales (y, en no poco, el influjo del Derecho canónico) determinaron:

- a) el surgimiento de un medio específico y (al igual que la apelación) limitado en el tiempo para hacer valer los “defectos de construcción” (que los juristas medievales llamaron *errores in procedendo*): la *querela nullitatis*, enderezada únicamente a la anulación de la sentencia (*iudicium rescindens*) y cuyo no planteamiento a tiempo *subsanaba* el vicio que pudiera presentar la sentencia (CALAMANDREI, 1920: caps. VIII-XII; SALVIOLI, 1927: pp. 587-605; PADOA SCHIOPPA, 1970: pp. 43-52);
- b) el surgimiento, entre los pueblos germánicos, del “modelo” de *apelación-revisión*, en el que el recurso no promovía un *novum iudicium*, sino solo un control (*in facto et in iure*) sobre la sentencia del anterior juez, con proscripción de todo elemento nuevo (CALAMANDREI, 1920: p. 181 y ss.); y
- c) el surgimiento del principio de la “doble (o triple) conforme”, como metro para limitar el número de instancias (FIORELLI, 1958: p. 718; AIKIN ARA-LUCE, 1982: p. 46).

Todos estos tres aspectos sufrirán, a su vez, sendas evoluciones en el Derecho moderno: la *querela nullitatis* del Derecho italiano intermedio terminará siendo fusionada con la apelación en las Ordenanzas reales francesas, dando lugar al fenómeno de la “absorción de la invalidez en la injusticia de la sentencia” puntillosamente plasmado luego en el segundo párrafo del artículo 473 del Código napoleónico de 1806 (LIEBMAN, 1962: p. 511; PERROT, 1958: p. 400); el modelo germánico de la *apelación-revisión* encontrará su más concreta plasmación en el Reglamento Judicial (AGO) austriaco de 1781 que, reconsagrada en la famosa ZPO austriaca de 1895 (KÖNIG, 1996: p. 21; OLIVIERI, 1999: p. 115), irradiará su influencia sobre no pocas codificaciones europeas sucesivas; el principio de la doble (o triple) conforme sufrirá el embate de la legislación revolucionaria francesa con la introducción, en 1790, del principio del *deux degrés de juridiction* (CALAMANDREI, 1929: p. 730) hasta casi desaparecer en los ordenamientos procesales actuales.

De allí que bajo el nombre de “apelación” en los ordenamientos procesales contemporáneos no necesariamente se encontrará ese plurisecular mecanismo enderezado a “renovar” íntegramente el juicio ante un juez distinto al primero, esto es, el modelo romano de la apelación-*novum iudicium* o, como lo llaman los juristas de lengua alemana, *volle Berufung*, es decir apelación “plena” (PRIETO CASTRO, 1964: p. 351 y ss.), sino que también podremos encontrar una apelación como medio para provocar una “revisión” crítica de la primera sentencia y, como tal, cerrada a todo elemento nuevo, esto es el modelo austriaco de la *beschränkte Berufung*—apelación “limitada”—o *revisio prioris instantiae* (CALAMANDREI, 1929: p. 730; PRIETO CASTRO, 1964: p. 351 y ss.; MONTERO AROCA, 2006: p. 303 y ss.).

Igualmente, sea cual fuere el modelo predominante, podremos también encontrar una apelación enderezada a servir de medio para hacer valer los vicios “de construcción” de la decisión (o sea los vicios procesales), con efectos distintos según si ella se modele como una tradicional “querrela de nulidad” –que provoca un mero *iudicium rescindens* en caso de estimación– (KÖNIG, 1996: p. 22; CALAMANDREI, 1951: p. 112 y ss.; OLIVIERI, 1999: *passim*) más bien, también en estos casos, como auténtica apelación, con su consecuente efecto devolutivo, es decir, con la atribución del poder de decidir la controversia al juez de apelación (OLIVIERI, 1999: p. 99; MONTERO AROCA, 2006: p. 303 y ss.).

## 2. EL MODELO DE APELACIÓN ENTRE EL CÓDIGO DE 1852 Y EL CPC DE 1912

Ahora bien, ¿cuál es nuestro “modelo” de apelación? Antes de dar una respuesta, parece oportuno recordar el cómo afrontamos las tres líneas fundamentales de la apelación indicadas en el apartado anterior, al iniciar nuestro proceso de codificación procesal, es decir, en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852.

Y para ello conviene partir de la última: la del número de “instancias”, un tema que teniendo directa conexión con la organización judicial (y como tal con la organización del Estado), requiere para ser entendido acudir al texto constitucional vigente en el momento en que tal Código fue elaborado: la Constitución de 1839. Tal Constitución, siguiendo la línea ya trazada por sus predecesoras (la de 1823, 1826, 1828 y 1834, las que a su vez se inspiraban de la de Cádiz de 1812), zanjó la regla de que las Cortes Superiores serían competentes para conocer “en segunda y tercera instancia, de todas las causas civiles que conocen los juzgados de primera instancia”, precisando que ello sería así “en los casos y modos que designe la ley” (inc. 1 del art. 121). *Ergo*, en el diseño constitucional de aquél entonces (un diseño que se retrotrae a la fundación de la República), todo proceso civil podía pasar por hasta tres instancias, debiendo ser las últimas dos de competencia de las cortes superiores.

Pues bien, el Código de 1852 plasmó esta directiva constitucional estableciendo por un lado, la apelación como medio para promover la “segunda instancia” (el Título Primero de la Sección Primera del Libro Tercero, bajo el epígrafe “De la apelación o segunda instancia”) y, por el otro, la súplica para promover la “tercera instancia” (v. el Título Segundo de la Sección Primera del Libro Tercero, bajo el epígrafe “De las súplicas o terceras instancias”). La primera como “remedio” general contra las sentencias injustas (v. art. 1648) y la segunda como “remedio” limitado a los casos en los que se hubiera perdido la causa “en segunda instancia, ante una Corte de Justicia” (art. 1716), siempre que “las sentencias o

autos pronunciados en vista” no fueran confirmatorios de los de primera instancia (art. 1717). *Ergo*, la súplica (o sea el medio para promover la tercera instancia) estaba claramente preordenada a lograr la “doble conforme”. Cabe aclarar que la *súplica* era una auténtica segunda apelación, pero no se le llamó así por cuanto la competencia para conocer de la tercera instancia que promovía, le correspondía a un órgano judicial del mismo nivel de aquél que había llevado a cabo la segunda instancia (una sala de la Corte Superior, que debía tener distinta composición y que resolvía con un número mayor de magistrados, art. 1730). Por tanto, siendo un remedio “horizontal” (y no “vertical” como lo era tradicionalmente la apelación), se optó por denominarla “súplica”, evocando así el nombre que en el derecho castellano (MONTERO AROCA, 1996: p. 227 y ss.) tenía el remedio a plantear en contra de las sentencias de las audiencias y chancillerías reales: la “suplicación”.

La súplica del Código de 1852, sin embargo, tuvo corta vida, pues fue suprimida por Decreto Dictatorial de Ramón Castilla del 31 de marzo de 1855, en atención a que se consideró que su función podía bien ser asumida por el “recurso extraordinario de nulidad” de competencia de la Corte Suprema (art. 1733 del Código de 1852). Con la supresión de la súplica se suprimió también la “doble conformidad” como límite de acceso a la tercera instancia, pues la “doble conformidad” no era un impedimento para la promoción del recurso de nulidad (ya, directamente, promotor de una tercera instancia).

El modelo de apelación (y de súplica) acogido por el Código de 1852 se presenta claramente como “plena” (o sea, como *novum iudicium*). Lo confirman el artículo 1700 (“Pueden las partes en segunda instancia alegar nuevas excepciones, formando nuevos artículos, y pedir que sobre ellos, se reciba la causa a prueba”), el artículo 1702 (“La corte recibirá la causa a prueba, si las excepciones son nuevas y no puestas ni alegadas en primera instancia; o denegará la solicitud, en caso contrario. También recibirá la causa a prueba sobre los hechos indicados en el art. 676) y el artículo 676 (“En segunda y tercera instancia no puede recibirse la causa a prueba, sino sobre hechos deducidos de nuevo, o sobre aquellos que, apesar (sic) de ser conducentes, no fueron admitidos a prueba en las instancias anteriores”).

Finalmente, el Código de 1852 nos diseñó una “querrela de nulidad” a hacerse valer acumulativamente con la apelación (art. 1650) o, en su caso, con la súplica (art. 1652), con remisión al primer juez en caso de declararse la nulidad de la sentencia, “sin resolver la cuestión principal” (art. 1651).

Por tanto, nuestro Código de 1852 nos diseñó un sistema muy fiel a las doctrinas del Derecho común medieval: pluralidad de instancias hasta conseguir la “doble conforme”; apelación y súplica modeladas como “nuevo-juicio” y, a la par, como vehículos para hacer valer la nulidad de “las resoluciones judiciales”.

Por lo que atañe al CPC de 1912, el modelo esencial de apelación no cambió, en cuanto, al menos respecto al juicio ordinario, siguió siendo una clara promotora de un *novum iudicium* (comentario *sub art.* 374). En cambio, se oscureció por completo lo que estaba muy claro en el Código de 1852: los medios para hacer valer las nulidades de la resoluciones judiciales que zanjaba en el artículo 1085 y que a estar a lo dispuesto en el artículo 1087 podían ser declaradas de oficio por las “Cortes y juzgados” incluso cuando “la parte agraviada no [hubiera] reclamado”.

### 3. LAS APELACIONES DEL CPC

Dicho esto, vamos al “modelo” de apelación recogido en el Código vigente. Si nos atuviéramos solo a lo establecido en el artículo 364, no habría duda de que con el Código vigente se habría cambiado por completo de “modelo”: de la “apelación-nuevo juicio” de nuestro dos códigos anteriores se habría pasado a una mera “apelación-revisión”. En efecto, en él se dice claramente que el recurso tiene por objeto que “el órgano jurisdiccional superior examine (...) la resolución”, que es como decir que (tal cual en el Derecho Procesal austriaco) la apelación no tendría por objeto que el segundo juez reenjuicie la controversia (o la cuestión incidental) ya decidida por el primer juez, sino solo “examinar” si la resolución apelada es correcta o no.

Sin embargo, la “concepción” de la apelación del artículo 364 viene desmentida por la propia regulación subsiguiente, que nos proporciona elementos para configurarla no como medio para activar un mero control sobre la corrección de la primera decisión, sino como el medio para reabrir, *como mínimo*, la fase de decisión del proceso (o del incidente) ante el segundo juez.

Y es que en la apelación recogida por el Código vigente, conviven yuxtapuestas las “mil almas” que a lo largo de sus tantos siglos de existencia le han ido dando al instituto sus diversas fisonomías, por lo que en rigor, bien se puede decir que *no existe una única apelación, sino una pluralidad de recursos que se identifican con ese nombre*.

Esta pluralidad de “recursos” encerrados bajo el nombre de apelación se desprende ya del propio artículo 364, que tras indicar (reductivamente) que la apelación tiene por objeto promover el “examen de la resolución” agrega que tal examen tiene, desde el ángulo del recurrente, el “propósito” de que la resolución sea, total o parcialmente, “anulada o revocada”.

Sobre la base de estos dos posibles desenlaces (revocación o anulación) podemos distinguir ya:

- a) una *apelación devolutiva* enderezada a obtener una *decisión sustitutiva* de la primera, en donde ella cumple el tradicional papel de ser el medio para trasladar al segundo juez el poder de conocer aquello que fue conocido por el primero, tanto en relación al fondo de la controversia como sobre una cuestión incidental (sobre la extensión del efecto devolutivo: comentario *sub art.* 370); y,
- b) una *apelación no devolutiva* enderezada a obtener un *pronunciamiento rescindente*, en donde ella parecería cumplir el papel de ser una mera “querrela de nulidad”, o sea de medio para atribuir al segundo juez únicamente el poder de controlar la *validez* de la resolución a los efectos de obtener solo su eliminación (comentario *sub art.* 382).

Existen, luego, “apelaciones” dirigidas contra las sentencias y otras contra los autos, que no solo activan distintos procedimientos, sino que cumplen, al interior del proceso, distintas funciones: las primeras (si *devolutivo-sustitutivas*) enderezada a renovar la instancia ante el segundo juez; las segundas (tanto si *devolutivo-sustitutivas* como si meramente *rescidentes*) en garantía de un regular desarrollo de la primera instancia (comentario *sub art.* 365).

Además, algunas apelaciones son, *ex lege*, suspensivas (comentario *sub art.* 371) y otras no (comentario *sub art.* 372) y de su suspensividad o no se deriva un distinto procedimiento a seguir (comentario *sub arts.* 376 y 377).

Todo lo cual confirma que la “apelación” del Código no constituye absolutamente un instituto unitario, sino que bajo un idéntico nombre *se encierran una pluralidad de recursos*, con distintas funciones y muy diversos efectos.

Y justamente esta diversidad debe llevarnos a excluir que, siempre y en todo caso, la apelación encuentre su fundamento en el principio constitucional de la “instancia plural” (inc. 6 del art. 139 de la Const.). En efecto, la “instancia plural” de la Constitución implica única y exclusivamente que el legislador procesal no puede organizar un proceso a “instancia única” (v. comentario *sub art.* X TP), es decir, que se inicie y termine ante un único juez, sino que debe hacerlo de tal forma que permita que una vez agotada la instancia ante un primer juez, antes de la que la resolución final quede firme y produzca establemente sus efectos, la instancia pueda ser renovada ante otro. Tal función “renovadora” la cumple la apelación solo cuando la primera instancia se haya agotado con la emisión de la sentencia (sea de fondo o no) y no cuando lo que se apele sea un auto, pues en tal caso, será una pequeña fracción de la primera instancia (lo que se resolvió mediante el auto) lo que llegará a conocimiento y decisión del segundo juez y no la controversia de fondo (sobre el tema se regresará *sub arts.* 365 y 369).



#### 4. LA APELACIÓN COMO “MEDIO DE IMPUGNACIÓN”

Pero hay un dato que sí unifica a las diversas apelaciones: su promoción impide que la resolución apelada devenga *firme*. Este dato, ciertamente, no es exclusivo de la apelación (*rectius*, de las apelaciones), sino que es un *elemento constante* de todos los recursos previstos en el Código, es decir, de la reposición (art. 362 y ss.), del de casación (art. 384 y ss.) y de la queja (art. 401 y ss.), que justamente están previstos para impedir que las resoluciones contra las cuales se dirigen devengan firmes, habilitando así que *al interior* del proceso mismo en que fueron emitidas, según los casos, sean sustituidas por otra o simplemente anuladas, ya sea por el mismo juez o por otro distinto.

En tal sentido, las diversas apelaciones (junto con todos los otros recursos) se pueden tranquilamente englobar—como efectivamente lo ha hecho nuestro Código—dentro de la categoría de los “medios impugnatorios”, siempre que la palabra “impugnación” sea entendida en su sentido de *disconformidad* con lo decidido, vale decir, lo contrario de aceptación, de aquiescencia, de consentimiento (SATTA, 1971: p. 397). No por nada por resolución “consentida” se entiende aquella que habiendo podido ser recurrida no lo fue, por lo que tal aquiescencia determina la firmeza de sus efectos (sean estos meramente procesales o también sustanciales).

De allí que, incluso, cuando la apelación cumpla su tradicional función de promover un nuevo enjuiciamiento sobre lo conocido por el primer juez y no una mera revisión de la corrección de la resolución, puede perfectamente ser concebida como un “medio de impugnación”, en cuanto resulta ser el medio para expresar la disconformidad del apelante frente a lo decidido y de querer ese nuevo enjuiciamiento de otro juez.

#### 5. LEGITIMACIÓN E INTERÉS PARA APELAR

Ahora bien, ¿quién puede apelar? Según lo expresa el artículo 364, puede ser apelante tanto la parte como un “tercero legitimado”.

Sobre la parte hay poco que decir, pues el mismo hecho de serlo le da legitimación para apelar. Algo más problemática es la identificación de los “terceros legitimados” a los que alude el artículo 364 (que venían ya anunciados en el art. 355).

Para ubicar a estos “terceros legitimados” del artículo en comentario, hay que tener presente que en el lenguaje del CPC esa expresión alude no a cualquier “tercero”, sino al interviniente, esto es a un sujeto que no siendo parte originaria del proceso, le viene admitida, por el juez, su instancia de intervención (art. 101): “cuando el juez admite al interviniente esta deja ser tal y pasa a convertirse en tercero legitimado” (MONROY GÁLVEZ, 1993: p. 50). Por tanto, no cualquier “tercero”

(o sea, no parte) puede apelar, tiene que tratarse de un sujeto que *ya es parte* (sobrevvenida, en el sentido de “no originaria”, pero parte al fin), pues cuando un sujeto que no es parte originaria interviene (porque se le deja, pues si no se le deja intervenir *ex* artículo 101, sigue siendo un “tercero”) no es que deje de ser “interviniente”, sino que deja de ser “tercero” para convertirse en parte (MONTERO AROCA, 2007: p. 260).

Como consecuencia, la precisión del artículo en comentario podría ser considerada superflua, pues, en buena cuenta, lo que esta indica es que los legitimados para apelar son las partes: las originarias y las sobrevenidas. Sin embargo, la precisión tiene una utilidad hermenéutica: el que *todos* los así llamados “terceros legitimados”, esto es, sea cual fuere el tipo de intervención (principal, litisconsorcial o coadyuvante) contarán con legitimación para apelar.

Es que la legitimación para apelar de los intervinientes –también entre nosotros (MATHEUS LÓPEZ, 2001: p. 113; Cas. N° 3973-2012-Huánuco)– se ha puesto en cuestión: no respecto del interviniente principal (v. art. 99) ni del interviniente (llamado) litisconsorcial (art. 98), sino respecto del interviniente “coadyuvante” (art. 97).

Este cuestionamiento forma parte de las incertidumbres en las que se encuentra inmersa la figura misma del interviniente *ad adiuvandum* (*rectius*, adhesivo dependiente o simple), en sentido de si este es o no parte, y si siéndolo es parte accesoria o subordinada a la que se ha adherido (MONTERO AROCA, 1998: p. 351 y ss.).

Es así que aquellos que consideran que un interviniente *ad adiuvandum* no es parte –como en la doctrina alemana (por todos, LEIBLE, 1998: p. 447 y ss.) y todos los que más o menos la siguen acriticamente– o que es solo una parte “subordinada” o “accesoria” –como parte de la doctrina y la casi unanimidad de la jurisprudencia italiana (BONFANTE, 1999: p. 293 y ss.)–, tenderán a negarle a tal categoría de intervinientes un poder autónomo de impugnación, en el sentido de que si la parte coadyuvada no impugna, el interviniente no podría hacerlo, pues si se le permitiera se estaría yendo en oposición a la parte que ayuda.

La cuestión, en el ordenamiento peruano, no se puede siquiera plantear, pues, como se ha dicho líneas arriba, el artículo 364, al legitimar para apelar a *todos* los “terceros legitimados” –esto es, sin distinción de tipo– deja sin piso cualquier duda. Lo que además está en armonía con la función de la intervención (llamada) coadyuvante: tratar de evitar el perjuicio que podría ocasionarle al interviniente la sentencia si resulta desfavorable a una de las partes originarias (Cas. N° 5274-2009-Lima; MONTOYA CASTILLO, 2011: p. 317 y ss.).

Ahora bien, la situación cambia si es que un tercero, potencial interviniente, se ha mantenido como tal hasta la sentencia de primera instancia.

En tales casos, no estará legitimado para apelar de la sentencia de primera instancia el (potencial) interviniente principal y ello porque conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo 99 (tal intervención solo procede “antes de la expedición de la sentencia en primera instancia”. *Ergo*, una vez emitida la sentencia de primera instancia, estando ya precluida una intervención principal, al que tiene un interés contrapuesto al de las partes, por más perjudicial a sus intereses que sea la sentencia, no podrá apelar y no le quedará más camino que plantear su pretensión en un proceso separado. La exclusión del (potencial) interviniente principal de la lista de los legitimados para apelar, es un tanto obvia: la intervención principal agrega una nueva pretensión a la planteada (o planteadas) en la demanda o, de haberla, en la reconvencción (inc. 1 del art. 89) y sobre ella (o alguna de ellas) es que se activará la segunda instancia. De allí que no sería posible que la pretensión del “tercero” se haga valer a través de la apelación, pues ello conduciría a que el juez de apelación conociera de una pretensión del todo nueva.

Por tanto, de los potenciales terceros intervinientes (del menú del Código) solo podrían apelar los que habiéndose mantenido ajenos al proceso *inter alios* (o sea, como auténticos terceros), pretendan recién intervenir al momento de apelar de la sentencia ya sea como “coadyuvantes” o como “litisconsorciales” de alguna de las partes originarias y ello por cuanto permitiendo la propia ley que ambas intervenciones se puedan producir “incluso durante el trámite en segunda instancia” (arts. 97 y 98) parece del todo factible que tal intervención se plasme en el acto que activa tal segunda instancia.

Tratándose de autos, para establecer los legitimados para apelar habrá que estar a su concreto alcance subjetivo. Así, si por lo general solo las partes estarán legitimadas para apelar, sin embargo, habrá casos en que tal legitimación le corresponderá exclusivamente a auténticos terceros y no a las partes. Se piense en el auto que sanciona a un “órgano de auxilio judicial” (art. 55, o sea al perito, al depositario, al interventor, al martillero público, al curador procesal, etc.), a un testigo (art. 232) o tercero intimado para la exhibición de documentos (art. 261) o al abogado de una de las partes (art. 110). En estos casos, los sujetos indicados no son “parte” del proceso, pero sí del incidente respectivo. Igualmente, téngase en cuenta el particular caso previsto en el artículo 101, es decir, cuando presentada instancia de intervención por parte de un tercero, el juez la “deniega”. Es la propia ley la que legitima al tercero para apelar, pese a no ser –justamente por la denegatoria– parte.

Justamente esto último pone en relieve el que contar con el poder de apelar requiere *algo más* que ser *formalmente* la parte del proceso: la resolución debe *lesionar* los intereses del que apela (o, en el caso, del interviniente *ad adiuvandum* de la parte a la que se ha adherido), es decir, debe serle (*latu sensu*) desfavorable.

En la terminología castellana el perjuicio que causa una resolución se le suele denominar “agravio” y así lo hace el artículo 364, que habilita para apelar a aquellos que obtienen una “resolución que les produzca agravio”.

Para apelar, pues, no basta estar legitimado, se requiere además que el apelante sufra un “agravio” de la resolución que impugna. El concreto “agravio” constituye la base objetiva que permite establecer si el legitimado para apelar cuenta con *interés para ello* (VÉSCOVI, 1988: p. 106; SALVANESCHI, 1990: p. 38 y ss.). Sobre el “agravio” se retornará *sub* artículo 366.

## 6. APELACIÓN Y ORGANIZACIÓN JUDICIAL

El artículo 364 con expresión anacrónica señala que el competente para “el examen” de la resolución apelada es el “órgano jurisdiccional superior”.

Tal expresión (juez “superior”) es propia de una concepción jerarquizada y burocrática de la magistratura, que no se condice con una organización judicial fundada en la independencia funcional de cada juez, es decir, en la existencia de un cuerpo estable de jueces que si bien están estructurados por “niveles”, se distinguen entre ellos solo por las diversas competencias que les atribuye la ley, sin que se puedan establecer vínculos de subordinación entre los jueces de base (los de primera instancia) y los de los sucesivos niveles en que se estructura la organización judicial, como lo era en el pasado.

Por tanto, cuando el artículo 364 alude al “órgano jurisdiccional superior”, está haciendo referencia al órgano jurisdiccional que ocupa el “nivel” siguiente en la estructura judicial, (por lo que la “superioridad” sería meramente “topográfica”).

Para ubicar a tal juez hay que remitirnos a la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ. Así cuando la primera instancia se ha llevado (o se lleva) ante:

- a) Un juez de paz, el juez de apelación es el juez de paz letrado (v. primer párrafo del art. 59 de la LOPJ, como modificado por la Ley N° 28434, del 28 de diciembre de 2004).
- b) Un juez de paz letrado, el juez de apelación es el juez especializado (v. primer párrafo, *in fine*, del art. 59 de la LOPJ, como modificado por la Ley N° 28434, del 28 de diciembre de 2004 e inc. 5 del art. 49 de la LOPJ).
- c) Un juez especializado (Civil, de Familia o Mixto), el juez de apelación es la Sala de la Corte Superior que corresponda a la materia (v. inc. 1 del art. 40 e inc. 1 del art. 43-A de la LOPJ).

- d) Una Sala de Corte Superior, el juez de apelación es la Sala Civil de la Corte Suprema (inc. 1 del art. 33 de la LOPJ).

Un aspecto a tener en cuenta (siempre en relación a la supuesta “superioridad”), es que el juez de apelación es aquel cuya competencia territorial comprende a aquella área geográfica en la que el juez de la primera instancia ejerce sus funciones jurisdiccionales. Por tanto, el juez de apelación, más que un “superior” es un juez “mayor”, o sea un juez con una competencia territorial “más ancha” que comprende también a la de aquella del juez inicial.

Así pues, según nuestra actual organización judicial, por cada juez que conoce del proceso en su primera instancia, existe un juez (funcionalmente) competente para conocer de la apelación de sus resoluciones. Quién sea tal juez está fijado por la ley (y no cualquier ley, sino por la LOPJ), sin que se pueda legítimamente discurrir de él como un “superior jerárquico” del primero. Por esta razón, en lo sucesivo se utilizarán las expresiones “juez *a quo*” en referencia al inicial y “juez *ad quem*” en referencia al de apelación.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; BONFANTE, Davide Alfonso (1999): “Intervento adesivo dipendente e poteri di autonoma impugnazione della sentenza”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; CALAMANDREI, Piero (1920): *La cassazione civile*. I. Turín: Fratelli Bocca; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; CALAMANDREI, Piero (1951): “Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; KÖNIG, Bernhard (1996): “La giustizia civile in Austria”. En: Elio Fazzalari (coord.). *La giustizia civile nei paesi comunitari*, II. Padua: Cedam; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké-Konrad Adenauer Stiftung; LIEBMAN, Enrico Tullio (1962): “Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano” (1948). En: *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano; MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto (2001): *Parte, tercero, acumulación e intervención procesal*. Lima: Palestra; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): “Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*. N° 6; MONTERO AROCA, Juan (1988): “Intervención adhesiva simple en el proceso civil” (1983). En: *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; MONTERO AROCA, Juan (1996): “La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común”. En: *Ensayos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; MONTOYA CASTILLO, Carlos Franco (2011): “El derecho del tercero coadyuvante a recurrir vía apelación vs. el

mito de su sometimiento a la parte adherente”. En: Renzo Cavani (coord.). *Estudio sobre los medios impugnatorios en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; OLIVIERI, Giuseppe (1999): *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*. Nápoles: Jovene; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1967): *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I. Milán: Giuffrè; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1970): *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II. Milán: Giuffrè; PERROT, Roger (1958): “L'effetto devolutivo dell'appello e il diritto di avocazione nel processo civile francese”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; PRIETO CASTRO, Leonardo (1964): “Limitaciones de la apelación” (1953). En: *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (storia)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, XVIII. Milán: Giuffrè; RANDAZZO, Salvo (2001): “Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'Impero”. En: *Atti del convegno processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 diciembre 2001. Disponible en: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>>; SALVANESCHI, Laura (1990): *L'interesse ad impugnare*. Milán: Giuffrè; SALVIOLI, Giuseppe (1927): *Storia della procedura civile e criminale*, II. Milán: Hoepli; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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: *fantum 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*).

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*).

**Artículo 365****Procedencia**

*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:**

*C.P.C. arts. 121, 361, 370, 376, 385; C.N.A. art. 178.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

Reiterando lo ya previsto en el artículo 1097 del Código derogado, el artículo 365 hace susceptibles de apelación tanto a las sentencias como –salvo las excepciones que se dirán– a los autos.

Sin embargo, como se anunció ya en el comentario del artículo anterior, la apelación de sentencia y la de autos, constituyen dos recursos distintos que solo por “tradicón” el legislador le ha dado el mismo nombre.

De hecho, existen ordenamientos en los que la apelación es un recurso exclusivo de las sentencias (de primera instancia): así, en el Derecho italiano (*appello*: art. 339 de su CPC), en el alemán (*Berufung*: § 511 dZPO), en el francés (*appel*: art. 543 de su CPC), en el austriaco (*Berufung*: § 461 öZPO), en el brasileiro (*apelação*: art. 513 del CPC de 1973 y art. 1009 del nuevo CPC de 2015) –lo era en el portugués antes de la reforma de 2007 (CORREIA DE MENDONÇA-ANTUNES, 2009: p. 225)–, mientras que contra las demás resoluciones, por lo general, se prevé una impugnación distinta: así la *Beschwerde* del ordenamiento alemán (§ 567 dZPO), el *rekurs* del austriaco (§ 514 öZPO), el *agravo* del brasileiro (art. 522 de su CPC de 1973, art. 1015 CPC de 2015), el *reclamo* italiano (para algunas *ordinanze* específicas: arts. 178, 308, 624, 669-terdecies, 708, 739, 740 de su CPC), etc.

Naturalmente, para entender el alcance de la apelación en los diversos ordenamientos hay que estar a la función que se atribuye a la sentencia (y a las demás resoluciones) en cada uno de ellos, pues en algunos, lo que nosotros consideramos que se decide por “auto”, se decide por sentencia y viceversa.

Es más, hay ordenamientos –como buena parte de los hispanoamericanos (esto es, de derivación española, *rectius*, castellana)– en los que si bien la apelación

procede contra las sentencias, estas a su vez se distinguen entre las definitivas y las interlocutorias. El paradigma lo encontramos en el viejo CPC chileno (art. 187, “*Son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia [...]*”), pero también en ordenamientos más recientes como el Código General del Proceso uruguayo (art. 250), así como en muchos otros hispanoamericanos (VÉSCOVI, 1988: p. 114 y ss.). En buena cuenta, si nuestros “autos” son susceptibles de apelación y no de “otro” recurso *ad hoc*, es porque las resoluciones con tal nombre tomaron –entre nosotros y no solo– el lugar de la tradicional “sentencia interlocutoria” (sobre la cual, siempre es bueno, ESCRICHE, 1847: p. 836 y ss.).

Con estas precisiones (si así pueden llamarse), pasemos a individualizar las sentencias y los autos susceptibles de las respectivas “apelaciones”.

## 2. LA SENTENCIA APELABLE

Ahora bien, quien leyera solo el texto del inciso 1 del artículo 365 del CPC, advertiría que el legislador no precisa cuál sentencia es la susceptible de apelación, esto es si lo es solo la *emitida en la primera instancia* del proceso (como lo hacen el ordenamiento italiano, alemán o francés) o si también lo serían aquellas emitidas en los otros *estadios (o niveles)* por los que puede atravesar este.

En rigor, lo hace, pero de manera circular: todas las sentencias son apelables “excepto las impugnables con recurso de casación”, exclusión esta que inicialmente estaba referida al supuesto de casación *per saltum* del artículo 389 del CPC (derogado por la Ley N° 29364, de 2009), que justamente establecía que era posible plantear recurso de casación directamente contra “las sentencias de primera instancia, cuando las partes expresan su acuerdo de prescindir del recurso de apelación”, pero que hoy nos permite ubicar la que la sentencia apelable es la de primera instancia. Así: si las sentencias expedidas “en segundo grado” por las salas superiores son las susceptibles de recurso de casación (inc. 1 del art. 387, según redacción de la Ley N° 29364), para llegar a ese “segundo grado”, debe haberse planteado contra la de “primer grado”, justamente, apelación. Por tanto, la sentencia de *segunda instancia* procedente de salas superiores, no es susceptible, a su vez, de apelación, porque contra ella procede solo recurso de casación.

*¿Quid*, en los demás casos? Esto es, respecto de aquellas provenientes de otros órganos jurisdiccionales (juzgados de paz letrados, juzgados especializados). Pues la respuesta nos viene, aparte del artículo X T.P del CPC (que limita las instancias a dos), del artículo 378 del CPC que establece que contra la sentencia 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 de fondo para su admisión*. Es obvio, que contra las sentencias de segunda instancia emitidas por



los juzgados de paz letrados y juzgados especializados, no procediendo recurso de casación, lo único que cabe es su aclaración y corrección, mas no (otro) recurso de apelación.

*Ergo*, con todo este (largo) razonamiento se llega a establecer que la sentencia a la que alude el inciso 1 del artículo 365 del CPC, es la *sentencia emitida en la primera instancia* del proceso. Hubiera sido bueno, sin embargo, que se precisara.

### 3. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA INAPELABLES

Sin embargo, conforme al propio inciso 1 del artículo 365, sí existen sentencias de primera instancia inapelables: suprimido el supuesto de la casación *per saltum*, nos quedan solo aquellas “excluidas por convenio entre las partes”. Esta exclusión, nos remite al artículo 361 del CPC que permite, nótese, solo *durante* “el transcurso del proceso”, el que las partes “pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin”.

Sin embargo, aun en el caso de renuncia a la apelación, la sentencia de primera instancia sí será “apelable” si es que el vicio del que se queja el recurrente es únicamente de orden procesal, siendo la apelación, pese al pacto, el medio adecuado para que la parte haga valer vicios *in procedendo*, de la misma manera que en el ámbito arbitral, que es por definición –con la Ley de Arbitraje 2008 (D. Leg. N° 1071)– un proceso a instancia única, siempre cabe el recurso de anulación, sin sea posible renunciar preventivamente a él (inc. 8 del art. 63 de la LA). En tales casos la apelación funciona solo como una simple “querrela de nulidad” y como tal –por expresa voluntad de las partes– no produce efecto devolutivo.

Por tanto, fuera del caso de renuncia a la apelación, *ex lege*, toda sentencia de primera instancia, sea cual fuere el procedimiento que se haya seguido en la primera instancia, su contenido o el órgano jurisdiccional que la haya emitido, inequívocamente, es apelable.

### 4. AUTOS APELABLES

Pese al silencio de la ley, y en cabal paralelismo con lo apenas dicho respecto de la sentencia, podemos tener la certeza de que los autos a los que alude el inciso 2 del artículo 365, son aquellos que se emiten *durante el desarrollo de la primera instancia del proceso declarativo* y no aquellos que se pudieran emitir durante el desarrollo de los ulteriores estadios de tal proceso, vale decir, durante el procedimiento de segunda instancia o el de casación.

Para sustentar lo afirmado hay que tener presente que durante el desarrollo del proceso declarativo, y sea cual fuere el estadio en que se encuentre (en primera o

segunda instancia, o casación), se pueden dictar una (heterogénea) multiplicidad de autos, los cuales se pueden dividir en dos grandes categorías: los *interlocutorios* y los *fnales* (o si se prefiere, *definitivos*).

Con los *autos interlocutorios* (de “*interlocutione*”, literalmente “hablar en el medio”) se resuelve alguna cuestión incidental surgida durante la marcha del proceso, resolución que, o habilita la prosecución del procedimiento hasta su fase conclusiva, o lo retrotrae a momentos anteriores a los efectos de la renovación de un acto viciado. Estos autos se pueden dictar tanto en primera instancia (se piensa en el admisorio de la demanda, en el que desestima alguna excepción del art. 446; en el que declara “la existencia de una relación jurídico procesal válida” conforme al inc. 1 del art. 465; en el que declara fundado un pedido de nulidad de la notificación de la demanda disponiendo su renovación, etc.) como en la segunda (se piensa en el auto que no admite una prueba ofrecida al apelar o en el que resuelve un pedido de nulidad de actuaciones, etc.), e incluso durante el procedimiento de casación (se piensa en el auto que declara procedente el recurso).

Con los *autos fnales* (o *definitivos*), en cambio, se resuelve también una cuestión incidental, generalmente (pero no siempre) de orden procesal, pero tal resolución tiene la virtualidad de “dar por concluido el proceso”. También estos autos son susceptibles de emitirse en primera instancia (se piense en que declara improcedente *in limine* la demanda *ex* art. 427 del CPC; en el que declara la “nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación jurídico procesal” conforme al inc. 2 del art. 465; en el que se estima alguna excepción del inc. 5 del art. 451; en el que declara el abandono del proceso *ex* art. 346; en el que aprueba la transacción *ex* art. 337, etc.), como en segunda (se piensa en el que declara nulo el auto concesorio de la apelación de una sentencia, o en el que se aprueba el desistimiento de la apelación, dejando en ambos casos firme la sentencia de primera instancia; etc.) y durante el procedimiento de casación (se piensa en el auto que declara la improcedencia del recurso, dejando así firme la resolución impugnada).

Pues bien, los autos a los que se refiere el inciso 2 del artículo 365 son solo los emitidos durante la primera instancia del proceso declarativo y no aquellos que pudieran emitirse durante el procedimiento de segunda instancia o en el de casación. Tales autos o son inimpugnables o contra ellos procede, si se dan los requisitos del inciso 1 del artículo 387 (v.), recurso de casación. Así serán siempre inimpugnables los autos *interlocutorios* emitidos durante el desarrollo de la segunda instancia, mientras que los *definitivos* solo podrán serlo si es que la segunda instancia se ha llevado ante una Sala de Corte Superior; serán siempre inimpugnables todos los autos (*interlocutorios* o *fnales*) que se emitan en el procedimiento de casación.

Con todo, si queda claro que los autos susceptibles de apelación son aquellos emitidos durante el desarrollo de la primera instancia del proceso declarativo, la pregunta sería ¿por qué aquellos sí lo son mientras que los que se pudieran emitir en de los estadios sucesivos del proceso no?

*In primis*, hay que descartar que los autos emitidos en la primera instancia sean apelables como plasmación del principio constitucional de la “instancia plural” (inc. 6 del art. 139 de la Const.). Si así fuera, serían *automáticamente* inconstitucionales todas las disposiciones que prohibieran, expresa o implícitamente, la apelación de un auto. Así, por ejemplo, habría que considerar inconstitucional el que no se pueda apelar del auto que declara improcedente el recurso de casación. En rigor, el principio de la “instancia plural” se plasma permitiendo que una determinada controversia pueda pasar por el conocimiento y decisión de —como mínimo— dos jueces distintos, y no que toda resolución (interlocutoria o final) sea “revisable” por otro juez. Solo la apelación de la sentencia de primera instancia puede *abrir la segunda instancia del proceso*, en cuanto ella conduce a que el proceso ya terminado en su primera instancia ante el juez inicial (juez *a quo*), se reabra ante un juez distinto (juez *ad quem*) a los efectos de que se emita una nueva decisión sobre la controversia, *sustitutiva* de la primera. Y ello no ocurre siquiera cuando lo que se apela es un auto final, por cuanto tal como dispone el último párrafo del artículo 370 (v.) lo único que llegará a conocimiento del juez de apelación será la cuestión incidental resuelta por el juez *a quo* (se piense en el auto que estima una excepción) y no la controversia (el fondo, o sea las pretensiones planteadas por las partes). Tanto es así que si el juez de apelación revoca el auto apelado, dispone la continuación del proceso ante el juez *a quo* (y no precisamente ante él, como, en cambio, ocurre en el proceso civil francés en virtud del “poder de avocación” del juez de apelación), lo que significa que la primera instancia deberá reanudar su curso.

*Ergo*, ni siquiera tratándose de la apelación de autos finales emitidos en la primera instancia del proceso, la *ratio* de su apelación se encuentra en el principio de la “instancia plural”. Más bien hay que considerar que la previsión de su apelación, constituya una *garantía de que la primera instancia se desarrolle a plenitud* ante el juez *a quo*, vale decir, hasta llegar al acto conclusivo “normal”: la sentencia. Así, por ejemplo, si se declara fundada alguna de las excepciones del inciso 5 del artículo 451 (v.), la posibilidad de apelación de tal auto garantiza al demandante que de revocarse, se continuará con el desarrollo normal de la primera instancia.

En cambio, tratándose de autos interlocutorios, la justificación de su apelación es algo más complicada dada la heterogeneidad de sus contenidos. En líneas generales, se puede decir que la apelación de los autos interlocutorios esté prevista (no sabría decir, si el legislador era consciente de ello) en garantía de un regular desarrollo de la primera instancia, en cuanto tales decisiones (intermedias) de

estar viciadas podrían perjudicar la validez o la corrección de la decisión final. Se piense en el auto que *ex* párrafo final del artículo 190 (v.) no admita un medio probatorio ofrecidos por alguna de las partes por considerarlo “impertinente” (cuando pertinente es): si tal auto no fuera apelable la prueba no admitida quedaría absolutamente precluida (sobre el tema de la apelación de las resoluciones interlocutorias retornaremos *sub* art. 369).

Ciertamente lo dicho no justifica el que no se haya previsto la posibilidad de impugnar los autos emitidos durante el desarrollo de la segunda instancia o en el procedimiento de casación. De hecho, su general inimpugnabilidad podría colocar a la parte en un estado de indefensión frente a una resolución del todo errada o arbitraria. Pero la inimpugnabilidad de tales autos significa solo que contra ellos no sean posibles *remedios internos* (como lo son los recursos), pero no que no procedan *remedios externos* como el amparo *ex* artículo 4 del CPConst., si es que ellos lesionan algún derecho constitucional. Sin embargo, hubiera sido preferible que –al igual que lo previsto por el artículo 121 del CPConst. respecto a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional– nuestra ley procesal hubiera previsto, al menos, la posibilidad de presentar *reposición* ante el propio órgano judicial que emitió el auto. Sin embargo, tal no ha sido la solución del Código que ha limitado el campo operativo del recurso de reposición al cuestionamiento de los decretos (v. art. 362).

## 5. AUTOS INAPELABLES

Dentro del mar de autos que pueden dictarse durante el desarrollo de la primera instancia, no todos son apelables. De hecho el inciso 2 del artículo 365 tras indicar que son susceptibles de apelación los autos [dictados en primera instancia], inmediatamente aclara que no lo son aquellos “que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya”.

Respecto de la primera “exclusión”, lo primero que habría que tener claro es qué es una “articulación”, pues tal palabra solo aparece en el inciso 2 del artículo 365, sin que nunca más se repita a lo largo del Código. Pues bien, probablemente se la quiso usar como sinónimo de “cuestión incidental”, en cuanto en la terminología medieval española “artículo” (no “articulación”) era el nombre dado a los incidentes procesales. Luego, “articulación” significa “incidente”. Al decir la ley que no es apelable el auto “expedido en la tramitación de una articulación”, hay que tener muy en claro que no estamos ante el auto que resuelve la “articulación” (o sea el incidente) sino el que se dicta “en el medio” de ella (así, por ejemplo, aquel con el cual el juez no admite una prueba en el incidente de tacha de documentos o de testigos). Con todo, esta “exclusión”, por su vaguedad, constituye una invitación a considerar no apelables los autos en los que la ley expresamente no haya indicado su apelabilidad, con la consecuencia de que o el juez *a quo* termine no

concediendo la apelación o que el juez *ad quem* declare nulo el respectivo concesorio (v. art. 367), bajo el argumento de que el auto se habría “expedido en la tramitación de una articulación” y como tal sería inapelable.

Respecto a las exclusiones que podemos llamar “textuales” a lo largo del CPC solo hay una: la del artículo 101, cuando señala que *solo* es apelable la “resolución que deniega la intervención” de terceros (*ergo*, la que la admite no lo es). Lo que sí abundan en el CPC son resoluciones declaradas “inimpugnables” (o, a veces, “irrecurribles”). Así (salvo, que se me haya escapado alguna): la que el juez “reconoce” su propia incompetencia territorial y remite el proceso al juez promotor de la contienda de competencia (art. 39); la que resuelve un reclamo sobre la idoneidad de las copias presentadas por una parte (art. 133); la que se pronuncia sobre la abstención del apoderado de un auxiliado (art. 184); la que dispone una prueba “de oficio” (art. 194); la que dispone que la inspección judicial se realice en una audiencia especial (art. 208); la que rechaza las preguntas oscuras, ambiguas o impertinentes del interrogatorio a la parte (art. 217); la (incomprensible) del último párrafo del artículo 301; la que resuelve (?) la abstención (art. 306); la que resuelve una recusación (art. 310); la que declara la interrupción de un plazo (art. 317); la que se pronuncia sobre la reposición (art. 362); la que concede la apelación “con la calidad de diferida” (art. 369); la que suspende el “proceso principal” frente a la existencia del recurso de queja (art. 405); la que desestima la corrección de una resolución (art. 407); la que aprueba la liquidación de las costas no observada (art. 417 del CPC); la que declara aplicable una vía procedimental distinta a la “propuesta” por el demandante (arts. 477, 487 y 549); la que se pronuncia sobre la acumulación de procesos con el de divorcio (art. 484); la que “suspende” (?) una medida cautelar (art. 539); la que declara inadmisibile una demanda en la vía sumarísima (art. 551); la que dispone la inspección judicial en los interdictos (art. 606); la que dispone la sustitución del bien objeto de embargo por dinero (v. art. 628); la que permite al acreedor embargar otros bienes cuando ya exista prenda o hipoteca (art. 692); la que ordena una nueva tasación (art. 729); la que desaprueba la tasación (art. 730); la que cierra un no contencioso (?) (art. 754); la que autoriza la venta del objeto de la prestación debida en los procedimientos de consignación (art. 808).

Ciertamente si estas resoluciones (que son todas “autos”) son declaradas por el CPC “inimpugnables”, obviamente no son apelables, sin que tengamos que especular más.

## 6. OTRAS RESOLUCIONES APELABLES

El inciso 3 del artículo 365 indica que también procede apelación “en los casos expresamente establecidos en este Código”. La disposición parece superflua, si

tenemos en cuenta que las resoluciones que el CPC declara (expresamente) “apelables”, son todas “autos”.

Sin embargo, la previsión adquiere sentido si al inciso 2 de ese artículo se le da la lectura que hemos propuesto, esto es que los autos apelables son aquellos emitidos durante la primera instancia del proceso *declarativo*. En tal línea, el inciso 3 del artículo 356, atañe a las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución (v. el abstruso art. 691), en el ámbito cautelar (v., sobre todo, los arts. 637 y 617) y en los procedimientos no contenciosos (v. art. 755).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORREIA DE MENDONÇA, Luís; ANTUNES, Henrique (2009): *Dos recursos (regime do Decreto-Ley N° 303/2007)*. Lisboa: Quid Juris, Lisboa; ESCRICHE, Joaquín (1847): “Sentencia interlocutoria”. En: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3ª ed. II. Madrid: Librería de la Señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 366**

**Fundamentación del agravio**

*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.*

CONCORDANCIA:

C.R.C. art. 358.

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 366 reproduce para la apelación lo previsto en términos generales en el primer párrafo del artículo 358: la necesidad de que en el acto mismo de interposición del recurso el apelante exprese sus “fundamentos”.

Esta exigencia poco se concilia con la principal función de la apelación que es la de promover un rejuiciamiento por parte de un segundo juez sobre lo ya resuelto por un primero. Y se concilia mucho menos si ella viene concebida por la ley como “requisito de procedencia” del recurso (arts. 358 y 367).

En efecto, la fundamentación (en los términos del art. 366) como requisito de “procedencia” de un recurso es propia de aquellos que solo pueden basarse en las causales expresamente señaladas por la ley (*id est*, entre nosotros, con toda claridad el recurso de casación, art. 386). Y en tales casos es requisito de “procedencia” porque el recurso no puede sino “fundarse” en alguno de los motivos legales. Si, en cambio, se funda en otros motivos simplemente no procede.

Y ello no ocurre con la apelación, al menos con aquella “devolutivo-sustitutiva”, que simplemente exterioriza la no aceptación de lo decidido (no se olvide que “apelar” viene de “*appellare*”, que literalmente significa “llamar”) y la voluntad de querer el nuevo pronunciamiento del segundo juez (comentario *sub* art. 364).

De allí que la exigencia de fundamentación solo podría tener algún sentido cuando la apelación funcione cual “querrela de nulidad” (comentario *sub* art. 364), es decir cuando ella sirva de medio para hacer valer *específicos* vicios *in procedendo* que a criterio del recurrente invalidan la resolución.

Lo cierto es que el artículo 366 (así como la norma “madre” del art. 358) constituye una clara reacción al sistema del CPC de 1912 que no solo no le exigía al apelante el que fundamentara su recurso al momento de apelar (art. 1090 del CPC de 1912, que permitía incluso la apelación verbal), sino que su fundamentación ante el juez *ad quem* era meramente facultativa (art. 1102 del CPC de 1912,

que permitía mas no exigía al apelante la presentación de su escrito de “expresión de agravios”). Es altamente probable que se haya considerado que tal forma de apelar era demasiado “complaciente” con las partes y como tal incompatible con un proceso “publicizado” como el que consagró el Código. Sin embargo, el condicionamiento de la procedencia de la apelación (al menos tratándose de la apelación de sentencias) a que se fundamente en los términos del artículo 366 resulta de dudosa compatibilidad con el derecho constitucional que tiene la parte a la instancia plural.

Con todo, el Código exige la interposición “fundamentada”, por lo que se trata de establecer su alcance y consecuencias.

## 2. LOS TRES “EXTREMOS” DE LA FUNDAMENTACIÓN: A) LA “INDICACIÓN DEL ERROR DE HECHO O DE DERECHO INCURRIDO EN LA RESOLUCIÓN”

Conforme al artículo 366, el primer “extremo” de la fundamentación atiende a la “indicación del error de hecho o de derecho incurrido en la resolución”. Tal exigencia es propia del modelo de *apelación-revisión* (o sea, del modelo austriaco, v. comentario *sub* art. 364), en cuanto en tal modelo, la apelación cumple la función de provocar una “revisión” crítica de la resolución apelada (y no el directo reexamen de la controversia o cuestión incidental) por parte del juez *ad quem*. Por tanto, este “extremo” de la fundamentación se concilia con la función que, en términos generales, el artículo 364 parece asignarle a la apelación, más contrasta con todas las previsiones que permiten que el juez *ad quem* reenjuicie *ex novo* la controversia incluso en base a materiales de hecho distintos de los que tuvo a su disposición el juez *a quo* (comentario *sub* art. art. 374).

La indicación de los errores *in iudicando*, cuando lo que se apela es una sentencia, es del todo ajena a la apelación, pues en estos casos ella funge de medio para provocar la ulterior instancia, o sea para obtener un nuevo enjuiciamiento de la controversia por un juez distinto del primero. Tal como lo decía CALAMANDREI, “el derecho de apelar no está dado en cuanto la sentencia apelada sea defectuosa sino en cuanto la sentencia apelada es de primer grado” (1929: p. 731). Y lo propio debe decirse cuando con la apelación se impugnen autos: desde el momento que el legislador los ha hecho apelables, serán las cuestiones incidentales resueltas en ellos las que serán objeto de enjuiciamiento por parte del juez *ad quem* y no el simplemente si ellos padecen de tal o cual *error in iudicando*.

Lo dicho trae una consecuencia: este extremo de la fundamentación no limita el ámbito del conocimiento del juez *ad quem*, en el sentido de que él no deberá simplemente controlar (tal cual en el recurso de casación) si realmente la motivación



de la resolución padece de los errores indicados por el apelante, sino que deberá reenjuiciar *ex novo* la controversia o la cuestión incidental ya resuelta por el juez inicial.

Distinto es cuando la apelación funge de medio para cuestionar la validez de la resolución. En tales casos, resulta coherente que el apelante indique expresamente cuál vicio imputa a la resolución, limitando así el ámbito del conocimiento del juez *ad quem*, el cual no tendrá el poder de reenjuiciar la controversia o la cuestión incidental, sino solo tendrá que controlar si la resolución (sentencia o auto) padece o no de los vicios *in procedendo* invocados.

### 3. SIGUE. B) LA "PRECISIÓN" DE LA "NATURALEZA" DEL AGRAVIO

El segundo "extremo" de la fundamentación atañe al "agravio". Como ya indicado *sub* artículo 364, el "agravio" es la lesión que provoca la resolución a una de las partes y constituye la base objetiva que otorga a la parte (o al interviniente) el interés concreto para apelar. En tal sentido, "agravio" es sinónimo de *decisión desfavorable* a una de las partes (originarias o sobrevenidas: comentario *sub* art. 364).

Pero, el artículo 366 exige que al fundamentar la apelación se "precise" la "naturaleza" de ese "agravio". Como tal "precisión" es considerada requisito de procedencia de la apelación (art. 367), en la praxis, los apelantes, tal cual si se tratara de una demanda indemnizatoria, indican (con toda fantasía) que la resolución les produce tal o cual "daño" (patrimonial o, incluso, moral...), simplemente para no exponerse a la declaración de improcedencia. Tales "precisiones" son del todo ajenas al "agravio" del que discurrimos, que, como ya hemos dicho, es sinónimo de *decisión desfavorable*.

La exigencia del artículo 366 más que una "precisión" sobre la "naturaleza" del agravio, debe entenderse como una indicación del "en qué" la resolución "agravia" al apelante, a los efectos de determinar *si el apelante cuenta con interés para apelar*. Así, frente un auto que a la par que impone una multa a un testigo por inasistencia a la audiencia de pruebas, decide prescindir de tomarle la declaración (art. 232), la parte que ofreció tal declaración no contaría con interés para apelar del extremo de la multa (pues no le "agravia"), mas sí para apelar del extremo que prescinde de la declaración de "su" testigo. Si la parte apela de ambos extremos la apelación debería declararse improcedente respecto del extremo de la multa y concederse respecto de aquel que prescinde de la declaración del testigo.

Y es en esto que se denota el error del Código: la “precisión del agravio” como extremo de la “fundamentación” no constituye un requisito *per se* de procedencia de la apelación. El requisito de “procedencia” *atiende al interés para apelar* de tal o cual resolución por parte del sujeto que toma la iniciativa. Así, si una sentencia declara improcedente la demanda, el interés para apelar del demandante, salta a primera vista, pues la resolución le es abiertamente desfavorable. Sería ridículo exigirle a ese apelante que “precise” el por qué una sentencia que no le da la razón (aunque sea por motivos procesales) le “agravia”, en cuanto el agravio está *in re ipsa*. Menos obvio sería, en cambio, el agravio del demandado que con la declaración de improcedencia en apariencia “gana”. Pero, en casos como estos sí podría haber “agravio” para el demandado, pues en los términos de su defensa aquel pretendía una desestimación de la demanda por el fondo. Si el demandado decidiera apelar, tiene sentido que fundamente el por qué la resolución (aparentemente) favorable le agravia (p. ej., porque lo deja expuesto a nueva demanda que supere los defectos que motivaron la declaración de improcedencia).

#### 4. SIGUE. C) LA “SUSTENTACIÓN” DE LA “PRETENSIÓN IMPUGNATORIA”

Decididamente incomprensible es el último aspecto exigido por el artículo 366: la “sustentación” de “su pretensión impugnatoria”. En rigor lo incomprensible es el verbo utilizado: “sustentar”.

En efecto, si se tiene presente que “sustentar” es “defender o sostener determinada opinión” (cuarta acepción del DRAE), y que al apelante se le exige una explícita crítica de la (motivación) de la resolución (sus “errores de hecho y de derecho”) no se ve qué más el apelante deba “sustentar”.

Quizá lo que se quiso decir es que el apelante debe precisar el concreto objeto de su apelación, es decir, el extremo o parte de la resolución que impugna (o sea, no consiente) y si “pretende” respecto de lo impugnado su revocación o más bien su anulación, delimitando así el ámbito del conocimiento y decisión del juez *ad quem*.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

SALVANESCHI, Laura (1990): *L'interesse ad impugnare*. Milán: Giuffrè, y la que se citará *sub* artículo 370.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

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*).

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*).

**Artículo 367** | **Admisibilidad e improcedencia**

*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 inadmisibile.*

*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 inadmisibile 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; L.P.T. arts. 32, 33; L.D.A. art. 204; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

Siguiendo una larga tradición que nos viene desde el derecho común medieval (el que a su vez se deriva de la original apelación romana), el recurso debe interponerse ante el propio órgano jurisdiccional que ha emitido la resolución que se pretende apelar. De allí que el procedimiento que activa la apelación esté notoriamente dividido en dos fases a llevarse ante dos distintos órganos judiciales: una fase preliminar ante el juez *a quo*, a los efectos de su interposición y “calificación” por el juez; y, superada esta, la del procedimiento de apelación propiamente dicho ante el juez *ad quem*.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 27703 del 20/04/2002.

La consecuencia de mantener la regla tradicional es que el propio juez emisor de la resolución impugnada no solo interviene para “recibir” el recurso sino además para “calificar” su admisibilidad y procedencia, con la (nada rara) posibilidad de que pueda errar en su calificación y denegarlo. De allí la necesidad de prever, cual remedio a favor del frustrado apelante, el recurso de queja ante el propio juez *ad quem* (art. 401), a los efectos de la apelación le sea “concedida”.

Este complicado mecanismo en el que el juez *a quo* tiene el poder de filtrar las apelaciones dirigidas contra sus resoluciones con la ulterior posibilidad del planteamiento de la queja, implica un evidente derroche de actividad judicial que bien se podría ahorrar. En general, el planteamiento de la apelación ante el juez *a quo* es bastante antieconómico (v. comentario *sub* arts. 373, 376 y 377). Esa es quizá la razón por la cual en otros ordenamientos (que siguen la muy distinta tradición francesa), haciendo un tanto de economía procesal, la apelación se interpone directamente ante el juez que deba conocer del procedimiento que ella instaura, con la consecuencia de que el juez que emitió la resolución apelada no tiene ya intervención alguna en tal procedimiento (y no se tiene necesidad de la queja).

## 2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA APELACIÓN

Con todo, nuestro Código considera como primer requisito de “admisibilidad” de la apelación (en general, el art. 357) el que esta sea planteada ante el juez que emitió el auto o la sentencia (o sea ante el juez que conoce o conoció del proceso en primera instancia).

Los demás requisitos son:

- a) Forma: dada la necesidad de fundamentación (art. 366), la forma general que debe adoptar el acto de apelación es la escrita, siendo posible una apelación verbal únicamente respecto de los autos emitidos en audiencia, con cargo a presentar luego escrito fundamentado (sobre el punto, art. 376);
- b) Plazos: una de las notas características de la apelación del Código es la existencia de plazos diferenciados para su planteamiento, en razón del tipo de procedimiento (la llamada redundantemente “vía procedimental”) en los que se ha emitido la resolución. En rigor, la diferenciación se circunscribe a la apelación de sentencia (art. 373), mientras que respecto de los autos existe un plazo “unitario” de tres días (art. 376).
- c) Pago de tasa judicial: las tasas judiciales por apelación están también diferenciadas en razón de si la apelación recae sobre autos o sentencias y sus montos dependen, como todas las tasas, de la cuantía de la causa (ciertamente, de tenerla).

El que el artículo 367 del CPC exija como requisito para apelar el que se acompañe el “recibo de pago de la tasa judicial”, al menos tratándose de la apelación de sentencia, resulta de dudosa constitucionalidad, pues estamos ante el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución, cual es el de provocar la segunda instancia del proceso.

Sobre este tema, hay que tener presente que hace unos años, el Tribunal Constitucional, en el ámbito de los procedimientos administrativos, fijó como “precedente vinculante” que:

“Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia (STC N° 03741-2004-AA-TC, del 14 de noviembre de 2005)”.

Si esto es así, si en los procedimientos administrativos, el propio Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional el cobro de tasas para poder impugnar los actos de la administración, no se ve la razón por la cual ese cobro sí sería legítimo en el ámbito judicial. Sin embargo, esta toma de posición del Tribunal Constitucional no ha tenido su secuela en el ámbito judicial, por lo que su existencia es considerada, incluso a nivel del propio órgano colegiado, como un “requisito” legal del todo legítimo (RTC N° 00213-2009-PA/TC, del 23 de junio de 2009).

### 3. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS. “CONCESIÓN”

Una vez presentada la apelación el juez debe “calificar” el cumplimiento de los (denominados) requisitos de admisibilidad y procedencia.

Por lo que atañe al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, hasta antes de la reforma del artículo 367, debida a la Ley N° 27703, del 20 de abril de 2002 (que introdujo sus párrafos tercero y cuarto), el incumplimiento de todos ellos era insubsanable, con la consecuencia de que el no pago de la tasa judicial (o, lo que es peor su pago diminuto) determinaba que automáticamente se denegara el recurso.

Gracias a la ley mencionada (dictada a casi nueve años de entrada en vigencia del Código) se permite que algunos requisitos puedan ser subsanados ante el propio juez *a quo* en el plazo “no mayor” (*ergo*, puede ser “menor”) de cinco días. Así, es posible subsanar todo lo atinente a la tasa judicial, el no haber acompañado las cédulas de notificación (hoy, el pago por “derecho de notificación” que,

por cierto, no es un requisito *legal*), la no “autorización del recurso por el Letrado Colegiado” o la “ausencia en la firma del recurrente”.

En cambio, el incumplimiento de los requisitos de “procedencia” (art. 358), conduce a la denegación del recurso por parte del *a quo*.

Si el *a quo* considera que se cumplen todos los requisitos de admisibilidad y procedencia, el recurso viene “concedido” (art. 368), activándose así el procedimiento de apelación en estricto (arts. 373-375 para la apelación de sentencia; arts. 376 y 377 para la apelación de autos).

#### 4. “RECALIFICACIÓN” POR EL *AD QUEM*. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS

Confirmando la inútil complicación que implica la fase preliminar ante el juez *a quo*, está el que el juez *ad quem* pueda (y deba) “recalificar” los requisitos de admisibilidad y procedencia de la apelación. Así dispone el último párrafo del artículo 367 que “el superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. En este caso, además, declarará nulo el concesorio”.

La Ley N° 27703, al introducir los párrafos tercero y cuarto al artículo 367, ha hecho subsanable ante el propio juez *ad quem* todo lo que puede ser subsanado ante el *a quo*, dando, sin embargo, a tal “subsanación” un trato diferenciado en razón a si el apelante tiene o no fijado domicilio procesal “en la ciudad sede del órgano jurisdiccional del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación”. Si lo tiene, entonces deberá subsanar los defectos ante el propio juez *ad quem*, caso contrario, el juez de apelación “tramitará la causa de manera regular y será el juez quien ordene la correspondiente subsanación del error”. La redacción de los párrafos tercero y cuarto del artículo 367 no es precisamente de las mejores, pero se deja apreciar por su preocupación por la suerte del apelante, en el sentido de no dejar que se frustre su apelación por aspectos meramente formales (una preocupación que ni por asomo se podía encontrar en la severa regulación original del Código). Queda por ver, cuando el apelante no haya fijado domicilio en la sede del juez *ad quem*, cómo se hace para que subsane los “defectos” ante el *a quo*. En mi concepto, el juez *ad quem* debe disponer la subsanación y comisionar al *a quo* a fin de que se lo comuniqué a la parte en el domicilio procesal fijado ante él. En el entretanto, la apelación sigue con su procedimiento.

Se entiende que la “recalificación” de la admisibilidad y procedencia del recurso por parte del juez *ad quem*, ocurrirá tan pronto ingrese el “expediente principal” o el “cuaderno” ante tal juez, o sea antes de dar curso al procedimiento ante él (arts. 373, 376 y 377).

## 5. REQUISITOS DE LA APELACIÓN “ADHESIVA”. REMISIÓN

El artículo 367 hace extensivos los requisitos de admisibilidad y procedencia de la apelación, a la “adhesión” a la apelación del contrario. Sobre tal forma de apelar, se tratará más adelante (comentarios *sub arts.* 370 y 373).



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTÀ, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEJA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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 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*).



## Artículo 368

### Efectos

*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 agravo 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; L.O.P.J. art. 292 párr. 2.*

*Eugenia Ariano Deho*

## 1. INTRODUCCIÓN

El CPC de 1912 para indicar lo que hoy se llama “apelación con efecto suspensivo” utilizaba la tradicional (y críptica) expresión hispánica de “apelación en ambos efectos”; mientras que aquella “sin efecto suspensivo” se le indicaba como “apelación en un solo efecto” (art. 1090 y ss. del CPC de 1912), queriendo entender en el primer caso que la “concesión” de la apelación producía tanto efecto devolutivo como el suspensivo y solo el devolutivo en el segundo (art. 1099 del CPC de 1912).

El artículo 368, adoptando la terminología del Código General del Proceso uruguayo de 1988, dando por sentado que la “concesión” de la apelación produce siempre efecto devolutivo (tanto que ni se le nombra: comentario *sub* art. 370), enfoca su atención solo sobre si aquella produce o no el otro efecto: el suspensivo.

## 2. LA APELACIÓN SUSPENSIVA Y LOS PODERES DEL JUEZ A QUO SOBRE EL “ASUNTO”

El inciso 1 del artículo 368, pleonásticamente, considera como “efecto” de la concesión de la apelación “con efecto suspensivo” el que “la eficacia de la

resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior”. Si se tiene presente que la apelación es sustancialmente una impugnación “sustitutiva” (comentario *sub* art. 364), o sea tendiente a que otra resolución tome el lugar de la apelada, parecería que en el tenor textual del inciso se anide una antinomia, pues resultaría que la “eficacia” (o sea los efectos) de la resolución apelada quedarán “suspendidos” hasta “la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior” (o sea el decreto que emite el juez *a quo* cuando le regresa el expediente a su despacho y que pone en conocimiento oficial de las partes bajo la tradicional fórmula “por devueltos, cúmplase con la ejecutoriado”), por lo que tras aquello reemprendería sus efectos. Ello no es así, por cuanto, agotado el procedimiento de apelación con la emisión de la resolución del juez *ad quem*, será esta la que producirá efectos y no ciertamente la apelada (que ya salió de este mundo).

Y es que para entender lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 368 hay que tener presente que este es una “adaptación” del artículo 1095 del CPC de 1912, artículo que siguiendo la terminología propia del Derecho común medieval refería la “suspensión” no a los efectos de la resolución sino a la “jurisdicción” del juez *a quo*. En tal sentido, concedida “en ambos efectos” una apelación, quedaba “en suspenso la jurisdicción del juez”, entendiéndose aquello de “jurisdicción” como el poder del juez de conocer “el asunto”. Y quedaba en “suspenso” justamente porque “el conocimiento del asunto” pasaba “al superior”, vale decir, porque se producía el efecto devolutivo (retornaremos *sub* art. 370). Por tanto, resulta evidente que el legislador procesal se limitó a cambiar en el texto del inciso 1 del artículo en comentario, el objeto de la “suspensión”: de la “jurisdicción” del juez (o sea del poder sobre el asunto) a la “eficacia de la resolución”, pero la “idea” que encierra es la misma del otrora artículo 1095 del CPC de 1912. Ello está sustancialmente pensado, cabe aclararlo, para el supuesto de apelación de sentencia, en un sistema procesal en el que, como el nuestro, el juez *a quo* no termina su función con la emisión de la misma, sino que le viene atribuido aún, como parte de su *officium*, el llevar adelante su ejecución (comentario *sub* arts. 379 y 690-B). De allí que se entienda aquello de la “suspensión” de la “jurisdicción” (o sea del poder sobre el asunto) del juez *a quo*: sentenciado el “asunto” y concedida la apelación se suspende el poder del juez sobre aquel (un poder que consiste en llevar la sentencia a ejecución); devuelto el expediente tal poder se reasume. En cambio, es menos comprensible (mejor: incomprensible) cuando la “suspensión” está referida a los efectos de la resolución misma, tal como lo indica el inciso en comentario.

Pero, lo más importante del inciso 1 del artículo 368 no está ciertamente en la “noción” de efecto suspensivo contenida en su primer párrafo, sino en el segundo, o sea en la parte que establece cuáles poderes *permanecen* en el juez *a quo* en los supuestos de apelación suspensiva. Tal segundo párrafo, hay que aclararlo, es una

versión “condensada” del artículo 1096 del CPC de 1912, y se explica por lo indicado en el párrafo anterior: pese a que por la apelación “con efecto suspensivo” el juez queda despojado del poder sobre el “asunto”, conserva sus poderes para conocer de “las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte”, así como para conceder medidas cautelares “que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable” (sobre la competencia del juez *a quo* para emitir medidas cautelares, véase comentario *sub* art. 33; además el art. 615).

### 3. LA APELACIÓN NO SUSPENSIVA

El inciso 2 del artículo 368 indica que cuando la apelación se “concede” sin efecto suspensivo, “la eficacia de la resolución impugnada se mantiene”, agregando que tal eficacia lo es “incluso para el cumplimiento de esta”. Nuevamente estamos ante una simple transposición de palabras (“jurisdicción” por “resolución impugnada”), pero la “idea” es la misma: concedida la apelación “sin efecto suspensivo” se mantiene la “jurisdicción” (o sea el poder sobre el asunto) del juez *a quo*, “incluso, para” (y ese “para” está referido al juez) el “cumplimiento” de la resolución apelada. Por tanto, lo que quiere decir el inciso 2 del artículo en comentario es que cuando una apelación se concede “sin efecto suspensivo” el juez no viene despojado del poder de llevar a ejecución lo resuelto.

Sin embargo, si se tiene presente que la apelación “sin efecto suspensivo” es el normal régimen de efectos de la apelación de los “autos interlocutorios” (art. 372), la disposición es absolutamente superflua, en cuanto “sin efecto suspensivo” viene simplemente a significar que la apelación impide que la resolución (el auto) devenga en firme pero en el entretanto produce todos sus efectos. Así, por ejemplo, si se declaran infundadas alguna de las excepciones del artículo 446, la apelación del auto impide que tal decisión quede firme, en cuanto el juez *ad quem* podrá revocarla o anularla (art. 380), pero la “concesión” de la apelación no impide que el juez *a quo* continúe con el desarrollo del proceso.

Hay solo un caso, en el que el segundo inciso del artículo 368 tiene el sentido “tradicional”: el de la sentencia de alimentos. En tales casos la apelación no es suspensiva, por lo que el juez *a quo*, pese a la apelación, *mantiene* su poder “para [ordenar] el cumplimiento” de la sentencia y si ello no se produce, llevarla a ejecución (art. 566).

### 4. PRECISIÓN DE LOS “EFECTOS”

Señala el último párrafo del artículo 368 que “al conceder la apelación, el juez precisará el efecto en que concede el recurso y si es diferida, en su caso”. Sobre ello hay que tener muy en claro que los supuestos en los que la concesión

de la apelación produce o no efecto suspensivo están establecidos en la ley (arts. 371-372), sin que el juez (*a quo* o *ad quem*), ya sea a pedido de parte o de oficio, tenga posibilidad alguna de alterar el régimen legal (a diferencia de la queja, que *ex lege*, no es una impugnación suspensiva, pero que puede tornarse en suspensiva si es que así lo pide la parte, prestando para ello idónea garantía, art. 405).

Por tanto, siendo la ley quien decide si una apelación es suspensiva o no, el último párrafo del artículo 368 resulta superfluo (sobre, el distinto poder del juez *a quo* de diferir “el trámite” de la apelación, art. 369).

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando se apela a la Sala superior jerárquica por vicios in procedendo, ésta no debe realizar pronunciamiento sobre el fondo, pues resulta un atentado contra la lógica y contra la argumentación jurídica que se utilice fundamentos de fondo para anular una resolución, cuando lo correcto es que se dicte una resolución correspondiente de acuerdo a la apreciación de la Sala revisora. Es así que en este caso se ha vulnerado el principio de congruencia, pues existe una fractura lógica entre lo considerado y lo resuelto por la Sala superior (*Cas. N° 2054-2001-Lima*).

**Artículo 369**

**Apelación diferida**

*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 inc. 2, 494, 757, 691.*

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. INTRODUCCIÓN: UN VIEJO PROBLEMA**

El artículo 369 pone sobre el tapete un viejo problema: el de la posibilidad (o no) de apelación de las resoluciones interlocutorias, que en la secular historia de la apelación representa todo un tormentoso capítulo aparte (PADOA SCHIOPPA, 1967: p. 46 y ss.).

En efecto, tratando de sintetizar en pocas líneas un tema tan intrincado, se puede bien decir que el problema de la apelación intermedia surge cuando el proceso romano (en su fase de *cognitio extra ordinem*) se complica por la presencia de decisiones sobre “cuestiones” surgidas en su marcha, decisiones a ser emitidas antes de la sentencia “definitiva” (*rectius*, la final). De allí la interrogante de si esas decisiones fueran inmediatamente apelables.

Como muestra de su práctica, Costantino prohibió la apelación inmediata de las interlocutorias y estableció la regla de que aquellas eran apelables solo al final (o sea, era posible una apelación diferida al final).

Sin embargo, existieron amplias excepciones a esta regla (en particular respecto a las decisiones sobre las excepciones perentorias), que entre los siglos IV y V fueron ampliándose hasta que Justiniano, pese a reiterar la prohibición de la apelación *ante definitivam sententia* (sancionando con multas a juez y partes en caso de violación), extendió notablemente el concepto de sentencia definitiva hasta comprender cualquier decisión proferida por el juez durante el *iter* del proceso. Naturalmente, el nudo del problema estaba en que la apelación romana, salvo contadas excepciones (por ejemplo, en materia posesoria), era siempre suspensiva (“admitida la apelación, no se habrá de innovar nada hasta tanto que se

hubiere fallado la apelación”: Dig., 49, 7, 1 §1), lo que hace entendible las prohibiciones imperiales, enderezadas fundamentalmente a evitar fraccionamientos dilatorios del proceso.

La problemática de la apelación *ante sententiam* resurge en los tiempos de la glosa (PADOA SCHIOPPA, 1970: p. 52 y ss.; 1994: p. 35 y ss.; FIORELLI, 1958: p. 714 y ss.), la cual, basándose en las fuentes justinianas que les eran conocidas, muy tempranamente, sentó la tesis –minoritariamente confutada– de la inapelabilidad de las decisiones interlocutorias. Por contraposición, en el Derecho canónico (que por cierto concebía a la apelación como un Derecho natural: COMEZ, 1994: p. 98) las interlocutorias eran todas apelables de inmediato, lo cual fue solo remediado por el Concilio de Trento (Siglo XVI: CONDE DE LA CAÑADA, 1845: p. 124 y ss.) que limitó la apelación a algunos casos taxativamente establecidos, en particular el de las interlocutorias que no se pudieran remediar con la sentencia definitiva. Más adelante, los comentaristas de las fuentes justinianas (en particular Bartolo y Baldo) tendían por la prohibición, mientras que la legislación estatutaria de las ciudades italianas oscilaba entre la prohibición y el permiso canónico (SALVIOLI, 1927: p. 568).

Tras el siglo XVI, en Italia, se asienta la doctrina de que las interlocutorias eran inmediatamente apelables si es que podían tener incidencia en la decisión de fondo, caso contrario no, por lo que debían ser apeladas junto con la sentencia definitiva, fórmula esta que será (con las debidas distancias) consagrada en el *Code Napoléon* de 1806, en que, basándose en la distinción entre sentencias preparatorias, interlocutorias, provisionales y definitivas, establecerá el principio de que las interlocutorias y las provisionales podían ser apeladas de inmediato y antes de la sentencia definitiva, mientras que las preparatorias podían (y debían) serlo junto con la definitiva (o sea, diferidamente, así, art. 451), distinción esta que fue (y es) fuente de mil disputas y complicaciones y que motivara que los italianos en su Código de 1865 cortaran por lo sano y zanjaran la regla de que toda decisión del juez (por lo general colegiado) tendrían la forma de sentencia y que toda sentencia “cualquiera que sea su carácter” fuera apelable inmediatamente (art. 481) (PISANELLI, 2004: p. 145 y ss.).

En lo que atañe a nuestro derecho histórico, esto es, el español, de una rápida mirada es posible encontrar los ecos de las doctrinas del Derecho común.

En efecto, en las fuentes históricas españolas existe también la prohibición de la apelación de las interlocutorias (AIKIN ARALUCE, 1982: p. 77 y ss.), pero con muchos temperamentos. De las propias Partidas resulta que mientras toda sentencia definitiva, ya sea civil o criminal, era apelable, las interlocutorias no lo eran (Partida Tercera, Tít. 23, Ley 13). Sin embargo, sí se admitía la apelación tratándose de sentencias que se pronunciaban sobre excepciones perentorias (tales como

cosa juzgada, transacción, prescripción, etc.) y (nótese) “sobre algún artículo que haga perjuicio en el pleyto principal”, tal como si el poder del procurador era suficiente o si debía o no recibirse la causa a prueba, etc. (Ordenamiento de Alcalá, Tít. 13, Ley 1; Nueva Recopilación, Libro 4, Tít. 18, Ley 3; Novísima Recopilación, Libro 11, Tít. 20, Ley 23).

Un dato que no podemos dejar de lado es el que en nuestro derecho histórico era practicada la apelación “en un solo efecto”, vale decir, la apelación meramente devolutiva (o, si se quiere, no suspensiva), pensada originalmente para las sentencias de ciertos procesos “urgentes” (CARAVANTES, 1842: p. 198), pero luego, a estar a las codificaciones españolas y latinoamericanas del Siglo XIX, aplicada, justamente, a la apelación de las interlocutorias (ya llamadas, en algunos ordenamientos, “autos”).

Tal fue la solución de las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas (la de 1855 y la de 1881) y, antes, la de nuestro primer Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, en cuyo artículo 1664 se indicaba que “todo litigante tiene derecho para apelar ante el respectivo tribunal o juez superior, por los agravios que el inferior le ha causado en su auto o sentencia a fin de que se reparen o enmienden”, fijando cuáles resoluciones eran apelables “en ambos efectos” (o sea en el devolutivo-suspensivo) y solo en uno (el devolutivo): artículos 1670 a 1675. Importante es el artículo 1679, que disponía:

“Concedida la apelación en solo efecto devolutivo quedarán los autos originales en el juzgado inferior para continuar el juicio; y se sacará y remitirá al superior a costa del apelante, copia de las piezas que pidiere para ocurrir al tribunal superior”.

En buena cuenta en el Código de 1852 (al igual que en España, con la LEC 1855: GÓMEZ DE LA SERNA, 1855: p. 29 y ss.) desaparece el añejo problema de la apelabilidad o no de las resoluciones interlocutorias (los ya llamados “autos”): eran siempre apelables, según los casos, en ambos efectos o en uno solo y, en este último caso, con un mecanismo eficiente para asegurarle al apelante que su impugnación llegara lo más pronto posible al juez de apelación, sin perjudicar la marcha del “juicio” principal.

El sistema fue, en buena parte, reproducido y, en cierta medida, simplificado, con el CPC de 1912, el cual, al igual que su predecesor precisó cuáles resoluciones eran apelables “en ambos efectos” (art. 1097), cuáles no eran apelables (art. 1098) y, con fórmula sencilla, precisó que eran apelables “en el efecto devolutivo” todas aquellas que no se hallaban comprendidas en los artículos 1097 y 1098 (art. 1099). Igualmente, a fin de facilitar “a los litigantes el uso de la apelación en un efecto”, dispuso en su artículo 1100 que las copias “sean remitidas por el juez a la corte” (COMITÉ DE REFORMA PROCESAL, 1912: p. 320).

Ahora, un subcapítulo aparte en la historia de la impugnación de las decisiones intermedias se escribe con el CPC italiano de 1940, en el que para “reforzar la autoridad del juez y a rendir más solícito el curso del procedimiento” –según se lee en su exposición de motivos– la tendencia de ese código fue “limitar el número de las sentencias impugnables” (*Relazione al Re sul c.p.c.*: § 30), establecer que solo podía haber una sentencia, y transformando las resoluciones que antes (con el Código de 1865) adoptaban la forma de sentencia, en *ordinanze* (equivalentes, más o menos a nuestros autos), modificables, revocables e inimpugnables inmediatamente. La consecuencia fue que, salvo, la sentencia final (la definitiva), todas las resoluciones que dictara el juez serían inimpugnables (pero modificables y revocables en el mismo grado).

Resulta evidente que la “opción” del CPC de 1940 (el original) constituye todo un modelo aparte (fundado en una ideología autoritaria) frente al añejo problema de la impugnación de las resoluciones intermedias (CIPRIANI, 1999; p. 225 y ss.).

## 2. LA APELACIÓN DIFERIDA EN EL CÓDIGO

El CPC de 1993, pese a mantener la apelabilidad *inmediata* de los autos interlocutorios (comentarios *sub* arts. 372 y 377), introdujo en el artículo bajo comentario la (llamada) “apelación en la calidad de diferida” respecto, justamente, de aquellos autos (por ley) apelables “sin efecto suspensivo”.

El modelo de apelación diferida (diferida por contraposición a inmediata) acogido en el artículo 369 es realmente “original”, pues ella consiste en la reserva del “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”, vale decir que a apelación interpuesta (y “concedida”) no le sigue, como sería la normal apelación “no suspensiva”, la formación y remisión del cuaderno de apelación al *ad quem* (art. 377), sino que se “reserva” hasta que llegue el momento en que se apele, si es que se apela, otra (la final). Luego, estamos ante una apelación “reservada” (solo) en su “trámite”.

Los supuestos de “reserva” o los decide la ley o, discrecionalmente, el juez con decisión “inimpugnable” (o sea, que no procede la queja), por lo cual el apelante que ve concedida así su apelación no tiene nada que hacer y simplemente tiene que padecer.

Los supuestos “legales” de apelación diferida son:

- a) todos los autos en el abreviado (pues solo es apelable “con efecto suspensivo” el que declara improcedente la demanda *in limine*, el que declara fundada un excepción y el que declara la “invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable”: art. 494);



- b) todos los autos del sumarísimo (salvo el que declara improcedente la demanda y el que declara fundada una excepción: art. 556);
- c) todos los autos apelables “sin efecto suspensivo” expedidos en los procesos de ejecución (art. 691 último párrafo);
- d) el auto que desestima una “contradicción” planteada en un no contencioso (art.755).

### 3. LAS “RAZONES” DE LA APELACIÓN DIFERIDA

La ausencia de una (oficial) exposición de motivos del Código nos impide tener la certeza sobre las razones por las cuales se estableció un artículo como el 369, pero aquella es en cierta medida “suplida” por una “explicación” que en el inmediato de la promulgación del CPC nos fue proporcionada por Juan MONROY GÁLVEZ (1992: p. 26), su principal autor. Ella merece ser transcrita:

“La concesión de la apelación sin efecto suspensivo, determina que el apelante deba seguir un trámite cuasi administrativo destinado a obtener del auxiliar jurisdiccional respectivo, copias certificadas de partes del expediente, las que, una vez enviadas al superior, le permiten resolver la apelación sin afectar el trámite del expediente principal, el mismo que continúa en poder del juez inferior.

Este trámite secundario del recurso de apelación sin efecto suspensivo es, desde la óptica del servicio de justicia, moroso, congestionante y, desde la mirada del recurrente, oneroso, dado que debe solventar el costo de la tasa por derecho de copia certificada, además del consiguiente seguimiento del proceso especial que se origina.

A fin de evitar estas desventajas, existe la llamada apelación con la calidad de **diferida**. Esto significa que cuando a una de las partes se le concede una apelación sin efecto suspensivo, y además con la calidad de diferida, dicha parte no realiza el trámite descrito en el párrafo anterior, sino que el proceso continúa como si no hubiera habido apelación, hasta que se expida la sentencia o alguna otra resolución trascendente que el juez elija. Una vez apelada esta (la sentencia o resolución trascendente), se envía al superior el expediente principal. Al resolverlo, el superior resolverá también las apelaciones diferidas que aparecen del expediente” (negritas, en el original).

Si esta fue la *ratio* de la introducción de la apelación diferida, hay que decir que poco o nada tiene que ver con aquella que justificó la prohibición de la apelación de las interlocutorias de los emperadores romanos, con aquella que motivó los contrastes entre el proceso canónico y el civil, o con el reforzamiento de la autoridad del juez del CPC italiano de 1940, sino que ella simplemente se habría fundado en lograr (nótese), en beneficio del “servicio de justicia” y del apelante (!),

una “economía de papel”, casi, se diría, como si las copias tuvieran que hacerse al viejo estilo del “traslado instrumental” (es decir, a través del copiado a mano...) y no a través de uno de los mil y un sistemas técnicos que hemos inventado los humanos para la reproducción de documentos (que, en buena parte, existían también en 1992), por lo que la más sana solución al “inconveniente” de sacar las copias a los efectos de formar el “cuaderno de apelación” fuera el diferir la apelación. Esta explicación constituye buena muestra de los altísimos criterios “técnicos” y, sobre todo, “científicos” en los que se basaron los autores del CPC de 1993.

Solo que si de economía “de papel” se trata, hay que decir, que esta se resuelve en una economía “en el papel”, pues aparte del papel nada más se economiza: no ahorra nada el apelante que igual tendrá que “gastarlo” para “fundamentar” por escrito su apelación y necesariamente pagar previamente su tasa judicial, para luego ver su apelación en letargo; no ahorra nada el juez *a quo*, pues para él en términos de trabajo jurisdiccional es lo mismo que la apelación sea inmediata o diferida (salvo que pensemos que sea el propio juez el que tiene que empeñar su precioso tiempo en las copias); no ahorra el juez *ad quem*, que simplemente se encontrará con un conjunto de apelaciones reunidas sobre las que tendrá que pronunciarse “por su orden”.

#### 4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL DIFERIMIENTO DE LA APELACIÓN DE LAS INTERLOCUTORIAS

Luego, descartada la “economía” (de lo que sea), ¿cuál sería el beneficio del diferimiento de la apelación? En mi concepto ninguno, pues la apelación diferida presenta el grave inconveniente de que *deja para mañana lo que debería hacerse hoy*, con graves problemas sobre la funcionalidad del proceso.

En efecto, cuando el “trámite” de la apelación de un auto interlocutorio se posterga para un (incierto) mañana (la apelación de la resolución final, por lo general, la sentencia), la consecuencia será, por un lado, que el apelante tenga que, en el entretanto, soportar los efectos de una resolución que bien puede ser de lo más equivocada y, por el otro, que cuando finalmente la apelación llegue a conocimiento del juez *ad quem*, la resolución pueda bien ser revocada o anulada (art. 380), dejándose en la nada todo lo hecho con posterioridad en primer grado (sentencia incluida). Es decir, impide que la apelación cumpla su función de ser un “medio” para remediar (lo más prontamente posible) un acto errado del juez (y perjudicial para la parte impugnante) y, como consecuencia, termina exasperando esa tara de nuestro sistema procesal que es que el proceso avance hasta el final para luego terminar retrocediendo a fases ya (aparentemente) superadas. Por no decir, de la recurrente (y patológica) circunstancia de que el juez *ad quem* omite pronunciarse sobre alguna de las apelaciones diferidas, dando pie —cuando ello

proceda— al consiguiente planteamiento de recurso de casación, con más que probable estimación por parte de la Corte Suprema (comentario *sub art.* 378).

En realidad, la opción entre la apelación inmediata o diferida de las resoluciones interlocutorias es, por un lado, un problema “ideológico”, pues atiende a la función que se hace desempeñar a las impugnaciones en la organización del proceso y, por el otro, “técnico”, que atiende a la organización del proceso que haga un determinado legislador.

Y una vez resuelto positivamente, el problema *ideológico* de la impugnación de las resoluciones intermedias (como casi insensiblemente lo hizo nuestro Código), carece de sentido *técnico* diferir (la tramitación de) su apelación hasta el final. Una apelación diferida al final solo tendría sentido (técnico) si es que entre su emisión y la finalización del proceso en primera instancia mediara un tiempo corto (como debería ser en el llamado “sumarísimo” en que todas las resoluciones deberían dictar en la “audiencia única”, sentencia incluida—artículo 555—, aunque ello, en la generalidad de los casos, solo está “en el papel”), pero lo carece del todo cuando entre la emisión del auto (apelado) y emisión de la sentencia pasa mucho tiempo.

Las impugnaciones han sido y son siempre una garantía para las partes. Y si de resoluciones interlocutorias se trata, son garantía del buen andamiento del proceso en su primera instancia. Si en el pretérito se discutió en demasía sobre su apelabilidad, yo creo que nuestra solución de la apelación “sin efecto suspensivo” es indiscutiblemente la mejor. Sin embargo, diferir (la tramitación de) su apelación al final le quita cualquier sentido y utilidad, por lo que, lo más pronto posible el artículo 369 debería ser simplemente eliminado (v. comentario *sub art.* 377).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CIPRIANI, Franco (1999): “Sentenze non definitive e diritto d’impugnare (a proposito dell’art. 827 c.p.c.)”. En: *Rivista dell’arbitrato*; CIPRIANI, Franco; D’ELIA, Daniele; IMPAGNATIELLO, Giampaolo (1997): “Relazione al Re sul c.p.c.” (1940). En: *Codice di procedura civile*. Bari: Cacucci; COMEZ, Andrea Odoardo (1994): “L’ordo iudicarius in Ivo di Chartres”. En: Alessandro Giuliani; Nicola Picardi. *L’educazione giuridica, IV. Modelli storici della procedura continentale*, vol. II. Dall’ordo iudicarius al Codice di Procedura Civile. Nápoles: ESI; COMITÉ DE REFORMA PROCESAL, (1912). *Exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Casa Editora Sanmartín; CONDE DE LA CAÑADA (1845): *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*, 3ª ed., vol. I. Madrid: Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II. Milán: Giuffrè; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro (1857): *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Revista General de Legislación y Jurisprudencia; MONROY GÁLVEZ, Juan (1992): “Los

---

medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*, N° 5; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1967): *Ricerche sull'appello nel Diritto intermedio*, I. Milán: Giuffrè; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1970): *Ricerche sull'appello nel Diritto intermedio*, II. Milán: Giuffrè; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1994): “I limiti dell'appello nelle Decretali di Alessandro III”. En: GIULIANI, Alessandro-PICARDI, Nicola. *L'educazione giuridica. IV. Modelli storici della procedura continentale*, vol. II. Dall'ordo iudiciarius al Codice di Procedura Civile. Nápoles: ESI; PISANELLI, Giuseppe (2004): “Relazione ministeriale sul primo libro del Progetto di Codice di procedura civile” (1861). En: Nicola Picardi; Alessandro Giuliani. *Testi e documenti per la storia del processo. XIII. Codice di Procedura Civile 1865*. Milán: Giuffrè; SALVIOLI, Giuseppe (1927): *Storia della procedura civile e criminale*, Parte Seconda. Milán: Hoepli.

---



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2015): “La impugnación de las resoluciones intermedias: ¿inmediata o diferida?”. En: G. F. Priori (comp.), *Quinto seminario internacional de Derecho Procesal. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.

---



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

Cuando 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*).

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 ejerció 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*).

**Artículo 370**

**Competencia del juez superior**

*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 o sea un menor de edad. 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.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 370 contiene, aunque no lo parezca, el efecto típico de la apelación cuando asume su tradicional función de promover un “nuevo juicio” (o sea un re-enjuiciamiento) sobre la controversia o sobre la cuestión incidental ya resuelta por el juez *a quo*: el devolutivo.

Cabe precisar que por “efecto devolutivo” no debe entenderse –como podría erróneamente inducirnos a pensar el adjetivo “devolutivo”– la “restitución” del poder sobre el asunto del juez “inferior” al juez “superior”, tal cual como si los de “arriba” fueran los depositarios originarios del poder jurisdiccional y que los de “abajo” fueran meros “delegados” de aquellos. Los poderes de los diversos órganos jurisdiccionales, hoy en día, emanan de la propia ley, la que les atribuye la competencia para conocer de los diversos asuntos en función esos criterios técnicos que llamamos “reglas de competencia” (art. 5). Pero como nuestro legislador ha organizado el proceso (declarativo) de tal forma que pueda llevarse no solo ante un primigenio juez (el inicial, *a quo*), sino también ante un segundo (juez *ad quem*), e inclusive, en algunos casos, ante un tercero (las salas de la Corte Suprema), resulta que nuestro proceso puede (no debe) pasar hasta por tres estadios: el de primera instancia; el de la segunda instancia y (cuando la ley lo establezca) el –llamémoslo así– de casación. Y así como la primera instancia viene provocada por ese acto que llamamos demanda, la segunda lo es por ese acto que llamamos apelación, siempre que (como ya se ha dicho *sub art. 365*) tal apelación se dirija en contra de la sentencia que pone fin a la primera; mientras que

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29834 del 02/02/2012.

el estadio de casación (cuando procede) viene provocado por ese específico acto que llamamos “recurso de casación”, de competencia (solo) del órgano jurisdiccional pertinente de la Corte Suprema. Pues bien, ni la apelación ni el recurso de casación “devuelven” (o sea “restituyen”) nada al órgano competente para llevar adelante el estadio respectivo del proceso (segunda instancia o procedimiento de casación). Más bien, es todo lo contrario.

En efecto, si bien en determinados períodos históricos la justificación del poder de conocer de un determinado asunto por parte de la máxima autoridad de la organización estatal respectiva (según los tiempos, Emperador romano o Monarca absoluto) se encontró en la consideración de que aquel era el depositario original del “poder jurisdiccional” (en rigor, de todos los poderes), por lo que en cualquier momento podía “*avocarse*” al conocimiento de determinado asunto, de allí no viene la expresión “*devolutivo*” pues este tiene un significado (políticamente) más “neutro”: “*devolutivo*”, en efecto, se deriva del verbo latino-medieval “*devolvere*”, que significa tanto como “destinar”, “pasar”, “trasmitir”, “encomendar”, “atribuir”. Por tanto, siendo que “*devolutivo*” es un adjetivo calificativo del “efecto” que produce la (concesión de) apelación, por “efecto devolutivo” debe entenderse el efecto de “destinar”, de “pasar”, de “trasmitir”, de “encomendar”, de “atribuir” el conocimiento de un determinado asunto (o de parte de él) de un juez (el *a quo*) a otro (el *ad quem*).

Por tanto, estamos en las antípodas del significado que tiene la palabra “devolver” en el castellano moderno, en cuanto no se trata de *restituir* poder sobre un determinado asunto al superior, sino de *atribuir* poder sobre él, un poder que antes no tenía y que se adquiere en virtud de la concesión de la apelación. Tal como lo decían los decretalistas medievales: *appellatio devolvit processum ad iudicem superiorem secundae instantiae*, en donde el *devolvit* no significa “devuelve” sino más simplemente “traslada” (o si se prefiere, “atribuye”).

## 2. EL EFECTO DEVOLUTIVO DE LA APELACIÓN Y SU EXTENSIÓN (*TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*). LA PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS*

Si por “efecto devolutivo” se entiende el “traspaso” o “transmisión” del poder para conocer y decidir de un determinado asunto de un juez a otro, la pregunta es ¿cuánto poder se “traslada”? La pregunta vale sustancialmente cuando hay vencimiento recíproco y solo una de las partes apela de la parte (o extremo) que le es desfavorable.

Pues bien, sobre ello, históricamente se han desarrollado dos “sistemas”:

- a) aquel en el cual la apelación traslada al *ad quem* el poder de conocer y decidir *todo* lo que fue conocido y decidido por el *a quo*; y
- b) aquel en el que al juez *ad quem* se le traslada solo el poder de conocer y decidir aquella parte de lo conocido y decidido por el *a quo* que fue específicamente apelado, con la consiguiente prohibición de una *reformatio in peius*.

El primer sistema responde al principio justiniano (contenido en la Constitución *Amplioem* del año 530 d.C.: Cód., 7, 63, 39), en virtud del cual el mero planteamiento de la apelación transfería al juez *ad quem* el pleno conocimiento de todo el asunto, con la consiguiente posibilidad de modificar la sentencia apelada tanto a favor del apelante como del apelado, es decir, con la normal posibilidad de una *reformatio in peius*, y ello porque se consideraba que la apelación reabriendo por completo el juicio, podía beneficiar tanto al uno como al otro (era pues un *beneficium commune*), incluso si el demandado hubiera estado ausente o en rebeldía durante el procedimiento de apelación (LIEBMAN, 1980: p. 480 y ss.; 1969: p. 576; LORETO, 1975: p. 663).

El segundo sistema comienza a perfilarse en los tiempos de la Glosa (PADOA SCHIOPPA, 1967: p. 79; LORETO, 1975: p. 664), la cual, limitando el alcance del principio justiniano, interpretó que en aquellos casos en los que la sentencia tuviera varios extremos o partes ("*capitulas*") y hubiera vencimiento recíproco, solo se trasladaba a conocimiento y decisión del *ad quem* el extremo o parte efectivamente apelado. De tales interpretaciones nace el conocido brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, que si bien restringe el alcance del efecto devolutivo, no llega hasta la prohibición de la *reformatio in peius*, en cuanto, según la doctrina del Derecho común, ese era el ámbito del principio justiniano, por lo que la sentencia de apelación podía beneficiar a cualquiera de las dos partes, fuera o no la apelante.

De estas doctrinas da clara cuenta HEVIA BOLAÑOS en su *Curia Philipica* (1797) en donde expresa que:

"En las causas civiles, quando la sentencia contiene diversos capítulos, y cosas separadas unas de otras, se puede apelar de las unas, y dexar las otras; y en las no apeladas, la sentencia queda pasada en cosa juzgada, y firme, y se puede como tal executar" (V, I, 21);

Agrega que:

"Por ser la apelación de una parte común á entrambas, quando la una de ellas apela, y la otra no, la apelación hecha por la parte que apeló, aprovecha á la que no apeló, solo en lo apelado, y no en más, ni en lo que consintió" (V, I, 22).

El sistema se completa con la praxis de las curias francesas, las que en base al principio de la “personalidad de la apelación”, no solo limitaron el efecto devolutivo a los extremos expresamente apelados, sino que llegaron a perfilar su consecuencia: la prohibición de la *reformatio in peius* (LIEBMAN, 1980: p. 480 y ss.; 1969: p. 577; LORETO, 1975: p. 673 y ss.).

Las diferencias entre los dos sistemas son notorias. Así, en el siguiente ejemplo: demandado el pago de 100 más una suma por intereses legales a partir de la constitución extrajudicial en mora, el juez *a quo* declara fundada en parte la demanda condenando al demandado a pagar 90 más intereses que corren desde el notificación de la demanda. El demandante apela solo respecto del extremo referente al momento en que corren los intereses. En el primer sistema la apelación transferiría al juez *ad quem* el íntegro de la controversia, por lo que este no solo podría reformar la apelada mejorando la posición del apelante (que se pague 100 y los intereses desde la constitución en mora), sino reformarla empeorándola por completo (declarar infundada la demanda en todos sus extremos). En cambio, en el segundo sistema lo único que pasaría a conocimiento del juez *ad quem* sería el extremo referido al momento del cómputo de los intereses, por lo que el *ad quem* solo podría pronunciarse sobre ese punto (igual o reformando “*in melius*”), pero no podría pronunciarse (ni siquiera “*in melius*”) sobre el extremo del capital, que no fue impugnado.

El segundo sistema (que es el nuestro) se explica racionalmente: la apelación de una sentencia impide que esta adquiera firmeza, por lo que si ella se apela solo en parte, lo no apelado queda firme y alcanza la “autoridad” de cosa juzgada (art. 123), por lo que mal podría el juez *ad quem* pronunciarse sobre algo que quedó consentido.

En el ejemplo: el extremo relativo al pago del capital (limitado por el juez *a quo* en 90), quedó firme por su no apelación; el extremo de los intereses quedó igualmente firme respecto a que ellos se deben y lo único apelado es la parte relativa al momento en que estos empiezan a correr. Por tanto, el juez *ad quem* no podría reponer en cuestión si se deben o no los intereses, sino solo desde cuando corren. Si así lo hiciera incurriría en no solo en un exceso de poder por extra petición sino por violación de la cosa juzgada.

Por tanto, la prohibición de la *reformatio in peius*, tal como está prevista en el artículo 370, resulta una forma elíptica de indicar la limitación del efecto devolutivo al extremo de la sentencia que haya sido efectivamente apelado. Consentidos los demás extremos, no podrían ser modificados (ni *in melius* ni *in peius*) por el *ad quem*.



Obviamente, el efecto devolutivo sería total si es que el demandante apelara de todos los extremos desfavorables de la sentencia del *a quo* y el demandado hiciera lo propio. En tales casos, la extensión del poder del juez *ad quem* sería el mismo del que tuvo el *a quo*, pues ningún extremo habría quedado consentido.

La extensión del efecto devolutivo debe desprenderse del acto de interposición de la apelación y debería ser la principal función del escrito de “agravios” (art. 366).

### 3. ULTERIOR EXTENSIÓN DEL EFECTO DEVOLUTIVO: LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN

Confirmando que la apelación solo transfiere al juez *ad quem* la competencia (o sea el poder) para conocer y pronunciarse sobre los extremos o parte de la sentencia efectivamente apelados y no sobre el íntegro de la *res in iudicium deducta* conocida y decidida por el juez *a quo*, el artículo 370 señala que tampoco funciona la prohibición de la *reformatio in peius* en los supuestos de “adhesión”. Y lo confirma porque para que el *ad quem* pueda pronunciarse desfavorablemente respecto del apelante se requiere que la parte de la sentencia a él favorable llegue a conocimiento y decisión del *ad quem*, lo que solo podría ocurrir si es que el contrario hubiera también apelado a tiempo o, a plazo vencido y en las oportunidades establecidas en la ley (arts. 373), se hubiera “adherido” a la apelación de la otra parte (LAMA MORE, 2004: p. 94 y ss.).

Así pues, la mera existencia de la figura de la “adhesión” a la apelación en un sistema procesal, confirma *per se* la total superación del principio justinianeo de la apelación cual *beneficium commune* y la plena operatividad de la regla del *tantum devolutum quantum appellatum* (LORETO, 1975: p. 666 y ss.; AIKIN ARALUCE, 1982: p. 190). Y ello porque para que el juez *ad quem* pueda conocer y pronunciarse sobre un extremo de la controversia resuelta por el *a quo* en la sentencia se requiere necesariamente de la iniciativa de parte, cual expresa manifestación del principio dispositivo en el ámbito impugnatorio.

Y tal iniciativa puede suscitarse en dos momentos: a) el ordinario, es decir, dentro del plazo establecido por la ley para el planteamiento de la apelación; o b) después de su vencimiento, justamente, “adhiriéndose” a la apelación de la contraparte. En el primer caso, tendremos una apelación en vía principal; en el segundo tendremos una apelación en vía incidental que, sin embargo, tiene una cierta autonomía frente a la principal (art. 373).

La explicación que suele darse a la existencia de la figura de la adhesión a la apelación del contrario, está en el plano del *interés*: la parte parcialmente vencida estaría dispuesta a consentir el contenido desfavorable de lo decidido (de allí que no apele en vía principal) a condición de que la otra también

consienta; la apelación del contrario le “reactiva” el interés en obtener una sentencia para sí más favorable (LIEBMAN, 1969: p. 577 y ss.; RASCIO, 1996: p. 156). En el ejemplo dado en el apartado anterior: el demandado estaría dispuesto a pagar 90 (pese a que considera que el juez ha errado en el cómputo de lo debido por capital), siempre que los intereses se hagan correr desde la notificación de la demanda; pero apelada la sentencia por el demandante en el extremo referido al momento del cómputo de los intereses, le “reactiva” el interés en hacer valer el que deba de menos, en particular porque él alegó (y, en su concepto, probó) en primera instancia haber hecho pagos parciales aceptados por el acreedor, pagos que fueron imputados (no del todo correctamente) en la sentencia conforme a las reglas del artículo 1257 del CC. El demandado con la adhesión a la apelación del actor, extiende así el ámbito del conocimiento del juez *ad quem* al *quantum* debido por capital, que de otra forma no podría ya ser apreciado.

#### 4. SIGUE. LÍMITES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

Respecto a la adhesión a la apelación del contrario existe una duda: ¿tiene algún límite objetivo? ¿La adhesión tiene que estar referida al extremo apelado o, por lo menos (como en el ejemplo), debe tener directa conexión con él? La pregunta es pertinente, porque cuando no se apela una sentencia queda consentida, por lo que de tener varios extremos o partes, las no impugnadas quedan firmes. De allí que parecería sensato que el apelado solo pudiera adherirse a la apelación de su contraparte en cuanto a lo desfavorable del extremo impugnado y no de otros. Tal es la posición de muchos de nuestros jueces de apelación. La Corte Suprema (Cas. N° 1066-Lima, del 08/08/2007, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 02 de octubre de 2007) ha considerado que no existe tal límite y que la apelación del contrario reabre al apelado la posibilidad de impugnar con su adhesión cualquier extremo de la sentencia que le sea desfavorable. Si ello es así, para que una sentencia que ha sido apelada en parte se considere consentida en lo demás, hay que esperar que pase el momento para que el contrario se pueda adherir a la apelación planteada en vía principal.

Por lo que atañe al ámbito subjetivo, la ley permite la apelación adhesiva solo al “apelado”, es decir, a la parte (parcialmente) favorecida con la resolución apelada (LAMA MORE, 2004: p. 92). Lo evidencia, por un lado, la frase “la otra parte” del artículo en comentario y, por el otro, el momento en el cual puede producirse la “adhesión” (v. art. 373). Ello excluye la posibilidad de “adhesión” de un litisconsorte no necesario (o sea, facultativo) del que apeló. Por tanto, en el caso de acumulación subjetiva de pretensiones (v. art. 86), dada la autonomía de la que gozan los litisconsortes facultativos en sus posiciones procesales (art. 94), cada litisconsorte deberá apelar en vía principal lo que les resulte desfavorable en la sentencia, no pudiendo, a plazo de apelación vencido “subirse al carro” de la apelación

de su litisconsorte (salvo, naturalmente, el efecto expansivo favorable en materia de obligaciones solidarias, *ex art.* 1193 del CC). Por lo que atañe a los litisconsortes necesarios, dado que la apelación de uno favorece a todos (art. 94, *contrario sensu*), el problema ni se plantea.

#### 5. **SIGUE. ACUMULACIÓN EVENTUAL, EFECTO DEVOLUTIVO Y ADHESIÓN A LA APELACIÓN**

Un particular caso de adhesión a la apelación se puede presentar cuando habiéndose planteado una o varias pretensiones subordinadas a una principal (o sea, en el caso de la llamada acumulación “eventual”, art. 87), el juez *a quo* estime la principal o, viceversa, desestime la principal y estime una de las subordinadas. Careciendo el actor (o el reconviniente) de interés para apelar en vía principal (pues la sentencia le es favorable), si el demandado (o el actor en el caso de reconvencción) apela, el efecto devolutivo se circunscribirá al extremo apelado. La apelación “del contrario”, abriendo la posibilidad de la emisión de una decisión desfavorable al actor (o al reconviniente), le reabre el interés de que se reponga en juicio ante el *ad quem* ya sea su pretensión subordinada (absorbida, por la estimación de la principal) o su pretensión principal (desestimada), por lo que cabe su adhesión a la apelación del vencido en primera instancia. Con ello, el *ad quem* viene colocado en la misma exacta posición del *a quo* respecto de la integridad de la *res in iudicium deducta*.

#### 6. **CASOS ESPECIALES DE EFECTO DEVOLUTIVO PLENO**

Fuera de los casos en los que se produce efecto devolutivo *pleno* porque todas las partes apelan —en vía principal o adhesiva— de los respectivos extremos desfavorables de la sentencia de primera instancia, existen algunos supuestos particulares en los que la plenitud del efecto devolutivo funciona *ex lege*.

El más evidente supuesto es el introducido por la Ley N° 29834, que, al modificar el primer párrafo del artículo 370, permite al juez de apelación “modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante” cuando el apelado “sea un menor de edad”. Ello conlleva que aun cuando la sentencia de primera instancia sea parcialmente desfavorable a la parte menor de edad y quien apele sea la parte contraria, el juez *ad quem*, *ex lege*, estará investido de la competencia para pronunciarse sobre todo aquello que fue objeto de conocimiento por parte del juez *a quo*. La disposición, evidentemente inspirada en tutelar el “interés superior del niño”, funciona sea cual fuere el objeto del proceso, aunque más que probablemente se pensó (solo) en los demandantes de alimentos que, como consecuencia de esta reforma del artículo 370, ya no vendrían constreñidos a apelar (en vía principal o adhesiva) cuando el monto fijado fuera inferior al demandado. Con todo,

sea que se trate de un proceso de alimentos o cualquier otro en el que la parte sea un menor de edad, su contraparte tendrá que pensarlo dos veces antes de apelar, pues de su apelación podría derivarse una sentencia más gravosa a sus intereses que la apelada, que es en el fondo la *ratio* de la reforma: desincentivar el planteamiento de la apelación.

También se producirá efecto devolutivo *pleno* en todos los casos en que las sentencias, *ex* artículo 408 del CPC, a falta de apelación, deben ser elevadas en consulta. Se piense en el caso en el que la parte perdedora “estuvo representada por un curador procesal” (inc. 2 del art. 408) y tal vencimiento sea parcial. Si la contraparte apela del extremo que le es perjudicial, el juez *ad quem* tendrá competencia para conocer y pronunciarse no solamente sobre extremo apelado, sino también sobre aquello que le perjudica a la contraparte no apelante, pues si la sentencia no se hubiera apelado se habría debido elevar en consulta.

#### **7. PODER DE INTEGRACIÓN DEL *AD QUEM* SOBRE LOS “EXTREMOS” FALTOS DE PRONUNCIAMIENTO**

El primer párrafo del artículo 370, tras establecer la prohibición de la *reformatio in peius*, con un extraño “sin embargo”, dispone que el juez *ad quem* “puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa”. El (críptico) uso de la conjunción adversativa “sin embargo” parecería indicarnos que cuando exista omisión de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, el juez de apelación sí podría “modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante”. Ahora bien, si tenemos en cuenta que lo que el legislador con la equívoca fórmula del primer párrafo del artículo 370, en sustancia, quiso establecer que el juez de apelación solo tiene el poder para pronunciarse sobre los extremos de fallo efectivamente impugnados, el “sin embargo” adquiere algo de sentido: que además de pronunciarse sobre extremos impugnados, podrá, de oficio, esto es, sin que ninguna de las partes se lo pida, “integrar la resolución apelada en la parte decisoria”, esto es emitir un pronunciamiento explícito sobre los extremos de pronunciamiento omitidos en la sentencia apelada, siempre que “la fundamentación aparece en la parte considerativa”.

Para entender lo dispuesto en el artículo en comentario hay que ponernos en contexto. Y el contexto es el de un proceso con objeto múltiple, vale decir, un proceso en que existan acumuladas más de una pretensión (art. 83 y ss.).

Pues bien, todo fenómeno acumulativo conlleva un riesgo: que al momento de resolver, el juez *a quo* no se pronuncie sobre todo lo que se tenga que pronunciar, verificándose así un vicio que solemos encuadrar como de incongruencia por omisión (o por defecto), cuyas consecuencias pueden variar en función de ciertas “opciones” de fondo que adopte el legislador.

Así, el CPC de 1912 era muy drástico frente a una omisión de pronunciamiento en cuanto establecía que la “sentencia o auto que no [hubiera resuelto] alguno o algunos de los puntos controvertidos” era nula (inc. 10 del art. 1085) y ese vicio de nulidad (como todos los otros) era apreciable de oficio por las “cortes y juzgados”, “aunque la parte agraviada no [hubiera] reclamado, siempre que no [constara] que [había renunciado] expresamente su derecho” (art. 1087).

La disposición, que obviamente respondía al derecho que tenían (y tienen) las partes a que toda pretensión (o cuestión incidental) fuera resuelta expresamente por el juez de la causa, durante la larga vida del cesado Código, fue fuente (se diría hoy) de “dilaciones indebidas”, en cuanto bastaba que el juez *a quo* hubiera omitido resolver, durante el *iter* procesal o en la propia sentencia, un pequeño “incidente” o “artículo” (p.e., un pedido de nulidad, una tacha, una excepción), para que, si advertido por los jueces de apelación o, sobre todo, en la Corte Suprema, se declarara nulo todo lo actuado, con remisión al primer juez a los efectos de que se pronunciara sobre el “punto” omitido.

A fin de evitar este patológico fenómeno, en 1977, el legislador a través del Decreto Ley N° 21773, sin modificar el texto del inciso 10 del artículo 1085 del CPC entonces vigente, le agregó al artículo 1086 un párrafo, con el siguiente tenor:

“Los jueces podrán completar la resolución recurrida en la que se haya omitido pronunciamiento sobre alguno de los puntos controvertidos o sobre incidentes que debieron ser resueltos. Asimismo podrán dejar sin efecto el pronunciamiento sobre cuestiones no demandadas ni controvertidas, sin anular la sentencia”.

Pero no solo ello, pues al modificar el texto del artículo 1087 estableció también que el juez podía declarar de oficio (o a pedido de parte) la nulidad solo en los supuestos de los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12 y 13 del artículo 1085 (es decir, ya no en los supuestos previstos en los incisos 9 y 10, o sea por extra-ultra petición y omisión de pronunciamiento), agregando que “la nulidad fundada en otras causales (o sea las de los incs. 9 y 10 del art. 1085) solo [sería] admitida si se formula en la instancia respectiva y dentro de tercero día de conocida por la parte que la deduce”.

*Ergo*, a partir de la vigencia del Decreto Ley N° 21773, ningún juez “de alzada” habría podido declarar (de oficio) la nulidad de una sentencia, ni por extra-ultra petición ni por omisión de pronunciamiento, a lo más podía “completar” lo omitido o “dejar sin efecto” lo que sobraba.

Así las cosas, en 1981, a través del Decreto Legislativo N° 127, los artículos 1086 y 1087 del viejo Código, fueron retocados. Pero esta vez se produce una involución “pro-nulidad”, que se plasmó en el siguiente texto del último párrafo del artículo 1086:

“Los jueces podrán completar la resolución recurrida en la que se haya omitido pronunciamiento sobre alguno o algunos puntos principales que hayan sido suficientemente apreciados en la parte considerativa. También podrán hacerlo cuando se haya omitido pronunciamientos sobre puntos accesorios o incidentales que debieron ser resueltos”.

Por su parte, el artículo 1087 prácticamente es regresado al texto que originalmente tenía el CPC de 1912, es decir, sin limitar el poder de anular de oficio las sentencias o autos (y reponer el proceso al “estado en que se cometió el vicio”), como sí se hizo en 1977.

Como consecuencia, si bien en 1981 se mantuvo el poder de los jueces de “completar la resolución recurrida” en los extremos no resueltos, tal poder podía ser ejercido en tanto y en cuanto la parte considerativa de la resolución hubiera “suficientemente” apreciado los “puntos” no expresamente resueltos. *Ergo*, si se consideraba que la motivación no era “suficiente” bien se podía anular, reabriéndose así la posibilidad de recaer en la patología de la remisión al primer juez por omisión de pronunciamiento.

Si bien se piensa, el reformador procesal de 1977 había embocado la vía correcta para evitar las recurrentes “reposiciones” de la causa al estado en que se había cometido el vicio de *extra-ultra* petición y de omisión de pronunciamiento: el primero se subsanaba “dejando sin efecto” (o sea, anulando) el exceso; el segundo “completando” los extremos no resueltos. Lo que (visto a la distancia) no está claro es si el poder de anular el exceso o de completar la omisión de la “resolución recurrida” podía o no ejercitarse de oficio por el juez del recurso, pues los vicios de nulidad de los incisos 9 y 10 del artículo 1085 del viejo Código, por expresa previsión de su modificado artículo 1087, resultaban ya no ser apreciables de oficio y requerían que una de las partes hubiera pedido la nulidad “en la instancia respectiva” (en el plazo de tres días de conocida).

La incierta “situación” de la resolución “incompleta” en su fallo (nula pero “completable” por el juez del recurso) no ha sido aclarada por el Código, que, en buena cuenta, palabras más, palabras menos, ha reproducido la regulación preexistente (la debida al Decreto Legislativo N° 127).

En efecto, mientras por un lado, el Código indica que las resoluciones deben contener “la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de *todos* los puntos controvertidos” (inc. 4 del art. 122) y que si no se cumple con ese requisito (y todos los otros), la resolución (si auto o sentencia) “será nula” (segundo párrafo del mismo art. 122), por el otro, le ha seguido dando al “juez superior” el poder de “integrar la resolución recurrida” cuando el *a quo* “haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio” (penúltimo y último párrafo del art. 172,).

Lo que no está claro es si la “integración” de la resolución incompleta por el “juez superior” sería la vía para evitar la nulidad o más bien exprese el poder de este, siempre y en todo caso, de pronunciarse sobre lo omitido.

La duda viene suscitada justamente por el artículo 370 que, como ya se ha indicado, señala que el juez *ad quem* “puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria” solo “si la fundamentación aparece en la parte considerativa”.

La “precisión” del artículo 370 puede llevar a considerar que el “poder integrador” del *ad quem* solo puede ser ejercitado cuando efectivamente de la parte considerativa de la resolución impugnada exista la fundamentación (y como tal de ella se aprecie cuál habría sido el sentido de la decisión de no haberse formalmente omitido en el fallo), con la consecuencia de que de no existir tal fundamentación no habría más opción que declarar la nulidad de la resolución y la remisión al *a quo* para que él la complete (*rectius*, para que emita una nueva completa).

Sin embargo, no creo que cuando la resolución apelada ni haya resuelto ni haya examinado (en su parte considerativa) una (o varias) de las pretensiones acumuladas la nulidad sea inexorable: si la resolución apelada no se pronunció sobre todas las pretensiones acumuladas, pues allí lo que hay es simplemente un “no juzgamiento”. Si ninguna de las partes pide la integración ante el propio juez *a quo* ya sea conforme a lo previsto en el artículo 172 o en el artículo 407, y una (o ambas) apela de la resolución en las partes (o extremos) del fallo que les son desfavorables, el *ad quem* tendrá solo el poder de conocer y pronunciarse sobre los extremos efectivamente impugnados (*tantum devolutum quantum appellatum*), sin que este tenga el poder ni de pronunciarse sobre los omitidos, ni mucho menos, para anular la resolución a fin de que el *a quo* emita una nueva, esta vez “completa”, con la consecuencia que el extremo no resuelto habrá dejado de ser parte del objeto del proceso y quien haya planteado la pretensión podrá ulteriormente volver a demandar, si así quiere (sin que pueda considerarse que sobre ella haya *res iudicata*).

Interpretar lo contrario, es decir, que en los supuestos de acumulación de pretensiones, la omisión de pronunciamiento sobre alguna de ellas, si “detectada” (por lo general de oficio) por el juez *ad quem*, conduzca inexorablemente a la nulidad de la resolución con remisión del proceso al primer juez, es regresar a aquella (exagerada) consecuencia a que conducían los textos originales de los artículos 1085 y 1087 del CPC de 1912, que es lo que se trató de erradicar con la reforma de 1977 y es (me parece) lo que también se quiere con la previsión del artículo 172, que no por nada consagra los supuestos en los que pese a que existen vicios de nulidad, esta no se produce.

En tal sentido, frente al silencio (total) de la resolución sobre uno de los extremos (o “puntos”) de la controversia, la parte interesada tendría que pedir la integración ante el propio juez que la emitió. Si no pide la integración, el extremo no resuelto sale de la *res in iudicium deducta*.

En cambio, si de la parte considerativa de la resolución se desprende el sentido del fallo, se estará ante un fallo formalmente implícito, frente al cual cualquiera de las partes podrá pedir expresamente su integración al juez *a quo*, pero también la parte, dando por estimado o desestimado el extremo, podrá apelar respecto de él, invistiendo así al juez *ad quem* de la competencia (o sea del poder) de conocer y pronunciarse sobre aquello.

Por tanto, el llamado “poder de integrar” del juez *ad quem*, se resuelve en el poder de conocer y de pronunciarse también sobre el extremo formalmente omitido en la parte resolutive de la resolución apelada, siempre que tal “extremo” haya sido objeto de explícita impugnación, rigiendo también en tales casos la prohibición de la *reformatio in peius*, pues a lo más se hará explícito lo que en la sentencia del *a quo*, estaba implícito (lo que no es *reformatio in peius*, sino dejar las cosas igual).

## 8. EL EFECTO DEVOLUTIVO EN LA APELACIÓN DE AUTOS

El último párrafo del artículo 370 señala que si objeto de apelación es un auto “la competencia del superior solo alcanza a este y a su tramitación”. La disposición tiene un significado meramente negativo: si se apela de un auto (interlocutorio o final) el “efecto devolutivo” se circunscribe a la cuestión incidental resuelta por el juez *a quo*, y no a la controversia, o sea a las pretensiones planteadas por las partes. Así apelado el auto que declara fundada una excepción, el *ad quem* podrá pronunciarse *solo* sobre la excepción. Si él considera que la excepción es infundada, no podrá “retener la causa” y pronunciarse él sobre el fondo, pues su “competencia” (o sea, su poder) se circunscribe solo al conocimiento de tal cuestión incidental.

## 9. APELACIÓN NO DEVOLUTIVA

Existen casos en los que la apelación no produce efecto devolutivo, vale decir, que no traslada al juez *ad quem* el poder de conocer y pronunciarse (total o parcialmente) sobre lo decidido por el juez *a quo*. Ello ocurre cuando la apelación se funda solo en la existencia de errores *in procedendo* que, a criterio del apelante, invalidan la resolución apelada. En tales casos (como ya indicado *sub* art. 364) la apelación funciona como “querrela de nulidad” por lo que, de estimarse, conducirá a un pronunciamiento meramente rescindente y no sustitutivo.



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; HEVIA BOLAÑOS, Juan de (s/f): *Curia Philipica*. Edición faximular de la edición de 1797. Valladolid: Lex Nova; LAMA MORE, Héctor (2004): “La adhesión a la apelación: autónoma o dependiente. Alcances de este medio de impugnación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 72; LIEBMAN, Enrico Tullio (1969): “Arbitrarie limitazioni all’impugnazione incidentale tardiva”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; LORETO, Luis (1975): “Adhesión a la apelación (Contribución a la teoría de los recursos en materia civil)”. En: *Boletín mexicano de Derecho comparado*. N° 24; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1970): *Ricerche sull’appello nel diritto intermedio*. Milán: Giuffrè; RASCIO, Nicola (1996). *L’oggetto dell’appello civile*. Nápoles: Jovene.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BALENA, Giampiero (2008): “Cause scindibili e impugnazione incidentale tardiva”. En: *Il giusto processo civile*; CALVOSA, Carlo (1950): “Omissione di pronuncia e cosa giudicata”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; CARPI, Federico (1966): “Note sui limiti di applicazione dell’impugnazione incidentale tardiva”. En: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; CERINO CANOVA, Augusto; CONSOLO, Claudio (1993): “Impugnazioni. I) Diritto Processuale Civile”. En: *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; CRISTOFOLINI, Giovanni (1938): “Omissione di pronuncia”. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I; GABBARRINI, Elisabetta (1991): “Nuove tendenze in tema di limiti oggettivi dell’impugnazione incidentale tardiva”. En: *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; GRASSO, Eduardo (1967): *La pronuncia d’ufficio. I. La pronuncia di merito*. Milán: Giuffrè; GUARNIERI, Guarino (1991): “Le S.U. abbattono il muro dei limiti oggettivi sulle impugnazioni incidentali tardive”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; LASAGNO, Bruno (1990): “Premesse per uno studio sull’omissione di pronuncia”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; LATELLA, Maria Teresa (1994): “Impugnazione incidentale tardiva”. En: *Rivista di Diritto Processuale*; MONTERO AROCA, Juan (2007): *La legittimación en el proceso civil*: Barcelona: Bosch; SALVANESCHI, Laura (1990): *L’interesse ad impugnare*. Milán: Giuffrè.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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-Tucna, 1ª Sala Civil Suprema Permanente*).

---

Se advierte que se ha configurado un vicio procesal, previsto en el primer párrafo del artículo 370 del CPC, referido a la prohibición de la “reforma en peor”, en el sentido que, el superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante; que, tal principio constituye una limitación que tiene el Colegiado encargado de la revisión de la resolución impugnada, en virtud a la cual “tiene que mantenerse dentro de los parámetros de la personalidad de la apelación, y también está supeditada a los agravios del quejoso, que le impone un ajustado corset” (*Cas. N° 3325-2006-Lambayeque*).

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*).

**Artículo 371**

**Procedencia de la apelación con efecto suspensivo**

*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.R.C. arts. 353, 368 inc. 1, 383, 450, 465, 493, 494, 502, 512, 530 párr. 4, 531 párr. 3, 556, 558, 621, 626, 664, 676, 691, 718, 720, 722 párr. 2, 755, 756, 808.*

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. SUPUESTOS GENERALES DE APELACIÓN SUSPENSIVA**

Siguiendo la línea trazada por el artículo 1097 del CPC de 1912, el artículo 371 indica los supuestos en los cuales la concesión de la apelación produce efecto suspensivo, sin dejar al respecto (como ya indicado *sub art. 368*) discrecionalidad alguna al juez.

Así, conforme al artículo 371 toda apelación de sentencia y de autos finales (se entiende emitidos por el juez de la primera instancia, v. comentario *sub art. 365*) es “con efecto suspensivo”. Hace excepción, como ya indicado *sub artículo 368*, la sentencia de alimentos que se puede llevar a ejecución pese a su apelación. Fuera de este (solitario) caso no existe otro supuesto en el ámbito del proceso civil. *Ergo*, nuestro ordenamiento desconoce por completo, como institución general, el de la ejecución provisional.

El que la apelación de los autos finales también produzca efecto suspensivo, trae un único efecto: que el proceso se considere aún pendiente con las consecuencias del inciso 3 del artículo 438.

**2. SUPUESTOS PARTICULARES DE APELACIÓN SUSPENSIVA**

El Código contiene indicaciones específicas de apelación suspensiva, por lo general referida a determinados autos.

Así tenemos los siguientes autos: el que declara el abandono del proceso (art. 353); el que declara fundada alguna de las excepciones del artículo 446 (art. 450); el de “saneamiento” cuando declara la conclusión del proceso o concede un plazo para subsanar (art. 465); el que declara la conclusión del proceso de retracto por haberse acreditado que sabía de la prestación pagada (art. 502); el que declara improcedente *in limine* la demanda de responsabilidad civil de los

jueces (art. 512); el auto que se pronuncia sobre la solicitud de posesión posesoria en el proceso de expropiación (art. 530); el que declara la caducidad de la expropiación (art. 531); el que fija la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa (art. 621); el que impone “sanción” indemnizatoria contra el secretario negligente en la ejecución de una medida cautelar (art. 626); el que dispone la conversión de la intervención en recaudación a secuestro (art. 664); el que dispone la conversión de la intervención en administración (art. 670); el que aprueba la liquidación de las sumas a devolverse cuando la sentencia de alimentos declara infundada la demanda (art. 676); el que declara inadmisibile o improcedente la ejecución de garantías (art. 720); el que declara fundada la contradicción en un no contencioso (art. 755); el que rechaza el pedido de venta de bien deteriorable o perecible consignado (art. 808).

En todos estos casos, sea cual fuere el proceso en el que se haya dictado el auto, el régimen aplicable es el visto.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II. Milán: Giuffrè; ARIANO DEHO, Eugenia (2015): “La impugnación de las resoluciones intermedias: ¿inmediata o diferida?”. En: G. F. Priori (comp.), *Quinto seminario internacional de Derecho Procesal. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Procede la apelación con efecto suspensivo contra los autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación (*Exp. N° 83-95*).

**Artículo 372**

**Procedencia de la apelación sin efecto suspensivo**

*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 inc. 2, 369, 377, 380, 383, 417, 442 párr. 2, 494, 528 inc. 3, 556, 568, 617, 618, 621, 632, 633 párr. 2, 637, 660, 691, 697, 722, 755.*

---

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. LA NO SUSPENSIVIDAD DE LA APELACIÓN**

El primer párrafo del artículo 372 con una redundante fórmula establece que la apelación “sin efecto suspensivo” procede “en los casos establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo”. Y digo que la fórmula es redundante porque ella ya está implícita en el artículo 371: si una resolución es apelable y no es ni una sentencia, ni un auto final, ni la ley dice nada al respecto, es obvio que será apelable “sin efecto suspensivo”. *Ergo*, el primer párrafo del artículo 372 sobra.

Lo mismo ocurre con el segundo párrafo: en él se señala que cuando la ley nada dice, la resolución es apelable “sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida”. Nada que no se infiera, respectivamente, de los artículos 371 y 369.

Por tanto, lo (redundantemente) dispuesto en el artículo 372 se sintetiza así: salvo disposición distinta de la ley, la apelación será de “tramite” inmediato (y no diferido) y no será suspensiva. *Ergo*, si bien se ve, en el universo de las resoluciones apelables la no suspensividad resulta siendo la regla, mientras que la suspensividad, requiriendo de norma expresa, la excepción.

**2. SUPUESTOS PARTICULARES DE APELACIÓN NO SUSPENSIVA**

El Código se ha dado el (fatigoso) trabajo de disponer expresamente apelaciones no suspensivas en relación a los siguientes autos: el que se pronuncia sobre el pedido de acumulación de procesos (art. 90); el que declara improcedente un medio probatorio ofrecido en la primera instancia (art. 190); el que desestima un pedido

de declaración de abandono del proceso (art. 353); el que aprueba la liquidación de costas (art. 417); el que aprueba la liquidación de multas siempre que el apelante se funde en un error en la URP utilizada (art. 422); el que resuelve la oposición a la forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, etc., en la expropiación (inc. 3 del art. 528); el que aprueba la liquidación de pensiones alimenticias devengadas (art. 568); el que se pronuncia sobre un pedido de variación de medida cautelar (art. 617); el que decide la enajenación de bienes embargados por ser perecibles o deteriorables (art. 618); el que dispone que se paguen las costas, costos y multas por medida cautelar innecesaria o infundada (art. 621); el que decide sobre la remuneración de los órganos de auxilio en las medidas cautelares (art. 632); el que modifica el régimen del veedor especial en las medidas cautelares (art. 633); el que se pronuncia sobre la oposición a las medidas cautelares (art. 637); el que impone al retenedor “doble pago” (*rectius*, que pague, art. 660); el que declara infundada la contradicción en el no contencioso (art. 755).

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II. Milán: Giuffrè; ARIANO DEHO, Eugenia (2015): “La impugnación de las resoluciones intermedias: ¿inmediata o diferida?”. En: G. F. Priori (comp.), *Quinto seminario internacional de Derecho Procesal. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 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*).

**Artículo 373****Plazo y trámite de la apelación de sentencias**

*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 inc. 13, 491 inc. 12, 16 DF; C.P. Const. arts. 35, 36, 57, 58, 93; C.N.A. art. 179; L.D.A. art. 205; L.O.R.J. arts. 129 a 149, 259 incs. 2 y 3.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

El primer párrafo del artículo 373 resulta algo desubicado, pues nos retrotrae a la fase preliminar de la interposición del recurso ante el *a quo*, indicando algo que ya estaba señalado, en términos generales, en el artículo 367: que la apelación de sentencia se interpone “dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación”.

La existencia de plazos diferenciados para apelar de la sentencia en función del procedimiento en el que haya sido emitida, constituye uno de los tantos desatinos del Código. Es así que en el (llamado) “proceso de conocimiento” el plazo es de 10 días (inc. 13 del art. 478), en el abreviado es de 5 (inc. 12 del art. 491), mientras que en el sumarísimo es de 3 días (art. 556). ¿A qué obedece el trato temporal diferenciado? Sin duda a la misma quimera que alimenta la propia existencia de los tres procesos declarativos (conocimiento, abreviado y sumarísimo): que el proceso va a ser más “lento” o más “rápido” en función de los plazos en los que las partes *deben* realizar sus actos.

Si esta es su (quimérica) *ratio* la propia realidad la desmiente: los “retardos” del proceso (sea cual fuere su estadio) no se deben a las partes (que están sometidas a plazos, prescindiendo de su extensión, siempre preclusivos), sino, por lo general, al propio aparato (burocrático) judicial. La diferenciación de los plazos para apelar no se justifica racionalmente, pues la dificultad de apelar una sentencia es la misma sea que se trate de una emitida en un “conocimiento”, en un abreviado o en un sumarísimo, máxime si el acto de apelación debe, desde su planteamiento, estar siempre “fundamentado” (art. 366).

## 2. LA REMISIÓN DEL “EXPEDIENTE” AL JUEZ *AD QUEM*

Entre los tantos inconvenientes de la apelación que se plantea ante el juez *a quo* (aparte del indicado *sub* art. 367) está el que una vez “concedida” por este, corra por cuenta del propio aparato judicial la remisión “del expediente” al juez de destino, sin que la parte apelante tenga posibilidad alguna de “agilizar” tal remisión.

En efecto, según el segundo párrafo del artículo 373 el “expediente” debe ser “elevado” (es ciertamente una metáfora, en cuanto el “expediente” va hacia el “superior”, o sea “al que está arriba”) “dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso”, agregando que tal “actividad”, “es de responsabilidad del auxiliar jurisdiccional”.

Es en esta “actividad” que se pierde mucho tiempo (de la parte interesada) y se derrochan inútilmente energías burocráticas del aparato judicial (redacción del oficio de remisión, su firma, el hacerlo llegar a destino ya sea por el propio “auxiliar jurisdiccional” o mediante su envío por correo), incluso cuando el órgano judicial de destino esté a unos metros de distancia (o a unos pisos más allá...). Todo lo cual bien se podría evitar si el recurso se planteara directamente (como bien se podría) ante el propio órgano judicial *ad quem*.

Ahora bien, aquello del plazo máximo de 20 días para la “elevación” del expediente es muy ilustrativo: es el doble del plazo más largo que (tan gentilmente) concede la ley a la parte para apelar en vía principal. Tratándose de la apelación de sentencia emitida en un sumarísimo y en un no contencioso, el plazo de remisión (en la letra de la ley), es de cinco días, en cuanto el Código (arts. 558, 691 y 756), les hace aplicable el procedimiento previsto para la apelación de autos “con efecto suspensivo”, o sea el indicado en el artículo 376.

La remisión del “expediente” al juez *ad quem*, trae un ulterior inconveniente: de no haberse apelado todos los extremos de la sentencia y habiendo, por tanto, extremos que ya quedaron firmes, no pueden (de hecho) producir sus efectos sustanciales por cuanto el juez *a quo* habiendo sido “despojado” del expediente, nada podrá hacer hasta que no retorne (sobre el “retorno”, art. 383). Se piense en el



caso en el que se haya demandado la resolución de un contrato de compraventa de un inmueble e indemnización y habiendo sido estimadas ambas pretensiones en la sentencia, es apelada por el demandado solo en el extremo indemnizatorio: hasta que el expediente no retorne al juez *a quo*, es más que probable que no se podrán enviar los partes judiciales al Registro Público de Predios para la inscripción de la sentencia de resolución. La remisión de “todo” el expediente es propio del (viejo) sistema en el que la apelación era un *beneficium commune*, o sea el de una apelación que producía efecto devolutivo total (art. 370). Habiendo “variado” (hace siglos...) ese sistema, debimos pues adaptarnos.

Sobre el cómo se hace, pese a su apelación, para llevar a ejecución una sentencia de alimentos, artículo 566.

### 3. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN DE SENTENCIAS ANTE EL JUEZ *AD QUEM*. ÁMBITO

Una vez “elevado” el expediente e ingresado el mismo ante el juez *ad quem*, se activa el procedimiento de apelación propiamente dicho. A él se refiere el tercer párrafo del artículo 373 que, sin embargo, lo limita a aquellos procesos en los que la primera instancia se haya llevado bajo las reglas del procedimiento “de conocimiento” o del “abreviado”. Como consecuencia, tal procedimiento no se aplica cuando la primera instancia se haya llevado bajo las reglas del procedimiento sumarísimo o de aquella de un procedimiento no contencioso, por cuanto, como ya indicado, conforme a lo dispuesto en los artículos 558 y 756, las reglas aplicables son aquellas de la apelación de autos “con efecto suspensivo” (art. 376).

Sin embargo, no se crea que esta diferenciación responda a una “opción” original del Código vigente, pues ella (*mutatis mutandis*) reproduce aquella del CPC de 1912, que establecía un procedimiento de “segunda instancia” para el “juicio ordinario” (art. 1102 del CPC de 1912) y otro “simplificado” para los demás casos (arts. 1108 y 1110 del CPC de 1912).

Por tanto, la estructura de los procesos “de conocimiento” y “abreviados” siendo distinta durante la primera instancia, se unifica en la segunda.

Pues bien, dentro de este ámbito, según el tercer párrafo del artículo 373, ingresado el expediente “el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días”. Este “traslado” dispuesto por el juez *ad quem* pone en evidencia la “fractura” provocada por la imposición de la interposición fundamentada del acto de apelación (art. 366). Y lo sufre porque el apelante viene constreñido a exponer (preclusivamente) en el acto de apelación sus “agravios” ante el juez *a quo*, mientras que la absolución por parte del apelado se debe producir recién ante el juez *ad quem*.

Distinto era el sistema en el CPC de 1912 que, con toda lógica, establecía que la apelación, si bien interponiéndose ante el juez *a quo* (en forma verbal o escrita, art. 1090 del CPC de 1912), se fundamentaba ante el juez *ad quem* en el tradicional escrito de “expresión de agravios” del cual, luego, se daba conocimiento al apelado (art. 1102 del CPC de 1912).

Con todo, hay que evidenciar que aunque un tanto dislocado, el Código ha mantenido la efectivización del principio del contradictorio en el procedimiento de apelación, lo que no es de poca monta, si es que se toma en cuenta que aquel ha sido del todo obviado (tácita o expresamente) en los procedimientos de otros recursos no menos importantes como el de casación (art. 393) y el de queja (art. 404). Sin embargo, tal efectivización del contradictorio lo es solo sobre el —llamémoslo así— “fondo” del recurso, no así respecto de las cuestiones atinentes a la admisibilidad y procedencia de la apelación, respecto de las cuales el juez (*a quo* y *ad quem*) se pronuncia siempre sin dar la posibilidad a las partes (a ambas) de ser oídas previamente (de allí el “de plano” del segundo párrafo del art. 367).

Una precisión: el “traslado por diez días” lo es respecto del “apelado”, o sea la parte favorecida con la resolución apelada, que es, en el procedimiento de apelación, el legítimo contradictor del apelante.

#### 4. ADHESIÓN ANTE EL *AD QUEM*. AUTONOMÍA DE LA ADHESIÓN

El momento de absolución de la apelación por parte del apelado, es también el momento para que este se “adhiera” a la apelación “de la otra parte”, es decir, para “extender” aquellos que serán objeto de conocimiento y decisión del juez *ad quem*, en los términos indicados *sub* artículo 370.

Si tal adhesión se produce, según el cuarto párrafo del artículo 373, “se conferirá traslado al apelante por diez días”. Nueva y obvia efectivización del contradictorio, sobre la cual nada hay que decir, sino solo asentir.

La apelación adhesiva está sujeta a los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia de la apelación en vía principal (primer párrafo del art. 367), solo que, obviamente, en este caso su cumplimiento está sujeta al control del juez *ad quem*, con las mismas posibilidades de subsanación establecidas para el apelante principal (tercer párrafo del art. 367).

El último párrafo del artículo 373 indica que “el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión”. Con ello se ha dotado de (una cierta) “autonomía” a la apelación adhesiva frente a la apelación principal. Su *ratio* parecería ser la de evitar que el apelante principal frente a la adhesión del contrario, se desista de su recurso solo para que *ad quem* no entre al análisis del extremo de la sentencia de primera instancia que le era favorable.

Sin embargo, la disposición es absolutamente equivocada y demuestra que nuestro legislador no entendió la *sabiduría* que encierra la figura de la “adhesión”. En efecto, la sabiduría de la figura debería estar en que la parte parcialmente vencida no venga constreñida a apelar *siempre* en vía principal, sino que le permite evaluar la *conveniencia* de apelar en función del comportamiento del contrario. A su vez, pudiendo esa parte adherirse a la apelación de su contrario, de hacerlo, podría conducir al que apeló en vía principal, a sopesar la conveniencia de continuar con su apelación, pues la adhesión de su contrario, podría conducir a una decisión que revierta lo que le era favorable en la sentencia de primera instancia. De hecho, en el sutil juego de intereses que está detrás de la figura, la propia adhesión debería ser una forma de estímulo al desistimiento del apelante principal, provocándose el benéfico efecto de que el proceso termine ya, con la sentencia de primera instancia. Si en cambio, como lo ha establecido el artículo 373, el desistimiento de la apelación “no afecta a la adhesión”, se quiebra el sutil juego de intereses que inspira la figura, provocando la consecuencia de que el apelante principal no encontrará ninguna ventaja en desistirse, en cuanto, quedará expuesto a que solo se conozca y decida la parte o extremo de la controversia objeto de la adhesión.

Es que la adhesión a la apelación del contrario, constituye (*rectius*, debería constituir) un sutil mecanismo tendiente, aunque parezca lo contrario, a evitar la prolongación de las litis en sede de impugnación (yo no apelo si tu no apelas, pero si tu apelas yo me adhiero; si quieres evitar que lo que yo he impugnado con la adhesión se reenjuicie, desistete de tu apelación (...); si te desistes de tu apelación, se acaba el proceso, conforme a la regulación de intereses de la sentencia de primera instancia). Sin embargo, con una disposición como la del artículo 373 del CPC, el sutil mecanismo queda neutralizado, pues el apelante principal difícilmente se desistirá, por lo que el procedimiento de apelación seguirá su curso, prolongando así la litis.

Pese a la autonomía de la apelación adhesiva, surge la pregunta del qué ocurra si el juez *ad quem* declara la nulidad del concesorio de la apelación (último párrafo del art. 367) por considerar que se ha incumplido con los requisitos de admisibilidad (los insubsanables, por ejemplo, que se haya interpuesto fuera de plazo, o por no subsanación oportuna de los subsanables) o de procedencia. Si bien el problema no se pone tratándose de la apelación de las sentencias que tratamos (o sea las emitidas en un proceso de conocimiento o abreviado), por cuanto el control sobre tales “requisitos” debería preceder al “traslado del escrito de apelación”, si es relevante respecto de la apelación de las sentencias emitidas en los “demás” procesos, en donde la adhesión debe producirse ante el propio juez *a quo* (art. 376). Hay que tener presente que la “adhesión” es una apelación extemporánea cuyo presupuesto habilitante es el válido planteamiento de la apelación en vía principal, por lo que predicar su *total* autonomía es un tanto exagerado. En tal

sentido, si la apelación principal es declarada inadmisibile o improcedente por el juez *ad quem*, en mi concepto, tal declaración arrastra también a la adhesión, con la consecuencia de que la sentencia de primera instancia, en su integridad, quedará firme.

## 5. SEÑALAMIENTO DE VISTA DE LA CAUSA

Según el quinto párrafo del artículo 373, absueltos los respectivos “traslados”, el proceso “queda expedito para ser resuelto”, debiendo señalarse fecha y hora para la “vista de la causa”. En rigor, no es que el proceso esté “expedito” para ser “decidido”, sino que su objeto quedará definitivamente fijado y como tal estará listo para ser, primero “discutido” y luego, decidido (comentario al art. 375).

Si es que el apelante o apelado hubiera ofrecido nueva prueba, ya sea al apelar o al absolverla, no sería posible “señalar” fecha y hora para la vista de la causa, pues en tales casos deberá procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 374.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJE A; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 373 del Código Procesal Civil establece el trámite de la apelación, regulando la adhesión al recurso de apelación, en el sentido de que la otra parte dentro del plazo para absolver el traslado de la apelación de la sentencia podrá adherirse al medio impugnatorio, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días y 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 (*Cas. N° 929-2006-Lambayeque*).

La ley concede mediante la adhesión una nueva oportunidad a la parte que ha sido vencida parcialmente o que vencido parcialmente, que no apeló de la sentencia del A Quem pero su parte contraria sí, de cuestionar también la sentencia apelada en los extremos que la agravan y que lógicamente difieren de los del impugnante; lo que significa, que la Sala Revisora esta en la obligación de pronunciarse no sólo de los agravios expuestos, por el impugnante sino también de los introducidos por el adherente (*Cas. N° 1066-2006-Lima*).

**Artículo 374****Medios probatorios en la apelación de sentencias**

*Las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, 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 concluida 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 inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos y los requiriese, 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.

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 374 permite que tanto apelante como apelado puedan ofrecer, al momento de apelar o de absolver el “traslado del escrito de apelación”, pruebas no aportadas en la primera instancia. Con ello se introduce en nuestro sistema un elemento que sería inadmisibles en aquellos sistemas (como el austriaco) en los que la apelación promueve una mera revisión de la sentencia de primera instancia (*revisio prioris instantiae* o apelación limitada) y más bien es propio de aquellos en los que la apelación reabre el juicio ante el juez *ad quem* a fin de que este conozca y decida *ex novo* de la controversia ya decidida en la primera instancia del proceso, incluso con base en nuevos hechos y nuevo material probatorio (*novum iudicium* o apelación plena).

Por tanto, la sola presencia del artículo 374 desmiente que nuestra apelación promueva, siempre y en todo caso, un mero examen de la corrección de la resolución apelada por parte del juez *ad quem*, tal como en términos generales lo prevé el artículo 364, en cuanto posibilita que el proceso en su segunda instancia se reabra

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

no solo en su fase de decisión, sino incluso en su fase de alegación y prueba, con la consecuencia de que la nueva decisión (la del *ad quem*), podrá fundarse en hechos y pruebas distintos de los apreciados por el juez *a quo*.

Sin embargo, la presencia del artículo 374 si bien hace descartar el que este-mos ante un “puro” sistema de *apelación-revisión*, no significa que nos coloque plenamente en un sistema de *apelación-nuevo juicio*. Y ello porque la posibilidad de aportar nuevo material probatorio en apelación tiene toda una serie de limita-ciones, lo que hace a nuestro sistema un “híbrido”.

*In primis*, porque no cualquier nueva prueba puede ser aportada, sino que, como se detallará en seguida, debe tratarse de prueba referida a hechos cronológi-camente *sobrevenidos* a los momentos en que pudieron ser alegados en la primera instancia (los *nova producta*) o, en todo caso, de prueba (documental) hallada con posterioridad a ellos (los *nova reperta*).

Hay que tener presente, además, que el artículo 374 en su redacción original, solo habilitaba la “nueva prueba” en la apelación de sentencias emitidas en los pro-cesos de conocimiento y abreviados, mas no tratándose de “otras” sentencias (las emitidas en los procedimientos sumarísimos, en su momento las del ejecutivo y las de los no contenciosos). La Ley N° 30293, ha modificado la redacción del primer párrafo del artículo en comentario, extendiendo la posibilidad de que se ofrezca nueva prueba tratándose de la apelación de “cualquier” sentencia, esto es también de aquellas emitidas en el procedimiento sumarísimo (suprimiendo, además el inc. 3 del art. 559), lo que crea, como veremos, no pocos problemas de coordinación.

Cabe señalar, por cierto, que el que artículo 374 solo permitiera la nueva prueba en la apelación de sentencias emitidas en los procesos de conocimiento y abreviados, estaba en línea con lo dispuesto por el CPC de 1912, que permitía los “nova” solo en la apelación de sentencia dictada en el “juicio ordinario” (art. 1103 del CPC de 1912), mientras que los que sustanciaban bajo las reglas del juicio de menor cuantía, no era posible ninguna nueva prueba.

## 2. LOS HECHOS NUEVOS Y SU PRUEBA EN APELACIÓN

Como ya se ha indicado, ni apelante ni apelado pueden ofrecer *cualquier nueva prueba*, sino que el inciso 1 del artículo 374 la restringe a los “hechos rele-vantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso”.

Con ello el Código ha marcado distancias frente al CPC de 1912 que, en cabal consagración del principio de que *en segunda instancia se puede lo no alegado alegar, y lo no probado probar (non deducta deducendi et non probata probandi)*,

permitía “deducir excepciones no alegadas en primera instancia” o cualquier otro “hecho nuevo” y pedir que se recibiera la causa a prueba respecto de ellos (art. 1103 del CPC de 1912). Por tanto, hoy las pruebas nuevas deben estar referidas a auténticos hechos nuevos, o sea no meramente nuevos respecto del proceso (en cuanto no alegados en la primera instancia), sino hechos “acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso” en primera instancia, que vendría a ser el momento final para que esos hechos pudieran ser introducidos ante el juez *a quo*.

Por tanto, para saber cuáles son esos hechos que habilitan la nueva prueba en apelación, se precisan algunas consideraciones sobre el cómo y cuándo tales hechos pueden, en general, ser introducidos al proceso.

Pues bien, como se sabe, uno de los pilares del proceso declarativo inaugurado con el Código es el de estar estructurado bajo el principio de preclusión. En tal sentido, todos los hechos deben ser alegados por las partes en los momentos previstos por la ley: el demandante en su demanda (inc. 6 del art. 424) y el demandado en la contestación (inc. 4 del art. 442). Como consecuencia, el hecho alegable mas no alegado en esos momentos, queda *definitivamente* precluido.

En (no necesaria) correspondencia con ello, la ley impone el ofrecimiento de la respectiva prueba o en la demanda misma (inc. 10 del art. 424) o en el escrito de contestación del demandado (inc. 5 del art. 442), reabriéndose para el actor la posibilidad de ofrecer otras pruebas solo frente a otros hechos alegados por el demandado (los del inc. 4 del art. 442), conforme a lo dispuesto en el artículo 440 (también el primer párrafo del art. 429).

Si luego de estos momentos se produce algún “hecho nuevo” (respecto de los oportunamente alegados), de la combinación de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 429 y, justamente, del inciso 1 del artículo en comentario, aquel podrá ser alegado por la parte interesada antes de “concluida la etapa de postulación del proceso” pudiendo ofrecerse hasta ese momento la respectiva prueba.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es un tanto difícil establecer cuál es ese “momento”, en cuanto lo que el Código parece entender por “postulación” va desde la demanda (art. 424) hasta la audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio” (art. 468), e incluso parece comprender la llamada “conclusión anticipada del proceso” (art. 474). Una razonable interpretación de lo que se entiende por “conclusión de la etapa de postulación” es que su momento final esté constituido por la “fijación de los puntos controvertidos” por parte del juez (art. 468) y ello porque allí se fija definitivamente el *thema disputandum* y por ello se pasa, luego, a la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes.

*Ergo*, los “hechos nuevos” verificados después de la presentación de la demanda o de la contestación podrían ser alegados por la parte interesada hasta antes de que el juez fije “los puntos controvertidos”. Una alegación *ex post* ante el juez *a quo* estará precluida.

Por tanto, los hechos a los que alude el inciso 1 del artículo 374 son aquellos sobrevenidos al momento de la fijación de los “puntos controvertidos” (o sea, el de fijación del *thema disputandum*) y es sobre ellos que podrá ofrecerse la nueva prueba, ya sea al apelar o al absolver el traslado de la apelación.

Pero justamente sobre este aspecto es que se observa también otra profunda diferencia entre el Código vigente y el derogado, en cuanto no solo están limitados los hechos sobre los que puede ofrecerse la nueva prueba, sino que la posibilidad de alegarlos y de ofrecer la prueba respectiva, también tiene su propio momento preclusivo: para el apelante, el del propio acto de apelación; para el apelado, el de la absolución del traslado de aquel. Con ello, también se ha recrudecido la preclusión de introducción de nuevos hechos en apelación, pues el viejo Código permitía que las nuevas deducciones y la solicitud de apertura a prueba sobre ellas pudiera ocurrir hasta antes que el juez *ad quem* pidiera “autos para sentencia”, o sea incluso después de presentado el escrito de expresión de agravios o de su absolución (art. 1103 del CPC de 1912).

Como consecuencia, con lo dispuesto en el artículo 374, apelante y apelado se encuentran en una posición “diferenciada”, en cuanto los hechos nuevos ocurridos con posterioridad al planteamiento de la apelación ante el *a quo* no podrán ser ya alegados (y probados) por el apelante; en cambio, el apelado –tratándose de sentencias emitidas en los procedimientos de conocimiento y abreviados–, teniendo que “absolver” el traslado de la apelación ante el juez *ad quem* (lo que ocurre tras un período de tiempo considerable) se encuentra en una posición aventajada respecto al apelante, en cuanto podrá alegar (y ofrecer la respectiva prueba) respecto de hechos verificados hasta ese momento. Nueva consecuencia de haber “dislocado” la efectivización del contradictorio entre apelante y apelado (art. 373).

Con todo, queda claro que la nueva prueba en apelación no puede estar referida: a) a los hechos no alegado en la primera instancia en los momentos previstos por la ley; y, b) a los hechos sobrevenidos al momento del planteamiento de la apelación (para el apelante) o al de su absolución (respecto a cualquiera de las partes).

Es altamente discutible que ello sea técnicamente el mejor “sistema” para obtener una decisión final de la controversia ajustada a la realidad. Es más, es harto discutible que *todo* el aparato de preclusiones en materia de alegación y de pruebas del Código armonice con el principio constitucional del derecho de defensa que, conforme al inciso 14 del artículo 139 de la Const., no puede serle privado



al justiciable “en ningún *estado* del proceso”. Sin embargo, así está regulado y no cabe sino tomar nota de ello.

### 3. LOS NUEVOS “DOCUMENTOS” EN APELACIÓN

Lo que acabamos de decir vale para el ofrecimiento de cualquier medio de prueba (típico o atípico), menos para uno: la prueba documental, pues sobre ella hay una disposición especial: la del inciso 2 del artículo 374.

Según el inciso 2 del artículo 374 tratándose de documentos, solo podrán ser aportados aquellos “expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad”.

*In primis*, llama la atención aquello de que solo se puedan ofrecer, al apelar o absolver el traslado, documentos “expedidos” (léase, “formados”) “con fecha posterior al inicio del proceso”, por cuanto ello significaría que respecto de la presentación de documentos en primera instancia regiría una preclusión más intensa que respecto de las demás pruebas.

De hecho, una interpretación literal de esta disposición, podría llevarnos a considerar que el demandado no podría ofrecer como prueba en su contestación, documentos de fecha posterior “al inicio del proceso” (sea que por “inicio del proceso” se entienda la fecha de presentación de la demanda o el de su notificación al demandado, o sea el del momento de surgimiento de la litispendencia). Ello sería inadmisibile. Más bien es razonable interpretar que también para los documentos vale el momento preclusivo indicado en el apartado anterior, vale decir, que ante el juez *a quo* se puedan presentar documentos formados con posterioridad a la presentación de la demanda o la contestación y antes de la conclusión de la “etapa de postulación del proceso”, o sea antes de la fijación del *thema disputandum*, estén o no referidos a hechos acaecidos entre esos dos momentos, porque aquí lo “nuevo” sería la existencia del documento mismo (cuya “expedición”, por cierto, es de por sí un “hecho nuevo”).

Por tanto, los documentos a los que alude el inciso 2 del artículo 374 (no debemos tener duda) son aquellos que han sido expedidos con posterioridad al cierre de la etapa postulatoria.

Pero quizá lo más importante esté en la última parte del inciso, que habilita el ofrecimiento de documentos preexistentes al “inicio del proceso”, siempre que “comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad”, es decir, documentos que han sido hallados con posterioridad a los momentos en que podían ser aportados en primera instancia (los *nova reperta*). Por tanto, para que estos documentos “preexistentes” puedan ser aportados válidamente al proceso

en segunda instancia se requiere (además) probar su ulterior hallazgo, es decir, que su no aporte oportuno se debió a causa no imputable a la parte que los ofrece.

Ahora bien, este trato restrictivo que han recibido los documentos, refleja el giro copernicano producido por el Código respecto al *laxo* tratamiento que la prueba documental recibía del Código derogado. En efecto, el CPC de 1912, evidenciando la relevancia de la prueba documental para una correcta definición del proceso civil, recibió un trato realmente privilegiado, en cuanto podía presentarse “en cualquier estado de la causa” (art. 409 del CPC de 1912), salvo ante la Corte Suprema (v. art. 1132 del CPC de 1912). El Código, en cambio, fundándose en razones “éticas” (pero, que resultan no solo anti-técnicas sino, curiosamente, promotoras de decisiones injustas) quiere que toda la prueba documental se aporte desde el comienzo del proceso en primera instancia, con la consecuencia de que el documento no ofrecido oportunamente –salvo que ello se deba a causa no imputable al aportante– queda definitivamente proscrito.

#### 4. PRUEBA NO ADMITIDA EN PRIMERA INSTANCIA Y LA PRUEBA DISPUESTA “DE OFICIO” POR EL *AD QUEM*

A los supuestos del artículo 374 hay que agregar el del último párrafo del artículo 190: las pruebas ofrecidas oportunamente por las partes en primera instancia, pero no admitidas por el juez *a quo*. En efecto, según tal disposición si se apela del auto del juez *ad quo* que no admite alguna de las pruebas ofrecidas por las partes y el *ad quem* revoca la resolución (o sea, admite la prueba), de no ser temporalmente posible su actuación por el *a quo* (por cuanto ya sentenció), le corresponde al propio juez *ad quem* actuarla “antes de sentenciar”.

La disposición tiene más valor teórico que práctico (pues es posible que la sentencia no se apele), en cuanto nos aporta un dato adicional en el sentido de que nuestra apelación de sentencia realmente “reabre el juicio” ante el juez *ad quem*, el cual podrá emitir una decisión sustitutiva de la primera incluso en base a material probatorio distinto de aquel de la primera instancia. A ello se agrega que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 190, a diferencia del artículo 374, vale no solo para los procesos que en primera instancia se hayan llevado bajo las reglas del procedimiento de conocimiento o abreviado, sino que tiene un alcance general, es decir, sea cual fuere el procedimiento aplicado en la primera instancia.

Por tanto, el último párrafo del artículo 190 confirma que nuestra apelación de sentencia, pese a lo dicho en el artículo 364, no promueve una mera “revisión” de la corrección de la sentencia inicial (*revisio prioris instantiae*), sino un auténtico *novum iudicium* (bastante limitado, pero nuevo juicio al fin).

A ello se agrega el que en virtud de la reforma operada por la Ley N° 30293, del 28 de diciembre de 2014, al artículo 194, el juez de apelación puede disponer él mismo (y ya no “mandar disponer” al *a quo*, previa anulación de la sentencia apelada, como se hacía antes), esto es, de oficio, medios probatorios “adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia”.

## 5. ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE LAS PRUEBAS

La prueba ofrecida en segunda instancia, como toda prueba, debe ser (incluso la documental) formalmente admitida por el juez *ad quem*. Ello significa que, al igual que la prueba ofrecida en la primera instancia, debe pasar por el control de “pertinencia” conforme a los criterios establecidos en el artículo 190. Se agrega a tal control, aquél sobre los requisitos apenas vistos atinentes a la “novedad”.

Como consecuencia, el juicio del juez *ad quem*, puede ser negativo y no admitirse la prueba ofrecida ya sea en el acto de apelar o de absolver su traslado.

A ello se refiere el último párrafo del artículo 734, que precisa que el auto que declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos “es inimpugnable” (sobre la inimpugnabilidad, en general, de los autos interlocutorios emitidos durante el desarrollo de la segunda instancia: comentario *sub* art. 365).

Sin embargo, lo que la ley no dice es el cuándo el juez *ad quem* debe realizar su juicio sobre la pertinencia y novedad de la nueva prueba, lo que hace surgir una serie de cuestiones de no fácil solución.

Así, mientras que durante la primera instancia del proceso está claro que el juicio de pertinencia de la prueba ofrecida se realiza en la audiencia de fijación de puntos controvertidos (último párrafo del art. 190), no existiendo en la segunda ninguna audiencia similar, el juez *ad quem* debería pronunciarse sobre la admisión de las pruebas ofrecidas por el apelante y/o el apelado tras haberse producido (o precluido) todos los posibles actos enderezados a fijar el objeto del juicio de apelación. Ello posibilitaría que las pruebas ofrecidas por el apelante y/o el apelado puedan ser objeto de cuestionamiento *ex* artículo 300. Pero la posibilidad de plantear tachas u oposiciones a las pruebas ofrecidas por el contrario tiene un problema: el plazo para plantearlas. En efecto, conforme lo dispone el artículo 301, los cuestionamientos probatorios se pueden interponer “en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde la notificación que los tiene por ofrecidos” y como el Código ha omitido indicar un plazo específico para las pruebas ofrecida en segunda instancia, no se sabe cuál plazo aplicar: si el del procedimiento “de conocimiento” (cinco días: inc. 1 del art. 475) o el del “abreviado” (tres días: inc. 1 del art. 491). Con todo, sea cual fuere el plazo que se quiera aplicar, de lo que se

puede tener la certeza es de que los cuestionamientos proceden, caso contrario le estaríamos cercenando a las partes su derecho de defensa. Sobre el momento para resolverlos, me parece que debe aplicarse el artículo 302: en la sentencia (de segunda instancia).

Por otro lado, hay que tener presente que el principio del contradictorio debe también ser respetado en segunda instancia, por lo que de ser el apelado el que ofrece pruebas, al apelante no solo debe dársele la oportunidad de ser oído sino además la de plantear sus cuestionamientos probatorios y de ofrecer su contra-prueba. En mi concepto, en estos casos debe aplicarse, con las debidas adaptaciones, el artículo 429.

Pues bien, si el *ad quem* admite la prueba, según el último párrafo del artículo 374, debe fijar fecha "para la audiencia respectiva", es decir, debe citar a audiencia de pruebas. A tal audiencia, no hay duda, le son aplicables las normas previstas por el Código para la audiencia de la primera instancia (art. 202 y ss.), con la única diferencia que debe dirigirla "el juez menos antiguo, si el superior es colegiado". Por tanto, a tal audiencia le es también aplicable el artículo 203, lo que significa que las partes deben concurrir personalmente. Pero, si no concurren: ¿se dará por concluido el proceso? Sería absurdo, más absurdo de lo que ya es cuando ello ocurre en la primera instancia. Lo razonable, a lo más, sería prescindir de las pruebas que debían actuarse en tal audiencia y señalar fecha y hora para la vista de causa.

Pero hay más: ¿se puede citar a audiencia de pruebas y vista de causa conjuntamente? Yo creo que nada lo impide, en símil a lo que ocurre en la primera instancia, en donde tras la actuación de las pruebas, los abogados pueden formular su informe oral (art. 210).

Si toda la prueba nueva es documental y no ha sido cuestionada, tal cual en primera instancia (art. 473), se puede obviamente prescindir de la audiencia de pruebas y señalar directamente fecha y hora para la vista de causa.

## 6. ADHESIÓN Y NUEVA PRUEBA

El Código silencia por completo sobre la posibilidad de que el apelante adhesivo ofrezca nueva prueba. Sin embargo, desde el momento que la apelación adhesiva es una apelación que solo difiere de la principal en lo atinente al momento de su planteamiento (comentarios *sub* arts. 370 y 373), nada lo impide. Como consecuencia, y tal cual el apelado en vía principal, el apelado en la adhesiva podrá aportar también él la nueva prueba, naturalmente en relación al extremo objeto de adhesión (y no el que se apeló en vía principal).

## 7. NUEVA PRUEBA EN LA APELACIÓN DE SENTENCIAS EMITIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS SUMARÍSIMOS

Tratándose de la apelación de sentencia emitida en un sumarísimo el procedimiento de apelación es distinto, pues conforme lo dispuesto en el artículo 558, se le aplican las reglas de la apelación de autos “con efecto suspensivo” (art. 376), procedimiento en el que destacan las siguientes notas:

- a) Se admite la apelación verbal si el auto ha sido expedido en audiencia; en cuyo caso la fundamentación escrita y “demás requisitos” deben presentarse dentro del plazo de tres días; si el auto no ha sido expedido en audiencia, la forma es la normal escrita, a presentarse en el plazo de tres días;
- b) La absolución de la apelación y adhesión, se produce, dentro del plazo de tres días, ante el propio juez *a quo*, momento en el cual el apelado podrá adherirse a la apelación de su contrario; y, sobre todo,
- c) Está prohibido lo nuevo, por lo que el juez *ad quem*, emitirá su decisión con los mismos exactos materiales que tuvo el juez *a quo*;

Ahora bien, no todo este régimen es aplicable a la apelación de las sentencias de los procedimientos sumarísimos. Así, por lo que atañe a la forma de la apelación, dado que el artículo 556 establece que la sentencia es apelable “dentro de tercer día de notificada”, aunque la sentencia fuera emitida en la propia audiencia (art. 555), hay que considerar que no es preceptivo que se apele verbalmente en la propia audiencia, sino que se podrá apelar por *escrito* dentro del indicado plazo legal.

Lo que sí es aplicable es lo atinente a la absolución de la apelación y la adhesión a esta. Ello significa que, una vez “concedida” la apelación por el *a quo*, no se remitirá de inmediato el “expediente” al juez *ad quem*, sino que, una vez notificada a la parte contraria la apelación y su concesión, el apelado podrá, dentro del plazo de tres días y ante el propio juez *a quo*, absolverla y, de ser el caso, adherirse a la apelación de su contrario. Aunque el CPC nada diga, si al absolver la apelación el apelado, se adhiere a la apelación de su contrario, habrá que darle la oportunidad al apelante (principal), para que, a su vez, la absuelva.

En el diseño original del CPC, lo más relevante de este régimen de apelación estaba en la *prohibición de lo nuevo*, esto es, que no fuera posible ofrecer nueva prueba en los términos del (original) artículo 374 del CPC. La prohibición de prueba nueva en la apelación de las sentencias de los procesos sumarísimos, venía, además, expresamente sancionada por el inciso 3 del artículo 559.

Con la Ley N° 30293, del 28 de diciembre de 2014, la situación ha cambiado, pues, como indicado al inicio, por un lado, se ha modificado el primer párrafo del artículo 374 y, por el otro, el inciso 3 del artículo 559, ha sido suprimido. Ello significa que ahora también en la apelación de las sentencias de los procesos sumarísimos será posible, al apelar o al absolver la apelación –todo lo cual, como ya dicho, ocurre ante el juez *a quo*–, ofrecer nueva prueba en los términos del artículo 374.

Además hay que tener presente que la Ley N° 30293, ha, igualmente, suprimido el inciso 4 del artículo 559, esto es, lo relativo a la inaplicabilidad de los artículos 428, 429 y 440, por lo que la “nueva prueba” que se puede ofrecer se presenta en los mismos términos que en los procesos de conocimiento y abreviados, esto es, en sustancia, debe tratarse de medios probatorios referidos a hechos sobrevenidos a la resolución de fijación de puntos controvertidos, lo que en el caso del sumarísimo ocurre en la propia audiencia única del artículo 555.

Si esto es así, al ingresar el expediente al juez *ad quem*, no será posible que, de inmediato se fije fecha para la vista de la causa, sino que, previo control sobre la regularidad de la concesión de la apelación, el juez *ad quem*, deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de los medios de prueba ofrecidos en su momento, y, si entre los admitidos están aquellos que requieren actuación, se deberá citar a audiencia de pruebas.

Naturalmente, la laconicidad de la reforma operada por la Ley N° 30293, ha dejado irresueltos una gama de problemas, en particular, el ante quien, el cómo y el cuándo podría la parte contraria de la que ofreció la nueva prueba, podría cuestionarla.

Con todo, la posibilidad de aportar también nueva prueba en la apelación de las sentencias de los procedimientos sumarísimos resulta saludable, pues tales procesos están concebidos por el legislador como plenarios (“rapidísimos”) y como tal sus sentencias sí son (en línea de principio) susceptibles de adquirir la autoridad de cosa juzgada.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos

Aires: EJEА; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---



## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En cuanto a los documentos no merituados que alegarían la existencia de una demanda de nulidad de acto jurídico que se tramita ante (...), se tiene que los mismos –además de ser de fecha anterior a la expedición de la sentencia de primera instancia– fueron presentados recién en segunda instancia, días antes de que tuviera lugar la vista de la causa, y fuera de los actos postulatorios o impugnatorios, deviniendo en improcedente su ofrecimiento de conformidad, además de que se pretende iniciar el debate sobre hechos no alegados en el contradictorio, razón por la cual estos extremos del recurso de casación no merecen ser atendidos (*Cas. N° 1395-2012-Lima*).

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, 1ª Sala Civil Permanente Suprema*).

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, 1ª Sala Civil Suprema Permanente*).

**Artículo 375****Vista de la causa e informe oral**

*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:**

*C.P.C. arts. 377, 386 inc. 1, 394; C.P. Const. arts. 35, 36, 57, 58, 93; L.D.A. art. 206; L.O.P.J. arts. 131 a 134, 136, 155, 289 inc. 5.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

En la tradición hispánica del proceso escrito por “vista de la causa” se ha entendido “el acto en el que después de terminada la sustanciación de un pleito (...) se da cuenta al tribunal de lo que resulta de autos por el relator o secretario en audiencia pública, a las que pueden concurrir también las partes y sus defensores para exponer de palabra lo que conduzca a la defensa de sus respectivos derechos, a fin de que el juzgador adquiriera la instrucción necesaria para dictar su fallo conforme a justicia” (MANRESA, 1883: p. 7).

Durante la vigencia del CPC de 1912 –y a diferencia de la LEC española de 1881, v. su artículo 677– en la primera instancia del juicio ordinario, una vez vencido el plazo para los alegatos escritos, el juez no citaba a vista de causa sino que simplemente pedía “autos para dictar sentencia” (art. 507 del CPC de 1912), o sea que el secretario le entregara el expediente para emitir sentencia, lo que debía ocurrir en el plazo de 40 días (luego reducidos a 25 por el Decreto Ley N° 21773). La “vista de la causa”, en cambio, sí estuvo prevista para las fases del proceso a desarrollarse ante las cortes superiores y suprema, pero su regulación no se encontraba en el CPC sino (impropiamente) dentro de la LOPJ (así los arts. 174-200 de la LOPJ de 1912 y arts. 149-173 de la LOPJ de 1963), como acto enderezado a que el relator de sala hiciera la relación verbal de la causa “expedita” para ser



decidida y se procediera a su deliberación, votación y fallo, con la posibilidad de que los abogados y/o las partes tomaran la palabra ante la integridad del órgano colegiado antes de que se procediera a la deliberación.

## 2. IMPLICANCIAS ENTRE EL ARTÍCULO 375 Y LA LOPJ

El Código no ha incidido en lo más mínimo sobre esta forma (por demás engorrosa) de llegar a decisión y su silencio ha dejado que ella se encuentre regulada en la LOPJ de 1991 (art. 131 y ss.). Sin embargo, en su artículo 375 ha regulado algunos aspectos del acto de “vista”, aspectos que ha hecho –impropiamente– extensivos “a todos los órganos jurisdiccionales civiles que cumplen función de segunda instancia”, es decir, incluso a los juzgados de paz letrados y los especializados, en donde la “vista”, por tratarse de órganos jurisdiccionales unipersonales, no sería absolutamente necesaria.

En rigor, el artículo 375 no es que regule la “vista” sino que se limita a establecer los plazos dentro de los cuales debe notificarse a las partes la designación de su fecha (diez días en el caso de los procesos de conocimiento y abreviados; cinco días “en los demás”), así como el momento que tiene el abogado para comunicar tanto su “deseo” realizar informe oral como el de la parte de informar sobre hechos (tres días de notificada la fecha de la vista).

Tales previsiones entran en evidente contraste con lo dispuesto en la LOPJ. Y ello porque conforme a la LOPJ, es el presidente de sala (y no la sala) quien debe fijar el día y hora para la vista (inc. 1 del art. 45), “por riguroso orden de ingreso, dentro de los treinta días siguientes a que se hallen expeditas para ser resueltas”, sin que sea necesario que tal designación “conste en resolución expresa” (art. 131 de la LOPJ). Con 72 horas de anticipación de la fecha fijada, el Presidente de Sala debe hacer citar tanto a los abogados y partes que hayan solicitado el uso de la palabra, como a los abogados que hayan fijado domicilio en la sede de la Corte (art. 131 de la LOPJ). Si no se ha solicitado el uso de la palabra no se cita a nadie y la vista se celebra sin su presencia (art. 139 de la LOPJ).

La falta de concordancia entre el artículo 375 y el artículo 131 de la LOPJ es, pues, evidente. En lo único que coinciden es que la fecha de la “vista” es inaplazable (art. 132 de la LOPJ). Sería bueno que, a fin de evitar dudas sobre el *modus procedendi* ante el juez *ad quem*, nos decidamos a dar una disciplina armónica y no tener que recurrir a la décima disposición final del Código y a la vigésimo tercera de la LOPJ que establecen, respectivamente, la “prevalencia” del CPC sobre la LOPJ en materia de regulación procesal, en particular porque el Código dicta una regulación escasa sobre tal *modus procedendi*.

### 3. OBJETO DE LA “VISTA DE LA CAUSA” Y EMISIÓN DE LA SENTENCIA

El artículo 375 deja en la sombra el qué se hace en la “vista de la causa” y sobre lo que ocurre tras de ella. Todo ello está regulado (en un modo no precisamente claro) en la LOPJ, pero como procedimiento privativo de las salas superiores y supremas, prescindiendo de que se trate de un proceso en su primera o segunda instancia, de la apelación de un auto, de la consulta de un sentencia o de un recurso de casación. Por tanto, la regulación de la LOPJ está referida al modo de llevar a cabo la fase de decisión ante tales órganos jurisdiccionales.

Con todo, la importancia de la fecha fijada para la “vista” está en que ella constituye el momento fijo en el que, en principio, el asunto debe ser *conocido, discutido, votado y decidido* y en las que es posible, si así se ha pedido, que los abogados y partes tomen previamente la palabra para argumentar *pro se*.

Pero, el que ese sea el momento para la decisión, no significa que ella efectivamente se produzca, pues depende de si tras el “debate” sobre la causa, efectivamente se procede a la votación (art. 142 de la LOPJ) o si se alcanzan el número de votos conformes para que se llegue a formar la decisión (art. 141 de la LOPJ).

Si la causa no se vota (porque requiere “mayor estudio”, art. 139 de la LOPJ), queda “al voto”, y debe resolverse dentro de los “quince días prorrogables por término igual por el presidente de la sala, si alguno de los vocales lo solicita” (art. 149 de la LOPJ). Por tanto, el plazo máximo para resolver es de 30 días, contados desde la fecha de la “vista”.

Si votada la causa, por surgir discordia, no se alcanza el número requerido de votos para hacer resolución, se debe señalar otra fecha para la vista de la causa ante el juez que deba dirimir la discordia (arts. 144-147 de la LOPJ). Y así hasta alcanzar el número de votos para que haya resolución.

Siendo este procedimiento propio de los órganos colegiados, queda en la total sombra si es que ante un órgano jurisdiccional unipersonal (juzgados de paz letrados y especializados) en el día de la “vista de la causa” debe procederse “sí o sí” a la emisión de la sentencia o si, más bien, exista un plazo para ello. Como tratándose de la apelación de sentencias, no hay plazo establecido en el Código (sí lo hay, paradójicamente, para los autos, art. 376), no habiendo obviamente posibilidad de “deliberación” y “votación” (y por lo tanto que la causa quede “al voto”) resulta inevitable considerar que en tal día deba emitirse la decisión.

Un detalle a evidenciar es que si bien la “vista de la causa” es el modo particular en que *todos* los órganos colegiados (salas superiores y supremas) desarrollan la fase de decisión de una causa (o de un recurso), la palabra “vista” en

el lenguaje judicial califica a la sentencia de “segunda instancia” (a la que se le llama, justamente, “sentencia de vista”).

#### 4. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA Y EL ARTÍCULO 12 DE LA LOPJ

Nuestro Código no gasta palabra sobre cuál deba ser la estructura de la sentencia de segunda instancia. Por tanto, valen para ella las (escasas) disposiciones del artículo 122, en particular aquella que exige que se redacte con “la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive”. *Ergo*, la sentencia de apelación, al igual que la sentencia de primera instancia, debe, necesariamente, contener las tres clásicas “partes” (sin “descuento” alguno).

Sin embargo, por lo general, esto no suele ser respetado, en cuanto la sentencia de apelación no solo no cuenta con una auténtica parte expositiva (que debería comprender tanto la narración cronológica de la primera instancia como del objeto de la apelación), sino que su parte considerativa deja mucho que desear en términos de “completitud” del discurso justificativo de la decisión. Es más, hasta no mucho, por una muy cómoda lectura del texto original del artículo 12 de la LOPJ (que permitía a los jueces de segunda instancia “reproducir” –no precisamente “remitir”– en todo o en parte, la motivación de la resolución del *a quo*), los jueces de apelación, en los supuestos de *confirmación*, total o parcial del fallo de la resolución del primer juez, se limitaban a colocar, por toda “motivación”, la frase “por sus fundamentos”, ahorrándose así el tener que dar (por escrito) una completa motivación (propia) a su fallo.

Con la reforma del artículo 12 de la LOPJ operada con la Ley N° 28490 (publicada en *El Peruano* el 12 de abril de 2005), la motivación *per relationem* (o sea la mera remisión a los fundamentos de la resolución apelada) ya no es posible, pero las sentencias de apelación distan mucho aún de contener una fundamentación completa, tal cual lo exige el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución.

Además, hay que tener presente que una modalidad distinta de (pseudo) motivación *per relationem* sigue estando prevista para los órganos colegiados: la remisión a la opinión del Ministerio Público. En efecto, el artículo 142 de la LOPJ expresamente permite que, en las salas de la Corte Superior y Suprema, “si el fallo se dicta de conformidad con el dictamen fiscal en el caso en que proceda, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación”. Lo cual es, hay que decirlo, constitucionalmente inaceptable.

Por lo que atañe a la parte resolutive, vale para las sentencias de apelación lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 122 que prescribe que lo que se decida debe ser “claro y preciso”, y ello debería significar que en todos los casos (y no solo en

el de revocación) *todo* lo que se decida deba resultar explícitamente del texto de la resolución, con proscripción de un fallo *per relatiomen* (al estilo de “confirmaron la apelada en lo demás que contiene”), como lamentablemente aún se suele hacer.

Este último aspecto es muy importante si tomamos en cuenta que la sentencia de apelación es, por lo general, la “definitiva” (incluso, en los casos en que procede recurso de casación, y este es declarado improcedente o infundado), o sea aquella que adquirirá la autoridad de cosa juzgada.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MANRESA Y NAVARRO, José María (1883). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II. Madrid: Revista de Legislación.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTÀ, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJE; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Existiendo un vicio respecto a la notificación a la parte recurrente, toda vez que dicha parte procesal sí cumplió con apersonarse al proceso y con presentar su domicilio procesal y pese a ello no se le notificó el auto calificadorio del recurso de casación ni el señalamiento de la vista de la causa, por tanto su abogado no pudo hacer uso de la palabra en el informe oral realizado en audiencia pública, habiendo solo intervenido en dicho informe el abogado de la parte demandante, causándole con dicha omisión un estado de indefensión y vulnerando de esta manera su derecho a la legítima defensa amparado en la Constitución Política; por ello, en aplicación de los principios de trascendencia y de interés para pedir la nulidad procesal, se declara fundada la nulidad, debiendo reprogramarse nueva fecha para la vista de la causa (*Cas. N° 1802-2008-Lambayeque*).

**Artículo 376**

**Plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo**

*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 expeditos 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 inc. 2, 367, 371, 375, 494, 558, 691; C.N.A. art. 179; L.O.P.J. arts. 129, 259 incs. 2, 3, 4, 5 y 7.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

El procedimiento de apelación de los autos “con efecto suspensivo”, esto es, el recurso previsto para impugnar los “autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación” (art. 371) presenta notables diferencias con aquel previsto para la apelación de las sentencias emitidas en los procesos cuya primera instancia se haya llevado bajo las reglas del procedimiento “de conocimiento” y del “abreviado”. Este régimen de impugnación es de notable importancia, por cuanto es el que se aplica cuando se apela de las sentencias de los sumarísimos (sin embargo, el comentario *sub* art. 374) y aquellas de los no contenciosos.

**2. NOTAS CARACTERÍSTICAS**

Las notas diferenciales son:

- a) *Forma y plazo para la interposición ante el juez a quo*: se admite la apelación verbal si el auto ha sido expedido en audiencia; en cuyo caso la fundamentación escrita y “demás requisitos” deben presentarse dentro del plazo de tres días; si el auto no ha sido expedido en audiencia, la forma es la norma escrita, a presentarse en el plazo de tres días;
- b) *La absolución de la apelación y adhesión*: se produce, dentro del plazo de tres días, ante el propio juez *a quo*, momento en el cual el apelado podrá adherirse a la apelación de su contrario;
- c) *Prohibición de los “nova”*: esta es la verdadera nota diferencial entre la apelación de sentencias y aquella de los autos, en cuanto nada nuevo podrá ser aportado por las partes, por lo que el juez *ad quem*, emitirá su decisión con los mismos exactos materiales que tuvo el juez *a quo*;
- d) *Reducción del plazo de remisión al juez ad quem*: frente a los 20 días previstos en el artículo 373, el plazo se reduce a cinco;
- e) *Plazo para la realización de la “vista de causa”*: a diferencia de lo no establecido en el artículo 375, se precisa el plazo dentro del cual el juez *ad quem* debe señalar fecha y hora para la realización de la “vista de la causa”: cinco días de recibido el expediente, de lo cual se da comunicación a las partes.
- f) *Fijación de un plazo para la emisión de la resolución*: a diferencia del caso de apelación de sentencias (las del conocimiento y abreviado) el Código, sí ha fijado un plazo dentro del cual la resolución debe ser emitida: cinco días de realizada la vista de la causa.

### 3. IMPLICANCIAS ENTRE LA LOPJ Y EL CÓDIGO

Como el artículo 376 regula la apelación de los autos, resulta oportuno resaltar el contraste existente entre la LOPJ y el Código, que se evidencia cuando el juez *ad quem* sea una Sala Superior o Suprema: aquel atinente al número de votos conformes requeridos para hacer resolución.

Es así que mientras el penúltimo párrafo del artículo 122 del Código establece que “cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, solo será necesaria la conformidad y la firma del número de miembros que hagan mayoría relativa”, el artículo 141 de la LOPJ establece que “en las salas de la Corte Suprema, cuatro votos conformes hacen resolución. En las cortes superiores tres votos conformes hacen resolución, tratándose de las que ponen fin a la instancia, y en los demás casos bastan dos votos conformes”. *Quid iuris?* El punto es en extremo

delicado porque está en juego la validez (*rectius*, la existencia) misma de la decisión, por lo que se precisaría (y con urgencia) que esta antinomia (que lleva en vida, ni más ni menos más de veinte años) sea eliminada.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): "Appello civile". En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): "Appello (diritto intermedio)". En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): "El recurso de apelación" (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): "Appello (Diritto romano)". En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJE; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 377****Trámite de la apelación sin efecto suspensivo**

*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, se precisa los actuados que deben ser enviados al superior; considerando los propuestos por el recurrente al apelar, sin perjuicio de que la instancia que resuelva pueda pedir los documentos que considere necesarios.*

*Dentro del 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, remite a la instancia correspondiente las piezas indicadas por el juez, debidamente escaneadas, formando un cuaderno de apelación virtual, además del oficio de remisión firmado por el juez, agregando el original al expediente principal que eleva en cd y otro medio magnético y dejando constancia de la fecha del envío.*

*En los casos en que los órganos jurisdiccionales no cuenten con la posibilidad de escanear, el auxiliar jurisdiccional remite las fotocopias de las piezas procesales.*

*En los casos que una misma resolución haya sido apelada por varias partes o personas, se formará un solo cuaderno de apelación, bajo responsabilidad.*

*Recibido el cuaderno por la instancia que resuelve la apelación, esta comunica 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. arts. 368 inc. 2, 372, 375; L.O.P.J. art. 139; R. ADM. 035-2011-CED-CSJLI-PJ art. 1 y ss.*

***Eugenia Ariano Deho***

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 377 contempla el régimen tradicional de apelación de los autos interlocutorios: el de impugnación inmediata (la apelación “en un solo efecto” de los dos anteriores Códigos), dándole el “nombre” de “apelación sin efecto suspensivo”.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.



Las oportunidades y las modalidades para la interposición del recurso son las mismas previstas en el artículo 376, esto es: o apelación verbal si el auto es dictado en audiencia o por escrito dentro del plazo de tres días de producida la notificación. Lo que le sigue es idéntico a la “otra” apelación de autos.

Es que la diferencia entre las “dos” apelaciones, es que aquella que procede contra los autos interlocutorios *no es suspensiva*, por lo que no siendo posible remitir el expediente al juez *ad quem*, se requiere formar un “cuaderno” (o sea, un “subexpediente”) compuesto por las copias de los actuados que indique el juez al conceder la apelación, al cual podrán agregarse los que indique el apelado, siempre que este se adhiera a la apelación del contrario y pague la respectiva tasa judicial.

Tal “actividad” le corresponde, bajo responsabilidad, al auxiliar jurisdiccional, el cual debe remitir al *a quem* “el cuaderno de apelación” –al igual que en el caso del artículo 376– dentro del plazo de cinco días, con el correspondiente oficio de remisión firmado por el juez.

La Ley N° 30293, tratando de introducir algo de tecnología a nuestro anacrónico sistema judicial, ha modificado el tercer párrafo del artículo 377 del CPC, disponiéndose ahora:

“El auxiliar jurisdiccional, dentro de cinco días de notificado el concesorio, bajo responsabilidad, remite a la instancia correspondiente las piezas indicadas por el juez, debidamente escaneadas, formando un cuaderno de apelación virtual, además del oficio de remisión firmado por el juez, agregando el original al expediente principal que eleva en cd y otro medio magnético y dejando constancia de la fecha del envío”.

En los casos en que los órganos jurisdiccionales no cuenten con la posibilidad de escanear, el auxiliar jurisdiccional remite las fotocopias de las piezas procesales.

## 2. PROCEDIMIENTO ANTE EL *AD QUEM*

Lo que sí diferencia las dos apelaciones de autos, es que tratándose de autos interlocutorios, el procedimiento ante el juez *ad quem* está notablemente simplificado en cuanto una vez que ingresa el “cuaderno”, solo se debe comunicar a las partes que “los autos están expeditos para ser resueltos”.

*Ergo*, para llegar a la decisión no es necesario pasar por la “vista de la causa”. Sin embargo, sí sería posible que el juez *ad quem* “de oficio” cite a los abogados de las partes a fin de que informen o respondan sobre cuestiones específicas contenidas en el auto apelado. Por tanto, las partes (y sus abogados) no tiene derecho

a informar, sino que tendrían el *deber* de hacerlo cuando así se le requiera, lo cual resulta por demás extraño.

El artículo 377 del CPC no precisa el plazo para la emisión de la decisión del *ad quem*: ¿será aplicable el plazo de cinco días previsto en el artículo 376 del CPC? Hay que considerar que sí, siendo su *dies a quo* el de la comunicación de que “los autos están expeditos para ser resueltos”.

### 3. REFLEXIONES DE *IURE CONDENDO*

Con la formación del “cuaderno de apelación” en base a las copias necesarias para que el juez *ad quem* pudiera resolver, el ordenamiento peruano halló, desde antiguo, el mecanismo “ideal” para permitir que quien resultara agraviado por un auto interlocutorio tuviera acceso inmediato al juez de apelación, sin que ello implicara suspender la marcha del proceso.

Sin embargo, me parece que ya es hora de dar un ulterior paso y –al menos por lo que atañe a la apelación “sin efecto suspensivo”– establecer un procedimiento que, en símil a aquel de la queja (art. 401 y ss.), se desarrolle en su integridad, o sea desde su interposición, ante el juez *ad quem*, sin necesidad de formación “oficial” de un cuaderno de apelación por el órgano *a quo*, sino solo en base a copias proporcionadas por el apelante (y si del caso, del apelado).

Con ello, no solo libraríamos al juez *a quo* de tener que pronunciarse sobre la apelación y establecer qué va en el “cuaderno de apelación”, sino que le ahorraríamos al “auxiliar jurisdiccional” la (laboriosa) operación de sacar las copias (ahora escanearlas), “armar” el “cuaderno” y remitirlo al juez *ad quem*.

De esa forma, por un lado, le aseguraríamos al agraviado con un auto apelable “sin efecto suspensivo” el rápido acceso al juez de apelación y, por el otro, libraríamos al aparato judicial de una serie de operaciones burocráticas que realmente están de más. Lo demás lo dejaríamos al apelante, que es el más interesado en que su apelación se resuelva lo más rápidamente posible, lo que hoy está totalmente fuera de su control.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II.

Milán: Giuffrè; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---



## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien es verdad que nuestro ordenamiento procesal prevé la posibilidad de formular una adhesión respecto de alguna apelación ya interpuesta anteriormente, cierto es también que dicha actividad procesal se encuentra reservada con exclusividad a la parte contraria, esto es, a aquella parte que no formuló apelación; que si la recurrente ha postulado un pedido de "adhesión" respecto de una apelación interpuesta por ella misma, es evidente que el recurso de adhesión deviene en improcedente (*Exp. N° 2415-2009 - 6° Sala Civil de Lima*).

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*).

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 ejercitó 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*).

**Artículo 378** | **Actos contra la sentencia expedida en segunda instancia**

*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; L.O.P.J. arts. 11 párr. 3, 129 a 146, 148 a 150.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. INTRODUCCIÓN**

La disposición en comentario parecería superflua, si tenemos presente, por un lado, que las figuras de la aclaración y de la corrección cuentan con una regulación general en los artículos 406 y 407, y, por el otro, que es el inciso 1 del artículo 387 del CPC el que establece cuáles sentencias “de segunda instancia” son las susceptibles de recurso de casación.

Quizá el “solo” del artículo 378 del CPC tienda a disipar fantasmas de un pasado muy remoto: que contra la sentencia de “segunda instancia” no cabe ya otra apelación –como ocurría hace siglos cuando en función del contenido de la sentencia de “segunda instancia” eran posibles ulteriores apelaciones hasta lograr la “doble conforme”– o la “súplica” del artículo 1716 del Código de 1852 (comentario *sub* art. 364), sino solo, en los limitados casos establecidos en la ley (inc. 1 del art. 387), el recurso de casación.

Por lo que atañe a las figuras de la aclaración y corrección dado que presentan muchos aspectos ambiguos (que se magnifican cuando se aplican a la sentencia de segunda instancia), sí caben algunas precisiones.

**2. EL PLAZO PARA ACLARAR Y CORREGIR**

Conforme al artículo 406, los jueces no pueden “alterar” (o sea, ni modificar ni mucho menos anular) sus resoluciones una vez que son notificadas a las partes, por lo que cualquier error o vicio que les afecte deberá hacerse valer por la parte perjudicada a través del medio de impugnación que corresponda al tipo de resolución. La explicación es simple: con la emisión de la resolución el juez *agota* su poder para pronunciarse sobre lo que ya se pronunció, por lo que mal podría regresar sobre sus pasos y “auto-enmendarse”, ejerciendo un poder que ya no tiene.

Sin embargo, el juez, *ex post* notificación de la resolución, sí mantiene el poder de aclarar “algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella”, pero siempre que ello no altere su “contenido sustancial” (art. 406). De igual manera, el juez conserva el poder de corregir “cualquier error material evidente que contenga” su resolución (art. 407).

En tal línea, la sentencia de segunda instancia, como cualquier resolución, puede ser también ella aclarada o corregida por el órgano jurisdiccional que la ha emitido.

Tanto la aclaración como la corrección, según lo disponen los artículos 406 y 407, pueden hacerse hasta antes que “la resolución cause ejecutoria”, vale decir, antes de que quede firme. He aquí que comienzan los problemas: ¿cuándo queda firme la sentencia de apelación? La respuesta depende de si ella ha sido emitida por un juzgado (de paz letrado o especializado) o por una sala superior, es decir, depende de si contra tal sentencia procede o no recurso de casación.

Es así que si se trata de una sentencia emitida por una sala superior, la aclaración o corrección podrá ser realizada dentro del plazo de diez días de notificada (pues es el plazo que se tiene para plantear el recurso conforme al inc. 3 del art. 387 del CPC). Vencido tal plazo, sin que se interponga el recurso de casación, la resolución deviene firme, por lo que el expediente debe ser devuelto al juez *a quo* (v. art. 383), con la consecuencia de que, cuando ello ocurra no sería posible ya pedir ni la aclaración ni la corrección de la sentencia.

Queda la duda, sin embargo, de si planteado el recurso de casación (ante la propia Corte Suprema o ante la Sala Superior *ex inc.* 2 del art. 387 del CPC), la sentencia sea aún susceptible de aclaración o corrección por parte del juez *ad quem*. Si nos atenemos a lo dispuesto en los artículos 406 y 407, dado que el planteamiento del recurso de casación impide que la sentencia devenga firme, la respuesta debería ser positiva.

Tratándose de sentencias expedidas por los juzgados (de paz letrados o especializados) como contra ella no procede ya ningún recurso, devienen en firmes tan pronto son notificadas, por lo que no se sabe si el juez *ad quem* conserva el poder de aclarar o corregir. Dado que, en estos casos, el expediente debe ser devuelto en el plazo máximo de diez días, habría que considerar que el juez *ad quem* conserve el poder de aclarar y corregir su sentencia mientras tal devolución no ocurra.

Ahora bien, quizá sea bueno preguntarnos si, en general, tiene sentido establecer barreras preclusivas para pedir la aclaración y corrección de una resolución. Sin duda lo tiene en cuanto al ejercicio oficioso del poder de aclaración y corrección, mas no respecto a la petición de parte. Si una resolución que quedó ya

firme, máxime si es la sentencia, resulta “oscura” va a ser fuente de nuevas controversias entre sus destinatarios, de allí que el pedido de aclaración debería estar abierto *sine die* para las partes.

Por lo que atañe a la corrección, el problema está prácticamente resuelto por la ley, pues si bien el artículo 407 establece que la corrección de los errores materiales, ya sea de oficio o a pedido de parte, debe realizarse “antes que la resolución cause ejecutoria”, agrega que los “errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución”, que es como decir que sobre tales aspectos no existe preclusión alguna.

### 3. ¿QUIÉN DEBE ACLARAR O CORREGIR?

Ahora bien, ¿el poder de aclarar y corregir le corresponde a mismo juez-persona que emitió la sentencia o le corresponde al juez-órgano? Respecto a la corrección, por tratarse de meros errores materiales, no debería haber duda de que le corresponde al juez-órgano; respecto de la aclaración, la situación es más dudosa. Debería corresponderle al juez-órgano, incluso cuando este sea un órgano colegiado, en cuanto una vez formada la decisión (con el número de votos necesario) esta es imputada al órgano jurisdiccional y no a los jueces-persona que la han emitido (y que en el interín pueden haber pasado a integrar otra sala).

### 4. OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO E INTEGRACIÓN DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN

Distinta es la relevancia del plazo para “corregir” cuando el pedido de “corrección” de la sentencia de segunda instancia tenga por objeto, tal como lo permite el segundo párrafo del artículo 407, que el juez “complete la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos”.

En efecto, si bien no cabe duda de que el *ad quem* tal cual el juez *a quo*, puede también incurrir en omisión de pronunciamiento, la consecuencias son distintas, pues sobre el extremo omitido ya hay un juzgamiento (el del *a quo*).

En tales casos, no cabe duda de que, a estar a lo dispuesto en el artículo 378, cualquiera de las partes podrá pedir *ex* segundo párrafo del artículo 407 del CPC que el juez *ad quem* “complete” (o “integre”) los extremos faltos de fallo.

Sin embargo, para las sentencias de apelación incompletas se presenta un problema: ¿cuál será el plazo para pedir la integración? Tratándose de una sentencia emitida por Sala Superior, en analogía con lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 172, no debe haber duda: el plazo para pedir la integración será el

establecido para la interposición del recurso de casación. En cambio, tratándose de sentencias expedidas por los juzgados (de paz letrados o especializados), como no hay un ulterior recurso hay que considerar que el pedido de “corrección-integración” debe poder ser formulado por las partes hasta en tanto el expediente no sea devuelto al juez de origen (lo que según el art. 383 debe ocurrir dentro de los diez días de resuelta la apelación).

Ahora, ¿qué ocurrirá si ninguna de las partes formula oportunamente el pedido de integración? Si partimos de la premisa de que el pedido de integración es el remedio específico frente a la omisión de pronunciamiento, su no planteamiento no puede sino tener una consecuencia: que el extremo de pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, recurrido mas no resuelto en la segunda, quede firme. Tal como lo señala RASCIO (1996: p. 169), respecto de análoga situación en el Derecho italiano: “cuando es el juez de apelación el que omite pronunciarse sobre una de las demandas objeto de decisión en la precedente fase del juicio, la cesación de la litispendencia por no impugnación no determina el replanteamiento de la demanda, sino el paso en cosa juzgada del extremo correspondiente, contenido en la primera decisión y nunca sustituido o rescindido”. Y ello tanto tratándose de sentencias de apelación de los juzgados de paz o especializados como de aquellas de las salas superiores.

En consecuencia, tratándose de sentencias de segunda instancia de las salas superiores, si es que no se plantea oportunamente la petición de integración, en aplicación analógica del inciso 1 del artículo 388, la parte perjudicada con el extremo omitido no podrá fundar su recurso en la omisión de pronunciamiento, por cuanto sobre ello ha operado (*ex* tercer párrafo del art. 172), la convalidación tácita del vicio omisivo (en contra, ZAVALETA RODRÍGUEZ, 2014: p. 408 y ss.).

Naturalmente, en la praxis, no se procede de la manera arriba indicada, pues cuando se presenta una omisión (parcial) de pronunciamiento en la sentencia de vista, las partes no suelen pedir, *ex* segundo párrafo del artículo 407, su integración, sino que plantean, de frente, recurso de Casación, el cual, por lo general viene declarado fundado, anulándose *toda* la sentencia con la consiguiente remisión del asunto a la Sala Superior para que dicte una nueva sentencia pronunciándose (de nuevo) sobre lo que ya se había pronunciado y sobre lo que no se pronunció. Esta postura es el producto de un (mal) hábito mental (se sigue razonando como si estuviera vigente el CPC de 1912) que poco se concilia con el tercer párrafo del artículo 172 y, con toda evidencia, con el segundo párrafo del artículo 173.

Con todo, no hay que pensar mucho para advertir que constituye un derroche de energías (de todo tipo) el fundar el recurso de casación en la omisión de pronunciamiento, pues el único efecto que produciría su estimación será el reenvío de la causa al juez *ad quem*, a fin de que esta vez se emita una sentencia “completa”.

Es decir, el mismo efecto que produciría el pedido de integración, con la ulterior posibilidad del planteamiento de otro recurso de casación por la misma parte o por la otra.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

RASCIO, Nicola (1996): *L'oggetto dell'appello civile*. Nápoles: Jovene; ZVALETA RODRIGUEZ, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): "Appello civile". En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): "Appello (diritto intermedio)". En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): "El recurso de apelación" (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): "Appello (Diritto romano)". En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTÀ, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEJA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La Sala considera pertinente señalar que los recurrentes a lo largo del proceso ni menos al momento de interponer su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no alegaron que fueron condenados dentro de un proceso penal a una reparación civil, por lo que mal pueden en vía de aclaración -ante la Corte Suprema- alegar un medio de defensa que en su momento debieron hacerlo valer. En consecuencia se declara improcedente la solicitud de aclaración (*Nulidad N° 12-2005-Lima*).

De la revisión de la resolución cuya aclaración se solicita, y de los argumentos expresados por el recurrente en su escrito; se advierte, que lo que pretende el recurrente es el reexamen de la decisión adoptada por este Supremo Colegiado; lo cual no está permitido por ley; además no existe ningún concepto oscuro o dudoso que aclarar, toda vez que la cuestionada resolución ha sido emitida con la debida fundamentación de hecho y de derecho en forma clara y precisa, tal como lo exige nuestra normativa procesal vigente (*Cas. N° 1694-2005-Lima*).

El plazo para interponer el recurso que proceda contra la resolución aclarada se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración. Esto es, producida la aclaración -que es cuando la resolución tiene efecto y no antes- o denegado el pedido, el plazo para recurrir comienza no desde que se notificó la resolución aclarada, sino a partir de la resolución que se pronuncia sobre la aclaración (*Cas. N° 48-2003-Lima*).



**Artículo 379**

**Cumplimiento de la sentencia de segunda instancia**

*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. 688 inc. 1, 713, 725 a 748.*

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 379 contiene una precisión que por su obviedad resulta por demás superflua: que “consentida” la sentencia de segunda instancia “que contiene un mandato” (esto es, cuando, se trate de sentencias de condena) y “devuelto” el expediente al juez *a quo*, “deviene” (recién) “título de ejecución judicial”.

Y la precisión es obvia porque no agrega nada que no se infiera ya del inciso 1 del artículo 688 (v.), es decir, que las resoluciones judiciales (siempre que reúnan los requisitos del art. 689), una vez “firmes”, constituyen “títulos de ejecución” (hoy, tras la reforma operada por el Decreto Legislativo N° 1069, “títulos ejecutivos de naturaleza judicial”).

Además, tal precisión es por demás imprecisa, por cuanto la “sentencia de segunda instancia” (en cuanto, repito, reúna los requisitos del art. 689) no solo adquiere la “calidad de título de ejecución” cuando queda “consentida” sino, en general, cuando queda “firme”, lo que ocurre también cuando planteado recurso de casación (en los supuestos en que procede, inc. 1 del art. 387) este es declarado improcedente (art. 392) o infundado (art. 397).

**2. LA UTILIDAD “SISTEMÁTICA” DEL ARTÍCULO 379**

Pero quizá la obvia precisión del artículo 379 presente sí una utilidad para la reconstrucción de la “naturaleza” de la apelación: deja en claro que la sentencia “de segunda instancia” toma el lugar de aquella emitida en la primera, pues es ella, tanto si confirma como si revoca la primigenia, la que deviene “título”. Lo que permite ver que nuestra apelación es –cuando produce efecto devolutivo (y dentro de sus límites, comentario, *sub* art. 370)– una impugnación claramente *sustitutiva*, o sea enderezada a que se emita una nueva decisión que tome el lugar de la apelada.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): "Appello civile". En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): "Appello (diritto intermedio)". En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): "El recurso de apelación" (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): "Appello (Diritto romano)". En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTÀ, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

**Artículo 380**

**Nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo**

*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 inc. 2.*

---

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Conforme lo dispone el artículo 380, cuando una resolución apelada “sin efecto suspensivo” (o sea, aquella que procede contra los autos interlocutorios) es revocada o anulada por el juez *ad quem*, todo lo andado en primera instancia “sobre la base de su vigencia” deviene en “ineficaz” (*rectius*, debe anularse), correspondiéndole al juez *a quo*, determinar su alcance, para lo cual deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 173 (v.), sobre la extensión de la nulidad (“la declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquel”).

El principio de la extensión de la nulidad, tiende a la conservación de los actos procesales que no sean dependientes de la resolución que se anula (o, como en el caso de la apelación sin efecto suspensivo, se revoca), por lo que, se entiende que el artículo 380 le encarga al juez *a quo* el determinar cuáles en concreto son las actuaciones procesales que no siendo dependientes de la resolución anulada o revocada, se mantienen (*utile per inutile non vitiatur*).

Con todo, esta consecuencia pone en evidencia, por un lado, que la apelabilidad de los autos interlocutorios constituye una garantía del buen andamiento del proceso en su primera instancia (v. comentario *sub* arts. 365 y 369) y, por el otro, la necesidad de que el procedimiento de apelación de estas resoluciones sea rapidísimo (v. comentarios *sub* arts. 369 y 377), a la par de demostrar cuán perniciosa puede devenir una apelación diferida de este tipo de resoluciones, pues su revocación o anulación por parte del *ad quem* podría terminar derrumbando todo lo hecho por el *a quo* (sentencia de primera instancia incluida).

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJE; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

**Artículo 381**

**Costas y costos en segunda instancia**

*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.*

*Eugenia Ariano Deho*

Si se tiene presente que el segundo párrafo del artículo 412 establece que “la condena en costas y costos se establece por cada instancia”, lo dispuesto en el artículo 381 resulta del todo inútil, en cuanto no agrega nada que no esté ya establecido en el propio artículo 412.

En efecto, estando al principio del reembolso de las costas y costos (el “que pierde paga”, v. primer párrafo del art. 412), si la sentencia de apelación confirma “íntegramente la de primera instancia” significa que el apelante no logró revertir su situación desfavorable, por lo que, de quedar firme la sentencia, en su momento, deberá reembolsarle al ganador tanto las costas y costos de la primera instancia, como aquellos de la segunda.

Por otro lado, si la sentencia revoca la apelada, dándole, como consecuencia, la razón al apelante, será el apelado el que deberá reembolsarle tanto las costas y costos de la segunda instancia, como de la primera (segundo párrafo del art. 412).

En caso de vencimiento recíproco, se ha de estar a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 412 (y no al art. 381 que nada dice en concreto): el reembolso de las costas y costos se referirá solo a las pretensiones “que hayan sido acogidas para el vencedor”; por lo que, siendo ambas partes parcialmente “vencedoras”, en buena cuenta, los respectivos montos (al menos en parte) terminarán compensándose.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía*.

---

*El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad.* Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): "Appello (Diritto romano)". En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJEA; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica.* Buenos Aires: Depalma.

---

**Artículo 382**

**Apelación y nulidad**

*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. 172, 176, 177, 364; L.P.A.G. art. 217.2.*

*Eugenia Ariano Deho*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 382, al indicar que “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”, está—en sustancia—autorizando al juez *ad quem* para declarar *de oficio* la nulidad de la resolución apelada *solo* en aquellos supuestos en los que tal resolución padezca de vicios formales que la invalidan como acto (segundo párrafo del art. 122) y sin que se precise de que el apelante hace evidenciado el vicio al apelar (de allí aquello de que “contiene intrínsecamente...”).

La disposición en comentario está claramente “inspirada” en el primer párrafo de artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1968 que establece: “El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia”. Sin embargo, lo que omitió el legislador nacional es el segundo párrafo del artículo 253 del Código argentino que establece: “Si el procedimiento estuviera ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarase la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio”. Como se puede apreciar, el legislador argentino optó por atribuirle al juez de apelación el poder de pronunciarse sobre el fondo, incluso cuando la sentencia (*per se*) fuera nula (y así se declarara), evitándose así la remisión de la causa al primer juez, salvo en aquellos casos en los que el procedimiento seguido en primera instancia estuviera viciado.

Una solución semejante a la de Argentina existe en nuestro procedimiento administrativo. Es así que el artículo 217.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que “Constatada la existencia de nulidad, la autoridad además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo”. Sería bueno que alguna vez contáramos para nuestro proceso civil con una disposición como la que rige en el

ámbito del procedimiento administrativo en donde se ha entendido (a nivel normativo, no sabría si a nivel operativo) lo que significa el principio de la instrumentalidad de las formas, es decir, que son medio y no fin en sí mismas.

Con todo, a estar al texto del artículo 382, para que el juez *ad quem* pueda llegar a declarar la nulidad de la resolución apelada (sentencia o auto) por vicios distintos a los allí indicados, el concreto vicio debe debería haber sido invocado expresamente por el apelante (principal o adhesivo) como motivo específico de su apelación, es decir cuando su apelación haya servido de medio para hacer valer tal vicio *in procedendo*.

Esta limitación se explica por el principio de “convalidación tácita” de los vicios procesales establecido en el párrafo tercero del artículo 172, por lo que el juez *ad quem* no podría apreciar oficiosamente un vicio considerado por la ley ya superado.

## 2. VICIOS “EXTRA-FORMALES” DE APRECIACIÓN OFICIOSA

Pese a lo dicho, sí hay otros supuestos en los cuales el juez *ad quem* podría declarar la nulidad de la resolución apelada por un vicio “no formal” no invocado por el recurrente: el de la resolución dictada por juez incompetente por materia, cuantía o territorio improrrogable (art. 35). Tal vicio, es considerado por la ley insubsanable (por ello es que puede ser apreciado en cualquier estado y grado del proceso, art. 35) y, en virtud de la reforma operada por la Ley N° 30292 al artículo 36, acarreará la remisión al juez (se entiende *a quo*) considerado competente.

Otro vicio “no formal”, indudablemente insubsanable y como tal apreciable de oficio por el juez *ad quem*, es el previsto (ni más ni menos que) en el tercer párrafo del artículo 46 de la Constitución: el de las resoluciones emitidas “por quienes usurpan funciones públicas”. Así, si la resolución apelada fue emitida por alguien (en los términos del art. 361 del Código Penal) “sin título o nombramiento” de juez, o por un juez “destituido o suspendido de su cargo”, o por alguien que haya ejercido “funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene”, el juez *ad quem* podrá apreciar la circunstancia de oficio y declarar su nulidad.

Fuera de estos casos, me parece que no pueda ser posible que el juez *ad quem* pueda oficiosamente emitir una resolución meramente rescindente y deberá (por deber funcional) emitir la correspondiente resolución sustitutiva de la apelada.

Sin embargo, los jueces de apelación suelen ignorar la (por cierto arcana) limitación puesta por el artículo 382, por lo que fundándose en el último párrafo del artículo 176 (que permite declarar de oficio *solo* las “nulidades insubsanables”) no es nada raro que anulen de oficio la resolución apelada (por los más disparatados



motivos, por ejemplo, el de “insuficiente” motivación), reponiendo el proceso ante el juez *a quo*, con todo lo que ello puede significar en términos de duración del proceso y de (solapada) renuncia de los jueces de apelación a ejercer a plenitud los poderes inherentes a su condición de ser jueces de (segunda) instancia. Lo que ya no se podrá hacer (como efectivamente se hacía), es declarar la nulidad de la sentencia apelada, por no haberse dispuesto pruebas de oficio *ex* (texto original) del artículo 194 del CPC, en atención a que por la Ley N° 30292, al darse un nuevo texto al artículo 194 del CPC, se ha agregado que “En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio”, debiendo, si así se considera, el propio juez *ad quem* disponer tales medios de prueba.

### 3. ¿PUEDE HABER UNA APELACIÓN “NO DEVOLUTIVA”?

Si la apelación es esencialmente una impugnación devolutivo-sustitutiva, a estar a lo previsto en el artículo 364, parecería que también puede fungir de medio para que el recurrente haga valer *solo* errores *in procedendo* que, en su enfoque también vician, “por contaminación”, a la sentencia.

En tales casos, parecería que la apelación no produjera efecto devolutivo, vale decir, que no trasladara al juez *ad quem* el poder de conocer y pronunciarse (total o parcialmente) sobre lo conocido (y, de ser el caso, decidido) por el juez *a quo*, sino solo, al viejo estilo de la *querela nullitatis*, le confiriera al *ad quem* el poder de pronunciarse sobre la existencia o no del vicio procesal, por lo que, de estimarse el recurso, conducirá a un pronunciamiento meramente rescindente y no sustitutivo.

Sin embargo, el cómo funcione nuestra “apelación-nulidad” no está para nada claro, en cuanto si bien el tenor del artículo 364 da a entender que con la apelación se puede pretender (solo) la anulación de la resolución apelada, de lo dispuesto en el artículo 176 se puede llegar a distinta solución.

En efecto, el artículo 176, tras establecer que “el pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia”, precisa que una vez sentenciado el proceso en primera instancia, la nulidad “solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación”. Lo interesante es que en estos casos “la Sala Civil (*rectius*, en general, el juez *ad quem*) resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado”, que es como decir que el pedido de nulidad se acumula, como incidente previo, a la apelación en estricto (tal cual en la evolución de la *querela nullitatis* del Derecho intermedio italiano, en el Derecho histórico español y lo es aún en el Derecho canónico: CALAMANDREI, 1951: p. 117 y ss.).

De allí que a estar a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 176, parecería que la apelación no pudiera tener como único y exclusivo objeto la declaración de nulidad de la resolución impugnada, sino que, *siempre y en todo caso*, su planteamiento y concesión implique (en vía principal) la atribución al juez *ad quem* del poder de conocer la controversia y de emitir la decisión sustitutiva de la impugnada, lo que debería significar que toda apelación produce, por definición, efecto devolutivo, en estos casos, previo análisis del “pedido” (incidental) de nulidad contenido en el propio acto de apelación, a resolverse por auto separado o en la propia sentencia de apelación, a “elección” (?) del juez *ad quem* (arts. 257.4 y 116 del Código General del Proceso uruguayo de 1988).

Naturalmente, lo que nos falta es una clara disposición del qué hacer cuando el *ad quem* estime la existencia de la nulidad (en cambio, el art. 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000: MONTERO AROCA, 1996: p. 316 y ss.), con la consecuencia de que, en la praxis, la solución, en la generalidad de los casos, no consiste en la subsanación del vicio ante el propio juez *ad quem* (solución que sería la ideal y que creo que no ande en el “recetario” de ningún juez de apelación), sino en la reposición del proceso al estado en que se cometió el “vicio” (o sea la remisión de la causa a su –en teoría ya superada– primera instancia), provocándose así ese patológico fenómeno en el que el proceso, en lugar de avanzar hacia su fin, retrocede, eternizándose así la solución final de la controversia, que es nuestro gran tema pendiente y al cual, sin duda, hay que ponerle una solución.

En rigor, de acuerdo a los principios que rigen a las nulidades procesales, un proceso *nunca* debería retroceder a fases ya superadas, en cuanto cualquier “vicio” que se hubiera producido en ellas o debería considerarse subsanado (por convalidación *ex art.* 172) o debería remediarse “conservando” todos los actos que no resulten arrastrados por aquel (art. 173 del CPC). Y cuando la “fase” en cuestión es toda la primera instancia del proceso, una cabal aplicación de estos principios nos debería llevar a considerar que sus vicios procesales deban remediarse en la segunda instancia, sin que *nunca* se deba retrotraer a la primera.

El único caso en el cual, sin duda, la apelación de sentencia puede ser meramente rescindente se presenta en el supuesto del artículo 361, esto es, cuando las partes hayan renunciado “a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo” ponen fin al proceso. En tales casos, tal cual en el ámbito del recurso de anulación de laudo, el juez *ad quem* no tendrá el poder de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, debiendo limitarse a verificar si el vicio *in procedendo* invocado se ha producido y resolver estimando o desestimando el recurso.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAMANDREI, Piero (1951): "Sopravvivenza della querela di nullità nel proceso civile". En: *Rivista di Diritto Processuale*; MONTERO AROCA, Juan (2006): "El recurso de apelación" (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; OLIVIERI, Giuseppe (1999): *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*. Nápoles: Jovene.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 383****Devolución del expediente**

*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 inc. 1, 371, 372; L.O.P.J. art. 259 inc. 7.*

*Eugenia Ariano Deho*

**1. FIN DEL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN SUSPENSIVA:  
DEVOLUCIÓN DEL “EXPEDIENTE” AL JUEZ A QUO**

Como en los casos de apelación suspensiva (comentario *sub* art. 371), el *ad quem* conoce del asunto en base al expediente (o cuaderno) original que le es remitido por el juez *a quo* (comentarios *sub* arts. 373 y 376), una vez concluido el procedimiento de apelación, tal expediente debe serle “devuelto”.

A regular tal “retorno” se dirige el primer párrafo del artículo 383, que se limita a disponer el plazo en que ello debe ocurrir: “dentro de diez días de notificada la resolución, bajo responsabilidad del auxiliar de justicia respectivo”.

Esta disposición vale solo para aquellos supuestos en los que contra la resolución del *ad quem* no proceda recurso de casación, pues si se trata de una sentencia o un auto final emitido por una Sala Superior (art. 387.1), el “expediente” no podrá ser devuelto “dentro del plazo de diez días”, pues tal es el plazo para interponer recurso de casación (v. inc. 2 del art. 387). Por tanto, en estos últimos supuestos más bien habrá que esperar que pase el plazo en el cual es posible interponer recurso de casación, y solo en caso de no interponerse (o de denegarse), recién se deberá proceder a la devolución.

**2. FIN DEL PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN NO SUSPENSIVA:  
COMUNICACIÓN AL JUEZ A QUO**

En cambio, conforme al segundo párrafo del artículo 383, en el caso de apelación no suspensiva (comentarios *sub* arts. 371 y 377), una vez concluido el

procedimiento de apelación, su “cuaderno” debe ser conservado “en el archivo del superior”, procediéndose a su “devolución” solo “cuando se resuelva la apelación que ponga fin al proceso”. Esta disposición es bastante extraña porque parte de la premisa de que la resolución “que pone fin al proceso” (o sea, por lo general, la sentencia de primera instancia) se apelará, lo que perfectamente puede no ocurrir.

Con todo, lo más relevante del segundo párrafo del artículo 383 está que se establece que copia de la resolución del *ad quem* debe ser remitida (dentro del plazo de tres días) al juez *a quo*, “por facsímil o por el medio más rápido posible”. Como toda comunicación interjueces, tal copia debe ser puesta en conocimiento del juez *a quo* mediante oficio (art. 148). Cuando la resolución del *ad quem* revoque (o anule) la apelada, por las consecuencias indicadas en el artículo 380, de la efectiva “rapidez” en el envío y recepción del oficio dependerá el que el juez *a quo* no siga realizando actuaciones procesales que luego tendrá que “dejar sin efecto” (o sea anular). En cambio, en el caso de confirmación, tal “rapidez” tiene una muy relativa importancia.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*, VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II; MONTERO AROCA, Juan (2006): “El recurso de apelación” (2002). En: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milán: Giuffrè; SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa de la 7ª ed. italiana (1967). Buenos Aires: EJE; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

## CAPÍTULO IV CASACIÓN

### Artículo 384

#### Fines de la casación

*El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C. arts. 139 inc. 6, 141; C.P.C. arts. III, 48, 378, 392-A; L.P.T. art. 34; L.O.P.J. arts. 11, 129 a 146, 148 a 150.*

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

### 1. INTRODUCCIÓN

Antes de empezar el comentario de este artículo, debo dejar constancia que se viene discutiendo en sede nacional un proyecto de ley presentado por el Poder Judicial para unificar en una sola ley la casación en el ordenamiento procesal. Este proyecto de ley se viene discutiendo ya en la Comisión de Justicia del Parlamento. Ello es necesario probablemente porque en el futuro tendremos una ley unificada del recurso de casación y ya no hemos de recurrir al CPC para referirnos a la casación, sino a una ley especial.

### 2. FINES DE LA CASACIÓN

Ahora bien, con respecto al artículo 384 del CPC –texto originario– se estableció que los fines de la casación civil eran “la *correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo* y la *unificación* de la jurisprudencia”, el primero, como hemos visto es el nomofiláctico; y el segundo, es la función uniformadora.

Con la ley que modificó el artículo 384 del CPC se han ratificado estos fines al precisar que los fines de la casación son: “(...) la *adecuada aplicación del derecho objetivo* al caso concreto y la *unidad de la jurisprudencia* de la nación”.

Como vemos –desde el punto de vista legislativo– hay una sentida ausencia de la función *dikelógica* desarrollada por la doctrina; no obstante, este elemento

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 del Ley N° 29364 del 28/05/2009.

no fue extraño a la dogmática interna ni a la propia jurisprudencia, recurriendo en varias oportunidades a su uso en casos concretos. Aunque algunos han considerado que tiene una regulación implícita en el artículo 392-A del CPC que creó la posibilidad de admitir oficiosamente el recurso de casación cuando se deban cumplir con la finalidad del recurso de casación.

En consecuencia, nuestra legislación tiene reguladas las funciones tradicionales de la casación, esto es, la función *nomofiláctica* o de control normativo, llamada también de defensa del derecho objetivo y la función uniformadora, de unificación jurisprudencial, eje principal de la unidad jurídica. La finalidad *dikelógica* no tiene regulación concreta en nuestro medio aunque nuestros tribunales supremos la hayan usado en casos excepcionales.

Pese a la resistencia que tiene este fin de la casación en la doctrina, debido a que se considera que se puede aproximar a una tercera instancia y que desnaturaliza el recurso de casación, creo se podría adaptar fácilmente a nuestro sistema procesal, siempre que se aplique con determinadas limitaciones y controles, como por ejemplo que se use de forma excepcional y para casos en los que sea flagrante la arbitrariedad al resolver el conflicto, pensado para evitar que el proceso sea formalmente bien resuelto, pero, totalmente injusto. Para casos en los que se resolvió mal el conflicto, pero la deficiencia de la defensa técnica (abogado defensor) agrave la situación del justiciable (presentar el recurso con serias deficiencias), lo cual permitiría desestimar fácilmente el recurso, formalmente es correcto desestimar el recurso, pero quedará una insatisfacción absoluta con el resultado.

Qué hemos avanzado con la nueva legislación, qué ha mejorado, de qué forma este cambio nos ayudará a corregir los problemas que prestaba la casación civil antes de la vigencia de este dispositivo en análisis. Al parecer no mucho porque se mantienen los fines pilares de la casación civil.

La diferencia entre los vocablos “correcta” y “adecuada” aplicación del derecho objetivo es mínima, o en todo caso muy sutil.

Aunque podemos convenir que el vocablo “correcta” aplicación o interpretación, utilizada por la disposición anterior podía poner en evidencia una función inequívoca, sacrosanta e inalterable de la aplicación del derecho objetivo para la solución de problemas jurídicos que nacen de los casos que llegan al Poder Judicial, lo cual nos acercaba a la fórmula de la *única respuesta correcta* de las que nos habla DWORKIN: *los principios deben permitir que exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta* (ALEXY, 1988: p. 139). En esta tesis se cree en el juez Hércules con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumana. Esta posición muy criticada por los estudiosos

del tema que han sostenido que no existe una respuesta correcta. Si el problema jurídico presenta dos formas incompatibles de solucionarlo, porque se trata de un caso difícil, entonces no existe una respuesta correcta, mientras que la respuesta será correcta en la medida que se ajuste a determinados criterios. “Está claro que en la realidad no existe un procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su status con más precisión” (ALEXY, 1988: p. 151).

Por lo que, en el contenido de la norma se prefirió usar el vocablo “adecuada”, para acercarnos a la tesis de la *mejor respuesta posible*. Es la mejor justificación posible que se le brinde a la solución del caso y no una respuesta correcta, esta justificación debe ser aceptable por la mayoría de una comunidad, como lo señala Aarnio: “Frente a un caso difícil, trata de alcanzar una solución y una justificación tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen racionalmente pueda aceptar tu punto de vista y tu justificación”: (ATIENZA, 2009: p. 16). Por lo que, se apuesta en un sistema jurídico a la existencia de una *respuesta definitiva* (con fuerza ejecutiva) aunque no sea la correcta. La respuesta definitiva no es necesariamente la correcta, y mucho menos la única respuesta correcta, agregaría Aarnio.

De otro lado, tenemos que conforme al nuevo texto del artículo 384 del CPC, se habría dejado de lado (aparentemente) la función interpretativa de la Corte Suprema en la casación civil, debido a que se borró en el nuevo texto que la función de la casación era la “correcta interpretación del derecho objetivo”.

Lo cual, si fuera confirmado por los autores de esta legislación sería un despropósito. Pues, no se puede aplicar adecuadamente el derecho si no se hace tarea interpretativa previa. La labor de interpretación es inherente a la función jurisdiccional. No se puede desconocer que la labor de quien aplica una norma legal –en sentido general– pasa previa o concurrentemente por la interpretación de la misma. No se pueden entender estos dos vocablos de forma aislada.

Aunque algunos entiendan que solo es posible interpretar la norma cuando el enunciado jurídico es polémico, es decir, que no es necesario interpretar cuando la norma es clara (*in claris non fit interpretatio*: ante la claridad no hay interpretación), siendo ello así hay que estar al sentido literal de las palabras. HERNÁNDEZ señala sobre el particular:

“No obstante, cuando el sentido del enunciado jurídico que el juez pretende aplicar no es polémico, el juez omite frecuentemente este momento interpretativo de la justificación, y se limita a citar el enunciado jurídico que pretende aplicar, sin interpretarlos” (HERNÁNDEZ, 1999: p. 247).



En mi concepto, aun cuando el enunciado normativo resulte en apariencia claro, el juez siempre debe interpretarlo, aun usando el método más simple de interpretación, como es el literal.

La norma jurídica al aplicarse puede tener problemas de interpretación para saber si es aplicable a los hechos del proceso, el enunciado normativo puede presentar problemas de ambigüedad o de vaguedad que deben ser resueltos antes de decidir si corresponde aplicarla al caso, puede presentar problemas de aplicación por temporalidad, o se puede presentar la existencia de antinomias. Aunque también pueden existir problemas de prueba, de calificación e internos (HERNÁNDEZ, 2005: p. 275).

Ahora bien, si lo que se ha pretendido es que la labor interpretativa de las normas no siempre es unívoca, debido a que es posible que exista multiplicidad de interpretaciones por los operadores jurídicos respecto de determinada norma, entonces, se debe entender la redacción de este artículo en ese sentido. No hay una única interpretación de una norma, lo que se debe primar en materia de interpretación, es elegir a la mejor interpretación, la más adecuada, la más depurada.

Lo mismo se podría entender, si lo que nos quiso decir el legislador es que la “interpretación incorrecta” de derecho objetivo como causal de casación ya no es viable. Aunque ello, propiamente no es coherente con la finalidad nomofiláctica porque la adecuada aplicación del derecho objetivo, no prescinde del uso de métodos de interpretación. Con lo cual tenemos que la “extinta” causal de “interpretación incorrecta” de derecho objetivo, actualmente se perfila como una causal implícita del recurso de casación. Lo que no equivale a decir que los temas de interpretación de la norma material o procesal no pueda ser materia de casación civil, la infracción normativa puede alcanzar a la interpretación, de hecho cuando se habla de aplicación indebida o inaplicación de una norma de derecho material, es preciso hacer interpretación de las normas en discusión.

Con respecto a la unicidad de las decisiones judiciales, tenemos que entre los vocablos “unificación” y “unidad” de la jurisprudencia, no se nota el impacto natural de un cambio trascendente, pero esperemos que circule más agua bajo el puente y veamos si el cambio semántico proporciona resultados. En la práctica no se han tomado las medidas necesarias para evitar que la Sala Permanente y la Transitoria en materia Civil emitan decisiones contradictorias en temas sustancialmente análogos o por lo menos no las conocemos a nivel de salas superiores. Lo que no se debe olvidar en este tema, es que la piedra angular de la seguridad jurídica en un sistema jurídico lo constituye la predecibilidad o predictibilidad de las decisiones judiciales, que los jueces decidan un caso homólogo de la misma manera y no con respuestas diferentes, con lo cual, lo que estamos diciendo es

que los jueces juegan un papel de suma importancia en brindar seguridad jurídica y hacer viable el principio de igualdad.

Como vemos entonces, en la nueva redacción del artículo 384 del CPC se han ratificado los fines de la casación, pero hay que tomar en cuenta que en la exposición de motivos o justificación del legislador para esta modificatoria no se ha explicado convincentemente este cambio, solo aparece el criterio del legislador sustentado en que la casación se había convertido en un mecanismo para acceder a una “tercera instancia” lo cual generaba una dilación de la actuación de las sentencias dictadas por los colegiados superiores (ello se aprecia del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley N° 672/2006-CR, 749/2006-PE, 1725/2007-CR, 1726/2007-CR y 2881/2008-CR). Sin embargo, esta justificación –obviamente– no dice nada nuevo frente al problema que ya todos conocemos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; ROBERT, Alexy (1988): *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa 5; ATIENZA, Manuel (2009): *Sobre la única respuesta correcta*. Colombia: Jurídica Manizales.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se observa que la Sala Superior, motiva e invoca adecuadamente los fundamentos fácticos y jurídicos correspondientes, garantizando la observancia del debido proceso, la motivación y congruencia de las resoluciones judiciales; pretendiendo en esencia, el impugnante, un reexamen del caudal probatorio y una nueva valoración de estas, y así revertir la decisión final a su

favor, sin tener en cuenta que no es actividad constitutiva del recurso de casación revalorar la prueba, los hechos, ni juzgar los motivos que formaron convicción en la Sala Revisora, lo que es ajeno al debate casatorio (*Cas. N° 4809-2013-Lima Norte*).

Teniendo en cuenta que la Corte de Casación solo analiza las cuestiones de iure, permaneciendo firme el correlato fáctico y probatorio de la causa; el recurso de casación propuesto sustentado en alegaciones referidas a cuestiones probatorias debe ser desestimado; máxime si se aprecia del contenido de la sentencia de vista impugnada que el Colegiado Superior ha expresado en forma suficiente los fundamentos que sustentan su decisión, por lo que el recurso de casación carece de base real y jurídica, y por lo tanto las referidas causales devienen en improcedentes (*Cas. N° 3167-2013-Arequipa*).

Analizado el recurso presentado por la entidad recurrente se advierte que el mismo ha sido formulado sin tener en cuenta las exigencias propias del recurso extraordinario de casación, pues no precisa de manera clara y concreta la norma materia de infracción, limitándose a cuestionar la motivación de la sentencia de vista y que el Colegiado no expuso adecuadamente las razones por las cuales revoca la sentencia de primera instancia, puesto que discrepa con el criterio jurisdiccional y de la decisión emitida por la instancia de mérito, lo que no es viable en casación, ya que de hacerlo significaría extralimitar los fines de este recurso y lo previsto en el artículo 384 del Código Procesal Civil, al estar reservado el mismo a cuestiones de puro derecho (*Cas. N° 3985-2013*).

**Artículo 385****Resoluciones contra las que procede el recurso  
(DEROGADO)**

*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. (\*)*

(\*) Este artículo fue derogado expresamente por la Ley N° 29364 del 28/05/2009. Cabe precisar que a través de la referida ley se realizó una modificatoria integral al régimen legal del recurso de casación, con el propósito de convertirlo en un mecanismo más expeditivo y de modificar las normas que permitían usarlo como instrumento dilatorio, simplificando las causales de procedencia y la posibilidad de presentar el recurso directamente ante la Corte Suprema, entre otras reformas e innovaciones.

## Artículo 386

### Causales

*El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C. arts. 51, 141; C.P.C. arts. 1, 378, 388 inc. 2, 389 últ. párr., 396 incs. 1 y 2, 397, 400; C.D.I.P. arts. 412, 413; L.P.T. art. 34; L.O.P.J. art. 14.*

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

## 1. INTRODUCCIÓN

La modificatoria del artículo 386 del CPC trajo consigo un cambio sustancial en nuestro recurso de casación, el que consiste en desaparecer el elenco de causales que se encontraban contenidas en el citado artículo con referencia al control normativo y a la jurisprudencia: aplicación (indebida e inaplicación) e interpretación (errónea) del derecho material y de la doctrina jurisprudencial, así como 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.

## 2. CAUSALES

Esta vez el legislador ha decidido reducir la procedencia de la casación por el uso del derecho en el proceso a un causal continente: la *infracción normativa*.

Esta causal –que consideramos nodriza o continente– considera en su seno las variedades conocidas del llamado *error de derecho*, (sobre este error ver CALAMANDREI, 1961: p. 291) estos es, puede ser el error normativo cometido por el juez superior al resolver el conflicto, o lo que comúnmente suele llamarse, el tema de fondo, aplicando o interpretando las normas que resuelven el conflicto (de naturaleza sustantiva), conocidos como *errores de derecho* al juzgar; pero, también entendemos que esta causal ómnibus posibilita la denuncia por infracción a la norma que rige para el procedimiento, cuando afecta los derechos constitucionales de naturaleza procesal que hacen inviable la decisión (desde el punto de vista procesal). A estos errores se le conocen en doctrina como *error in iudicando* y *error in*

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

*procedendo*, respectivamente y se hacen visibles en el recurso de casación siempre que afecten la decisión que es materia del recurso.

En este tema específico, tengo la sensación de que nuestro legislador ha tenido una gran influencia de la legislación española, concretamente en la tarea de sintetizar en una frase el error de derecho que puede ser materia de control con el recurso de casación, llamándole *infracción normativa*, la cual presenta un elemento condicionante (determinado por su relación directa con lo decidido y su eficacia), esto es, que tal infracción incida directamente sobre la decisión recurrida de tal manera que la afecte gravemente.

Este símil lo encontramos en lo expresado por el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, Ley 1/2000) “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. NIEVA precisa que el motivo único en casación se presenta igualmente en el sistema francés y alemán, pues, conforme lo señala el autor, la legislación francesa de casación sigue la tendencia germánica del motivo único. El mismo que está enunciado en el artículo 604 del NCPC, es decir, “la violación de norma jurídica” (NIEVA, 2003: p. 62).

En cuanto al *error in procedendo* como causal de casación, el legislador nacional ha preferido mantenerla como *error implícito* en el contenido del artículo 385 modificado, a diferencia de la legislación derogada (art. 386, inc. 3 del CPC) que lo señalaba expresamente, ello debido a que se encuentra —actualmente— contenido como motivo de casación dentro de esta amplia causal llamada *infracción normativa* (de norma sustantiva y procesal), en lo cual —hay que decirlo— no hay identidad con lo regulado por la legislación española que ha pretendido que los *errores in procedendo* no sean controlados por el Tribunal Supremo, sino que sean canalizados a través del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 de la LEC). BONET al comentar la LEC de España ha precisado que la casación (en su país) se habilita solo como instrumento de control de la aplicación del derecho material en la solución de la cuestión de fondo. Se excluye la posibilidad de ejercer el control de la aplicación de la norma procesal en el desarrollo del proceso o al dictar la sentencia (BONET, 2000: p. 211).

La legislación alemana con el recurso de revisión estableció igualmente *causal única de casación*, pero, a diferencia de la española esta involucra los errores *in iudicando* y los errores *in procedendo*. Aunque como sabemos, el sistema español tiene una serie de reparos para la doctrina y se encuentra actualmente con normas provisionales que han evitado la aplicación del recurso extraordinario por infracción procesal.

De otro lado, apreciamos la omisión del control de una tipología de *error* en el contenido del artículo 385 del CPC, se dejó de lado un importante error susceptible

de control en casación, el cual si bien puede decirse que es posible ejercitarlo como error *in procedendo*, se presentaba la oportunidad de regularlo explícitamente, ello debido a que tiene contornos que lo configuran como un motivo de control casacional que tiene cierta autonomía con relación al error *in procedendo*. Sobre esta tipología de error se escribió mucho en la doctrina y nuestra Corte de Casación ha emitido diversos pronunciamientos, nos referimos a los *errores in cogitando*, “es decir, el control del razonamiento del juzgador, exteriorizada en la motivación de las resoluciones judiciales; la misma que debe sujetarse a las reglas de la lógica para que sea coherente y no incurrir en error de raciocinio por una falta de motivación o una deficiente motivación”.

Volviendo sobre la infracción normativa, podemos indicar que apenas publicada la norma que reformó el recurso de casación civil se hicieron diversas interrogantes dirigidas a la búsqueda de una definición del significado del vocablo “*infracción*” *normativa*; asimismo se buscan explicaciones para saber cuál es la clave para determinar cuándo esta infracción *incide directamente sobre la decisión recurrida* de tal manera que la afecte gravemente.

Pocos se han atrevido a definir esta causal, pero creo que podemos ensayar una aproximación hacia ella, indicando que al término “*infracción*” –en sentido general– lo podemos asimilar a lo que la doctrina procesal conoce como el *error*, dentro de él por cierto encontramos al error *in iudicando*, el error *in procedendo* y el error *in cogitando*. Entonces, cuando se denuncia la existencia de una infracción lo que realmente se hace es evidenciar la existencia de un *error* en la decisión judicial, la cual –como ya dijimos– puede ser de naturaleza sustantiva o procesal.

Esto significa que la decisión que se cuestiona con el recurso (sentencia o auto que ponga fin a la instancia) debe estar afectada por alguno(s) de los *errores* ya señalados. Pero, estos errores no siempre perjudican la eficacia del acto jurídico procesal, es decir no lo privan *per se* de los efectos jurídicos que normalmente debe producir.

Lo cual implica que el error denunciado (*infracción*) debe afectar “directamente” la eficacia del acto jurídico procesal, si ello no ocurre no habrá lugar a la admisión del recurso, pues puede haber quedado convalidado, subsanado, o que sea poco trascendente, o que existiendo simplemente no afecta (eficacia) los actos procesales realizados incluyendo la decisión impugnada.

Traduciendo esta causal podemos concluir que el impugnante al proponer el recurso de casación debe alegar la existencia de un error en la resolución cuestionada y que esta afecta directamente la validez de la misma. En temas procesales se puede alegar afectación al debido proceso o a la tutela judicial efectiva: errores de motivación (sobre todo la motivación aparente, remisiva o dogmática),

incongruencia, incompetencia, tercero necesario no incorporado al proceso, atentado al derecho a probar sin pedir revaloración, arbitrariedad, etc. En temas de aplicación del derecho sustantivo (o errores *in iudicando*) que resuelve el conflicto: aplicación indebida e inaplicación de la normativa vinculada al caso concreto.

La infracción normativa es la causal de casación que se usa para proponer el recurso de casación cuando esta involucra un error de naturaleza sustantiva o procesal que afecta ostensiblemente lo decidido. Nuestra Corte Suprema ha señalado que la infracción normativa de naturaleza procesal “es sancionada ordinariamente con nulidad procesal, la misma que se entiende como aquel estado de anomalía del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos” (Cas. N° 4921-2009-Lima).

Sin embargo, las cosas no se quedan en definir simplemente la causal, sino para que sea viable se debe ajustar a los elementos formales que se exigen para su atención: aquí encontramos a la *descripción clara y precisa* de la infracción normativa y *demostrar la incidencia directa* de la infracción sobre la decisión tomada. Haciendo un pedido expreso respecto de si la infracción denunciada generará la *revocación* de lo decidido o la *rescisión* (anulación), pudiendo postular ambas vía acumulación.

Para cumplir con las exigencias procesales el recurrente debe, por tanto, *describir* en qué consiste el error y dónde aparece ubicado, quien lo cometió y cuáles son sus alcances. Esto significa que no solo se debe “afirmar” que se afectó el debido proceso o tutela judicial efectiva, sino que debe describir en qué consistiría la afectación denunciada. Luego de ello se debe *demostrar* en el escrito de casación la relación que existe entre la infracción y la resolución impugnada, debiendo demostrar que esta es directa, de tal forma que no es admisible que se permita la existencia del error.

Ahora bien, le corresponde a la Sala Suprema “calificar” si el impugnante ha cumplido con describir con claridad y precisión la infracción y si demostró su incidencia directa con la decisión impugnada. El punto crítico –considero– es que el juez supremo motive adecuadamente cuando la calificación es positiva y con mucha mayor razón si es negativa. Todo ello para que el impugnante reciba una respuesta justificada de si su recurso es admisible o no lo es.

En un caso en concreto nuestra Corte Suprema al calificar un recurso de casación ha señalado “(...) respecto de la denuncia casatoria por la causal de infracción normativa, si bien la recurrente ha precisado las normas legales que se han afectado según manifiesta al emitirse la resolución de vista, *también lo es que no ha cumplido con demostrar cuál ha sido la incidencia directa de la alegada infracción sobre la decisión impugnada, limitándose a rebatir el razonamiento de los*



*órganos de instancia que ha servido de sustento para el rechazo liminar de la demanda*” (Cas. N° 2106-2009-Lima).

Una primera observación que hacemos –sobre este caso– es que de las resoluciones revisadas hemos podido apreciar que la Corte Suprema no ha definido con precisión su contenido, en qué consiste y qué es (definir) la causal de infracción normativa, tampoco se ha indicado de manera expresa qué supuestos de la legislación anterior están comprendidos ahí. Es decir, no hay una definición que nazca de la jurisprudencia que pueda orientar a todos aquellos que se vinculen con la presentación y calificación de un recurso de casación, cuando creo que la Corte Suprema es la que debió hacerlo para fijar posición sobre el particular, como lo hizo con la norma originaria.

Por el contrario sujetándose a lo expresado –concretamente– en la ley se aprecia que en la calificación de los recursos de casación es recurrente hacer básicamente tres exigencias: a) *se exige que se haga una descripción clara y precisa* de la infracción normativa postulada; b) se exige “demostrar” la *incidencia directa* de la infracción sobre la decisión tomada y c) que se haga un pedido expreso respecto de si la infracción denunciada generará la *revocación* de lo decidido o la *rescisión* (anulación) y si esta es parcial o total, precisando en su caso hasta donde debería alcanzar, aunque ambas se pueden postular vía acumulación.

En el desarrollo de los casos que llegan a la Corte Suprema entendemos que se deben ir perfilando los parámetros para la procedencia o improcedencia de la causal omnibus a la que nos hemos referido, por el momento nuestra Corte Suprema ha señalado: “(...) La infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el CPC en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo” (Cas. N° 2545-2010-Arequipa). “(...) Cuando se denuncie la causal de infracción normativa, los justiciables han de ajustar su denuncia a los supuestos previstos con anterioridad en la Ley N° 26636, esto es: a) aplicación indebida de la norma, señalando el error incurrido por el juez con precisión expresa de la norma que se aplicó indebidamente, y de la que corresponde; b) interpretación errónea de la norma, desarrollando esta denuncia, con la precisión de la norma interpretada erróneamente en sede de instancia, cuál sería la correcta interpretación, y como ello ha incidido en la decisión jurisdiccional cuestionada; c) inaplicación de la norma, argumentándose cómo la norma ha dejado de aplicarse, asimismo las razones de la aplicación de dicha norma al caso en concreto, ajustándose

todas estas exigencias a las formalidades que destaca el recurso casatorio” (Cas. Lab. N° 823-2012-Lambayeque).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El recurrente no invoca las causales de infracción normativa o apartamiento del precedente judicial contenidas en el artículo 386 del Código Procesal Civil; en tal sentido, no cumple con el requisito de procedencia previsto en el inciso 2 del artículo 388 del mismo Código, esto es, describir con claridad y precisión el modo en que se ha producido la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, más aún si la norma cuya aplicación indebida denuncia, no ha sido invocada por el Colegiado Superior a fin de asumir un criterio interpretativo, por lo que tampoco cumple con el requisito contemplado en el inciso 3 del citado artículo, al no demostrar la incidencia directa de la infracción denunciada sobre la decisión impugnada, ello aunado a lo expuesto en la parte final del cuarto considerando de la presente resolución, determina la improcedencia de dicho recurso (*Cas. N° 10574-2012-Lima*).

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, 1ª Sala Civil Permanente Suprema*).

## Artículo 387

### Requisitos de admisibilidad

*El recurso de casación se interpone:*

1. *Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso;*
2. *Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad.*

*En caso de que el recurso sea presentado ante la Sala Superior, esta deberá remitirlo a la Corte Suprema sin más trámite dentro del plazo de tres días;*

3. *Dentro del plazo de diez días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, más el término de la distancia cuando corresponda;*
4. *Adjuntando el recibo de la tasa respectiva.*

*Si no se cumple con los requisitos previstos en los numerales 1 y 3, la Corte rechazará de plano el recurso e impondrá al recurrente una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal en caso de que considere que su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria del impugnante.*

*Si el recurso no cumple con los requisitos previstos en los numerales 2 y 4, la Corte concederá al impugnante un plazo de tres días para subsanarlo, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de diez ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechazará el recurso. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C. art. 141; C.P.C. arts. 357, 378, 385, 390, 391; L.P.T. art. 35.*

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la modificatoria del CPC, las partes en ejercicio de su derecho de impugnación tienen la facultad de proponer el recurso de casación de una forma ordinaria (convencional) o también puede hacerlo con formalidad extraordinaria; el primero,

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

se ejercita directamente ante la Sala Superior que emitió la decisión a impugnar y en la segunda, se presenta directamente ante la Corte Suprema.

## 2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

La primera modalidad no presenta ninguna novedad ni mayor complejidad, pues, es de ordinario, que este recurso se presente ante la misma autoridad judicial que emitió la decisión a fin de que dentro del plazo legal sea elevado al superior, quien resolverá oportunamente sobre su admisión o inadmisión.

La segunda posibilidad de ejercer este recurso (la novedad), es, presentándolo directamente ante la Corte Suprema, pero cumpliendo con determinada formalidad, básicamente documental (sin descartar plazo y tasa judicial), pues, si el impugnante recurre directamente ante quien debe resolver el recurso acompañará: a) copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada (sentencia o auto que pone fin a la instancia) y b) copia de la resolución emitida por el juez de fallo.

La primera exigencia documental servirá para controlar si la resolución impugnada puede ser objeto de casación, esto para definir si es impugnabile con este recurso, debe tratarse básicamente de sentencias que resuelvan el conflicto, no aquellas que anulen la sentencia de primer grado y de autos que culminen el proceso, no cualquier resolución emitida por juez superior, de ahí la necesidad de calificar a la casación como recurso extraordinario.

La segunda exigencia posibilita que la Sala de Casación pueda definir documentalmente cuál fue el sentido de la resolución del juez de fallo, la misma que fue apelada y resuelta por el juez superior, lo cual sirve de alguna manera para calificar el requisito exigido por el artículo 388, inciso 1 del CPC “el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuera confirmada (...)”.

La novedad (presentación del recurso ante la Corte Suprema) resulta muy llamativa y ampulosa, pero, la gran pregunta es, esta incorporación ¿soluciona en algo, los álgidos problemas que presentaba la casación?, personalmente, expreso mis dudas sobre el particular. Veamos.

Qué utilidad, ventaja o beneficio le reportaría a un justiciable que litiga (por ejemplo) ante la Sala Civil o Mixta de la Corte Superior de Puno o de Madre de Dios, venir hasta Lima a presentar su recurso de casación ante la mismísima Corte Suprema, cuando fácilmente lo podría presentar ante la misma Sala que emitió la decisión para que oportunamente sea elevado a la Corte Suprema. La respuesta es simple: ninguna ventaja, mas por el contrario le resultará oneroso y tedioso, el

desplazarse a la capital de nuestro Perú, le generaría altos costos y pérdida innecesaria de tiempo. Si la tasa judicial ya lo gravó ostensiblemente al justiciable que se atreve a impugnar, más gravoso le resultará desplazarse hasta Lima para presentar su impugnación.

Creo intuir que la idea del legislador es que esta nueva forma de presentar el recurso abreviará en algo el trámite de casación, pues, de presentarse el recurso de casación ante la Corte Suprema y fuera declarado improcedente, ya no habrá necesidad de pedir el expediente a la Sala Superior, porque la decisión de improcedencia deja firme la decisión emitida por el juez de segundo grado, con la cual se empezaría la ejecución de lo resuelto por el juez superior (debido al impacto del efecto suspensivo del recurso).

Algunos colegas piensan que la utilidad de esta reforma es evitar que la Sala Superior demore el expediente, so pretexto de calificación del recurso y que esta nueva situación ayuda al justiciable a que el recurso se revise rápidamente y se orden la remisión del expediente principal. Opinión que no compartimos obviamente, ya que nada garantiza que el recurso sea atendido rápidamente con la carga que soporta la Corte Suprema, menos que la respuesta sea positiva, para lograr una elevación célere de los actuados.

En todo caso, no se debe perder de vista que solo en caso que el recurso fuera declarado procedente, recién se procederá a pedir el expediente a la Sala Superior, dando facilidades a las partes para que se apersonen y fijen domicilio procesal en la Lima. Señalando fecha para la vista de la causa.

Lo expresado en los párrafos precedente nos deja como ideas eje:

- a) La Sala Suprema competente para conocer la casación civil es la única que tiene facultades para calificar la procedencia, improcedencia e inadmisibilidad de los recursos de casación presentados conforme a la Ley N° 29364 (art. 391, primer párrafo del CPC).
- b) Las salas superiores no tienen competencia para calificar ningún aspecto formal o sustancial del recurso de casación (meros tramitadores del recurso).
- c) El recurso de casación presentado ante el juez superior lo obliga a elevar los actuados en el plazo establecido, a fin de que la Sala Suprema califique su procedencia (art. 387, inc. 2 del CPC).
- d) Cuando el recurso de casación se presenta ante la Corte Suprema el Colegiado Superior no debe elevar los actuados, salvo que la misma Sala Suprema que admitió el recurso se lo pida formalmente (art. 391, inc. 2 del CPC).

- e) Solo si es procedente el recurso de casación se fijará fecha para la vista de la causa, con posibilidad de que las partes puedan informar oralmente.

Ahora bien, con la cultura del litigio que tenemos en nuestro medio, donde los justiciables prefieren agotar todos los recursos establecidos en el ordenamiento procesal, aun sabiendo que son inoficiosos e inútiles, porque igual perderán el proceso, lo que necesitan son mecanismos como los establecidos en esta modificatoria para ganar más tiempo y dilatar el proceso.

Así, entendidas las cosas, convendrá al litigante que impugna por impugnar, el formular el recurso ante la Sala Superior, permitiendo que el expediente sea elevado a la Corte Suprema conjuntamente con su recurso, sabiendo que los mecanismos que usa el Poder Judicial para elevar el proceso a la Sala de Casación es absolutamente deficiente, existiendo posibilidades de pérdida, sustracción o mutilación del mismo. No es necesario resaltarlo, pero el litigante común sabe cómo funciona el courier que contrata este Poder del Estado para la tarea de envío de documentos incluyendo los expedientes judiciales. Por lo cual, al presentar el recurso en Sala Superior habrá mucho más demora en calificarlo, pues debe llegar a la Corte Suprema para este propósito, aun sin perder la esperanza de que el expediente se pierda en el camino, como ha ocurrido muchas veces.

Entonces, al litigante le resultará más cómodo presentar el recurso ante la Sala Superior, si su afán es dilatar el proceso, no le dará las facilidades a la parte contraria, presentándolo ante la Corte Suprema. Con lo cual, tenemos que en la presentación del recurso volvemos a la regla que utilizó el Código antes de esta modificatoria. Tanto más si es la Corte Suprema y no la Sala Superior la que calificará la procedencia, improcedencia e inadmisibilidad del recurso.

Por el momento la competencia excluyente de la Corte Suprema para calificar el recurso de casación viene generando innumerables problemas de dilación y poca coherencia en el sistema. Por un lado, los abogados interponen el recurso de casación en todos los casos en los que les sea posible, no reparan en nada, no ven si es una sentencia o auto que pone fin a la instancia, el ánimo es dilatar la ejecución del proceso, lo cual hace que este recurso se ejercite de manera indiscriminada, pues funciona contra toda decisión de las salas superiores, ya que los abogados saben que estas deben elevar obligatoriamente el expediente (aunque sea un cuadernillo de apelación) para que sea la Corte Suprema quien decida su admisión o inadmisión.

Esta situación viene creando un embalse de expedientes con recursos de casación por calificar en la Corte Suprema que vienen de todo el país y hacen que indebidamente se gaste el esfuerzo que se debe dedicar a resolver los casos que verdaderamente necesitan atención.

Otro problema de común es que los jueces de ejecución no se atreven a dar un solo paso en ella sabiendo que el cuadernillo de apelación sin efecto suspensivo (vinculado directamente a actos de ejecución, pero que el recurso interpuesto no suspende la ejecución) se encuentra en la Corte Suprema, aun sabiendo que el recurso en el caso particular resultará improcedente.

El otro problema en la práctica es que los abogados –de forma maliciosa– formulan directamente el recurso de casación ante la Corte Suprema y –dolosamente– no cumplen con informar ni a la Sala Superior ni al Juzgado de esta actividad, con lo cual el expediente ya resuelto por el juez superior va camino a la ejecución, se empiezan los actos de ejecución y como no hay vasos comunicantes entre las salas superiores y la Corte Suprema no es posible saber si se presentó o no un recurso de casación en determinado caso, entonces, en el proceso se empieza a desplegar actividad de ejecución (por ejemplo tasación y remate). Cuando el abogado y la parte perdedora ven que la ejecución los perjudica (porque se fijó fecha para remate), recién informan al juez que interpusieron el recurso de casación. En ese momento, el juez se encuentra con la disyuntiva, para definir si la actividad desplegada tiene validez o no la tiene. Obviamente el recurso aun no fue revisado por la Corte Suprema y no existe pronunciamiento.

Estas malas prácticas nos viene dejando la disposición legal que “reformó” el recurso de casación. Lo cual obviamente merece una atención urgente por parte de los legisladores, teniendo a la fecha trabajos avanzados sobre cambios en la legislación procesal sobre casación por la Corte Suprema y el Consejo Nacional de la Magistratura. Veamos qué sucede, pero urge eliminar la estructura de presentación y calificación del recurso de casación, tal como se ha concebido actualmente.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima:

---

Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El derecho al recurso es de configuración legal [cuyos presupuestos procesales deben ser satisfechos por las partes para lograr su admisión y, en su caso, su fundabilidad por el órgano jurisdiccional]; para casos de resoluciones inhibitorias o de sentencias desestimatorias de la demanda de anulación de laudo, el legislador no ha contemplado la impugnación (*Cas. N° 346-2014-Lima*).

Contra lo resuelto por la Corte Superior, solo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial. En el caso el pedido de nulidad ha sido declarado infundado, por tanto el requisito de procedencia indicado anteriormente no se ha verificado (*Cas. N° 1392-2012-Lima*).



**Artículo 388****Requisitos de procedencia**

*Son requisitos de procedencia 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. *Describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial;*
3. *Demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada;*
4. *Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisará si es total o parcial, y si es este último, se indicará hasta dónde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 141; C.P.C. arts. 1, 378, 386, 392, 392-A; L.P.T. art. 36.*

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

**1. INTRODUCCIÓN**

En esta parte de la modificatoria (art. 388 del CPC) referido a los requisitos de procedencia, se han establecido con precisión los fines generales de la impugnación, esto es, los referidos a la *rescisión o anulación* del acto procesal o a su *revocación*.

**2. REQUISITOS DE PROCEDENCIA**

Así, si el impugnante pretende acabar o eliminar el acto procesal impugnado debe indicarlo al recurrir, haciendo uso de la impugnación con *finis rescisorios*, para lo cual debe señalar en su recurso *si el pedido casatorio es anulatorio*, es decir, con el objeto de extinguir o desaparecer el acto procesal dictado por los jueces superiores (sentencia o resolución que ponga fin al proceso). Aquí como sabemos, el recurso de casación ejerce una función negativa (*iudicium rescidens*).

Ahora bien, en casación se hace uso de esta finalidad cuando invocamos *errores in procedendo*, con los cuales, el impugnante le petitiona al juez de casación deje sin efecto, anule o rescinda el acto procesal impugnado, concretamente cuando

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

la resolución cuestionada afecte groseramente el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso del recurrente (ver art. 396 del CPC).

De otro lado, en casación se puede postular el recurso con fines revocatorios, es decir, pedir a los jueces supremos que la decisión emitida por los jueces superiores sea revocada, lo que significa la búsqueda por parte del impugnante del cambio del sentido de la decisión, si la pretensión fue declarada fundada (se debe pedir) se declare infundada o viceversa. En esta labor cabría denunciar los *errores in iudicando* en los que incurrieron los jueces superiores al emitir la decisión impugnada (“infracción de una norma de derecho material”). Aquí el recurso de casación ejerce función positiva y busca un pronunciamiento de fondo (*iudicium rescissorium*), nos remitimos para este aspecto a lo ya expresado.

Lo novedoso en la modificatoria no solo es que se haya reconocido a nivel normativo los fines de la impugnación en sentido general y en especial los de la casación; sino que lo importante es que ha dejado a la voluntad del impugnante decidir qué pretende con su recurso, esto quiere decir, que el impugnante deberá expresar en su recurso qué tipo de decisión busca de la Sala de Casación. Por lo cual, podrá postular una pretensión impugnatoria buscando la rescisión o anulación del acto procesal impugnado, por vicios de naturaleza *in procedendo* o aquella que pretenda la revocación de lo decidido, para ser sustituida por otra, total o parcialmente, se entiende esta última por vicios *in iudicando*.

Veamos si en la práctica los abogados litigantes vienen adecuando su asistencia técnica a la nueva exigencia de la modificatoria, pues deben cumplir con la formalidad establecida en el artículo 388 del CPC, lo que significa ceñir la pretensión impugnatoria a los fines que se propone la casación, precisar por un lado si la nulidad del acto impugnado es total o parcial (*error in procedendo*) y establecer en qué debe consistir la actuación de la sala de casación en caso de *error in iudicando*. Los resultados de los recursos formulados con las causales taxativas del texto original del CPC no fueron muy alentadores. La Sala de Casación en este rubro tendrá una labor pedagógica muy importante, pues, con sus resoluciones establecerá guías de orientación y parámetros para una mejor aplicación del instituto.

En esta figura se incorporó un mecanismo de *acumulación*, ya que si en el recurso de casación se postula como pretensión impugnatoria la rescisión o anulación y además la revocación de la decisión judicial; entonces, la primera debe ser considerada como principal y la segunda como subordinada. Esta incorporación tiene lógica si se considera que la petición rescisoria de ser fundada, extinguirá el acto procesal cuestionado, lo que deja sin piso a la causal de revocación (sin objeto de pronunciamiento), por lo cual, la segunda pretensión debe esperar a que la primera no tenga éxito para que forzosamente se haga necesario su pronunciamiento.

Aquí se configura la misma regla de la acumulación subordinada de pretensiones que se postulan en una demanda.

En ese sentido, la disposición final décimo sexta de la LEC nos proporciona reglas sobre acumulación:

“Si se tramitarán conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal. Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Solo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal”.

Conviene hacer una observación en la modificatoria, al parecer se presenta una discordancia, si bien, no sustancial pero sí semántica (que puede llevar a una confusión en su aplicación), pues, si bien el artículo 388 del CPC señala que la finalidad del recurso es *anulatorio* (se entiende por vicios procesales), no obstante, se ha señalado en el artículo 396 del CPC, que si la “infracción es de una norma procesal” se *revocará* la decisión.

La discordancia estriba en que se entiende que la revocatoria de un acto procesal implica la sustitución de un acto procesal por otro (previa desaparición del acto procesal primigenio), a través de la reformatión del mismo (decisión que cambia el sentido de la resolución impugnada), lo cual, no se produce cuando se pide la rescisión o anulación (básicamente para extinguir el acto procesal, no para cambiar su sentido). Si por infracción procesal *se debe revocar* el acto, entonces, no se entiende el contenido de los últimos párrafos del artículo 396 del CPC, cuando se faculta al juez supremo a expedir nueva resolución, anular lo actuado, anular la resolución apelada. Lo cual, más bien se condice con el fin rescisorio o anulatorio no con el revocatorio, aunque para la revocatoria se deba, en primer orden, rescindir la decisión y luego sustituirla por otra.

Conforme a la opinión de SAN MARTÍN, la casación –visto su carácter jurisdiccional de remedio jurídico– importa siempre un juicio rescindente y, cuando no se requiera debate, un juicio rescisorio. Esto es, en aras de la interdicción de las dilaciones indebidas –preocupación constante del NCPP–, se permite ampliamente la casación sin reenvío, solo centrada en aquellos vicios de actividad circunscritos a defectos de tramitación o vicios de procedimiento –inobservancia del rito establecido para llegar a la resolución–. Ello significa que no necesariamente aquellos vicios de actividad relativos a los defectos estructurales de resolución –incongruencia, por ejemplo– origina el reenvío, y que siempre el defecto de juicio

–tanto *vicio in iure* como el *vicio in factum*– determinará el juicio rescindente y rescisorio (SAN MARTÍN, 2009).

Sobre cómo resolverá la Sala de Casación (con efecto rescisorio o revocatorio) cuando se postule como causal del recurso el apartamiento inmotivado del precedente judicial las cosas no aparecen muy claras, no hay una regla clara en el CPC, aunque suponemos que el mensaje transmitido por el legislador, es que, en este caso pueden funcionar los dos fines de la impugnación, es decir, que se procederá a la nulidad de la resolución por apartamiento de un precedente que tenga una regla procesal y variar la decisión si el precedente dejado de lado contiene criterios de aplicación o de normas de derecho material.

Se requiere igualmente –situación ya prevista en la norma anterior– que el impugnante en casación no haya dejado consentir la resolución adversa de primer grado, lo cual, resulta lógico cuando la sala de apelación ratifica la decisión, aunque esta situación debería funcionar cuando existen varios demandados litigando como litisconsorte facultativos, caso en el cual, pueden existir varios demandados con posibilidad de apelar y sea uno que no apeló el que postula el recurso de casación. Cuando hay un solo demandado esta regla no funciona, porque si dejó consentir la decisión de primer grado, ya no habrá casación, salvo que la decisión le haya sido favorable y es revocada por la sala revisora.

El tema preocupante en este artículo lo presenta la “demostración” (no simple alegación ni postura sobre el particular) de la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, ello porque puede servir como herramienta de suma facilidad para descartar o desechar los recursos presentados con el argumento de no haber “demostrado” de qué manera incide la infracción denunciada en la decisión impugnada.

La incidencia de la infracción normativa debe ser indicada por el recurrente, corresponderá a la Sala Suprema verificar si la misma es admisible, es decir, establecer si con ella la decisión judicial cuestionada no producirá sus efectos normales, que con su presencia no será posible que despliegue los efectos que se buscaron. Si ello se produce, el recurso debe ser admitido y en su oportunidad debería ser declarado fundado. Me parece que los argumentos del recurrente deben ser convincentes para el efecto y dar las pautas para indicar como inciden en el sentido y contenido de la decisión, corresponderá a la Sala Suprema señalar si ello se produce.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

SAN MARTÍN, César (2009): *Recurso de casación y Corte Suprema de Justicia. Evaluación tres años después*. (Consultado al 10.03.16): <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2009\\_10.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_10.pdf)>.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los argumentos de la recurrente inciden en una nueva valoración de los hechos acontecidos en sede de instancia bajo su particular criterio, lo que resulta inidóneo a la naturaleza del recurso de casación; tanto mas cuando la impugnante no cumple con demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada (*Cas. N° 360-2014-La Libertad*).

La Sala de mérito, motivó e invocó adecuadamente los fundamentos fácticos y jurídicos correspondientes, garantizando la observancia del debido proceso, la motivación y congruencia de las resoluciones judiciales; pretendiendo en esencia, la recurrente, un reexamen del caudal probatorio y una nueva valoración de estas, y así revertir la decisión final a su favor, sin tener en cuenta que no es actividad constitutiva del recurso de casación revalorar la prueba, los hechos, ni juzgar los motivos que formaron convicción en la Sala Superior, lo que es ajeno al debate casatorio (*Cas. N° 164-2014-Lima*).

La recurrente no cumple con encuadrar los agravios que plantea en alguna de las causales establecidas taxativamente en la norma in comento y por el contrario plantea alegaciones genéricas sin sustentar cuál sería la incidencia de estas en el fallo que cuestiona, por lo que el recurso debe ser declarado improcedente (*Cas. N° 132-2014-Tacna*).

Respecto a la causal denunciada, se advierte que esta no cumple con los presupuestos para su procedencia conforme lo prescriben los incisos 2) y 3) del artículo 288 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, esto es, describir con claridad y precisión la infracción normativa, lo que implica desarrollar el modo en que se ha infraccionado la norma y cómo debe ser aplicada correctamente, pues no basta invocar la norma o normas cuya aplicación al caso concreto se pretende, sino que debe demostrar la pertinencia de las mismas a la relación fáctica establecida y cómo su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento, por tanto la causal denunciada deviene en improcedente (*Cas. N° 14849-2013-Arequipa*).

**Artículo 389****Casación por salto (DEROGADO)**

*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. (\*)*

**Artículo 390****Inadmisibilidad del recurso (DEROGADO)**

*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. (\*)*

(\*) Este artículo fue derogado expresamente por la Ley N° 29364 del 28/05/2009. Cabe precisar que a través de la referida ley se realizó una modificatoria integral al régimen legal del recurso de casación, con el propósito de convertirlo en un mecanismo más expeditivo y de modificar las normas que permitían usarlo como instrumento dilatorio, simplificando las causales de procedencia y la posibilidad de presentar el recurso directamente ante la Corte Suprema, entre otras reformas e innovaciones.

**Artículo 391**

**Trámite del recurso**

*Recibido el recurso, la Corte Suprema procederá a examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 387 y 388 y resolverá declarando inadmisibile, procedente o improcedente el recurso, según sea el caso.*

*Declarado procedente el recurso, la Sala Suprema actuará de la siguiente manera:*

- 1. En caso de que el recurso haya sido interpuesto ante la Sala Superior, fijará fecha para la vista de la causa.*
- 2. En caso de que el recurso haya sido interpuesto ante la Sala Suprema, oficiará a la Sala Superior ordenándole que remita el expediente en el plazo de tres días. La Sala Superior pondrá en conocimiento de las partes su oficio de remisión, a fin de que se apersonen y fijen domicilio procesal en la sede de la Corte Suprema. Recibido el expediente, la Sala Suprema fijará fecha para la vista de la causa.*

*Las partes podrán solicitar informe oral dentro de los tres días siguientes de la notificación de la resolución que fija fecha para vista de la causa. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 141; C.P.C. art. 387; L.O.P.J. arts. 288.inc. 10, 290.*

***Martín Alejandro Hurtado Reyes***

En materia civil, el recurso de casación tiene dos momentos, el primero es el que se conoce como de calificación del recurso, en el cual, la Sala Suprema puede declarar inadmisibile, procedente o improcedente el recurso de casación, según sea el caso, este es un filtro previo para el pronunciamiento final, si fuera admitido, de lo contrario, se devolverán los actuados, si el mismo no cumple con este primer paso (básicamente si fuera declarado improcedente).

El segundo momento se presenta cuando el recurso fue calificado positivamente, es decir, es procedente, fijándose fecha para la llamada vista de la causa, es decir, para que el caso se vea públicamente y con presencia de las partes y abogados. La diferencia se presenta —en cuanto al trámite— cuando el recurso se hubiera presentado directamente ante la Corte Suprema, debido a que los actuados principales se encuentran en la sala superior.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

En este segundo momento, habrá pronunciamiento expreso si la causal invocada en el recurso de casación es admitida o no, con lo cual se puede declarar fundado o infundado el recurso, con reenvío o sin él. En este tipo de actividad es en la que se aprecia mejor las funciones casatorias de la Corte Suprema, ya que en ella se analizará la procedencia de la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial; la primera etapa es básicamente formal: no se ajusta la causal, plazos, tasa judicial, falta de incidencia directa, efecto revocatorio, etc.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael, (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 accesoria 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, 1ª Sala Civil Permanente*).



**Artículo 392**

**Improcedencia liminar del recurso**

*El incumplimiento de cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 388 da lugar a la improcedencia del recurso. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 141; C.P.C. arts. 388, 401; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.*

---

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

---

Esto significa que el recurso de casación es improcedente liminarmente si fue presentado por quien dejó consentir la resolución adversa de primer grado. Este es el primer supuesto de improcedencia del artículo 388 del CPC. Por tanto, el recurso pasará el primer filtro si la decisión de segundo grado no favoreció al impugnante, siempre que no haya dejado consentir la primera decisión.

Se requiere “describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial”, de tal forma que si ello no ocurre, la declaración de improcedencia recaerá sobre el recurso presentado. Ello implica un trabajo técnico del abogado, bien depurado, de buena preparación, porque creo que no es sencillo preparar un recurso de casación e involucrarlo en la causal de infracción normativa, se tiene que detectar el error en el que se incurre en la resolución cuestionada y perfilarlo como infracción normativa procesal (por afectación al debido proceso) o infracción normativa sustantiva (aplicación indebida, inaplicación o interpretación errónea de norma de derecho material).

También recibirá criterio de improcedencia el recurso si el recurrente no pudo “demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada”. Es decir, que no basta perfilar el recurso hacia una causal de infracción normativa o atentado al precedente judicial, sino que se debe cuidar mucho de denunciar la incidencia que tiene la misma sobre la decisión cuestionada, porque si el error se detecta, pero no cambiara el sentido de la decisión, entonces, el recurso no es admisible.

Finalmente, de lo que hemos comentado ampliamente en líneas precedentes (ver comentario del art. 388 del CPC) el recurrente debe indicar expresamente si el pedido casatorio tiene efecto anulatorio o revocatorio, teniendo la posibilidad de acumular ambos.

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

Será anulatorio para extinguir el acto procesal recurrido (fundado el recurso de casación, con reenvío) y revocatorio, para propiciar un nuevo acto procesal (por ejemplo fundado el recurso de casación, sin reenvío). Aunque en la práctica judicial, la extinción del acto procesal, no siempre requiere el reenvío, porque la Corte Suprema en varios casos ha resuelto directamente el tema en cuestión y evita un nuevo pronunciamiento, aun tratándose de infracción normativa procesal.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): "Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia". En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael, (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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, 1ª Sala Civil Permanente Suprema*).

Referido a la inaplicación de la norma material glosada, dicha causal importa que el impugnante, demuestre la pertinencia de la disposición que invoca como inaplicada, a la cuestión debatida en el proceso, y cómo su aplicación modificaría el resultado del proceso, aspecto que no se advierte en el presente caso. Que, en tal contexto fáctico y jurídico y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392 del Código Procesal Civil, reformado por la Ley N° 29364, corresponde desestimar el recurso de casación en todos sus extremos (*Cas. N° 1383-2013-Cusco*).

**Artículo 392-A | Procedencia excepcional**

*Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384.*

*Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 384, 385, 388.*

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Este artículo trajo mucha polémica con su incorporación, propiciando amplios debates sobre su utilidad en el recurso de casación o para calificarlo como la herramienta para abrir el recurso en casos excepcionales, que podrían prestarse a quebrar el principio de igualdad.

Como sabemos, a partir de la teoría general de la impugnación, todo recurso se postula basado en el interés del impugnante, quien a su vez debe denunciar los errores que afectan la decisión. Los errores denunciados deben ser revisados por el magistrado que resuelva el recurso, sin posibilidad de ir más allá de los agravios postulados.

Existiendo además principios que regulan la impugnación, básicamente es el principio de limitación con sus dos variantes las que regulan la actividad del órgano jurisdiccional que resolverá la impugnación: *reformatio in peius* y el *tantum devolutum quantum appellatum*.

En los recursos ordinarios, la impugnación tiene pocas limitaciones para su ejercicio, cumplir con el pago de la tasa judicial y su presentación dentro del plazo, es suficiente. Los agravios que se postulan en estos recursos no tienen límites, el impugnante no tiene causales que limiten su presentación, los fundamentos de la impugnación pueden ser variados.

En cambio, en la casación como recurso extraordinario, la situación se presenta distinta, existen requisitos de fondo (además de los formales) que el impugnante

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

debe cumplir para acceder a la Corte Suprema, en cuanto a los requisitos fundales o de procedencia que se deben cumplir, están (art. 388 del CPC): a) no haber dejado consentir la resolución adversa de primera instancia y esta fuera confirmada por la resolución recurrida en casación; b) describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial; c) demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada; d) indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, entre otros.

Ahora bien, si el impugnante no cumple con los requisitos de fondo, la Sala Suprema debe declarar improcedente el recurso de casación, a partir de lo cual adquiere firmeza la resolución emitida por la Sala Superior.

## 2. EXCEPCIONALIDAD DE SU PROCEDENCIA

La modificatoria trae un mecanismo que ha generado cierta suspicacia en la comunidad jurídica, pues, en caso de que el impugnante no cumpla con los requisitos fundales establecidos en el artículo 388 del CPC, no necesariamente el recurso debe ser declarado improcedente, existe una posibilidad extraordinaria de que la Sala Suprema lo conceda oficiosamente (*ex officio*), siempre que con lo que se resuelva en este proceso se cumpla con alguno de los fines de la casación: adecuada aplicación del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia nacional.

Esto significa que el recurso de casación presentado, aun sin cumplir los requisitos de fondo podría admitirse por presentar *un interés relevante*, con lo cual se estaría dando cumplimiento a la finalidad nomofiláctica y uniformadora, ello debido a que la resolución que se emita por la Sala Suprema al resolver el recurso tendría tal importancia que trascendería al interés de las partes (*ius litigatoris*) y además porque podría fijar criterios o reglas para conflictos similares que se presenten en el futuro, ayudando a una mejor aplicación del derecho (*ius constitutionis*).

Nuestra Corte Suprema ha señalado que el *interés casacional*:

“(…) comprende en primer lugar, la unificación de las interpretaciones contradictorias, la afirmación de una línea jurisprudencial o jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial, frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por los tribunales inferiores o la definición de un sentido interpretativo de una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas; y en segundo lugar, la exigencia ineludible, por sus características generales, más allá del interés del recurrente de obtener una interpretación correcta de normas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal” (Cas. N° 393-2012-Junín).

Consultando la legislación comparada en este tema, podemos decir que algún símil del mecanismo incorporado en nuestro CPC podemos encontrar con lo que ha regulado el legislador español con la figura de la casación por “interés casacional”

(art. 477, inc. 2.3 de la LEC), contenido también en la legislación austriaca y alemana, pero, basado en lo que la doctrina conoce como la *teoría de la relevancia*.

Lo lacónico del dispositivo es lo que no ayuda a determinar su contenido y uso por parte de los involucrados en el recurso, pues, que el artículo señale que su procedencia es admisible para dar cumplimiento a los fines del recurso de casación (art. 384 del CPC), es no decir mucho, ya que, la cláusula es absolutamente abierta y puede prestarse a determinadas suspicacias cuando la Corte Suprema use este mecanismo oficioso para conceder la impugnación o puede servir de cajón de sastre para dar solución a muchas situaciones que se pueden presentar en la realidad. Hubiera sido correcto fijar supuestos precisos (adaptados a nuestra realidad cotidiana) en los que se admita el uso de esta facultad de los jueces supremos, como por ejemplo lo hace la legislación de España (art. 477.3 de la LEC).

Ahora bien, si un sistema casatorio tiene causales específicas de procedencia (en nuestro caso control normativo y uniformidad jurisprudencial) y la vía impugnatoria goza principalmente del diseño de la carga procesal, entonces, se entiende que el recurrente es el que debe adecuar su recurso a la exigencia de la norma procesal, en caso de no cumplirla adecuadamente verá afectados sus intereses. En este panorama impugnativo, nos parece poco aceptable la admisión del recurso de casación de forma excepcional y oficiosa de la misma Corte de Casación, de lo contrario estaríamos imbuidos en un sistema de naturaleza dual: *casación por causal* (art. 388 del CPC) y *certiorari "criollo"* (art. 392-A del CPC). Este último condicionado a la impugnación sin los requisitos de fondo, pero, sujeto a la voluntad del juez supremo, en aras de cumplir fines de la casación.

Considero que en los sistemas casatorios en los cuales se incorporan mecanismos de concesión extraordinaria y oficiosa del recurso de casación, su existencia responde específicamente a criterios de equilibrio, se busca dar estabilidad al sistema y hacerlo inclusivo no exclusivo. Así, se entiende la existencia de esta facultad en un sistema de casación en el cual se fija cuantía para acceder al máximo tribunal. Situación que no fue considerada en la casación nacional.

En el sistema como el nuestro donde no se han fijado cuantía para acceder a la casación no se explica un mecanismo como el establecido en el artículo 392-A del CPC. En todo caso corresponderá a nuestra Corte de Casación establecer las condiciones y presupuestos que se deben dar para hacer viable esta facultad, que en la práctica puede generar más de un problema.

Pero, fuera de toda suspicacia, si lo que buscaba el legislador con esta incorporación era establecer la finalidad dikelógica en nuestro recurso de casación (como algunos pretenden), habrá que hacerle saber que lo hizo de forma desafortunada, pues, a partir de la nueva ley, los fines de la casación aparecen fijados en

el artículo 385 del CPC (ya desarrollados líneas arriba) y ahí simplemente no se ha precisado (taxatividad) que en casación se busque como fin también “la justicia al caso concreto” o algo que se le parezca.

Por lo cual, nos inclinamos a afirmar más bien que lo reglado en el artículo 392-A del CPC, apunta a la creación de un “*certiorari criollo*”, el adjetivo se agrega no solo para decir que es un mecanismo oriundo (por su contenido y alcances, diferentes a los desarrollados en el Derecho comparado donde el *certiorari* tiene otro perfil) sino también para develar el misterio que ha pretendido crear nuestro legislador con su incorporación, pues no lo llama con nombre propio.

Esta calificación de *certiorari criollo*, nace en orden a que con este mecanismo será la Sala de Casación quien *oficiosamente* definirá ante la deficiencia de los impugnantes (no se acierta con la causal o no se hizo técnicamente bien y merecen decisión de improcedencia) qué recursos deben ser admitidos y que otros deben ser rechazados. [En reiteradas jurisprudencias la Corte Suprema ha señalado que en casación no hay actividad oficiosa olvidando la figura contenida en el artículo 392-A del CPC, para lo cual ha señalado “(...) en Sede de Casación, como ya se expuso ampliamente, no está facultada a interpretar el recurso, ni de integrar o remediar las carencias del mismo, tampoco subsanar de oficio los defectos incurridos por el recurrente en la formulación del recurso de casación” Cas. N° 1732-2011-Lima].

Con lo cual no nos queda la menor duda que este mecanismo incorporado traerá mucha polémica en la doctrina local y foránea. Además de las suspicacias que se generarán cuando lo use nuestra Corte Suprema en casos concretos. Los alegatos del quebrantamiento al principio de imparcialidad en la función jurisdiccional no se harán esperar cuando se admita el recurso extraordinariamente, ni los reclamos de “justicia” y discriminación en los casos en los que no se admitan. Y como sostuvo un cercano colega de maestría, es la oportunidad para que los abogados en el “primer otrosí” de sus recursos de casación invoquen el artículo 392-A del CPC, para hacer saber a la Sala Suprema que su caso es de tal importancia que si no se admite el recurso por las causales invocadas, se lo conceda oficiosamente. Lo cual, me imagino, creará un círculo vicioso en este tema.

Finalmente, debemos ser conscientes con nuestra realidad normativa y no olvidar que los sistemas casatorios no son inmunes a la injerencia política, la cual muchas veces hace sucumbir a la cuestión técnica, esto último ha ocurrido sin dudar con la incorporación del artículo 392-A del CPC. Por lo cual debemos tener sumo cuidado en la aplicación de este dispositivo. De lo que va de la aplicación de esta disposición procesal no hemos podido comprobar un caso en el que se haya hecho mal uso de lo que realmente busca la norma y esperemos que ello no suceda. [“(...) En el presente caso este Sala Suprema advierte que las sentencias

de ambas instancias incurren en motivación deficiente, razón por la cual frente a una irregularidad que transgrede el derecho a un debido proceso y la motivación de las resoluciones corresponde a este Colegiado Supremo declarar en forma excepcional *procedente* el recurso de casación y adhesión en aplicación al artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución de 1993; Cas. N° 3532-2009, Puno].

En el Tercer Pleno Casatorio sobre divorcio por separación de hecho, la Corte Suprema hizo uso del artículo 392-A del CPC, concediendo oficiosamente (facultad excepcional) el recurso de casación ante la comprobación de las deficiencias del recurso de casación interpuesto, teniendo como claro propósito interpretar los alcances del artículo 345-A del CC, referido a la indemnización o adjudicación de bienes al cónyuge afectado con la separación de hecho –adecuada aplicación del derecho objetivo– (Cas. N° 4664-2010-Puno).

El uso oficioso del recurso debe ser usado en apoyo del *ius constitutionis*, partiendo de la necesidad de dictar resolución con calidad de precedente judicial (art. 400 del CPC), sustentado en la necesidad de reglas jurídicas que se pueden generar a partir del caso en particular. En otros casos debería ser excepcional (ver Cas. N° 2558-2010-Junín), porque podría generar un desequilibrio procesal entre las partes y podría generar serias suspicacias (ver Cas. N° 5067-2009, Lima Norte).

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

**Artículo 393****Suspensión de los efectos de la resolución impugnada**

*La interposición del recurso suspende los efectos de la resolución impugnada.*

*En caso de que el recurso haya sido presentado ante la Sala Suprema, la parte recurrente deberá poner en conocimiento de la Sala Superior este hecho dentro del plazo de cinco días de interpuesto el recurso, bajo responsabilidad. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 141; L.O.P.J. arts. 129 a 146, 148 a 150.*

***Martín Alejandro Hurtado Reyes***

Uno de los aspectos nocivos –considero– que tiene nuestro sistema de impugnación en el ámbito civil, es que la presentación de los recursos de apelación y casación tiene de por sí efecto suspensivo, es decir, que lo que se haya decidido no se puede ejecutar por no estar salvaguardado por la cosa juzgada, en nuestro sistema salvo casos especiales –procesos de alimentos y procesos de amparo por ejemplo– no se podrá ejecutar la sentencia.

Todo ello permite prácticas nocivas en la realidad, ya que el recurrente sabiendo que se paralizarán los efectos de lo decidido en la sentencia no tendrá el menor reparo de postular la apelación y en su caso la casación. Ello funciona aun en los casos en los que la situación resulta insostenible para el demandado, quien soporta el peso del proceso, aun en los casos en los que aparece totalmente claro que el demandante tiene la razón y que no es necesario agotar los recursos, cuando los recursos solo son dilatorios.

La mayoría de sistemas procesales tienen el efecto suspensivo de la impugnación como elemento excepcional, el efecto corriente es más bien que el recurso no suspende la ejecución de lo decidido, siendo incorporados mecanismos de ejecución provisional para las sentencias de condena (LEC España).

Es hora de ir pensando en implementar en nuestro sistema procesal mecanismos de ejecución provisional de sentencia, básicamente para sentencias de condena, con la finalidad de relativizar el efecto suspensivo de la impugnación, en estos casos, si la decisión resulta reversible –en caso de ejecutarse– corresponderá ejecutarla en tanto se revisa el recurso de casación, ello desalentará la interposición

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.



de recursos dilatorios e impedirá aquellos recursos que tenga intereses ajenos a la justicia. Todo aquel que pretende detener los efectos de la decisión tendrá que dejar fianza bancaria o contracautela que a juicio del juez sea suficiente para evitar la ejecución, siempre en beneficio del vencedor.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

---

**Artículo 394 | Actividad procesal de las partes**

*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 del precedente judicial, 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; L.O.P.J. arts. 131, 132, 136.*

---

***Martín Alejandro Hurtado Reyes***

---

Es básica la actividad de las partes en el recurso de casación, por un lado, la presentación de informes escritos y para hacer saber su posición jurídica y fáctica sobre el conflicto a los jueces supremos con el informe oral a través de los abogados.

No se puede ofrecer prueba, aun si ella pudiera calificar como prueba nueva, siendo el recurso de casación un recurso extraordinario, el conflicto ya viene resuelto y corresponde verificar a partir de la postulación del mismo si se ha incurrido en alguna infracción normativa en la decisión (sustantiva o procesal), no se puede valorar ni revalorar prueba, por lo cual, el ofrecimiento de la prueba está vedada en casación.

El recurrente en caso de afectación del precedente judicial, le corresponderá anexar el precedente que se encontraría afectado con la decisión recurrida (puede ser de la misma Corte Suprema o del Tribunal Constitucional), pero, creo que no se trata de un medio de prueba, porque no va a ser valorado para resolver el tema de fondo (el conflicto ya viene resuelto), sino para comprobar simplemente si la decisión tiene concordancia con lo que ya se ha decidido en algún caso similar que califica como precedente vinculante; variará lo decidido en caso que se haya resuelto en contra del precedente, no siguiendo las reglas jurídicas del precedente civil o constitucional.

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Existiendo un vicio respecto a la notificación a la parte recurrente, toda vez que dicha parte procesal sí cumplió con apersonarse al proceso y con presentar su domicilio procesal y pese a ello no se le notificó el auto calificadorio del recurso de casación ni el señalamiento de la vista de la causa, por tanto su abogado no pudo hacer uso de la palabra en el informe oral realizado en audiencia pública, habiendo solo intervenido en dicho informe el abogado de la parte demandante causándole con dicha omisión un estado de indefensión y vulnerando de esta manera su derecho a la legítima defensa amparado en la Constitución Política; por ello, en aplicación de los principios de trascendencia y de interés para pedir la nulidad procesal, se declara fundada la nulidad, debiendo reprogramarse nueva fecha para la vista de la causa (*Cas. N° 1802-2008-Lambayeque*).

**Artículo 395** | **Plazo para sentenciar**

*La Sala expedirá sentencia dentro de cincuenta días contados desde la vista de la causa.*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 141; L.O.P.J. arts. 140 a 146, 148, 149.*

---

***Martín Alejandro Hurtado Reyes***

---

Obviamente, los plazos procesales –debido a inmensa carga de trabajo– no se cumplen normalmente en los procesos judiciales. Si bien, en el recurso de casación el legislador ha pretendido establecer un plazo corto para resolver los recursos postulados, la realidad nos dice una cosa absolutamente contraria. Hay una demora exagerada en resolverlos.

Por lo cual, considero que no hay mayor comentario que hacer a una norma que señala un plazo para resolver el recurso, más si en la práctica no se respeta el mismo.

No podemos dejar de mencionar que nuestra Corte Suprema siguiendo determinada práctica, después de la vista de la causa o en el mismo día de realizada “votan” los casos vistos, para lo cual los jueces supremos dan cuenta del caso con un resumen preparado por el asistente judicial, pero, sin la ponencia escrita, se procede a dar cuenta del caso y luego de la deliberación se define el resultado del recurso, la resolución escrita en limpio tomará su tiempo, ya que la misma se preparará con posterioridad a este acto. Esta práctica hace que se pueda saber el resultado del recurso (fundado o infundado), pero no su contenido, el que se sabrá cuando la resolución escrita finalmente sea firmada por el colegiado supremo.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003):

*El recurso de casación.* Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales.* Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional.* Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica.* Lima: Grijley.

---

**Artículo 396****Sentencia fundada y efectos del recurso**

*Si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada.*

*Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la Corte procederá conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este.*

*Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la Corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda:*

- 1. Ordena a la Sala Superior que expida una nueva resolución; o*
- 2. Anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso; o*
- 3. Anula la resolución apelada y ordena al juez de primer grado que expida otra; o*
- 4. Anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e impropediente la demanda.*

*En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 128, 171, 173, 386; L.P.T. arts. 38, 39.*

***Martín Alejandro Hurtado Reyes***

El efecto del recurso, como hemos señalado, puede ser rescisorio o revocatorio. En el primer caso, la decisión recurrida se extingue, desaparece, se rescinde, no para dar lugar a otra decisión (una nueva), sino para dejarla sin efecto. En cambio, cuando la decisión se revoca, la decisión recurrida se cambia por otra, se da lugar –normalmente– a otra decisión (una nueva), pero dejando sin efecto la anterior. Estos dos efectos de los recursos en general, se ven con mucha claridad en el recurso de casación.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

En este artículo corresponde analizar los alcances que puede tener el resultado del recurso de casación; partiendo, por un lado, de una situación concreta, que el recurso de casación haya sido declarado fundado; luego corresponderá establecer los efectos de la fundabilidad dependiendo si la decisión se refería a una norma de derecho material, norma de derecho procesal (con una variante en este caso) o por afectación al precedente judicial.

Al declararse fundado el recurso de casación por infracción de norma de derecho material o por afectación al precedente judicial, lo común es que el recurso tenga efecto revocatorio, es decir, que se sustituya la decisión tomada por la Sala Superior y se emite una nueva, ello obviamente, dependiendo de la situación concreta que se presente (v. gr. fundado el recurso de casación, se casa la sentencia de la Sala Superior y se confirma la sentencia del juez de fallo; fundado el recurso de casación, se casa la sentencia de la Sala Superior y se revoca la sentencia del juez de primer grado, la que se declara infundada). En estos casos normalmente no hay reenvío, es decir, la Corte Suprema resuelve como corresponde el conflicto, no hay necesidad de que la Sala Superior ni el juez de fallo emita nuevo pronunciamiento.

En cambio, si la infracción es de norma procesal y se encuentra afectado el derecho al debido proceso o la tutela judicial efectiva del recurrente, se produce normalmente el efecto rescisorio, es decir, se casa la decisión recurrida, pero se disponen –dependiendo del caso en particular– algunas situaciones que implican la emisión de un nuevo acto procesal por el juez de la apelación o por el juez de fallo. A este efecto normalmente se le denomina reenvío, ya que el proceso debe remitirse a un juez diferente al juez supremo para un nuevo pronunciamiento: i) al casar la sentencia se dispone que el juez superior emita nuevo pronunciamiento; ii) se dispone anular lo actuado y se renueven los actos procesales afectados; iii) anular la sentencia apelada y que se emita nueva decisión.

Aunque excepcionalmente, en un caso en particular (pese a la infracción normativa procesal denunciada) no se producirá reenvío, sino que el pronunciamiento se sustentará en la conclusión del proceso, esto es, que se casa la sentencia, se anula lo actuado y se declara improcedente la demanda (art. 396.4 del CPC). También, la norma admite que si la infracción es procesal, el efecto podría ser también revocatorio, es decir, sin reenvío (última parte del art. 396 del CPC), y esto sucedería cuando la decisión revocada es la impugnada.

En suma, tenemos que los efectos del recurso de casación son variados y dependen de la causal que se haya aceptado al declarar fundado el recurso, por lo cual, será normalmente revocatorio (sin reenvío) si es por infracción de norma de derecho material y será rescisorio (con reenvío o sin reenvío) cuando la denuncia casatoria es por infracción de norma de derecho procesal.

Lo que conviene destacar en este artículo es la última parte del mismo, en el que se ha señalado que “la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo”, ello debido, a que en apariencia no habría duda de que los jueces de mérito se encuentran sometidos a lo que decida la Corte Suprema; sin embargo, hay situaciones en las que los jueces de fallo y apelación ponen en tela de juicio, someten a discusión lo decidido por la Corte Suprema, posiblemente en casos en los que la decisión es harto polémica, v. gr. cuando se ordena prueba de oficio, se imponen criterios para resolver o se sugiere resolver determinado sentido, cuando la decisión es errada, etc.

En puridad la decisión de la Corte Suprema vincula a los jueces de mérito, quedan sometidos a ella, por lo cual, si se ordenó emitir una nueva decisión no se podrán excusar de hacerlo, pero, en situaciones especiales si no se está de acuerdo con lo resuelto por la Sala de Casación, el juez de fallo puede ratificar la decisión anterior dejando expresa constancia de los yerros en los que habría incurrido la Corte Suprema al absolver el recurso de casación, no es lo usual, pero en casos muy excepcionales la situación lo aconseja. Debe tratarse de razones objetivas y no de meros caprichos.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): “Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia”. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi (2003): *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 sí 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*).



**Artículo 397**

**Sentencia infundada**

*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.*

---

*Martín Alejandro Hurtado Reyes*

---

Resulta obvio en el sistema judicial en el que desarrollamos nuestra actividad que las decisiones judiciales se encuentran necesitadas de justificación, ello en virtud a lo que dispone el artículo 139, inciso 5 de la Constitución de 1993 y artículo 50, numeral 6 del CPC.

Por lo cual, la desestimación del recurso de casación debe contener la justificación necesaria para su validez, la Sala Suprema debe indicar cuáles son las razones justificativas por las que se considera que no es estimable el recurso postulado.

No era necesario que en una norma especial se dijera que la infundabilidad del recurso de casación requería justificación (motivación), ya que esta exigencia se impone en todos los casos para los jueces a partir de la Constitución.

Así, la Corte Suprema en todos los casos, es decir, cuando el recurso de casación es improcedente, infundado e inclusive cuando resulta fundado debe indicar las razones justificativas que lo llevaron a tomar la decisión.

La parte interesante de este artículo lo encontramos en el segundo párrafo, con él se permite a la Sala Suprema no casar la sentencia, pese a los errores de motivación que tuviera la resolución recurrida, lo que interesa para estas situaciones es el sentido de la decisión (el fallo), no la motivación que la sustenta, ya que esta última puede ser modificada por la Sala Suprema.

Se produce una especie de sustitución de la motivación, se trata de salvar (principio de conservación) la decisión adoptada por los jueces superiores, la que resulta correcta en el sentido, pero no en su contenido; para ello, las razones justificativas de la Sala Suprema deben ser las que se adecuen al sentido de la decisión. Se deben dar las razones correctas para sustentar la decisión.

Se trata de un trabajo justificativo de sustitución, con el que se evita declarar fundado el recurso de casación (principio de economía y celeridad procesal) y de esta forma evitar el reenvío de los actuados para que los jueces de mérito den la justificación correcta. No se deben devolver los actuados, es la misma Sala Suprema, la que corrige la justificación (da la correcta justificación) para sustentar la decisión. Esta fórmula resulta adecuada a la pronta solución del conflicto y así evitar la dilación del proceso.

El recurso de casación es infundado aun cuando la motivación que sustenta la decisión esté errada, se prefiere la conservación del acto procesal afectado, porque el sentido de la decisión no se ve afectado (no cambiará), el sentido será el mismo, se ratifica el sentido de lo decidido, pero cambia su justificación.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BONET, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; CALAMANDREI, Piero (1961): *La casación civil*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CASTILLO, José (2008): "Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia". En: *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley; HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons; HERNÁNDEZ, Rafael (2005): *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; HURTADO, Martín (2012): *La casación, una aproximación al control de los hechos*. Lima: Editorial Moreno; LIENDO, Fernando (2012): *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: ARA; NAVARRO, Ángel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; NIEVA, Jordi, 2003: *El recurso de casación*. Barcelona: Ariel; PAREDES, Jelio (2013): *Precedentes vinculantes constitucionales*. Lima: Cafsol Servicios Generales; TITO, Yolanda (2011): *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALETA, Roger (2014): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La resolución final con una declaración de improcedencia de la ejecución, por carecer de datos que le den certeza al cuántum de la obligación, es una resolución inhibitoria que no crea ejecutoria, por tanto, no tiene la calidad de cosa juzgada, por no tener un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Por tanto, no habiéndose acreditado las infracciones normativas procesal y material denunciadas, por el contrario, advirtiéndose que las Instancias de Mérito han cumplido con su deber de fundamentar la resolución, exponiendo los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, debe declararse infundado el recurso de casación (*Cas. N° 3334-2012-Lambayeque*).

**Artículo 398**

**Multa por recurso inadmisibile, improcedente o infundado (DEROGADO)**

*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. (\*)*

**Artículo 399**

**Costas y costos por recurso inadmisibile, improcedente o infundado (DEROGADO)**

*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. (\*)*

---

(\*) Este artículo fue derogado expresamente por la Ley N° 29364 del 28/05/2009. Cabe precisar que a través de la referida ley se realizó una modificatoria integral al régimen legal del recurso de casación, con el propósito de convertirlo en un mecanismo más expeditivo y de modificar las normas que permitan usarlo como instrumento dilatorio, simplificando las causales de procedencia y la posibilidad de presentar el recurso directamente ante la Corte Suprema, entre otras reformas e innovaciones.

**Artículo 400****Precedente judicial**

*La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.*

*La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.*

*Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.*

*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 precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 141; C.P.C. arts. 50 inc. 4, 384, 386 incs. 1 y 2, 394; L.O.P.J. art. 22.*

**Omar Sumaria Benavente****1. INTRODUCCIÓN: TRANSFORMACIÓN DE LOS FINES DE LA CASACIÓN DE LA UNIDAD Y JERARQUÍA DE LA JURISPRUDENCIA HACIA UN MODELO RACIONAL EN LA FORMACIÓN DEL PRECEDENTE**

En la actualidad se viene avistando una transformación de los fines clásicos de la casación, de unidad y jerarquía, hacia otros fines que tiene que ver con la justicia del caso concreto o la utilización de la casación como modelo racional en la formación del precedente (SUMARIA, 2014).

La doctrina clásica, hace más de un siglo asignaba a este instituto dos finalidades esenciales: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia.

La primera finalidad es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley (VÉSCOVI, 1988). Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional, “impedir que los órganos jurisdiccionales se valgan del poder de mandar en concreto, que el estado ha delegado en ellos,

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

sustrayéndose a la norma fundamental, cuya observancia constituye la condición *sine equa non* de aquel poder” (CALAMANDREI, 1961: p. 20), ratificando “la autoridad de la ley frente al juez” (CALAMANDREI, 1961: p. 23), que constituye el objeto indiscutible de la casación. La supremacía de la ley frente a las sentencias violatorias de ellas fue lo que le dio origen (ALVARADO PALACIOS, 1977).

La función de unificar la jurisprudencia, corresponde a un órgano único de casación, pero hay que distinguir que CALAMANDREI diferencia entre la uniformización de la jurisprudencia en el tiempo y en el espacio, señalando que esta última es la que realmente se procura, tendiendo a una interpretación común en todo el territorio de la norma jurídica.

En ese aspecto, la unidad en el tiempo no existe porque se produce una natural evolución:

“La casación no está concebida para interpretar, con caracteres de monopolio, el derecho objetivo (...) lo que sería contrario a la posición, que el juez, tiene respecto del derecho que aplica, sino, lo que es bien distinto, para unificar el trabajo de interpretación jurisprudencial que realiza en colaboración con todos los órganos judiciales.

La unidad de la jurisprudencia (uniformidad) ha de buscarse para todo el territorio donde la norma interpretada tiene vigencia sin que ello constituya óbice para que dicha unidad interpretativa evolucione en el transcurso del tiempo, a fin de evitar un estancamiento en la labor interpretativa y por ende en el desarrollo de la jurisprudencia” (MARTÍNEZ; ROVIRA IGUARÁN, 1988: p. 141).

Señala SANDMYER que todavía no hay una definición exacta de cuáles son las funciones que deba cumplir un tribunal de casación. En sus orígenes modernos en Francia, la función de la casación era “el control de la legalidad” de la interpretación de la ley; en los comienzos de la revolución fue “la uniformidad interpretativa de las leyes”; o en el Reglamento Orgánico para el Reino de Italia se estableció como función “mantener la exacta observancia de las leyes”; en el Edicto de Piamonte (en 1847) se dijo “mantener la unidad de la jurisprudencia y llevar constantemente el cumplimiento de las leyes”; para los clásicos fueron “la protección de la ley o función nomofiláctica” o “la unificación de la ley o función unificadora”. CALAMANDREI establece que la casación responde a la observancia de la ley y a la uniformidad de la jurisprudencia o sea, “el interés de la interpretación uniforme y el interés de la interpretación verdadera del derecho positivo”.

En un trabajo publicado en el tomo II de la Enciclopedia Jurídica Omeba, se dice que la casación está fundada en “un interés público primario del Estado en mantener el Imperio del Derecho positivo con criterio igualitario en todo el país por encima de los intereses privados y que la casación debe existir en interés de

la ley". Para otros la finalidad es lograr la unidad jurídica del Estado y no violar la igualdad de todos los habitantes.

VÉSCOVI, se pronuncia por que los fines históricos de la casación fueron la defensa del derecho y su correcta aplicación por los tribunales y luego la unificación de la jurisprudencia, en igual sentido se pronuncian KISH, PRIETO CASTRO y LANDONI SOSA.

Para RIVAROLA, habría un fin inmediato que consiste en la unificación de la jurisprudencia y un fin mediato que sería la seguridad jurídica de los derechos individuales y la igualdad ante la ley.

Para MORELLO, la función sería la de lograr la unificación de la jurisprudencia; para otros la de evitar la diversidad interpretativa de la legislación de fondo. No se puede dejar de mencionar a DE LA RÚA, quien coincide con GUASP, en cuanto, que la casación es en esencia, solamente un medio de impugnación de la sentencia, es decir, se trata solamente de un remedio procesal e intérprete de este derecho y que este es su solo y único ámbito donde el instituto tiene vigencia. Que a través de la estructura del recurso, se arriba a la unidad de la interpretación del derecho (SANDMYER, 1982).

Cabe señalar que estos fines históricos aparecen desvirtuados, o al menos complementados, en esta época moderna en este instituto en constante evolución (VÉSCOVI, 1998). Ha habido una evolución de su propia naturaleza de ser considerado como una acción autónoma e independiente a un recurso procesal, que con algunos caracteres especiales le dan la naturaleza de extraordinario, y que ahora se proyectan a la calificación de los hechos como elemento de construcción de la *ratio decidendi* en los precedentes con carácter de vinculante o no.

En ese sentido, Juan Carlos HITTERS (1982) señaló como nueva función de la casación a la función *dikelógica*, que implicaba la necesidad hacer justicia al caso concreto, promoviendo al recurso de casación como un medio impugnativo impulsado por el interés del particular que sufre un agravio de la sentencia, lo que significó en su momento un gran avance, saliendo del modelo del recurso de casación impulsado exclusivamente por el interés público hacia el interés del particular al caso concreto.

Este viraje no es poco relevante, dado que en la nueva función de la casación en la construcción del precedente, al lado del "recurso" y el "órgano", el "interés" juega un rol importante en la estructura del recurso de casación, que como elemento esencial determinará la función del recurso en la creación racional del precedente porque es el que promueve este mecanismo.

*El interés* determinará que la sentencia de casación pueda penetrar solo aspectos individuales o particulares o enfocarse hacia el interés social en general, y en ese sentido, constituye el objeto mismo del proceso otorgando su intensidad, tratando de establecer en función de quién o quiénes se define el interés del asunto; cuál es su característica (económica, política, social, jurídica, etc), cuál es su importancia relativa o su extensión (en un proceso, en un conjunto de procesos o en la totalidad de los procesos de una sociedad en un momento dado), teniendo como consecuencia el establecimiento de jurisprudencia o no, o si este interés puede ser resuelto a través de otras instituciones (LÓPEZ AYLLÓN, 1989).

Es así que LEONOR MORENO SORIANO (2002) indica como nueva “función de la casación” como un modelo racional en la construcción del precedente, en donde, se privilegie el control de la racionalidad de la argumentación de la sentencia. Es decir, la infracción de la jurisprudencia será en cuanto está motivada o no, y la unidad de la jurisprudencia, entendida no como reiteración de fallos, sino como seguimiento racional de la jurisprudencia.

## 2. LA CASACIÓN Y EL PRECEDENTE: DEL DISCURSO DEL “ORDEN Y LA REGULACIÓN” A LA “AUTONOMÍA Y EMANCIPACIÓN”

En la casación se oponen dos lógicas organizadoras distintas. Una con relación a su creación que se sustenta en la “lógica de la legalidad y el discurso del orden” y que se transforma en los clásicos fines de la unidad y jerarquía, basado en un discurso positivista, propio del Estado moderno. Y otra lógica con relación a su desarrollo, se basa en la “lógica de la legitimidad”.

Esta “lógica de la legitimidad” se realiza en un período marcado por crisis del Estado y la globalización, la presencia de la ideología de los derechos humanos, y el renacimiento del iusnaturalismo hacia la creación de un nuevo *ius commune*, basado en principios, y en consecuencia, la casación se manifiesta como control de racionalidad que se acerca más a la justicia del caso concreto, oponiendo de esa manera su función sincrónica de interpretación y uniformidad de la jurisprudencia, a su desarrollo diacrónico de creación del derecho a través del precedente.

Es harto conocido el origen de la casación, como órgano eminentemente político de control jurisdiccional, con la idea de “quebrar” la sentencia dictada en contravención a la voluntad del legislador que estaba plasmada en la Ley.

La casación nace, pues, con el *Ancien Regime* y se consolida en la Revolución Francesa. El origen estaría en el *Conseil des Parties*, que nace de una división del *Conseil du Roi*, creándose aquel órgano para los asuntos puramente judiciales mientras quedaban fuera de él los políticos, adjudicados al *Conseil d'État*.

De esta forma, en la lucha entre el poder real y los parlamentos, se afirma la potestad real en defensa de sus prerrogativas, en anular las sentencias de los jueces cuando fueran dictadas en contravención a las ordenanzas, edictos, actos y reglas.

Esta institución que retoma la Revolución Francesa la transforma en elemento para la defensa de la Ley omnipotente y del órgano máximo de la representación popular contra la transgresión de los jueces. Nace así el *Tribunal de Cassation*, con el fin de crear un órgano constitucional, puesto al lado del Poder Legislativo para que vigilara la actividad de los jueces “para evitar su rebelión contra la Ley”. Esta actitud es coherente con la creencia en la omnipotencia de la Ley, y la desconfianza que venía, del *Ancièn Regimé* contra los parlamentos que era el órgano judicial de la monarquía absoluta.

En términos de Alberto GARZÓN IGLESIAS (2010) lo que se expresa a través de la casación, en un primer momento, es la relación de poder entre el Rey y los parlamentos, que eran cortes en principio soberanas cuyas sentencias basadas en la equidad no tenían lugar a recurso. En este aspecto, la sutileza con que se debía “romper” o “quebrar” una sentencia en los orígenes de dicho recurso, en tiempos medievales, contrasta con las disputas que acerca de esta potestad se desarrollan en el siglo XVIII por comprender, en el fondo, la lucha por la soberanía.

Por ello, lo fundamental en la construcción doctrinal y dogmática de la casación en el antiguo régimen, no es tanto, la necesidad de mantener o establecer la unidad de la jurisprudencia, que de hecho no se estableció como fin, sino hasta 1790 en que se constituiría la Corte de Casación, sino en la mutación del modelo de sentencia justa y acorde a Derecho desde las consideraciones de fondo, propias de un paradigma iusnaturalista, de la Edad Media, a consideraciones procedimentales basadas en el Derecho positivo estatutario.

Es decir, se rompe el discurso o lectura del iusnaturalismo hacia un nuevo discurso basado en el derecho del Estado, por ello, se eleva el procedimiento por encima del fondo del asunto, y la norma del legislador por encima del Derecho consuetudinario.

Este es un proceso en el que se desvela una lucha encubierta por la jerarquía de la producción normativa del reino. Las leyes del monarca se dirigen aquí a evitar que se haga jurisprudencia general, en un intento de someter las decisiones de los Parlamentos a un segundo plano, es por ello, que la casación “o acto de enjuiciamiento del juicio no es un acto de jurisdicción, sino un acto de vigilancia o si se prefiere de policía” (GARZÓN IGLESIAS, 2010: p. 101), de esta manera el control jurisdiccional proviene de un acto de soberanía del monarca, concepto que a la postre sería el fundamento del Estado moderno basado en la soberanía, como consecuencia de la crisis del *derecho común* del siglo XVIII (TARELLO, 2002)



hacia la construcción del Estado Liberal que se iba forjando a través de un nuevo *derecho codificado*.

Posteriormente, el sistema jurídico del liberalismo fue considerado como un sistema cerrado, sin lagunas, y todo lo que tenía que hacer el juez era aplicarlo. El pensamiento jurídico llamado positivismo o normativismo y la interpretación dogmática en Alemania y exegética en Francia apuntaban a ese fin.

De esta forma, para NEUMANN (1964) se constituye una teoría “fonográfica” del derecho en la cual se aplica rigurosamente y la función creadora que tiene el juez es denegada, por tanto, no hay posibilidad de recurrir a consideraciones de justicia o de adecuación a las circunstancias.

Pero contradictoriamente, pese a conformarse el Estado Liberal como un agente de cambio social, las causas y consecuencias sociales de la teoría del imperio de la ley, la denegación del derecho natural y la absoluta subordinación del juez a la ley tienen una función ideológica, de disfrazar los verdaderos detentadores del poder dentro del Estado, que encubre la falta de voluntad de la clase dominante de llevar a cabo las reformas sociales, porque la pesada maquinaria de los parlamentos se convierten en instrumento de mantención del *status quo*. En este nuevo universo la casación encuentra su germen de desarrollo a través de sus conocidos fines de uniformidad de la jurisprudencia y correcta interpretación del derecho.

Por ello, tal como hace referencia TARUFFO (2006: p. 49), existen críticas en cuanto que en la casación se ve la manifestación del principio de autoridad y un instrumento de legitimación del absolutismo monárquico. Más bien, en ella se expresa una concepción jerárquica de la justicia, dado que el presupuesto es que la eficacia de la sentencia no depende de la bondad y justicia de las decisiones que provengan de una libre confrontación crítica, sino de la autoridad que deriva únicamente del hecho de estar colocado en el vértice de la pirámide judicial. En esta perspectiva aparte de ser imposible la unificación de la jurisprudencia, no garantiza la racionalización del derecho respecto de la igualdad de los ciudadanos, sino el conformismo de los jueces hacia el poder político.

¿Qué es lo que ha cambiado entonces y produce modificaciones los fines de la casación? Pues se advierte un cambio en el discurso. Precisa NEUMANN (1964), que cuando se debilita la presencia de las clases progresistas en el Estado y no están en aptitud de controlar una influencia decisiva, aparecen nuevas doctrinas del *derecho natural* que tienen por objeto reducir la predominancia del Estado en que las clases progresistas han logrado representación e influencia, pero al mismo tiempo la doctrina de la supremacía del Estado esconde la debilidad de estas clases.

La fórmula de que los cambios sociales solo pueden realizarse mediante leyes y que los jueces y la administración pública solo pueden aplicar el derecho pero no crearlo, es una ilusión que también sirve para denegar la capacidad de creación jurídica de las fuerzas extralegislativas. Esta doctrina revela claramente la posición ambivalente del hombre moderno, en donde, la afirmación enfática de la autonomía del hombre se encuentra acompañada por la insistencia igualmente apasionada en la norma estatal.

De esta forma el paradigma moderno puede definirse como un discurso caracterizado por la tensión dinámica entre las exigencias sociales de *regulación-orden*, que operan marcando límites en aras de la ordenación de la sociedad, y las de la *emancipación-autonomía*, las que satisfacen la idea de libertad que lleva inscrita el ser humano en su condición de animal racional consciente de su finitud. Ese paradigma, afirma Boaventura DE SOUSA SANTOS (2005: p. 23), ha agotado su fuerza orientadora y debe ser sustituido para encarrilar el nuevo siglo por sendas libertadoras.

En dicho aspecto, la pluralidad propia de la posmodernidad obliga a la subjetividad a rearmarse con otros elementos formando *constelaciones*, idea que está directamente ligada a la concepción fragmentaria que incorpora la posmodernidad. En el caso del Derecho, mientras que el Derecho moderno opera con una *ficción de la unidad jurídica*, válida de manera uniforme para todo un Estado, la realidad que quiere desentrañar la posmodernidad es la existencia de *constelaciones jurídicas* donde al tiempo y creando zonas de contacto operan, junto a formas estatales, agregados locales, derechos consuetudinarios, imperativos supranacionales, a veces con dificultad para ver la excepcionalidad en lugar de la uniformidad (SANTOS, 2005: p. 37).

Para Francisco CARPINTERO, somos herederos de la Edad Moderna que fue capaz de cortar con la sociedad estamental y el absolutismo monárquico, pero que ahora estamos frente a una “crisis de éxito”. Los trabajos de los modernos crearon el Estado, el cual ha sido sinónimo de unidad, y reclamó para sí el monopolio de la legislación y de todo el derecho en general, y de los tribunales de justicia, pero del mismo modo en que se desgastaron los feudos, los gremios o la monarquía aquel Estado se viene agotando, y entra en crisis por la inoperancia relativa, en todo aspecto.

La dialéctica modernidad-posmodernidad operó un cambio en el derecho, considerado como un “modo sin formas”, como una unidad “amorfa” y simple como un “deber ser” presente en serie de órdenes sociales. La modernidad lo mostró como un modo uniforme porque desvincularon genéticamente al derecho de los fines por los que surge cada una de sus reglas, ya que lo entendieron como un poder o facultad en general que corresponde al poder público o a cada individuo y que simplemente ha de adecuarse en un segundo momento posterior a su génesis

a las reglas de la justicia. Pero esta representación era solo posible porque previamente habían abandonado la inteligencia del derecho como el conjunto de las competencias jurídicas concretas y las habían sustituido por un “poder hacer” que tiene el legislador o que posee un sujeto si está habilitado formalmente para ello (CARPINTERO BENÍTEZ, 2012).

La posmodernidad viene exigiendo una revaloración de la persona y el cambio genético del derecho como discurso de orden, de poder o de regulación, hacia un discurso dirigido a la autonomía y emancipación, es la reversión de la “desmaterialización del derecho” que mencionaba F. DE TRAZEGNIES (2001) pero ello conlleva nuevas estructuras sociales y jurídicas que se traducen en un traslado de fuentes internas de derecho hacia fuentes externas del derecho. En este aspecto, explica FERRAJOLI (2002: p. 16) que:

“[H]ay además un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo”.

De esta manera, el “monopolio estatal de la jurisdicción” se ha fracturado notablemente, en donde la jurisdicción ya no es una función exclusiva del Estado; los órganos a los que se confían las funciones jurisdiccionales no son siempre órganos del Estado, en donde los órganos jurisdiccionales estatales y no estatales se encuentran intercomunicados entre sí y tendencialmente son fungibles, y lo que trae correlativamente “la crisis del monopolio de la legislación procesal” que viene obligando, sino bien a la uniformización, sí a la armonización y recíproca integración entre jurisdicciones tanto al nivel vertical, como al nivel horizontal, con una lógica de cooperación u otra veces con una lógica de control surgiendo la necesidad de un fundamento extra estatal para la jurisdicción (PICARDI, 2009), cuya función nacería ahora del mismo seno de la comunidad o la sociedad.

Como refiere FOUCAULT, este cambio de paradigma del Derecho, muta hacia una nueva o quizás antigua forma de pensar distinta a “llevar a cabo un ordenamiento de los seres, una repartición en clases, un agrupamiento nominal por el cual se designan sus semejanzas y sus diferencias – allí donde, desde el fondo de los tiempos, el lenguaje se entrecruza con el espacio” (FOUCAULT, 1968: p. 3):

“En el fondo de este orden, considerado como suelo positivo, lucharán las teorías generales del ordenamiento de las cosas y las interpretaciones que sugiere. Así, entre la mirada ya codificada y el conocimiento reflexivo, existe una región media que entrega el orden en su ser mismo: es allí donde aparece, según las culturas y según las épocas, continuo y graduado o cortado o discontinuo, ligado al espacio constituido en cada momento por el empuje del tiempo, manifiesto en una tabla de variantes o definidos por sistemas separados

de coherencias, compuesto de semejanzas que se siguen de más y más cerca o se corresponden especularmente, organizado en torno a diferencias que se cruzan” (FOUCAULT, 1968: p. 6).

En el nuevo pensamiento se regresa a la visión de la simultaneidad en lugar de la representación. Por ello, señala FOUCAULT (1968: p. 48), se enfoca más hacia un pensamiento de simultaneidades, de un lenguaje que se asemeja a las cosas que nombra, de la no distinción entre lo que se ve y lo que se lee, entre lo observado y lo relatado. Es así, que a través de este pensamiento posmoderno quizá se redescubra en la cultura occidental esta dimensión absolutamente abierta de un lenguaje, y en consecuencia del Derecho, que no puede detenerse, ya que al no estar encerrado en una palabra definitiva, enunciará su verdad solo en un discurso futuro, consagrado a decir lo que ha dicho; pero este discurso mismo no tiene el poder de detenerse sobre sí y lo que dice lo encierra como una promesa, ligada aún a otro discurso.

La casación, pues, lejos de sus fines de unicidad, orden y jerarquía se enfocaría a amalgamar este nuevo derecho “amorfo”, creciente, en una nueva función del derecho y la justicia de esa retemporalización que menciona OST (2005: p. 33), entre la memoria, el perdón, la promesa y la puesta en escena.

Pero para este fin, es necesaria la reorganización de la cultura de la cual somos aún presos que nos separó de una cultura en la que no existía la significación de los signos, pues estaba reabsorbida en la soberanía de lo semejante; pero en la cual su ser enigmático, monótono, obstinado, primitivo, centellaba en una dispersión infinita (FOUCAULT, 1968), ese ser primitivo, que estaba en el derecho, y el cual se perdió al convertirse en signo, debe ser nuevamente buscado a través de la casación.

Finalmente, frente a esta dicotomía de lógicas, ambivalencia de la función diacrónica e interpretación sincrónica, en un nuevo aspecto de la sociedad y el orden jurídico, surge la reflexión si la casación es una institución que debe seguir existiendo o, por el contrario, ya cumplió su jornada y ha de ceder su paso a otras fórmulas de justicia. Mencionaba al respecto CALAMANDREI (1966):

“A veces cuando observo en la práctica profesional de todos los días el modo como institucionalmente funciona la Corte de Casación, con su tradicional separación entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente, en tiempos de renovación social, como son los nuestros”.

Dicho esto, en este nuevo modelo de casación, la Corte Suprema tendría la misión de crear la “jurisprudencia vinculante” a través del mecanismo de la casación.

### 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL CPC

Este “precedente vinculante” fue, en principio, denominado en el artículo 400 del CPC como “doctrina jurisprudencial” que sería la decisión adoptada por mayoría absoluta en Sala Plena de la Corte Suprema frente a la interpretación o aplicación de una norma a un caso concreto vinculante a todos los órganos jurisdiccionales a través del denominado “Pleno Casatorio”.

De por sí el término “doctrina jurisprudencial” llevaba a confusión por que reunía a dos fuentes distintas del derecho que son la doctrina y la jurisprudencia, y se confunde más aún cuando en ciertas propuestas de modificación se habla de “doctrina jurisprudencial normativa”(Proyecto de modificación, Dr. Carrión Lugo, 8 de enero de 2007), no quedando claro si la función de la Corte de Casación es producir doctrina, jurisprudencia o normas. El término fue tan confuso como el concepto de “doctrina legal” del artículo 1012 de la LEC de 1855.

Por lo pronto, más allá de la conceptualización no se trataría de la violación de la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, lo que lleva a discutir además, si se trataría de aquella doctrina admitida por los tribunales inferiores o superiores y tampoco podría entenderse por “doctrina jurisprudencial” la opinión de los autores, por respetable que sea tal como indica IBÁÑEZ FROCHMAN (1969) sino de aquellos criterios establecidos que contienen desarrollos singularmente autorizados de trascendencia normativa y reiteración, lo que se entendería propiamente dicho como “jurisprudencia vinculante”

A todo esto la denominación de “doctrina legal”, no ha sido muy afortunada, si bien equivale a jurisprudencia, y más concretamente, a la del juzgador de casación al pronunciarse acerca de los recursos que se someten a su decisión. Más si se da por resuelta esta duda, surgen otras dos: si a esa jurisprudencia se le puede reconocer valor normativo hasta equipararla con la ley como fundamento del recurso de fondo y la de si existe también jurisprudencia concerniente a los errores *in procedendo* por quebrantamiento de forma.

La respuesta a la primera de esas preguntas ha de darse en el sentido de que la jurisprudencia incumbe únicamente un *cometido* interpretativo, como regulador e *integrativo* en ocasiones, pero *no normativo*, porque de asignarle este valor, se corre el riesgo de una paulatina sustitución de la voluntad legislativa por la voluntad jurisdicente, que manifiesta de continuo, mientras que el legislador lo hace solo una vez, al promulgarse el texto y en tanto no se modifique o se derogue.

Ese peligro se acentúa cuando se confiere fuerza obligatoria a la jurisprudencia, porque entonces se subvierte la relación entre ley (de alcance general) y la

jurisprudencia cuyos eslabones integrantes surgen frente a casos litigiosos concretos. Cuando la exposición de motivos que encabeza el Título Preliminar del nuevo Código Civil español tras descartar la jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico, expresa en su apartado décimo que “la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con la realidad de la vida (...) da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de ‘criterios’ que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen ‘desarrollos’ singularmente autorizados y dignos, con su ‘reiteración’, de adquirir cierta ‘trascendencia’ normativa”.

Lo que sienta un criterio válido, el gran servicio que la jurisprudencia presta a la evolución del Derecho estriba en su flexibilidad, en contraste con la rigidez de la ley. Merced a esa peculiaridad, textos legislativos importantes de larga duración (como en Francia con 5 grandes códigos napoleónicos que rigen hasta el momento, con excepción del de Instrucción Criminal de 1808 que fue sustituido en 1957). Así la noción de jurisprudencia se extiende, sin la menor dificultad a la que recaiga al resolver el juzgador de casación los recursos por quebrantamiento de forma (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 1982).

Así el legislador peruano enfrentó este caso de otorgar a la jurisprudencia fuerza de ley, cuando nuestro Derecho vigente no la contemplaba como fuente de aquel, lo que no sucedió con el CPConst., que en su artículo VII de Título Preliminar otorgó a las sentencias en calidad de cosa juzgada del Tribunal Constitucional la calidad de precedente cuando así lo exprese con efectos normativos, pero que fue posterior al CPC. Por eso creó el concepto de “doctrina jurisprudencial”, que tímidamente esbozó el Decreto Legislativo N° 612 (anterior LOPJ) en su artículo 142, que decía “por estar en contradicción con los criterios que emanen de otros fallos en casos similares”. Así, identificamos este criterio con el “doctrina legal” pero en el sentido que le dan los autores españoles y no de los argentinos.

Es decir, se ha venido entendiendo a la “doctrina jurisprudencial” como la creación del derecho a cargo de los jueces supliendo la sequía legislativa, pero no como reglas jurisprudenciales para la aplicación de razonamientos en casos análogos. Es decir, se ha formado una jurisprudencia conceptual o indicativa.

Por ello, el problema central radica en cuál es el rol que juega esta “jurisprudencia vinculante” o “doctrina jurisprudencial” o “doctrina jurisprudencial normativa”.

En la actualidad se han desarrollado siete plenos casatorios en materia civil “que tienen como objetivo promover la predictibilidad de las decisiones judiciales en su diferentes niveles y especialidades” (PODER JUDICIAL, 2012: p. 19), pero al parecer los resultados no han sido los esperados en la proporción de plenos casatorios y desarrollo de doctrina jurisprudencial y el tiempo de aplicación de este CPC.

Por ello, en la perspectiva de la casación como modelo racional de creación de precedentes vinculantes se debe tener, en principio, la distinción entre “precedente vertical” y “precedente horizontal” que correspondería a la extensión de la eficacia de la regla jurisprudencial, y seguidamente la oposición entre “precedente vinculante” y “jurisprudencia indicativa” a fin de garantizar la denominada “hidráulica jurídica” que implica una ruptura de un modelo deseable pero en la práctica inviable basado en la totalidad del derecho positivo ante la capacidad expansiva de los textos constitucionales que se convierten en el suelo y soporte fundamental que deja paso de la idea de la aplicación de la norma y la inevitable y simultánea ponderación de principios (OLLERO TASSARA, 1989).

Para Luiz Guilherme MARINONI (2013) la “eficacia vertical” alude a la fuerza obligatoria natural que tiene el precedente vinculante sobre tribunales inferiores, pero el problema radicaría en la vinculación de los órganos del propio tribunal del que proviene el precedente que es la denominada “eficacia horizontal” situación que se advierte de la conformación de nuestra Corte Suprema en distintas salas, teniendo como propuesta común, en varios de los proyectos presentados, la unificación en una sola Sala de Casación para lograr este cometido.

Pero, más allá de esta observación de índole administrativa, la eficacia tanto horizontal como vertical del precedente, resulta de encontrar un justo medio entre la jurisprudencia libre y el precedente absoluto.

En principio, de tratarse de un precedente absoluto, todo caso análogo tendría que ser decidido de idéntica forma al anterior, lo que generaría una inflexibilidad en el desarrollo de la jurisprudencia, y en el otro extremo, tampoco es beneficioso un sistema libre de jurisprudencia que niega cualquier tipo de peso específico al precedente.

Un sistema relativo, tal como menciona LÓPEZ MEDINA, consiste en que un precedente ya adoptado tiene peso jurídico específico, y cuenta como argumento, es por eso la importancia en la construcción del argumento, para el nuevo caso análogo que se presenta ante el juez, teniendo los precedentes una cierta “fuerza gravitacional” que atrae al nuevo fallo, en donde, los jueces tienen el deber *prima facie* de respetar el precedente. Pero este deber no es absoluto ni definitivo, pudiéndose separar del precedente si es que hay motivo y razones suficientes, teniendo en consecuencia los jueces una doble carga, por un lado, la “carga de transparencia” en el anuncio y conocimiento del precedente vigente y, por otro lado, una “carga de argumentación” por la que se debe mostrar con claridad porque la nueva posición jurisprudencial es mejor que la anterior (LÓPEZ MEDINA, 2006).

Es así que esta eficacia vertical y horizontal relativa obliga a respetar el precedente vigente si es que no se demuestra una situación jurídica y moralmente superior para evitar el cambio jurisprudencial discrecional:

“La invitación se hace, pues, a considerar la jurisprudencia como repositorio de experiencia basado en la *analogía fáctica* entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces. La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias. El cambio de decisión, por tanto, debe ser excepcional y basado en *motivos suficientes y razonables*” (LÓPEZ MEDINA, 2006: p. 109).

De esta primera premisa vendría la siguiente cuestión con relación al tipo de jurisprudencia que permite ese fin si es de tipo indicativa o tipo analógica.

En primer término, la jurisprudencia indicativa tiende a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de conceptos jurídicos, por consiguiente, cada caso se resuelve de acuerdo a la ley y a los conceptos jurídicos definidos con anterioridad. Esta jurisprudencia indicativa está plagada de citas anti-técnicas y retóricas, buscando una conexión conceptual y abstracta entre las sentencias, más que una referencia analógica fáctica, y buscan una autoridad retórica, lo que origina que las sentencias estén plagadas de citas de otros casos, pero que no tienen conexión analógica entre el precedente utilizado y el caso nuevo presentado.

Por otro lado, el precedente vinculante, tal como se ha definido, se cita la *ratio decidendi* o subregla de una sentencia anterior como norma jurídica aplicable *prima facie* al caso que se está decidiendo. De esta manera, el vínculo de autoridad no se basa en la unidad conceptual y abstracta ya definida, como es el caso de la jurisprudencia indicativa, sino en la conexión de la analogía fáctica entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso nuevo, teniendo en consideración que la subregla jurisprudencial sea estricta y genuinamente análoga, se identifique plenamente su *ratio descendendi*, y no existan motivos suficientes y razonables para cambiar la jurisprudencia (LÓPEZ MEDINA, 2006).

En esta conexión de la analogía fáctica entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso nuevo, la cualificación jurídica de los hechos que se realizan en la sentencia se convierte en elemento de esta, ya que es esta la que vincula al juez posterior, ya que de lo contrario la fuerza del precedente podría ser eludida por el juez posterior por el cambio de calificación jurídica (OROZCO MUÑOZ, 2011).

De la lectura de las sentencias de los plenos casatorios en materia civil, esta se ha desarrollado bajo el esquema de una jurisprudencia indicativa, para la formación de conceptos abstractos como “posesión”, “debido proceso”, “tutela jurisdiccional”, “ineficacia”, “nulidad”, y plagan las sentencias de los jueces inferiores



de citas antitécnicas de sentencias que no tienen ninguna conexión fáctica entre el supuesto precedente y el caso nuevo, sino solo para utilizar dichos conceptos, lo que las vuelve extensas y reiterativas, habiéndose perdido de esta forma treinta años en la creación de un sistema de casación jurisprudencial que permita la previsibilidad de los fallos y la seguridad jurídica. Existe una preocupación que hace recordar a SAVIGNY y la referencia a “la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho” (1814) que bien se podría traducir en la “vocación de nuestra época para la creación de precedentes vinculantes por las cortes”, pero que se aleja de su real función que es el establecer criterios o razones aplicables a casos análogos.

El precedente vinculante conceptual o indicativo, puede convertir al juez en un autómatas, que aplica en forma matemática, por no decir mecánica, la ley o regla jurisprudencial, conforme lo ya resuelto en otros supuestos. De aceptarse que al juzgar los tribunales superiores solo pueden aplicar este precedente es posible que se llegue al automatismo del juez y del derecho, pues solo les quedará el análisis o interpretación de los hechos y para “aplicar” el derecho al caso, deberá recurrir a la “ficha” con el antecedente jurídico.

Es decir que, llegado ese momento, será de mucho más importancia en el tribunal la designación de un empleado administrativo que sepa confeccionar un buen fichero con la denominada “jurisprudencia vinculante”, que la del mejor abogado para cumplir con la magistratura. Con esto se posibilita el estancamiento del desarrollo y evolución jurídica, al eliminar una de las fuentes de progreso como son la experiencia e inteligencia de todos los demás jueces que no integran todo ese poder central de lo jurídico judicial, a los que se les descalifica y se les reduce a una situación de sometimiento intelectual. Además de crear actitudes que revitalizarían las diferencias entre capital y provincias, porque quienes proponen la casación son hombres de la capital y la Corte Suprema de Justicia, será una rueda más del unitarismo centralizador, con sede en la capital de la República.

Y pese a las disposiciones del CC o norma material, el juez no podrá aplicar justicia, ante una falta del precedente, por cuanto sería función exclusiva y absoluta de la Corte Suprema interpretar la ley, y se puede revivir el antiguo sistema del “refereé legislatif”, pudiendo el juez perder la intermediación, concentración, etc. que llevaría posiblemente a un nepotismo judicial y sugeriría un hedonismo en la aplicación y el estudio del derecho (SANDMYER, 1982).

Finalmente, se ha argüido constantemente el rechazo a un sistema de jurisprudencia vinculante por ser un rasgo propio del derecho anglosajón o *common law* diverso del sistema del *civil law* propio de nuestro ordenamiento.

Sin embargo, tal como indica THOMAS BUSTAMANTE (2016), en una teoría argumentativa del precedente judicial, en el que se establecen reglas de argumentación

útiles para justificar la decisión de adherirse, apartarse o modificarse un precedente judicial, reivindica una validez universal, en el que el proceso hermenéutico o tipo de raciocinio al momento de interpretar o aplicar un precedente judicial es el mismo en cualquier sistema jurídico.

Y en este aspecto, surge el cuestionamiento si se propone un sistema jurisdiccional basado en ¿reglas o principios? ¿Cuál es su sustento ius filosófico, neo positivismo o neo iusnaturalismo? ¿El juez nacional se convertirá en un juez interamericano o supranacional? ¿el juez se convertirá en legislador? ¿se está produciendo una americanización del Derecho? (SUMARIA, 2013), cuestiones que a su vez forman parte del debate que responde a las tensiones del presente entre razón e historia, universalismo o particularismo, cosmopolitismo o nacionalismo, que tiene su correlato en la esfera de la filosofía jurídica y política, en las polémicas entre actitudes metódicas analítico-sistemáticas y axiológicas-experienciales; entre liberales y comunitaristas, entre el universalismo y el multiculturalismo (CONTRERAS PELAEZ, 2005).

Este no es el lugar para debatir si cual o tal sistema es mejor, dado que cada uno representa valores, intereses, ideologías a las que sirven; sin embargo, si el modelo que se ha optado es por la fuerza del precedente vinculante, pues se debe desarrollar el mismo, si no pasarán otros treinta años y seguiremos con la constante de acumulación de procesos en la Corte Suprema, falta de previsibilidad y seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N. (1982): En: AA.VV. *Temas de casación y recursos extraordinarios*. La Plata: Platense; ALVARADO PALACIOS, E. (1977): *Causales y motivos de la casación en la legislación colombiana*. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Javeriana; BUSTAMANTE, T. (2016): *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, trad. Juan Carlos Panez; Brian Ragas. Lima: Ediciones Legales; CALAMANDREI, P. (1961): *La casación civil*, vol. II, trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CALAMANDREI, P. (1966): "Le funzione della giurisprudenza nel tempo presente". En: *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano; CARPINTERO BENÍTEZ, F. (2012): *La crisis del Estado en la edad posmoderna*. Navarra: Thomson Reuters; CONTRERAS PELAEZ, F. (2005): *Savigny y el historicismo jurídico*. Madrid: Tecnos; DE TRAZEGNIES, F. (2001): *Pensando insolentemente*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; FERRAJOLI, L. (2002): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta; FOUCAULT, M. (1968): *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, trad. E. C. Frost. México D.F.: Siglo XXI editores; GARZÓN IGLESIAS, A. (2010): *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*. Madrid: Dykinson; HITTERS, J. C. (1982): "Fines de la casación". En: AA.VV. *Temas de la Casación y recursos extraordinarios*. La Plata: Platense; IBAÑEZ FROCHMAN, M. (1969): *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 4ª ed. Buenos Aires: La Ley; LÓPEZ AYLLÓN, S. (1989): "El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico. Una aproximación

de sociología del derecho”. En: AA.VV. *Libro Homenaje a Jorge Barrera Graf*, vol. II. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; LÓPEZ MEDINA, D. (2006): *El derecho de los jueces*, 2ª ed. Bogotá: Legis; MARINONI, L. G. (2013): *Precedentes obligatorios*, trad. Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra; MARTÍNEZ, F.; ROVIRA IGUARÁN, F. d. (1988): *De la excepciones y la casación*. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana; MORAL SORIANO, L. (2002): *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons; NEUMANN, F. (1964): “The change in the function of Law in modern society”. En: *The Democratic and Authoritarian Estate. Essays in Political and Legal Theory* (H. Marcuse, Ed.; F. de Trazegnies, recopilador). New York: The Free Press; OLLERO TASSARA, A. (1989): *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; OROZCO MUÑOZ, M. (2011): *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Thomson Reuters; OST, F. (2005): *El tiempo en el Derecho*, trad. M. G. Torres. México D.F.: Siglo XXI Editores; PICARDI, N. (2009): *La jurisdicción al alba del tercer milenio*, trad. J. J. Palacios. Lima: Communitas; PODER JUDICIAL (2012): *Memoria Institucional 2011-2012*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial; SANDMYER, R. (1982): Función de la casación. En: AA.VV. *Temas de casación y recursos extraordinarios*. La Plata: Platanense; SANTOS, B. (2005): *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Editorial Trotta; SUMARIA BENAVENTE, O. (2009): “Casación: Diacronía y sincronía en el Derecho”. En: *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, N° 4; SUMARIA BENAVENTE, O. (2013): *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: ARA; SUMARIA BENAVENTE, O. (2014): “La casación como modelo racional en la formación del precedente”. En: *Gaceta Civil & Procesal*, N° 18; TARELLO, G. (2002): *Cultura jurídica y política del Derecho*. Granada: Comares; TARUFFO, M. (2006): *El vértice ambiguo. Ensayos sobre casación civil*, trad. J. J. Palacios. Lima: Palestra; VÉSCOVI, E. (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

SUMARIA BENAVENTE, O. (2014a): “Interpretación y jurisprudencia progresiva hacia el control del hecho en casación”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 8; SUMARIA BENAVENTE, O. (1996): ¿Limitaciones al recurso de casación? *Derecho y Política de Negocios*, N° 2; ZANETTI JR, H. (2015): *El valor vinculante de los precedentes. Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculante*, trad. R. Cavani; M. L. Meza Ríos; F. Escajadillo. Lima: Raguel.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Respecto a la segunda causal, sostiene que existe la numerosa y uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema, la que –según refiere– cumple en acompañar, acarreado una doctrina jurisprudencial en el sentido que las omisiones incurridas en la tramitación del expediente matrimonial no causan la nulidad del acto matrimonial mismo. Examinados los argumentos expuestos por la impugnante, cabe precisar que las ejecutorias que menciona la recurrente a través del presente recurso no cumplen con los requisitos previstos por el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil; por lo que esta denuncia debe ser desestimada, al no cumplirse con lo dispuesto por el acápite dos punto dos inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del acotado Código Procesal (*Cas. N° 1842-2007-La Libertad*).

## CAPÍTULO V QUEJA

### Artículo 401

#### Objeto

*El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente un recurso de apelación. 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; L.P.A.G. art. 158.*

*Ricardo Carrillo Garrath*

### 1. INTRODUCCIÓN

El recurso de queja, es aquel que interpone una parte cuando se ha declarado inadmisibile o improcedente un recurso de apelación, o se ha concedido con efecto distinto al solicitado, siendo el objeto del mismo el reexamen de dicha denegatoria, es decir, “supone el requerimiento formulado a un Tribunal Superior para remover el obstáculo puesto por otro inferior a la tramitación de los recursos de apelación y casación” (DE PINA, 1940: p. 214).

En efecto, “el recurso de queja es un recurso ordinario, devolutivo, que en el ámbito civil viene concebido en función de otro recurso, con el objeto de evitar que el Tribunal ad quem no tenga conocimiento de una impugnación planteada ante el Tribunal a quo” (RAMOS, 1992: p. 720).

“Puede decirse también que el recurso de queja tiene por finalidad –indirectamente y en el fondo– impedir que la resolución que causa agravio y que fuera recurrida en apelación o casación (recursos estos cuya desestimación inicial diera lugar a la queja respectiva) adquiriera la calidad de cosa juzgada” (HINOSTROZA, 2002: p. 251).

Por tanto, a diferencia de la apelación que se otorga para reparar el error *in iudicando* o *in procedendo*, el objetivo de la queja es solicitar un reexamen, con la finalidad que el superior jerárquico conceda el recurso de apelación denegado

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

por el juez inferior; o, de ser el caso, se otorgue a la apelación el efecto solicitado por el recurrente.

## 2. ALCANCES DEL RECURSO DE QUEJA

En cualquiera de los casos, la resolución que acoge la queja, de ningún modo, puede resolver sobre el asunto de fondo, es decir, lo que es materia de impugnación, “(...) en ese sentido, se debe precisar que el órgano jurisdiccional que conoce la queja no le compete emitir pronunciamiento sobre el asunto a que se contrae el medio impugnatorio denegado –en este caso apelación– sino que debe circunscribirse exclusivamente sobre el juicio de admisibilidad o de procedencia referido al recurso” (Queja N° 2316-2014-Lima, Sala Civil Permanente), a diferencia por ejemplo, del recurso de queja en sede constitucional, el cual tiene como finalidad tutelar para el recurrente, la obtención de un pronunciamiento de fondo de lo pretendido ante la denegatoria del recurso de agravio.

La interposición de la queja no suspende la competencia del juez inferior, quien continuara conociendo del proceso, como si la misma no hubiese sido presentada, salvo que la parte impugnante solicite la suspensión, siendo facultad discrecional del juzgador conceder la misma.

Cabe resaltar que el artículo bajo comentario en su texto original establecía que el recurso de queja tenía por objeto el reexamen de la resolución que declaraba inadmisibles o improcedentes un recurso de apelación o de casación. Sin embargo, mediante la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo de 2009 en el diario oficial *El Peruano*, se modificaron diversos artículos del CPC referidos al recurso de casación, excluyendo dicho recurso de los alcances de la queja.

De acuerdo lo señalado en la exposición de motivos de la Ley N° 29364, dichas modificaciones buscaban devolverle al recurso de casación su carácter excepcional, por venir siendo utilizado indebidamente como mecanismo para acceder a una “tercera instancia”, dilatando de esta forma la actuación de las sentencias emitidas por las cortes superiores.

En ese sentido, a fin de permitir que la Corte Suprema cumpla su función de órgano de casación, evitando así la carga excesiva de expedientes, se estableció que la Sala Suprema examine en un solo acto los requisitos previstos en los artículos 387 y 388 del CPC, declarando inadmisibles, procedentes o improcedentes el recurso, mediante resolución inimpugnables, lo cual a nuestro modo de ver nos parece una modificación acertada, pues exige a la defensa de los justiciables mayor rigurosidad respecto a la observancia de los requisitos de forma y fondo, desincentivando así la interposición de recursos dilatorios.

### 3. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

Como se ha señalado líneas arriba, el recurso de queja es el idóneo para atacar dos clases de resoluciones, aquellas que declaran inadmisibles o improcedentes el recurso de apelación, y aquellas que otorgan el recurso de apelación en un efecto distinto al solicitado.

Respecto del primer supuesto de hecho, el artículo 367 del CPC, referido a la admisibilidad y procedencia del recurso de apelación, establece que “la apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, que no tenga fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes según sea el caso”. Es decir, la inadmisibilidad del recurso de apelación será decretada en la medida en que se produzca el incumplimiento u omisión de ciertos requisitos formales, referidos principalmente al pago del arancel por derecho de trámite del recurso, a la presentación de los aranceles judiciales por concepto de notificación, y, o, a la autorización del mismo por parte del letrado designado en el proceso.

Por su parte, el artículo 366 del código aludido prescribe que “el que interpone apelación debe fundamentarla indicando el error de hecho y de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria”; es decir, corresponde al impugnante señalar oportunamente de manera clara, concreta y precisa el error cometido por el juez inferior al calificar el recurso, así como el agravio que dicha decisión le genera.

La norma bajo comentario prescribe también, que procede el recurso de queja, “contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado”. De acuerdo a lo normado en el artículo 368 del CPC, el recurso de apelación puede ser concedido con efecto suspensivo, lo cual supone que la eficacia de la resolución impugnada quedará suspendida hasta que la instancia superior resuelva el recurso, o sin efecto suspensivo, lo cual implica que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, es decir, que debe cumplirse o ejecutarse a pesar del recurso interpuesto.

En este último caso, a su vez podrá ser concedido con la calidad de diferida, es decir, reservando el trámite hasta que sea resuelto por el superior conjuntamente con la sentencia o con otra resolución que el juez inferior señale, o sin la calidad de diferida, lo cual supone la formación de un incidente o cuadernillo de apelación, a fin de que sea elevado al superior, para que este resuelva la apelación sin afectar el trámite del expediente principal.

En consecuencia, en la medida que el juez yerre al calificar el recurso de apelación, desestimándolo o concediéndolo con un efecto distinto al solicitado,

dicha resolución solo será susceptible de ser recurrida en queja “por ser el medio impugnatorio idóneo, conforme lo dispone el artículo 401 del CPC; y no recurrir en nulidad en vía de remedio procesal, (...) 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, Primera Sala Civil Permanente).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que bajo ningún supuesto el recurso de queja puede habilitar la apertura de una tercera instancia, toda vez que por mandato constitucional y legal, corresponde de manera exclusiva a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia. “De conformidad con los artículos 49 y 11 de la LOPJ la decisión del juzgado especializado constituye cosa juzgada, por lo que habiéndose cumplido con la doble instancia, resulta improcedente la queja de derecho” (Exp. N° 37-94-Lima, Primera Sala Civil), por lo que en aquellos casos en donde el proceso hubiese agotado las instancias del juzgado de paz letrado y juzgado especializado, la misma será declarada improcedente liminarmente.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA, Alberto (2002): *Medios impugnatorios en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; DE PINA, Rafael (1940): *Principios de Derecho Procesal Civil*. México D.F: Ediciones Jurídicas Hispanas; RAMOS, Francisco (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Barcelona: Bosch.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2010): *CPC Texto vigente y antecedentes*. Lima, Palestra; BONET, Angel (2000): *Los recursos en el proceso civil*. Madrid: La Ley; COLERIO, Juan Pedro (1993): *Recurso de queja por apelación denegada*. Buenos Aires: Ediar; COUTURE, Eduardo (1993): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; MESÍA, Carlos (2009): *Los recursos procesales constitucionales*. Lima, Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 402****Admisibilidad y procedencia**

*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; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.*

***Ricardo Carrillo Garrath***

**1. INTRODUCCIÓN**

La concesión del recurso de queja, como en todos los demás medios impugnatorios regulados por el CPC, está condicionada al cumplimiento obligatorio de determinados requisitos formales a efectos de calificar su admisibilidad, así como al cumplimiento de ciertos requisitos de fondo vinculados a su debida fundamentación. Por tanto, el incumplimiento de alguno de estos requisitos, generarán la inadmisibilidad o el rechazo definitivo del recurso.

**2. REQUISITOS DEL RECURSO DE QUEJA**

En cuanto a los requisitos formales, la norma bajo comentario establece la obligación de presentar el recibo del arancel judicial por derecho de trámite del recurso. El artículo VIII del CPC, establece que “el acceso a la justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas, multas establecidas en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial”.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a inicios de cada año judicial, aprueba una resolución administrativa que contiene un cuadro con los valores de los aranceles judiciales para dicho ejercicio gravable, tomando como criterio la Unidad de Referencia Procesal (URP), la cual es el equivalente al (10 %) diez por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) fijada anualmente por el Poder Ejecutivo.



En consecuencia, el arancel judicial deberá ser calculado en función del monto de la cuantía involucrada, de acuerdo a la escala aprobada para el respectivo ejercicio gravable.

Cabe precisar, que en dicha resolución administrativa, se establecen además ciertas reglas especiales para el pago de los aranceles judiciales atendiendo a la naturaleza jurídica del proceso (por ejemplo para los procesos de familia cuya pretensión no exceda las veinte URP), así como para aquellos procesos que carezcan de cuantía, y, o, aquellos que siendo de naturaleza declarativa contengan una carga económica (por ejemplo en los procesos de impugnación de acuerdos societarios, otorgamiento de escrituras públicas, nulidad de acto jurídico, entre otros).

Conforme al artículo 39 del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 que regula el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, estarán exceptuados del pago del arancel, el Estado en ejercicio de la defensa legal, a excepción de las empresas accionariado íntegramente público que se encuentren dentro del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), así como las empresas regionales o municipales cuyo accionariado le pertenezca mayoritariamente y, o, en su integridad a estas últimas. De la misma forma, se encuentran exceptuadas del pago del arancel, aquellas personas naturales a quienes el juez les haya otorgado auxilio judicial.

La norma, exige acompañar también, copia simple de los actuados judiciales correspondientes al escrito que dio mérito a la resolución impugnada, así como la copia de esta última resolución, conjuntamente con la del recurso de apelación y la resolución denegatoria. Teniendo en consideración, que la queja se presenta directamente ante la instancia jerárquica superior, resulta razonable exigir al recurrente la presentación de dichos actuados, toda vez que esta última no tiene el expediente en curso a la vista, las cuales además, deberán estar debidamente firmadas por su abogado defensor, lo cual les otorga presunción de veracidad.

Esta disposición se funda en los principios de economía y celeridad procesal, pues evita que el trámite del recurso de queja se dilate como consecuencia de la formación de un cuadernillo y remisión de copias por parte de la instancia jerárquica inferior que desestimó la apelación. Asimismo, con el objeto de acreditar el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos, se exige identificar las fechas en que se notificó la resolución recurrida, se interpuso el recurso y fue notificada la resolución denegatoria.

En cuanto a la fundamentación del recurso “la queja debe presentarse por escrito, con la fundamentación que la motiva. En ese sentido, constituye un verdadero memorial, una verdadera expresión de agravios, contra la resolución denegatoria” (LEVITAN, 1986: p. 115), es decir, “debe bastarse a sí misma en el sentido de

autosuficiente, en este marco y como todo recurso, el mismo ha de estar fundado, incumbiendo al recurrente demostrar, por qué estima incorrecta la denegatoria dispuesta por el inferior de grado” (GIANNONE, 2013: p. 346), por lo que corresponde al recurrente exponer con claridad los argumentos que sustentan su recurso, precisando cuales han sido los errores de hecho y/o de derecho cometidos por el juez inferior al momento de calificar la apelación que conllevaron a rechazarla o concederla con un efecto distinto al solicitado, y de qué manera, dicha decisión afecta el ejercicio de su derecho constitucional a la defensa.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GIANNONE, Claudio (2013): *El recurso de queja*. En: *Tratado de los recursos* (dir. MIDÓN, Marcelo), tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; LEVITAN, José (1986): *Recursos en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires: Depalma.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Ronald; DE LOS SANTOS, Mabel (2006): *Recursos ordinarios y extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; MONROY, Juan (2004): *La formación en el proceso civil peruano (escritos reunidos)*. Lima: Palestra; QUINTANA, Macarena (2011): *Recurso de queja: por denegación del recurso extraordinario federal*. Buenos Aires: Astrea.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 401 del Código Procesal Civil establece que el recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibles o improcedentes 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, 1ª Sala Civil Permanente Suprema*).

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*).

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*).

**Artículo 403**

**Interposición**

*La queja se interpone ante el superior que denegó la apelación o la concedió en efecto distinto al pedido. 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, el peticionante puede 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. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. art. 357; C.P. Const. art. 19.*

*Ricardo Carrillo Garrath*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El recurso de queja ha sido instruido para garantizar el principio de pluralidad de instancias y evitar que la decisión del juez inferior sea irrevisable por su sola voluntad, lo que generaría al recurrente un estado de indefensión, el cual se configuraría si se deja al libre albedrío de quien emitió una resolución cuestionable, la posibilidad de su reexamen por el órgano jurisdiccional superior en grado. Por ello, la norma prescribe que su interposición sea directamente ante la instancia superior. “Es un recurso devolutivo, en cuanto que la competencia para conocerlo reside en un tribunal superior al que dictó la resolución, ya sea en segunda como de tercera instancia” (GIANNONE, 2013: p. 343).

**2. ÓRGANO COMPETENTE**

La regla general es que el recurso de queja se interpone directamente ante la instancia jerárquicamente superior, en un plazo perentorio e improrrogable de tres días, el cual deberá ser computado conforme a las reglas establecidas en el artículo 147 del CPC; es decir, dentro del tercer día hábil contado a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la resolución denegatoria.

Dicha disposición tiene su correlato en diversas legislaciones comparadas. Por ejemplo, el anterior Código de Procedimiento Civil colombiano en su artículo 37 establecía que “cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

apelación, al recurrente podrá interponer el de queja ante el superior, para que este lo conceda si fuere procedente”; y el nuevo Código General del Proceso colombiano, en sus artículos 31 inciso 3, 32 inciso 2 y 33 inciso 3, establece que los tribunales superiores civiles y de familia, y los jueces civiles, respectivamente, conocen el recurso de queja por denegación de la apelación. De la misma forma, el CPC y Comercial de la Nación Argentina en su artículo 282 señala que “si el juez denegare la apelación, la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la cámara, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente (...)”. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 494 prescribe que “contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado. Los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente (...)”.

Sin embargo, la norma bajo comentario, a diferencia de la legislación comparada antes citada, establece una excepción aplicable para aquellos procesos que se tramiten en distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao. Atendiendo a la realidad geográfica de nuestro país, dicha disposición fue concebida para garantizar que la distancia territorial que pudiera existir entre el domicilio del recurrente y el domicilio de la sede ante la que se deba de presentar el recurso, no constituya un obstáculo para el ejercicio adecuado de su derecho constitucional a la defensa.

Por tanto, y a solicitud del recurrente, corresponde al juez inferior elevar sin mayor trámite el cuadernillo del recurso a la instancia superior por conducto oficial, es decir, mediante un oficio dirigido al juez superior, diligenciado a través de la Oficina de Servicio de Notificaciones Judiciales (Sernot) del Poder Judicial, o, a través de la instancia administrativa designada para tales efectos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GIANONNE, Claudio (2013): *El recurso de queja*. En: *Tratado de los recursos* (dir. MIDÓN, Marcelo), tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 404****Tramitación del recurso**

*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.R.C. arts. 53 inc. 1, 357, 367, 402, 414; C.P. Const. art. 19.*

**Ricardo Carrillo Garrath**

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma materia de comentario, regula el procedimiento bajo el cual el juez superior deberá tramitar la queja. Como se puede apreciar, la misma ha establecido un procedimiento expeditivo, a fin de evitar que la denegatoria del recurso por el transcurso del tiempo le genere mayor indefensión al recurrente. Incluso, algunas legislaciones como la española, en atención al perjuicio que dicha situación le podría acarrear, prescribe que “los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente (...)”, disposición que no se encuentra recogida en nuestra legislación procesal.

**2. CALIFICACIÓN Y TRÁMITE DEL RECURSO**

Respecto a la calificación del recurso, la norma establece que el superior *puede* rechazar el recurso en la medida que el recurrente omita el cumplimiento de algunos requisitos de admisibilidad y, o, procedencia. Nótese que la norma establece la palabra “puede” y no “debe”, por lo que en nuestra opinión, si el recurrente

omite alguno de los requisitos de admisibilidad, el juez superior tiene la facultad de conferirle un plazo adicional con la finalidad que subsane dichas omisiones de carácter formal.

El artículo 367 del CPC, establece en su tercer párrafo que “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 bien dicha norma se refiere al trámite del recurso de apelación, en lo referente a la subsanación del recurso, se remite a su vez al artículo que regula los requisitos de admisibilidad aplicable a todos los medios impugnatorios normados por el CPC. Por tanto, si interpretamos sistemáticamente dichas disposiciones, podemos concluir que si es posible otorgar un plazo adicional para subsanar la omisión de algún requisito de admisibilidad.

Por otra parte, el juez superior tiene la facultad de solicitar al juez inferior copia de los actuados que estime necesarios para resolver la queja, sin embargo, no está facultado para solicitar el envío de los actuados principales, lo cual tiene sentido, toda vez que el recurso de queja por regla general, no suspende la tramitación del principal.

Sin embargo, si el recurrente omite fundamentar con claridad y precisión los argumentos que sustentan el recurso, así como el agravio que le causa la resolución denegatoria, el mismo deberá ser declarado *in limine* improcedente, ya que además de no existir ninguna disposición legal que permita al juzgador otorgar un plazo adicional para la subsanación de dicha omisión, consideramos que en ese caso este último estaría supliendo la defensa que el recurrente no desarrolló en forma oportuna con sujeción a la normatividad señalada.

Si se declara fundada la queja, corresponderá al juez superior resolver la apelación concedida, ya que: “Por esencia el recurso se procesa y decide por el superior jerárquico, puesto que constituye un medio impugnativo de control sobre la resolución del inferior sobre la denegación del recurso de apelación. Y este superior es, también, por esencia, aquel ante el cual se debió conceder la apelación denegada (...) La sentencia que resuelve la queja puede entonces, declarar que es admisible, en cuyo caso el tribunal debe avocarse al conocimiento de la causa en apelación, solicitando los autos, si nos los tuviere en su poder” (VÉSCOVI, 1988: p. 183).

Frente a dicha circunstancia nos surge una interrogante, ¿el conocimiento que adquiere la instancia superior con ocasión del trámite de la queja genera prevención? De acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 31 del CPC, “en segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera

notificación”. Como vemos, el supuesto de hecho de esta norma, hace referencia a la notificación de una resolución emitida en el expediente principal o en alguno de sus incidentes, lo cual no ocurre con la queja por su carácter autónomo respecto de la tramitación de los otros incidentes.

Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema mediante la Consulta tramitada en el Exp. N° 414-2010-Lima ha establecido que el auto que declara fundada la queja sí genera prevención. Por tanto, corresponderá a dicho órgano jurisdiccional conocer de las demás impugnaciones que se sustancien ante el juez inferior durante el trámite del principal y/o sus incidentes.

Si se declara infundada la queja, el recurrente será condenado al pago de las costas y costos del recurso, salvo que sea exonerado mediante declaración judicial expresa y motivada. De acuerdo con el nuevo texto del artículo 414 del CPC, modificado por la Ley N° 30293 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2014, debe tenerse en cuenta que si el recurso de queja fue interpuesto por una pluralidad de sujetos, la condena al pago los obliga solidariamente. Sin embargo, de manera excepcional, el juez superior en resolución debidamente motivada, podría regular la proporción que deba pagar cada sujeto, atendiendo a la actividad procesal desarrollada por cada uno de ellos.

Adicionalmente, la norma bajo comentario establece que se condenará al recurrente al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal (URP), la cual deberá ser cancelada en plazo máximo de (10) diez días. En caso contrario, el cuaderno de multa será enviado a la Secretaría de Cobranza de Multas del Poder Judicial para iniciar las acciones de cobranza coactiva.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

VÉSCovi, Enrique, (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LAMBERTI, Silvio; SÁNCHEZ, Aurora (1997): *Queja por apelación ordinaria denegada*. Buenos Aires: Universidad.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 405****Efectos de la interposición del recurso**

*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 inc. 4.*

**Ricardo Carrillo Garrath**

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo trescientos setenta y uno del CPC, establece que la apelación con efecto suspensivo procede contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, y en los demás casos previstos en dicha norma adjetiva, mientras que las apelaciones sin efecto suspensivo, conforme al artículo trescientos setenta y dos de la citada norma, proceden en los casos expresamente establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo.

En consecuencia, dado que el recurso de queja no suspende la tramitación del principal ni la eficacia de la resolución recurrida, la misma será concedida sin efecto suspensivo. Sin embargo, dicha norma establece un supuesto de excepción, concediendo al juzgador discrecionalidad en cuanto su calificación.

**2. SUSPENSIÓN DEL TRÁMITE DEL PROCESO**

La norma bajo comentario, establece que el juez “puede” a pedido de parte suspender el trámite del principal. Es decir, dicha solicitud no constituye un imperativo, por el contrario dicha decisión quedará a criterio y consideración del juzgador. Por tanto, en la medida que considere atendible el pedido, el recurrente deberá otorgar una contracautela, la cual deberá ser proporcional y razonable en relación a la materia controvertida.

En nuestra opinión, el juez al momento de calificar la solicitud de suspensión, deberá analizar si la denegatoria del recurso o su concesión en efecto distinto al solicitado, podría generar para el recurrente un perjuicio irreparable o *una lesión grave o de difícil reparación*, concepto que tomamos del artículo 280 del Anteproyecto del CPC Modelo para Iberoamérica.



Sobre este último concepto, “es menester poner en resalto que el concepto de ‘perjuicio irreparable’ ha ido evolucionando merced al desarrollo jurisprudencial de la figura. En un primer momento estimamos que básicamente, dicho ‘perjuicio irreparable’ que legitima algunos supuestos de inapelabilidad se daba cuando no era compensable, de adecuadamente en dinero. Después se agregó la hipótesis de que también existía *periculum in damni* cuando la demora en reunirse con la prestación reclamada – inherente a la substantación de todo proceso civil empeoraba gravemente (...) la situación del actor. Y hasta se llegó admitir que se pueda alegar un *periculum in damni* en cabeza de terceros, para convalidar una medida innovativa consistente en un anticipo parcial de tutela judicial de mérito. Adviértase que en todos los supuestos se trata de circunstancias colaterales a la relación litigiosa, en si que desmejoran notablemente la posición del actor si es que no se le satisface ya mismo en todo o en parte, su pretensión de fondo” (PEYRANO, 2003: pp. 33-34).

Complementando lo antes señalado el perjuicio o “(...) el gravamen irreparable puede considerarse como aquel agravio que ocasiona la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones, sean estas principales o accesorias planteadas en litigio o el rechazo de las defensas opuestas. En términos claros y simples, la derrota o parcial del litigante” (PALACIO, 1989: p. 80).

En consecuencia, en la medida que el juzgador advierta una situación de esta naturaleza, excepcionalmente y a solicitud del recurrente, podrá suspender la tramitación del principal previo otorgamiento de una contracautela. Esta última, constituye propiamente una caución que tiene la finalidad de garantizar la reparación de cualquier perjuicio indebido que la suspensión del principal pudiera ocasionar a la contraparte. Desde un punto de vista técnico procesal, en realidad no debe constituir un presupuesto para la concesión de la solicitud de suspensión, sino uno exigible para su ejecución.

Por tanto, dependiendo de la naturaleza y objeto de la controversia, dicha contracautela podría otorgarse mediante una caución juratoria, salvo que el juez considere necesario el otorgamiento de una garantía real y/o cualquier otra de naturaleza análoga que a su criterio resulte adecuada para cautelar los intereses de todos aquellos que eventualmente pudieran verse afectados con la suspensión del proceso.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

PALACIO, Lino (1898): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PEYRANO, Jorge (2003): *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MUNT, Roberto (1968): *Estudio crítico sobre el recurso de queja*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

---

# TÍTULO XIII

## ACLARACIÓN Y CORRECCIÓN DE RESOLUCIONES

### Artículo 406

#### Aclaración

*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; L.A. art. 58.*

*David Ibarra Delgado*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

El modo usual de expresión que tienen los jueces respecto a las partes del proceso y la sociedad en general es a través de las resoluciones que emiten como parte de su labor jurisdiccional. En ese sentido, el acto jurisdiccional como variedad del “texto jurídico” que incluye también a las fuentes de derecho, actos de autonomía privada, actos administrativos, etc. (GUASTINI, 2014: p. 25), está sometida a interpretación jurídica. Dicho esto, la resolución judicial está sujeta al examen del intérprete.

Una vez examinadas las resoluciones judiciales por el intérprete, este puede advertir supuestos de ambigüedad, vaguedad, etc. y otros tipos de equivocidad que hace que la interpretación que se haga de ellas sea indeterminada. En efecto, como sostiene SCHLESINGER, “(...) el lenguaje es un instrumento imperfecto de comunicación, representado por opacidad y ambigüedad, malos entendidos e incomprendiones, presentándose frecuentemente como fuente casi inevitable de desilusión, que tal vez aparecen como verdaderos y propios engaños” (SCHLESINGER, 2006: p. 395).

Y es que la resolución judicial tiene por vehículo al lenguaje y es inevitable que aquellas imprecisiones se trasladen a esta, es por ello que las partes y terceros

legitimados, e incluso el mismo juez pueden hacer uso de la “aclaración” para dilucidar algún extremo de la misma que no sea claro o resulte confuso.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

El profesor MONROY señala que los *recursos* son medios impugnatorios utilizados “con exclusividad para atacar actos procesales contenidos en resoluciones” (MONROY, 2010: p. 250) y los *remedios* son medios impugnatorios destinados a atacar actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales. Ahora bien, atendiendo a la técnica procesal usada en el CPC de 1993 se puede inferir que el legislador de dicho cuerpo legal no los considera ni como remedios ni como recursos.

En ese orden de ideas, nuestro legislador del CPC ha regulado en el Título XIII lo atinente a la aclaración de las resoluciones judiciales, no incluyéndolos dentro del Título XII referido a *medios impugnatorios*.

Partiendo de esta idea, es que no se les puede considerar dentro de la clase *medios impugnatorios*. La explicación que brinda el profesor MONROY es que “no es un recurso, dado que si no se sabe qué expresa no es posible alegar la presencia de agravio y por la misma razón, tampoco es posible asegurar que se está ante un determinado vicio o error” (MONROY, 2010: p. 267).

Cierto sector de la doctrina considera que la aclaración es un recurso, otro sector de la doctrina considera que no es tal; incluso algunos la denominan como “falsa impugnación” (RAMOS, 1997: p. 513). Quienes están a favor de que es un recurso, consideran que empleando un concepto amplio del mismo y en tanto la aclaración modifica la sentencia, sí puede ser considerada como tal (VÉSCOVI, 1988: p. 74); de otro lado, “tiende a la revisión de una resolución judicial y su resultado puede traducirse en una modificación de ella, participa de la naturaleza de los recursos” (PALACIO, 1983: p. 68).

Quienes están en contra consideran que teniendo el recurso como finalidad la rescisión de una resolución y su reemplazo por otra, con la aclaratoria no se aspira a ese resultado, pues no se altera la volición pronunciada en el pronunciamiento impugnado (SENTÍS, 1946, citado por PALACIO, 1983: pp. 66-67); o que se busca interpretarla, subsanando una deficiencia de expresión, no teniendo por objeto la aclaración la rescisión o sustitución de la sentencia (COUTURE, 1950: pp. 309-310).

Sobre el particular –aunque equiparando corrección con interpretación–, el eminente profesor CARNELUTTI considera lo siguiente:

“[R]esulta también claro que ha de distinguirse la impugnación y la corrección del proveimiento (...). Puede suceder que la injusticia del proveimiento derive *no tanto de la idea como de la fórmula*, o sea no tanto de lo que el oficio

*ha querido decir*, como de una discordancia entre *lo que ha querido decir* y *lo que ha dicho*; se comprende que en tales casos el remedio no consista ya en eliminarlo, sino en corregir su fórmula, es decir, en hacer lo que se llama la *autointerpretación* o *interpretación auténtica* de la misma. No existe aquí impugnación, porque no hay ni rescisión ni sustitución; el proveimiento no está investido por el remedio en su integridad y más precisamente en su sustancia, que es la idea, sino solo en su fórmula, y, por consiguiente, se le *corrige* pero no se le *rescinde* ni se le *sustituye*” (CARNELUTTI, 1944: pp. 618-619).

Ahora, tomando una posición sobre el tema tratado, enmarcamos a la aclaración no dentro de los medios impugnatorios. No es un recurso, puesto que la finalidad de aquel es: i) *anular* –mediante la cual se busca eliminar los efectos de una decisión– o, ii) *revocar* –mediante la cual el órgano jurisdiccional se sustituye al órgano que ha emitido la resolución impugnada y expide nuevo pronunciamiento–, características que no posee la aclaración pues esta busca esclarecer el sentido de la resolución judicial. Tampoco es un remedio, pues consideramos que el CPC ha regulado eminentemente al recurso, tanto es así que las disposiciones generales de los medios impugnatorios son aplicables al recurso y no al remedio.

Entonces, consideramos a la aclaración apenas como un mecanismo interno del proceso que puede ser un *pedido* o *solicitud* –derecho subjetivo– formulado por las partes y terceros legitimados; y un *poder*, si es el mismo juez, *ex officio*, quien la invoca, a fin de esclarecer algún extremo de la parte resolutive y/o considerativa de la resolución judicial que resulte dudosa.

En ese sentido, consideramos a la aclaración como un *poder* –cuando es invocada por el juez– pues esta se define como aquella “situación en la que alguien está en condición de producir ciertos efectos jurídicos con un acto propio: ‘en otros términos, está en condición de crear, o bien de modificar o extinguir, deberes y poderes’” (IRTI, 2003: p. 96).

### 3. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN Y OBJETO DE LA ACLARACIÓN

El plazo para la interposición del pedido de aclaración tiene como límite antes de que la resolución cause ejecutoria, es decir, que la resolución judicial no haya sido consentida, o si habiéndose interpuesto recurso alguno se efectúa el pedido antes de que se emita el nuevo pronunciamiento.

De otro lado, el pedido de aclaración solo tiene por objeto a los *autos* y *sentencias*, más no a los *decretos*. La razón de ello es que los decretos no resuelven nada, carecen de motivación y solo impulsan el proceso. En sentido contrario se manifiesta LEDESMA, quien incluye además a los *decretos* como objeto de la

aclaración, sobre la base que el artículo 406 no hace distinción a qué tipo de resoluciones aplica dicho pedido (LEDESMA, 2008: p. 298), opinión que no compartimos.

En ese orden de ideas, el artículo *in comento* señala que se “(...) puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la *parte decisoria* de la resolución o *que influya en ella*”, refiriéndose en concreto a la parte decisoria y considerativa de las resoluciones que resuelven algún punto sujeto a discusión en el proceso: el auto y la sentencia.

De igual manera, deberá tenerse en cuenta los plazos establecidos en el código para interponer el pedido de aclaración antes de que esta cause ejecutoria.

#### 4. ¿EL TERCERO ESTÁ EXCLUIDO DE DICHO PEDIDO?

El artículo *in comento* dispone que “(...) de oficio o a pedido de *parte* puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso (...)”.

En ese sentido, no se menciona expresamente que los *terceros* pueden hacer uso de este pedido, sin embargo ello no es óbice para que no se pueda interpretar el término *parte* extensivamente, incluyendo a los *terceros legitimados*, en los cuales el juez haya dispuesto su ingreso al proceso.

Así pues, si en un proceso se admite el ingreso de un tercero legitimado y en la resolución expedida no se puede determinar claramente si se le ha impuesto una situación jurídica de ventaja o desventaja, el tercero legitimado tendrá la posibilidad de efectuar el pedido de aclaración de resoluciones judiciales para poder esclarecer dicho extremo. Ergo, los terceros legitimados sí pueden interponer pedido de aclaración.

#### 5. ¿SE PUEDE RETOMAR TEMAS DISCUTIDOS O CAMBIAR EL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DECISIÓN?

El pedido de aclaración de la resolución judicial persigue esclarecer algún extremo que resulte dudoso en la parte resolutive y/o considerativa del auto o sentencia. Así pues, buscando esclarecer, *no se podrá retomar temas discutidos con anterioridad ni se podrá modificar el contenido sustancial de la decisión emitida* bajo la modalidad de una pseudoaclaración o pedido de reexamen encubierto. Además el artículo 406 del CPC es categórico en ello: “La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión”.

En ese sentido, la Cas. N° 2412-2006-Lima señala que:

“En virtud de la norma glosada, se desprende que mediante la aclaración se pretende por parte del juzgador aclarar alguna expresión ambigua, oscura o contradictoria contenida en una resolución cuestionada, pues este pedido debe

ceñirse al aspecto formal o verbal y no extenderse al juicio o razonamiento del juez, pues no constituye un medio impugnatorio porque con ello, en esencia, no se pretende modificar en su sentido ni sustituir la resolución dictada”.

Si bien, el presente comentario está referida a la temática del proceso civil, en materia procesal constitucional también se ha regulado la aclaración, en el artículo 121 del CPConst., que indica que: “(...) el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”. Y es que el Tribunal Constitucional, en muchas ocasiones cuando las partes solicitaban la aclaración de la sentencia, dicho órgano declaraba nula su resolución.

Por citar algunos ejemplos, en el Exp. N° 00831-2010-HD/TC, Carlos Alberto Fonseca Sarmiento interpone demanda de habeas data contra Acelor S.A. solicitando que se le ordene que excluya del banco de datos Certicom toda información referida a las deudas crediticias debidamente abonadas a determinadas entidades bancarias y a los montos dinerarios a los que ascienden dichas deudas por consumos mediante el uso de una tarjeta de crédito, además que se suprima la información relacionada con su domicilio y ocupación laboral por no ser la finalidad de la central de riesgos. Cuando se expidió la sentencia el 18 de marzo de 2011 se declaró fundada la demanda en todos los extremos, sin embargo el magistrado Ricardo Beaumont fundamentó su voto quien expresa su conformidad únicamente en el extremo de la sentencia en mayoría que resuelve declarar fundada en parte la demanda y ordena a la emplazada suprimir de su banco de datos la información referida a deudas oportunamente pagadas por el recurrente. Sin embargo, una vez interpuesta la aclaración, esta fue resuelta declarando la nulidad de los actos procesales de publicación y notificación de la sentencia de marzo de 2011.

O más recientemente, el Exp. N° 791-2014-PA/TC, cuando el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 30 de abril de 2014, se irrogó el poder de nombrar –pese a que dicha potestad le pertenece al Consejo Nacional de la Magistratura– al fiscal supremo Mateo Castañeda Segovia. Posteriormente, mediante resolución de fecha 8 de marzo de 2014, en la que se señala que “los pedidos de nulidad, entendidos como de aclaración” interpuestos por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura; el Procurador Público del Ministerio Público; la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera; y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini, en el punto 5 de la parte resolutoria, decide dejar sin efecto el nombramiento de Mateo Castañeda Segovia como fiscal supremo.

Si bien el artículo 121 del CPConst. no establece expresamente que la aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión, no obstante ello, dicha regla se puede interpretar conjuntamente con la del artículo 406 del CPC.

Entonces, empleando el argumento sistemático, el CPConst. también prevé que el pedido de aclaración no debe variar el contenido sustancial de la decisión.

## 6. PEDIDO SIN SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN QUE LA RECHAZA

Para LIEBMAN la *sustanciación de la causa* –en sentido amplio– es “toda la actividad que desarrollan las partes del principio al fin del proceso para exponer y defender sus razones” (LIEBMAN, 1980: p. 246). En ese sentido, el pedido de aclaración se resuelve “sin sustanciación”, “sin dar trámite”, esto es, sin poner en conocimiento a las partes. La razón de ello es que, siendo el mismo órgano jurisdiccional quien ha expedido la resolución materia de aclaración, –y habiéndose previamente escuchado a ambas partes, exigencia del contradictorio, de ser el caso– solo él está en condición de esclarecer algún extremo de su propia resolución que resulte confusa, no revistiendo importancia el poner en conocimiento de aquel que no propuso la aclaración, por ser un acto procesal que solo provocará la dilación del proceso.

Donde sí se contempla la sustanciación del pedido de aclaración –llamada “interpretación”– es en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071) que dispone en el literal b) del inciso 1 que: “Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso (...)”. Más adelante, en el literal e) se señala que: “El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días”. En la antigua Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) no se contemplaba la sustanciación del pedido de aclaración, posición que a nuestro criterio debió permanecer en la actual Ley de Arbitraje.

De otro lado, en el supuesto de que se expida una sentencia en primera instancia y que su parte decisoria conlleve a confusión, una vez interpuesto el pedido de aclaración, el plazo para que la parte pueda apelar se interrumpirá hasta que se emita la resolución que aclare la sentencia. Una vez notificada esta última, recién comenzará a contabilizarse el plazo para que se apele. En ese sentido, LEDESMA señala que “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” (LEDESMA, 2008: p. 298), opinión que compartimos.

Asimismo, todo pedido de aclaración formulado dentro del plazo y realizado *posteriormente* al recurso de apelación deberá ser desestimado, pues el examen de órgano jurisdiccional superior se contradice con el examen que realizará el mismo juez que expidió la resolución materia de aclaración. Además habría operado la

*preclusión lógica*. De ahí que, v. gr.: interpuesto recurso de apelación contra una resolución y formulado al día siguiente el pedido de aclaración dentro del plazo, esta última no debe proceder porque aparte de existir contradicción entre los pedidos por ser competentes distintos órganos jurisdiccionales, ya habría precluido la oportunidad de ejercitar la posición jurídica al haberse interpuesto la apelación.

La resolución que estima la aclaración sí se puede impugnar (v. gr. apelación), pues el artículo solo se pronuncia en el supuesto de su rechazo. En este último supuesto la aclaración es inimpugnable. Esta es una de las excepciones del derecho a recurrir que le asiste a toda parte, no procediendo contra ella recurso de apelación, por haberlo dispuesto así el legislador infraconstitucional. Su razón de ser es darle celeridad al proceso.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III. Buenos Aires: Uteha; COUTURE, Eduardo (1950): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Buenos Aires: Ediar; GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; IRTI, Natalino (2003): *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Lima: Grijley; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 3. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MONROY, Juan F. (2010): *La formación del proceso civil peruano*, 3ª ed. Lima: Communitas; PALACIO, Lino (1983): *Derecho Procesal Civil*, vol. V. *Actos procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; RAMOS, Francisco (1997): *Enjuiciamiento civil*, vol. 1. Barcelona: Bosch; SCHLESINGER, Piero (2006): "Linguaggio e Diritto". En: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. Milano: Giuffrè; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAMBURÚ, Manuel (2011): "Rectificación, interpretación, integración y exclusión". En: Carlos Alberto Soto Coágula; Alfredo Bullard González (coord.). *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje; CARRIÓN, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª ed. Lima: Grijley; GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè; TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè; SAGÁSTEGUI, Pedro (2003): *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).



## Artículo 407

## Corrección

*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 inimpugnabile.*

### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 123 últ. párr., 378; C.T. art. 153; L.P.A.G. art. 201.*

*David Ibarra Delgado*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El modo usual de expresión que tienen los jueces respecto a las partes del proceso y la sociedad en general es a través de las resoluciones que emiten como parte de su labor jurisdiccional. Así pues, puede darse el caso que ante la emisión de una resolución judicial esta contenga errores ortográficos, numéricos, etc. que sea preciso subsanar.

En ese orden de ideas, el juez no es ajeno a cometer errores materiales que incidan dentro de su labor jurisdiccional. Para enmendar dichos errores se puede hacer uso del mecanismo de la corrección de resoluciones judiciales.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

El profesor MONROY señala que los *recursos* son medios impugnatorios utilizados “con exclusividad para atacar actos procesales contenidos en resoluciones” (MONROY, 2010: p. 250) y los *remedios* son medios impugnatorios destinados a atacar actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales. Ahora bien, atendiendo a la técnica procesal usada en el CPC de 1993, se puede inferir que el legislador de dicho cuerpo legal no los considera ni como remedios ni como recursos.

En ese sentido, nuestro legislador del CPC ha regulado en el Título XIII lo atinente a la corrección de las resoluciones judiciales, no incluyéndolos dentro del Título XII referido a *medios impugnatorios*.

Teniendo en cuenta ello, es que no se le puede considerar a la corrección dentro de la clase *medios impugnatorios*. La explicación que brinda el profesor MONROY es que “no es un recurso porque puede ser utilizado de oficio y, además, porque no comparte la naturaleza jurídica del error procesal, sino más bien del defecto formal en la redacción, es el caso del error numérico o el ortográfico” (MONROY, 2010: p. 268).

La discusión en cuanto a su naturaleza es similar a la abordada en cuanto a la aclaración de resoluciones judiciales. Al respecto, cierto sector de la doctrina considera que la corrección es un recurso, otro sector de la doctrina considera que no es tal. Quienes están a favor de que es un recurso, consideran que empleando un concepto amplio del mismo y que en tanto la corrección modifica la sentencia, sí puede ser considerada como tal (VÉSCOVI, 1988: p. 74); de otro lado, en el caso de errores materiales como los referentes a los nombres y o calidad de las partes su enmienda sí afecta el contenido sustancial de la decisión (PALACIO, 1983: p. 67) y que en tanto “tiende a la revisión de una resolución judicial y su resultado puede traducirse en una modificación de ella, participa de la naturaleza de los recursos” (PALACIO, 1983: p. 68).

Quienes están en contra consideran que teniendo el recurso como finalidad la rescisión de una resolución y su reemplazo por otra; con la corrección –denominada “aclaratoria” para el autor– no se aspira a ese resultado, pues no se altera la volición pronunciada en el pronunciamiento impugnado (SENTÍS, 1946, citado por PALACIO, 1983: pp. 66-67); o que no se tiene por objeto la rescisión o sustitución de la sentencia (COUTURE, 1950: p. 309).

Ahora, tomando una posición sobre el tema tratado, enmarcamos a la corrección no dentro de los medios impugnatorios. No es un recurso, puesto que la finalidad de aquel es: i) *anular* –mediante la cual se busca eliminar los efectos de una decisión– o, ii) *revocar* –mediante la cual el órgano jurisdiccional se sustituye al órgano que ha emitido la resolución impugnada y expide nuevo pronunciamiento–, características que no posee la corrección pues esta busca enmendar un error material o completar algún punto controvertido incurrido en la resolución judicial. Tampoco es un remedio, pues consideramos que el CPC ha regulado eminentemente al recurso, tanto es así que las disposiciones generales de los medios impugnatorios son aplicables al recurso y no al remedio.

Entonces, consideramos a la corrección apenas como un mecanismo interno del proceso que puede ser un *pedido* o *solicitud* –*derecho subjetivo*– formulado por las partes y terceros legitimados; y un *poder*, si es el mismo juez, *ex officio*, quien la invoca, a fin de corregir algún error material que contenga cualquier tipo de resolución (decreto, auto y sentencia); o completar algún punto controvertido no resuelto en esta.

En ese sentido, consideramos a la corrección como un *poder* –cuando es invocada por el juez– pues esta se define como aquella “situación en la que alguien está en condición de producir ciertos efectos jurídicos con un acto propio: ‘en otros términos, está en condición de crear, o bien de modificar o extinguir, deberes y poderes’” (IRTI, 2003: p. 96).

### 3. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN, OBJETO DE LA CORRECCIÓN Y ERROR MATERIAL

El plazo para la interposición del pedido de corrección tiene como límite antes de que la resolución cause ejecutoria, es decir, que la resolución judicial no haya sido consentida, o si habiéndose interpuesto recurso alguno se efectúa el pedido antes de que se emita el nuevo pronunciamiento.

De otro lado, el pedido de corrección tiene por objeto –a diferencia de la aclaración– a los *autos*, *sentencias* y también a los *decretos*. La razón para incluir a los decretos es que estos también son susceptibles de contener errores materiales, siendo irrelevante que tengan o no motivación, v. gr.: en un decreto, en el que se provee un apersonamiento respecto de cual se consigna de manera errónea los datos del apersonado. Así pues, para el pedido de aclaración sí exige que las resoluciones tengan motivación, por lo que los decretos no pueden ser susceptibles de ser aclarados.

De igual manera, deberá tenerse en cuenta los plazos establecidos en el código para interponer el pedido de corrección antes de que esta cause ejecutoria.

Ahora bien, en cuanto al error material, es definido por el profesor LIEBMAN como:

“[E]l error ‘en la expresión’, no en el pensamiento: la sola lectura de la sentencia debe hacer evidente que el juez, al manifestar su pensamiento, ha usado nombres, o palabras, o cifras diversas de las que habría debido usar para expresar fiel y correctamente las ideas que tenía en la mente. Entra también en el concepto de error material el error de cálculo que puede ser rectificado aun simplemente rehaciendo la operación aritmética llevada a cabo al formular el juicio. En otros términos, el error material es el debido a una desatención o a una inadvertencia ocurrida en la operación de redacción del acto” (LIEBMAN, 1980: p. 430).

De lo expuesto, se concluye que los errores numéricos y ortográficos se encuentran comprendidos dentro de lo que se denomina *error material*.

Respecto al *error numérico* debe tenerse en cuenta que “(...) el error no puede generar derechos y no se puede admitir que se pretenda hacer valer la preclusión. La parte perjudicada tiene el derecho de solicitar la corrección numérica aun cuando la causa se encuentre en ejecución de sentencia (...)” (MORALES, 2014: p. 62).

Respecto a los *errores ortográficos*, deben ser entendidos como errores menores que no afectarán la ejecución de la resolución judicial. V. gr.: errores en los montos de los autos que ordenan llevar adelante la ejecución (auto final), errores en los montos de la liquidación de costas, etc.

#### 4. ¿EL TERCERO ESTÁ EXCLUIDO DE DICHO PEDIDO?

El artículo *in comento* dispone que “(...) el juez puede de oficio o a pedido de *parte* y sin trámite alguno, corregir cualquier error material evidente”.

En ese sentido, no se menciona expresamente que los *terceros* pueden hacer uso de este pedido, sin embargo ello no es óbice para que no se pueda interpretar el término *parte* extensivamente, incluyendo a los *terceros legitimados*, en los cuales el juez haya dispuesto su ingreso al proceso.

Así pues, si en un proceso se admite el ingreso de un litisconsorte activo y en la resolución expedida se ha consignado erróneamente sus datos, el tercero legitimado podrá efectuar el pedido de corrección de resoluciones judiciales para que el juez pueda enmendar dicho extremo. Ergo, los terceros legitimados sí pueden interponer pedido de corrección.

#### 5. PEDIDO SIN SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN QUE LA RECHAZA

Para LIEBMAN la *sustanciación de la causa* –en sentido amplio– es “toda la actividad que desarrollan las partes del principio al fin del proceso para exponer y defender sus razones” (LIEBMAN, 1980: p. 246). En ese sentido, el pedido de corrección se resuelve “sin sustanciación”, “sin dar trámite”, esto es, sin poner en conocimiento a las partes.

La razón de ello es que, siendo el mismo órgano jurisdiccional quien ha expedido la resolución materia de corrección, –y habiéndose previamente escuchado a ambas partes, exigencia del contradictorio, de ser el caso– solo él está en mejor condición de corregir algún extremo de su propia resolución que esté errado, o integrar algún punto no resuelto, no revistiendo importancia el poner en conocimiento de aquel que no propuso la corrección, por ser un acto procesal que solo provocará la dilación del proceso.

Donde sí se contempla la sustanciación del pedido de corrección –llamada “rectificación”– es en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071) que dispone en el literal a) del inciso 1 que: “Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación

de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar”. Más adelante, en el literal e) se señala que: “El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días”. En la antigua Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) no se contemplaba la sustanciación del pedido de rectificación –antes se denominaba corrección–, posición que a nuestro criterio debió permanecer en la actual Ley de Arbitraje.

De otro lado, todo pedido de corrección formulado dentro del plazo y realizado *posteriormente* al recurso de apelación deberá ser desestimado, pues el examen de órgano jurisdiccional superior se contradice con el examen que realizará el mismo juez que expidió la resolución materia de corrección. Además habría operado la *preclusión lógica*. De ahí que, v. gr.: interpuesto recurso de apelación contra una resolución y formulado al día siguiente el pedido de corrección dentro del plazo, esta última no debe proceder porque aparte de existir contradicción entre los pedidos, ya habría precluido la oportunidad de ejercitar la posición jurídica al haberse interpuesto la apelación.

En palabras de los profesores SATTÀ y PUNZI (2000):

“(…) parece en efecto que la corrección de una sentencia que puede ser abatida por la impugnación y es en cada modo destinada a ser sustituida por la decisión de segundo grado sea una corrección de pura pérdida, casi un ornamento colocado en una casa destinada a derrumbarse” (SATTÀ y PUNZI, 2000: p. 386).

La resolución que estima la corrección sí se puede impugnar (v. gr. apelación), pues el artículo solo se pronuncia en el supuesto de su desestimación. En este último supuesto la corrección es inimpugnable. Esta es una de las excepciones del derecho a recurrir que le asiste a toda parte, no procediendo contra ella recurso de apelación, por haberlo dispuesto así el legislador infraconstitucional. Su razón de ser es darle celeridad al proceso.

## 6. INTEGRACIÓN SOBRE PUNTOS NO RESUELTOS

La corrección de resoluciones judiciales también incluye a la integración de resoluciones que en nuestra opinión debió ser regulada de manera independiente, por tener una finalidad distinta a la corrección.

En ese sentido, en la primera se busca corregir algún error material que contenga la resolución, mientras que en la segunda se busca completar la omisión en que incurrió el juzgador respecto a 000 un punto pendiente no resuelto con anterioridad.

Debe tenerse en cuenta que: “[l]o que se busca cuando se solicita la integración (...) es evitar que queden pendientes de resolver temas que se solicitaron al tribunal que resuelva, puesto que la intención de las partes al momento encargaron (...) resolver su controversia es justamente que toda ella quede resuelta y no que lo hagan de manera parcial o incompleta” (ARAMBURÚ, 2011: p. 666).

## 7. ¿SE PUEDE RETOMAR TEMAS DISCUTIDOS O CAMBIAR EL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DECISIÓN?

El pedido de corrección de la resolución judicial persigue apenas corregir algún error numérico y/u ortográfico. Así pues, buscando corregir, *no se podrá retomar temas discutidos con anterioridad ni se podrá modificar el contenido sustancial de la decisión emitida* bajo la modalidad de unaseudocorrección o pedido de reexamen encubierto.

Si bien, en el artículo 407 del CPC no se señala específicamente que no se puede alterar el contenido sustancial de la decisión –como sí lo hace el artículo 406 del CPC–, sin embargo, esto no es impedimento para que dicho artículo sea interpretado de esa forma, empleando el argumento sistemático.

Tampoco, habiéndose formulando pedido de corrección, el juzgado no podrá anular la resolución judicial. En ese sentido, la Cas. N° 3892-2006-Lima señala que:

“[C]onforme lo establece el artículo cuatrocientos siete del CPC, es proceder a su corrección, sea de oficio o a pedido de parte, pero su denuncia no puede dar lugar a que se anule la sentencia recurrida, pues es evidente que la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”.

Ahora bien, puede darse el caso que cuando la parte solicite corrección –*rectius*, integración– respecto a un punto controvertido no resuelto y ese punto omitido sea determinante para variar el contenido sustancial de la decisión. Antes de que la resolución cause ejecutoria, excepcionalmente se puede variar el contenido sustancial de la decisión cuando no se tuvo en cuenta al momento de expedir la resolución siempre y cuando esta sea determinante.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAMBURÚ, Manuel (2011): “Rectificación, interpretación, integración y exclusión”. En: Carlos Alberto Soto Coágula; Alfredo Bullard González (coord.). *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje; COUTURE, Eduardo (1950): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Buenos Aires: Ediar; IRTI, Natalino (2003): *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Lima: Grijley; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 3. Lima:

Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MONROY, Juan F. (2010): *La formación del proceso civil peruano*, 3ª ed. Lima: Communitas; MORALES, Juan (2014): "Aclaración y corrección de resoluciones judiciales". En: *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, vol. 5, N° 1. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; PALACIO, Lino (1983): *Derecho Procesal Civil*, vol. V, *Actos procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; RAMOS, Francisco (1997): *Enjuiciamiento civil*, vol. 1. Barcelona: Bosch; SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine (2000): *Diritto Processuale Civile*, a cura di C. Punzi, 13ª ed. Padova: Cedam; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III. Buenos Aires: Uteha; CARRIÓN, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª ed. Lima: Grijley; GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè; TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè; SAGÁSTEGUI, Pedro (2003): *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

La corrección es una figura técnica que opera, entre otros casos, para salvar errores materiales evidentes que contenga una resolución. Tal solución recae sobre defecto no sustancial y no extiende plazo alguno en la medida que –por su naturaleza– el error material no afecta el derecho de defensa (*Exp. N° 277-2005, 1ª Sala Civil Comercial*).

El juez –como director del proceso– puede corregir cualquier error material evidente que contenga una resolución antes que cause ejecutoria, más aún, si aquella no importa una resolución final (*Exp. N° 1047-2005, 1ª Sala Civil Comercial*).

Ante la existencia de un error involuntario contenido en una resolución el juez, a pedido de parte o de oficio tiene la potestad de corregir los errores materiales contenidas en una resolución (*Cas. N° 2208-2012-Cusco*).

# TÍTULO XIV

## CONSULTA

### Artículo 408

#### Consulta

*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; L.O.P.J. art. 14.*

*David Ibarra Delgado*

## 1. INTRODUCCIÓN

El modo usual de expresión que tienen los jueces respecto a las partes del proceso y la sociedad en general, es a través de las resoluciones que emiten como parte de su labor jurisdiccional. Estas resoluciones responden generalmente a intereses *privados* de las partes que se ven inmersas dentro de este instrumento llamado proceso.

Ahora bien, no todos los procesos que se ventilan responden a este interés privado, sino que el Estado puede tener cierto interés que se manifiesta en determinados procesos y algunas resoluciones expedidas por la judicatura sean elevadas de oficio para que el superior jerárquico se pronuncie sobre la legalidad de la resolución en consulta.



## 2. NATURALEZA JURÍDICA

El profesor MONROY (2010: p. 250) señala que los *recursos* son medios impugnatorios utilizados “con exclusividad para atacar actos procesales contenidos en resoluciones” y los *remedios* son medios impugnatorios destinados a atacar actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales. Sin embargo, no participamos de la mencionada división positivizada en el artículo 355 del CPC. Sobre el particular, ARIANO (2015: pp. 27-29) hace referencia a que la bipartición se habría originado por un texto de DI IORIO y que en las Disposiciones Generales del Título XII “Medios Impugnatorios” la referencia a los remedios se hace solamente en los dos primeros artículos para luego salir de escena en los restantes artículos de ese título y en los posteriores cuatro capítulos referidos a medios de impugnación de resoluciones –reposición, apelación, casación y queja–.

En cuanto a la técnica procesal usada en el CPC se puede inferir que el legislador de dicho cuerpo legal no considera a la *consulta* ni como remedio ni recurso. En ese orden de ideas, nuestro legislador del CPC ha regulado en el Título XIII lo atinente a la consulta, no incluyéndolo dentro del Título XII referido a *medios impugnatorios*. Partiendo de esta idea, es que no se les puede considerar dentro de la clase *medios impugnatorios*. La explicación que brinda el profesor MONROY (2010: p. 268) es que “la consulta no está dispuesta, como los recursos, para todos los procesos, sino que la ley regula restrictivamente su uso”.

Ahora bien, tomando una posición sobre el tema tratado, no es correcto enmarcar a la consulta dentro de los medios impugnatorios, es decir, los *recursos*. Solo en los casos taxativamente señalados en la ley es necesario que el expediente se eleve en consulta para que el proceso concluya. Es más, ninguna de las partes puede alegar siquiera la *existencia de agravio* pues la elevación es efectuada *ex officio* por el juzgador. Entonces, consideramos a la consulta como un *procedimiento obligatorio* por el que tiene que transitar el proceso para que llegue a su conclusión en los casos expresamente previstos en la ley (control difuso de constitucionalidad, sobre interdicción, etc.), en los que el interés en la legalidad del proceso no responde solamente al interés privado de las partes.

De otro lado, la consulta es denominada como la “apelación de oficio”. Ello porque abre una etapa de revisión en el proceso que se llevará a cabo por el superior jerárquico. Al respecto, VÉSCOVI (1988: p. 30) señala que:

“Otra excepción al principio dispositivo de *nemo iudex sine actore* que regula la impugnación, es el de la apelación automática o *ex officio*, que aparece en algunos sistemas y respecto de ciertas partes a quienes se quiere proteger o privilegiar. Dicho recurso aparece en otros países bajo el nombre de *consulta*”.

Es por ello que pasaremos a establecer las diferencias y semejanzas que se presentan en la apelación y la consulta.

### 3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA APELACIÓN

Las semejanzas que se presentan son las siguientes:

- i) La interposición de la apelación permite una revisión de la resolución; lo mismo que en la consulta.
- ii) Una vez interpuesta la apelación impide que la sentencia sea *firme*; mientras que en la consulta, es necesario este procedimiento pues sin él no se alcanza tampoco la firmeza de la sentencia.
- iii) Tanto para la consulta como para la apelación es aplicable el *reformatio in peius* (LEDESMA, 2008: p. 303).
- iv) La apelación es aplicable contra autos y sentencias, mientras que la consulta también. La salvedad en este último caso es que cuando tenga por objeto a un auto, este versa sobre el control difuso de constitucionalidad donde se prefiera a la Constitución.

En cuanto a sus diferencias, encontramos las siguientes:

- i) En la apelación es necesario que el apelante –parte o tercero legitimado– tenga *legitimación e interés para apelar*; mientras que en la consulta, no se presentan dichos requisitos.
- ii) No es posible el ofrecimiento de nuevas pruebas o nuevos hechos (art. 374 del CPC).
- iii) En la apelación es necesario la existencia de agravio, mientras que en la consulta no se presenta.

### 4. PROCEDENCIA

La consulta procede en los siguientes casos:

- i) *La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador:*

En cuanto a la interdicción, se justifica su inclusión en la consulta, toda vez que en este proceso se discute la *capacidad de ejercicio* de la persona, esto es, la posibilidad de realizar actos válidos en sociedad. En cuanto a la declaración del tutor y curador, se justifica debido a la trascendencia de la designación de tal cargo, pues la tutela reemplaza a la patria potestad en

defecto de esta, y producto de ello, el tutor adquiere situaciones jurídicas activas y pasivas con respecto al menor; mientras que en la curatela –ya sea en la modalidad típica, de bienes o especial– busca proteger a la persona incapaz mayor de edad y/o administrar sus bienes y/o sus intereses.

- ii) *La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal:*

Este supuesto se justifica por la designación del curador procesal para que vea por los intereses de un tercero. En ese sentido, al perder el proceso, se activa el procedimiento de consulta para *controlar* la actividad procesal desarrollada por este órgano de auxilio judicial.

- iii) *Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria:*

En este caso, se justificaría su inclusión para un reexamen del control difuso de constitucionalidad que realiza el juez de primera instancia y donde se prefiere la Constitución. También procede la consulta en el caso de una resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se haga uso del control difuso de constitucionalidad y se prefiera a la norma constitucional.

No se distingue si la resolución donde se prefiere a la Constitución tiene lugar en un *auto* o en la *sentencia*, por lo que el procedimiento de consulta es aplicable en ambos supuestos.

- iv) *Las demás que la ley señala:*

Esta “regla de cierre abierto” sirve para abarcar supuestos no contemplados en el artículo 408 del CPC, o supuestos nuevos que señale el legislador. Por ejemplo, el artículo 508 del CPC, establece que en los procesos sobre título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, cuando intervenga el Ministerio Público –en su papel de dictaminador– y su dictamen sea contrario a la pretensión demandada, y la sentencia no fuese apelada, se elevará en consulta.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan F. (2010): *La formación del proceso civil peruano*. 3ª ed. Lima: Communitas; VÉSCovi, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.

---

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III. Buenos Aires: Uteha; CORNEJO, Héctor (1988): *Derecho familiar peruano. Sociedad paterno filial, amparo familiar del incapaz*, vol. II, 7ª ed. Lima: Studium; COUTURE, Eduardo (1950): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Buenos Aires: EDIAR; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEJA; RAMOS, Francisco (1997): *Enjuiciamiento civil*, vol. 1. Barcelona: Bosch; SAGÁSTEGUI, Pedro (2003): *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

Cuando se consulta la sentencia que declara el divorcio se eleva el expediente para que dicha sentencia sea aprobada o desaprobada, lo cual es diferente al recurso de apelación, el cual tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente (*Cas. N° 3154-98-La Libertad*).

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*).

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*).

**Artículo 409**

**Trámite de la consulta**

*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; L.O.P.J. art. 14.*

***David Ibarra Delgado***

---

Como sabemos, la consulta es un *procedimiento obligatorio* por el que tiene que transitar el proceso para que llegue a su conclusión en los casos expresamente previstos en la ley (control difuso de constitucionalidad, sobre interdicción, etc.), en los que el interés en la legalidad del proceso no responde solamente al interés privado de las partes.

Una vez que se presenta uno de los supuestos establecidos en el artículo 408 del CPC, el expediente deberá ser elevado de oficio al superior jerárquico dentro de cinco días bajo responsabilidad del auxiliar jurisdiccional. Luego, el plazo para expedir la resolución definitiva es de cinco días después de la vista de la causa –la audiencia mediante la cual los magistrados se reúnen para debatir el proceso materia de consulta y dejarlo al voto–. A diferencia de la apelación, en la consulta los abogados no pueden informar ante la Sala por estar prohibido expresamente.

La tramitación de la consulta impide que la resolución materia de consulta quede firme pues los efectos de la resolución quedan suspendidos. Una peculiaridad de la consulta es que la resolución que resuelve este procedimiento, en su parte resolutive dispone el “término aprobar” (LEDESMA, 2008: p. 307) o no; lo que a diferencia de la apelación dispone “confirmar”, “revocar” o “anular”.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica.

---

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2015): *Impugnaciones procesales*. Lima: Instituto Pacífico; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III. Buenos Aires: Uteha; COUTURE, Eduardo (1950): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Buenos Aires: EDIAR; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; MONROY, Juan F. (2010): *La formación del proceso civil peruano*, 3ª ed. Lima: Communitas; VÉSCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma; SAGÁSTEGUI, Pedro (2003): *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley.

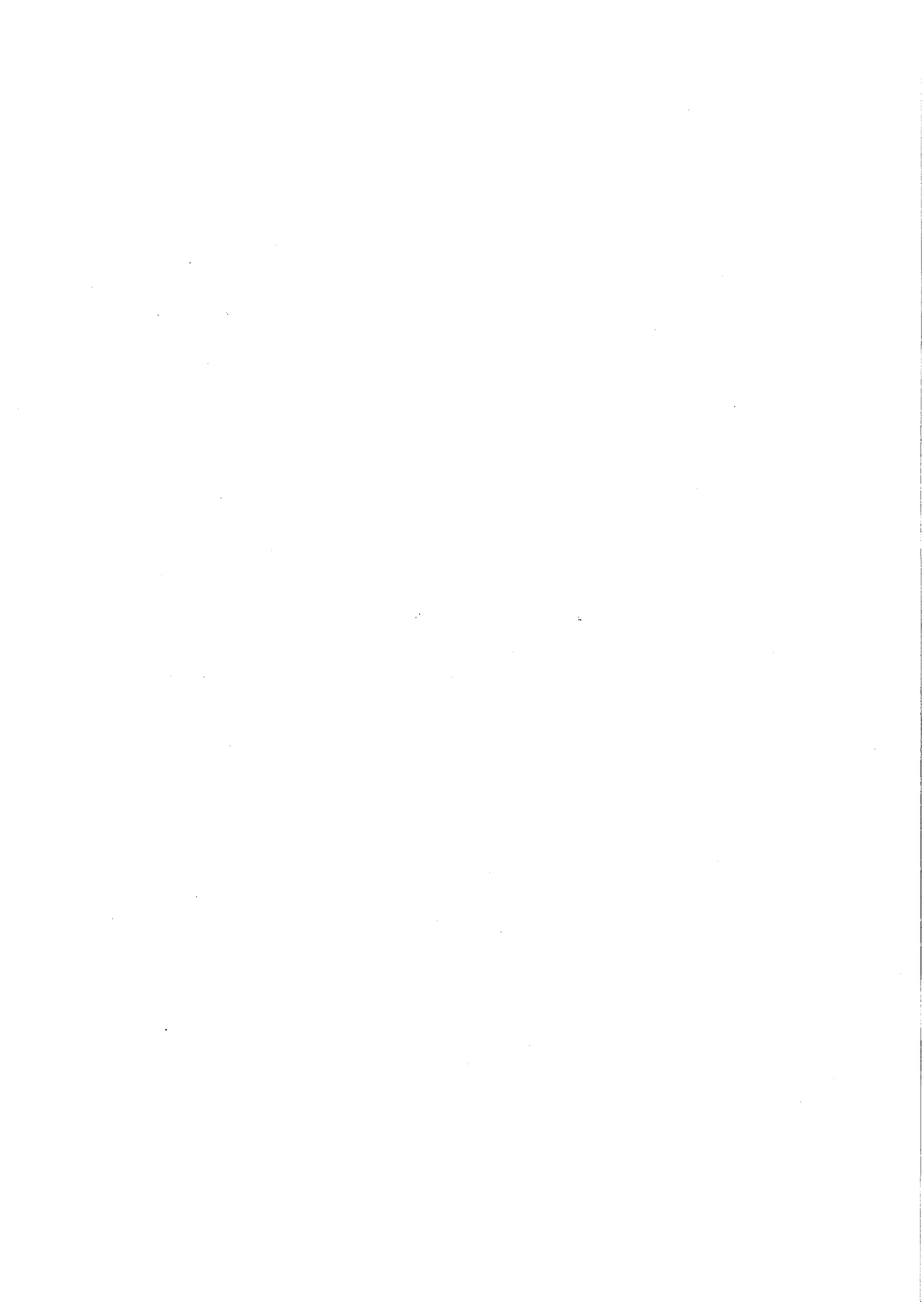
---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Aunque la parte sea representada por curador procesal y este no apela, tal situación no resulta determinante para que la litis sea materia de consulta si la otra parte apela la sentencia (*Cas. N° 875-2007-Lima*).

Al no ser apelada la sentencia que declara la disolución del vínculo del matrimonio, esta es elevada en consulta conforme a lo establecido en el artículo 359 del CC; asimismo, es elevada en consulta por cuanto el demandado en el presente proceso ha estado representado por curador procesal, tal como lo dispone el inciso 2 artículo 408 del CPC (*Sala de Familia, Exp. N° 2538-98*).

La sentencia de divorcio, al no ser apelada, se eleva en consulta; en este caso, no hay grado que absolver sino sencillamente el examen o conformidad con lo resuelto por la Sala, si no han mediado errores de fondo que subsanar. La consulta se hace basada en el fundamento de la protección del matrimonio y la familia; en consecuencia, no se requiere del interés privado sino del interés social (*Cas. N° 436-93-Lima*).



# TÍTULO XV

## COSTAS Y COSTOS

### Artículo 410

### Costas

*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:

*C.P.C. arts. VIII, 4, 13, 45, 81 párr. 2, 183, 187 párr. 2, 399, 404 párr. 4, 411, 418, 464, 621; C.P. Const. arts. III, 16, 56; L.G.S. art. 137.*

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo en comento define las costas procesales como todo gasto judicial realizado en el proceso (tasas judiciales, cédulas, honorarios del auxilio judicial, entre otros), diferenciándolo de los costos procesales (honorarios del abogado) que se encuentran regulados en el artículo procesal subsiguiente, pese a ser una diferenciación obsoleta e inútil, pues todo gasto incurrido durante el proceso es un costo para el justiciable (LEDESMA, 2009: pp. 850-851).

Estos gastos pertenecen al campo procesal, pues el título de ejecución de las mismas nace de la propia sentencia judicial y su monto debe ser fijado en ejecución de sentencia.

## 2. GASTOS PROCESALES Y COSTAS PROCESALES

Pese a que nuestro CPC no hace distinción alguno entre gasto procesal y costa procesal, para el derecho comparado, específicamente, en la legislación española, se hace tal distinción, apelando al criterio de lo cuantificable para ser ejecutado en la fase, valga la redundancia, de ejecución de la sentencia que sirve de título ejecutivo para reclamar el desembolso de los gastos y costas procesales (ORTELLS; 2002: pp. 691-696).

Así las cosas, *el gasto procesal* es el género, pues es definido como todo desembolso económico que ya han sido realizados o realizarán las partes procesales,



tanto para la preparación del proceso como para su iniciación y continuación. Así, por ejemplo, será gasto procesal, la búsqueda de fuentes de prueba o la recopilación de información sobre el patrimonio de la parte contraria acudiendo a Registros Públicos, o los incurridos en el pago de los honorarios del conciliador extrajudicial, requisito sine qua non para poder acceder a la vía jurisdiccional.

Por el contrario, será *costa procesal* aquella parte de los gastos procesales, ocasionadas en el propio proceso judicial, las cuales se permite expresamente en la resolución judicial se condene a su reembolso a favor de una de las partes procesales, previa cuantificación. Cualquier otro gasto no susceptible de reembolso y cuantificación en el mismo proceso del que se es consecuencia, no forma parte del concepto específico de las costas, sino que pertenece al ámbito más general de los gastos procesales. Así, por ejemplo, será *costa procesal* el pago al perito, los incurridos en la compra de cédulas de notificación, los honorarios del martillero público, inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso, entre otros, siempre y cuando sea cuantificable.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica; ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

COUTURE, Eduardo (1977): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 411****Costos**

*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; L.G.S. art. 137.*

**A. Flavio Saavedra Dioses****1. INTRODUCCIÓN**

Nuestro ordenamiento jurídico procesal diferencia entre costas y costos, asignándole a este último la calidad de gasto procesal reembolsable con ocasión al gasto realizado por la parte vencedora para agenciarse de un abogado defensor que pueda proteger sus intereses en el transcurso del proceso judicial.

En el derecho comparado (ordenamiento español), los costos son partes de las costas, y estas a su vez del género denominado gastos procesales.

**2. GASTOS PROCESALES Y LOS COSTOS**

Como ya se mencionó anteriormente, el gasto procesal constituye el género, mientras que los costos son una especie de ese género, específicamente lo relacionado al gasto reembolsable de los honorarios del abogado defensor de la parte vencedora, gasto ocasionado para poder ver sus intereses representados válidamente en el transcurso del proceso judicial.

Por tanto, será *costo procesal* aquella parte de los gastos procesales, ocasionada en el propio proceso judicial como consecuencia de agenciarse de los servicios profesionales de un profesional en Derecho para el patrocinio de los intereses dentro de una controversia judicial, la cual se permite expresamente en la resolución judicial se condene a su reembolso a favor de una de las partes procesales, previa cuantificación.

Los costos deberán ser cuantificables a través de los recibos por honorarios emitidos por el abogado defensor de la parte vencedora, aplicando el principio de razonabilidad, pues, por ejemplo, no es lo mismo el quantum para la preparación de una demanda, que el simple escrito de apersonamiento en la fase probatoria,

por lo que se deberá tener como un criterio objetivo la tabla de honorarios mínimos de cada colegio de abogados, tal como lo preceptúa el artículo 50 del Código de Ética del Abogado. El monto de los costos podrá ser sometido a oposición u observación por la parte vencida.

Asimismo, el artículo en comento, permite cuantificar dentro de los costos un 5 % destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente, así como para cubrir los honorarios de los abogados en caso de auxilio judicial, conforme al artículo 294 del TUO de la LOPJ y la Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ, de fecha 1 de noviembre de 2007 (LEDESMA, 2009: pp. 851-852).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

COUTURE, Eduardo (1977): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 412****Principios de la condena en costas y costos**

*La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de la 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 es condenada a reembolsar las costas y costos de ambas instancias.*

*Este criterio se aplica también para lo que se resuelva en casación.*

*Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, la condena incide únicamente sobre las que han sido acogidas para el vencedor.*

*En los casos en que se hubiera concedido auxilio judicial a la parte ganadora, la vencida es condenada a reembolsar las tasas judiciales al Poder Judicial.*

*La parte vencida en un incidente debe reembolsar a la vencedora las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y demás gastos judiciales incurridos durante su tramitación. No se considera los honorarios del abogado. La liquidación correspondiente se realiza al finalizar el proceso. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 13, 45, 81 párr. 2, 182, 381, 415, 457, 502 párr. 2, 624; C.P. Const. arts. III, 16, 56; L.G.S. art. 137.*

**A. Flavio Saavedra Dioses****1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo procesal ha sufrido una modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano* y, al haber ya excedido el periodo de *vacatio legis* de 30 días hábiles después de su publicación, la modificatoria, tal como se encuentra plasmada, surte plenamente todos sus efectos.

Tal como lo regula el artículo en comento, es de aplicación diferentes criterios para la condena e imposición de las costas y costos procesales dentro de un proceso judicial, dependiendo las circunstancias en las que se imponen.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

## 2. PRINCIPIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA CONDENA DE COSTAS Y COSTOS PROCESALES

El principio que rige para la imposición de costas y costos procesales es el de la *derrota procesal*, es decir, el pago de costas y costos estará a cargo siempre de la parte vencida. Dicho principio tiene como base el *sistema automático* que legisla los gastos procesales, a diferencia del sistema del albedrío judicial que impone las costas al litigante que ha actuado de mala fe o de forma temeraria, dejando la apreciación casuística de la norma a criterio del juez, con la consiguiente facultad de no imponer costas, cuando estime que el vencido obró de buena fe procesal (LEDESMA, 2009: pp. 853-854).

Sin embargo, el juez tendrá la facultad de exonerar dicha condena por causas debidamente motivadas, por ejemplo, en aquellos casos en los que una determinada zona geográfica se encuentre declarada como de extrema pobreza (v.gr. la provincia de Ayabaca mediante Resolución Administrativa N° 004-2005-CE-PJ) o en aquellos casos en los que el vencido ha actuado mediante auxilio judicial.

El segundo principio que rige para la condena de costas y costos es el *de la temporalidad en la instancia*, es decir, dependerá no solamente quien resulte vencido en un primer momento, sino también de la instancia en que se haya vencido. Así, por ejemplo, si a pesar de ser vencido en primera instancia, logro ser el vencedor en segunda instancia, en virtud a este principio, primará el vencedor de la segunda instancia, por lo que el vencido en esta instancia de alzada le será aplicable la condena de costos y costas. Igual criterio es de aplicarse en caso de la casación, pese a no ser considerada como instancia, pues se trata de un recurso extraordinario.

Un tercer principio es el que rige en aquellos casos en que se sometan a controversia varias pretensiones, en base a *la fundabilidad de las pretensiones*, es decir, solo aquellas pretensiones declaradas fundadas y han sido acogidas para el vencedor podrá imponerse su condena para el reembolso por parte del vencido, no obstante, el Código no se coloca en el hipotético caso en que la parte vencedora solamente haya visto acogida una única pretensión, y perdida un número mayor a las declaradas fundadas, siendo el caso que aplicando el criterio de la compensación, el vencedor deberá pagar al vencido por los gastos procesales incurridos, pues fueron pocas las pretensiones fundadas a su favor y, por el contrario, mayor el número de pretensiones en contra; constituyendo este supuesto en una excepción al primer criterio esbozado.

Un cuarto criterio aplicable se da en aquellos casos en que la parte vencedora se le ha concedido auxilio judicial, por lo que no habrá reembolso para ella sino para el Poder Judicial que le ha concedido dicho auxilio judicial, en virtud al principio de *gratuidad del proceso y el de reciprocidad*.

Finalmente, el último supuesto regulado es el de aquellos casos en que se resuelva u incidente, por lo que la parte vencida deberá reembolsar las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilios judiciales y demás gastos incurridos en la tramitación de dicho incidente, en virtud al *principio de buena fe procesal*, pues es menester reprimir y sancionar las conductas dilatorias y temerarias de los sujetos procesales que incurrir en una mala fe procesal.

Así mismo, el artículo en comento, permite cuantificar dentro de los costos un 5 % destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente, así como para cubrir los honorarios de los abogados en caso de auxilio judicial, conforme al artículo 294 del TUO de la LOPJ y la Resolución Administrativa N° 222-2007-CE-PJ, de fecha 1 de noviembre de 2007 (LEDESMA, 2009: pp. 851-852).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Editorial Aranzadi.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Siendo la emplazada un gobierno local, debe ser exonerada del pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso a tenor de lo previsto en el artículo cuatrocientos doce del Código adjetivo, así como de pagar la multa de ley (*Cas. N° 2912-2002-Lima*).

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*).

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 exonerársele 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. 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*).

**Artículo 413**

**Exención y exoneración de costas y costos**

*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 reconozca o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 47; C.P.C. arts. 182, 179, 330, 331; L.P.T. art. 14.*

*A. Flavio Saavedra Dioses*

**1. INTRODUCCIÓN**

A continuación se comentará respecto a la exención de costas y costos procesales a los Poderes Públicos del Estado, así como los demás órganos constitucionalmente autónomos. Mientras que, la exoneración rige para las universidades públicas, las vencidas con auxilio judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de ciertos límites establecidos por ley, además, de las partes procesales que reconocen o se allanan a la demanda, como premio al respeto de los principios de celeridad y economía procesal.

**2. EXENCIÓN Y EXONERACIÓN DE COSTAS Y COSTOS PROCESALES**

El artículo en comento regula como único supuesto de *exención* al pago de costas y costos a los Poderes Públicos del Estado y organismos autónomos como una situación de privilegio o inmunidad de la que gozaría una persona o entidad para no ser comprendida en una carga u obligación, con motivo a su condición como litigante (LEDESMA, 2009: p. 859).

Por otro lado, distintos son los supuestos de *exoneración*, pues implica un descargo o liberación de mayor cobertura al vencido:

- a) *Universidades públicas*: se extiende la exención a estas personas jurídicas que forman parte de la Administración Pública, en virtud de su propia naturaleza como litigante.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

- b) *Vencidos con auxilio judicial*: la motivación es el hecho de que el Poder Judicial, al momento de conceder el auxilio judicial al sujeto procesal, ha reconocido tácitamente que no cuenta con recursos económicos para afrontar un proceso judicial, por lo que sería una contradicción el imponerle una carga al someterla al pago de costas y costos.
- c) *El demandante de un proceso de alimentos que ha sido vencido, dentro de los límites establecidos por ley*: la motivación se circunscribe en el hecho de que, generalmente, el demandante de un proceso de alimentos siempre se encuentra con auxilio judicial o se encuentra siendo asesorado por estudios jurídicos gratuitos de las propias universidades o por la Defensoría Pública (a través de los defensores de familia o los defensores de víctimas), por lo que mal se haría el imponerle el pago de costas y costos del proceso; sin embargo, si el demandante de un proceso de alimentos, al igual que otros supuestos, actuare con mala fe procesal (por ejemplo, a sabiendas o con pleno conocimiento que el menor alimentista por el cual se solicita una pensión de alimentos no es hijo del demandado), se podrá condenar al pago de costas y costos procesales.
- d) *Los vencidos mediante reconocimiento o allanamiento de la demanda*: el ordenamiento procesal otorga una especie de aliciente al vencido que, en aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, le ha ahorrado un gasto al Estado al evitar poner toda su maquinaria, estructura y logística para la solución del conflicto de intereses intersubjetivos, al haber el vencido reconocer o allanarse a la demanda que se le ha corrido traslado, no obstante, le impone un límite temporal: dentro del plazo de contestación de la demanda; por lo que posterior a ese plazo, le será aplicable la condena de costas y costos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.



**Artículo 414**

**Pluralidad de sujetos y condena en costas y costos**

*Cuando la parte condenada en costas y costos esté conformada por una pluralidad de sujetos, la condena al pago los obliga solidariamente.*

*De manera excepcional, el juez en resolución debidamente motivada regula la proporción que debe pagar cada sujeto procesal atendiendo a la actividad procesal desplegada. Por el mismo motivo, un sujeto procesal puede ser eximido de la condena en costas y costos, por decisión debidamente fundamentada. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 50 inc. 6, 418.*

---

***A. Flavio Saavedra Dioses***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo procesal ha sufrido una modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano* y, al haber ya excedido el periodo de *vacatio legis* de 30 días hábiles después de su publicación, la modificatoria, tal como se encuentra plasmada, surte plenamente todos sus efectos.

A continuación se comentará el supuesto regulado en el dispositivo legal, esto es, el pago de la condena de costos y costas del proceso cuando exista una pluralidad de sujetos procesales vencidos.

**2. OBLIGACIÓN SOLIDARIA RESPECTO AL PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO**

El artículo en comento impone como regla, el pago solidario por parte de la pluralidad de sujetos procesales vencidos, siendo ello así, se debe tener en cuenta que el monto cuantificable de costas y costos procesales es divisible y se puede exigir a cada uno de los deudores vencidos por el total de la condena impuesta, por lo que el pago de la totalidad por uno de ellos extingue la obligación del resto, sin embargo, el vencido que pagó las costas y costos, puede a su vez cobrar a los

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

otros covencidos, la parte que les corresponde (ORTELLS; SÁNCHEZ, Juan Ricardo, 2002: pp. 698-699).

A su vez, se regula el hecho de que, excepcionalmente, y mediante resolución debidamente fundamentada, el órgano jurisdiccional podrá regular la proporción que le tocará pagar a cada uno de los sujetos procesales vencidos, verificando la actividad procesal desplegada por cada uno de ellos, es decir, en virtud a los gastos que han hecho incurrir al vencedor durante todo el proceso judicial (por ejemplo, dilaciones procesales innecesarias), así como el caso lo amerite, la exoneración del pago a alguno de ellos, decisión judicial que también deberá encontrarse debidamente motivada.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 CPC. 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*).

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*).

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 costas deben regularse teniendo en cuenta ello (*Exp. N° 809-98, Tercera Sala Civil*).

**Artículo 415**

**Acuerdo sobre reembolso de las costas y costos en la transacción y conciliación**

*Las partes deben convenir sobre el reembolso de las costas y costos cuando el proceso concluye por transacción o conciliación. Dicho acuerdo no es oponible para quienes no participan del mismo, quienes se someten a las reglas generales.*

*De omitirse el acuerdo sobre el reembolso de las costas y costos, se entiende que cada parte asume las propias. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 323, 334, 337, 412.*

---

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo procesal ha sufrido una modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano* y, al haber ya excedido el periodo de *vacatio legis* de 30 días hábiles después de su publicación, la modificatoria, tal como se encuentra plasmada, surte plenamente todos sus efectos.

A continuación se comentará el supuesto regulado en el dispositivo legal, esto es, el acuerdo respecto al reembolso de las costas y costos procesales ante la conclusión del proceso judicial por transacción o conciliación.

**2. CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN PARCIAL RESPECTO AL REEMBOLSO DE COSTAS Y COSTOS PROCESALES**

La norma regula el supuesto de conciliación o transacción parcial, es decir, aquel en el que concurriendo una acumulación subjetiva sea activa o pasiva, no participan en el acuerdo todos los sujetos, sino alguno de ellos. Por lo que, aquellos que no participaron del acuerdo se someterán a la regla general que implica el vencido debe reembolsar los gastos procesales (entiéndase costas y costos (LEDESMA, 2009: pp. 862-863).

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

Por otra parte, 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 el pago. Ante esta situación, las partes deberán llegar a un acuerdo y convenir respecto al reembolso de las costas y costos procesales; no obstante, en caso de omitirse el acuerdo, se entenderá que cada parte asumirá su propia parte de los gastos procesales incurridos.

#### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

---

#### **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ORTELLS, Manuel (Dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

---

**Artículo 416** | **Condena en costas y costos en el desistimiento y el abandono**

*Si el proceso concluye por desistimiento, ya sea del proceso o de la pretensión, quien se desista es condenado en costas y costos, salvo pacto en contrario.*

*El abandono del proceso determina la condena en costas y costos del demandante. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 340 a 345, 351.*

---

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo procesal ha sufrido una modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano* y, al haber ya excedido el periodo de *vacatio legis* de 30 días hábiles después de su publicación, la modificatoria, tal como se encuentra plasmada, surte plenamente todos sus efectos.

A continuación se comentará el supuesto regulado en el dispositivo legal, esto es, la regla aplicable respecto al pago de costas y costos del proceso en los casos de desistimiento y abandono.

**2. ¿QUIÉN PAGA COSTAS Y COSTOS EN EL DESISTIMIENTO Y EL ABANDONO?**

El desistimiento es un acto jurídico procesal unilateral que tiene dos expresiones: a) el desistimiento del proceso (la postergación del proceso, para ser discutida su pretensión en otro proceso judicial a posteriori); y b) desistimiento de la pretensión (conclusión definitiva del proceso). En ambos casos, quien se desista, será condenado al pago de costas y costos del proceso. Cabe pacto en contrario.

Mientras que, en el caso del abandono, al implicar una inactividad de las partes en el proceso dentro de un plazo determinado que la norma procesal lo ha fijado

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

en cuatro meses, lo cual produce la ineficacia de todo lo actuado y la condena de todo lo actuado al demandante, pues ha generado innecesariamente un gasto al Estado por el servicio público de administración de justicia solicitado al ejercer su derecho de tutela judicial efectiva (LEDESMA, 2009: pp. 863-864).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 417**

**Liquidación de las costas**

*Luego de quedar firme la resolución que impone la condena en costas la parte acreedora tiene la carga de presentar una liquidación de estas.*

*La liquidación atenderá a las partidas citadas en el artículo 410, debiendo incorporar solo los gastos judiciales realizados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas.*

*La parte condenada tiene tres días para observar la liquidación, con medio probatorio idóneo. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación es aprobada por resolución inimpugnable.*

*Interpuesta la observación, se confiere traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el juez resuelve. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 262, 368 inc. 2, 372, 410, 419; L.G.S. art. 137.*

---

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo procesal ha sufrido una modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano* y, al haber ya excedido el periodo de *vacatio legis* de 30 días hábiles después de su publicación, la modificatoria, tal como se encuentra plasmada, surte plenamente todos sus efectos.

A continuación se comentará el supuesto regulado en el dispositivo legal, esto es, el procedimiento que los sujetos procesales deben tener en cuenta para la liquidación de las costas procesales incurridas durante el proceso judicial.

**2. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES**

Con la modificatoria, la norma procesal parte del supuesto de que los gastos procesales ya no son exigibles después de ejecutoriada la resolución que impone

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

la condena, sino desde el momento mismo en que esta ha adquirido la calidad de firme; por lo que, al vencedor se le impone la carga de presentar su propuesta de liquidación de las costas procesales incurridas durante la tramitación de todo el proceso judicial.

Dicha propuesta de liquidación del vencedor deberá tener en cuenta las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y demás gastos procesales, que él haya incurrido y actuaciones legalmente autorizadas (LEDESMA, 2009: pp. 864-865).

Posteriormente, respecto a dicha propuesta de liquidación de las costas procesales se le corre traslado a la parte vencida para que en el término de tres días observe lo que convenga, presentando medio idóneo, por ejemplo, una pericia o informe contable respecto a un error en el cálculo del monto de las costas o el hecho de no tomarse en cuenta un rubro no comprendido en el artículo 410 del CPC.

Finalmente, transcurrido el plazo para las oposiciones respectivas, si esta no fue presentada por la parte vencida, el órgano jurisdiccional resolverá, siendo inimpugnable su decisión. No obstante, de presentarse la observación correspondiente, se le correrá traslado nuevamente al vencedor para que formule lo que le convenga a su derecho, con o sin su absolución, el juez deberá resolver. Su decisión judicial es apelable sin efectos suspensivos.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).



**Artículo 418**

**Procedencia de cobro de los costos**

*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.*

---

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma comentada atiende al hecho de que el órgano jurisdiccional aprobará el monto de los costos atendiendo a los documentos presentados, por lo que previamente a la aprobación del monto, podrá recurrir a los parámetros o principios establecidos en el artículo 414 del CPC.

**2. PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVO EL COBRO DE LOS COSTOS PROCESALES**

Al pertenecer las costas y costos al ámbito del Derecho Procesal, la obligación de pagarlas nace de la intervención de las partes en el proceso judicial, siendo su título de ejecución la sentencia que así lo declare (LEDESMA, 2009: pp. 866-867).

No se trata de un pago propiamente dicho, sino de un reembolso, pues se le conmina al vencido a restituir los gastos incurridos por el vencedor en proteger su derecho de defensa durante todo el proceso judicial.

Por tanto, el cobro de dichos costos deberán estar acompañados de los documentos indubitables que prueben el monto realmente incurrido, como por ejemplo, el pacto de cuota litis entre justiciable y abogado defensor, o la emisión de recibos por honorarios, ente otros, siempre atendiendo a la aplicación del principio de razonabilidad respecto a los honorarios por los servicios desplegados. Además, en caso de superarse el monto de S/ 20 000.00, el Código Tributario obliga a la declaración de las rentas percibidas y su correspondiente pago por impuesto a la renta de cuarta categoría, al ser el abogado una persona natural independiente que presta servicios de consultoría y asesoría jurídica.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

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*).

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 gava- bles, acreditan a cabalidad los tributos (*Exp. N° 712-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

## Artículo 419

### Reembolso de las costas y costos

*El reembolso de las costas y costos se exige ante el juez de la ejecución y se efectúa dentro del tercer día de quedar firme la resolución que las aprueba. Vencido el plazo, la falta de pago genera intereses legales. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. VIII, 381, 417.*

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo procesal ha sufrido una modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano* y, al haber ya excedido el periodo de *vacatio legis* de 30 días hábiles después de su publicación, la modificatoria, tal como se encuentra plasmada, surte plenamente todos sus efectos.

A continuación se comentará el supuesto regulado en el dispositivo legal, esto es, el reembolso de las costas y costos procesales.

## 2. REEMBOLSO DE LAS COSTAS Y COSTOS PROCESALES

Con la modificatoria, la norma procesal establece como competencia para exigir el reembolso de las costas y costos al juez de la ejecución; así como el plazo para cancelarlo, esto es, dentro del tercer día de quedar firme (ya no ejecutoriada) la resolución que aprueba el monto de los gastos procesales (costas y costos) (ORTELLS; SÁNCHEZ, Juan Ricardo, 2002: pp. 696-698).

Vencido el plazo para cancelar el monto cuantificable y aprobado de costas y costos, comenzarán a computarse los intereses legales correspondientes.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORTELLS, Manuel (dir.); SÁNCHEZ, Juan Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

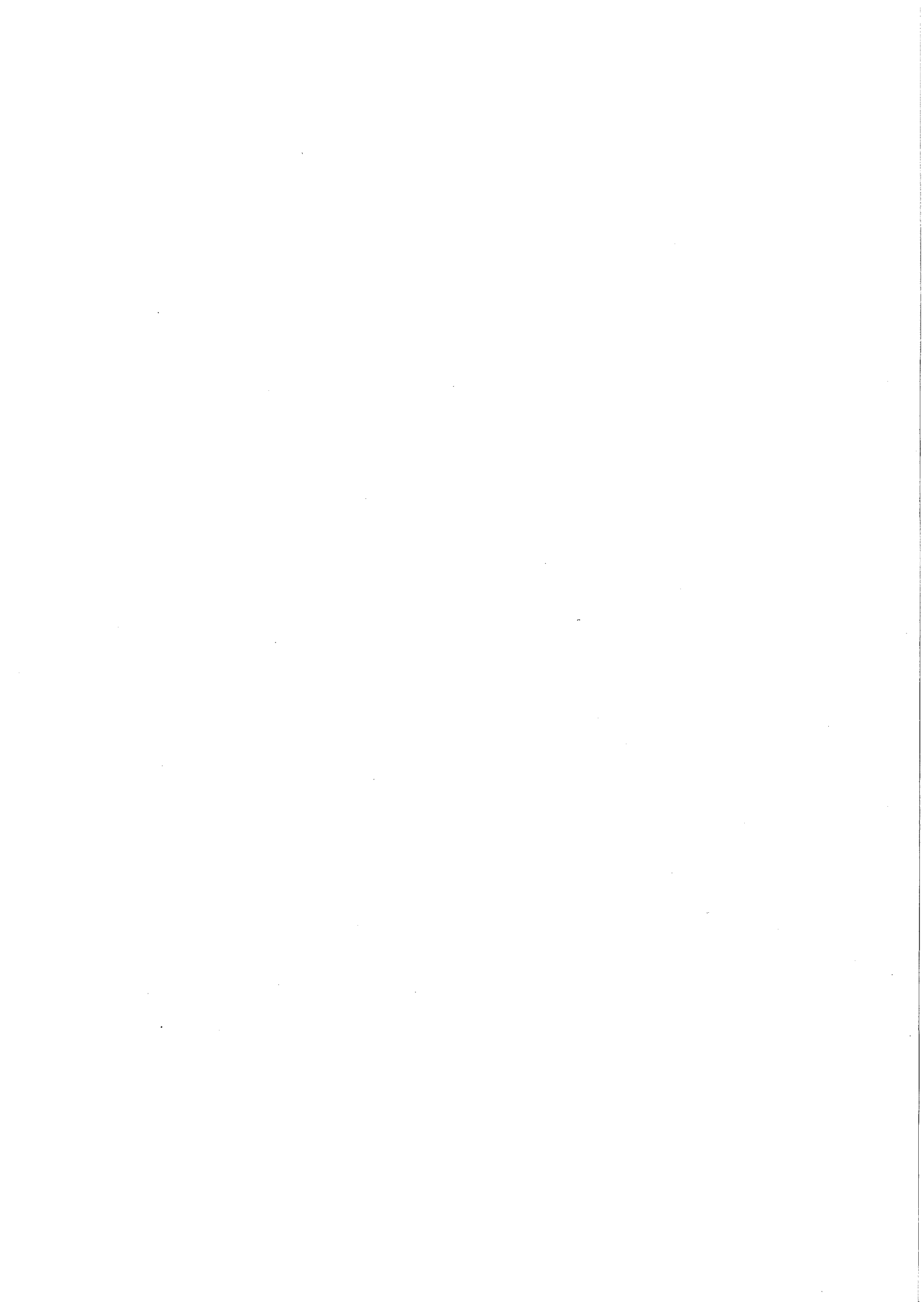
 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).



# TÍTULO XVI

## MULTAS

### Artículo 420

#### Declaración judicial y destino de la multa

*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:

*C.P.C. arts. IV, VIII, 4, 13, 46, 53 inc. 1; L.O.P.J. art. 120; R.ADM. 938-CME-PJ art. 1 y ss.; R.ADM. 177-2014-CE-PJ art. 1 y ss.*

*César Augusto de la Cuba Chirinos*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La multa está prevista en nuestro ordenamiento procesal como uno de los medios por los cuales el juez a cargo de todo proceso puede imponer sus facultades disciplinarias con el propósito de materializar sus mandatos, de hacer cumplir sus decisiones. Dado que en la práctica judicial es uno de los apercibimientos más frecuentes, entonces analizar su forma de imposición, requisitos y forma de vinculación en su pago, resulta importante hacia el litigante y toda persona ligada al quehacer judicial.

En el presente comentario se pretende de forma sucinta analizar los presupuestos para imponer la sanción pecuniaria de multa, los obligados a su pago y la problemática en su exoneración; analizando también cómo es que en la legislación comparada se recurre a esta sanción patrimonial.

### 2. CONCEPTO

Se entiende por multa la sanción de tipo patrimonial y precisada en porcentaje de la unidad de referencia procesal (URP), luego liquidable en monto de dinero exigible, por la cual el juez de un proceso determinado sanciona a un abogado, litigante o partícipe del proceso civil que incumple sus mandatos, teniendo como

finalidad la materialización de estos, afectando la esfera patrimonial de los sujetos sancionados.

Mediante la Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ se conceptualiza a la multa como “la sanción coercitiva impuesta por el juez, que consiste en ordenar el pago de una suma de dinero a efectos de lograr el acatamiento del mandato judicial. Nuestro ordenamiento ha provisto a los magistrados de facultades coercitiva y prerrogativas para conminar a las partes, a sus abogados y terceros a respetar sus decisiones y guarden una conducta acorde a los fines del proceso, siendo una de ella la aplicación de una multa, la cual se justifica en el afán de disciplinar a las partes a fin de que su conducta discorra por los causales del debido proceso”.

La adopción de tal sanción pecuniaria tiene sustento en el principio de dirección e impulso procesal, el maestro CHIOVENDA señala que “el juez no puede mantener la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos, sino que debe estar provisto de autoridad, dicha autoridad es la que fluye de la aplicación del principio de dirección e impulso procesal. Conforme a este principio, el juez se convierte en director del proceso, provisto de una serie de facultades para dejar de ser un ‘convidado de piedra’” (CHIOVENDA, 1925: p. 136); es por ello que este principio consiste en otorgar al juez la aptitud necesaria para conducir autónomamente el proceso sin necesidad de la intervención de las partes para la consecución de sus fines.

La multa tiene pleno sustento en el ejercicio de la jurisdicción, potestad que deriva del latín *ius decire* que significa “decir derecho”, y por la cual entendemos al poder del Estado para conocer, llevar a cabo y realizar el proceso, ello mediante los órganos encargados al efecto. Dicha potestad compone en el ámbito procesal un poder-deber que de forma conjunta e indisoluble faculta al Estado para que a través del órgano jurisdiccional competente pueda administrar justicia. Como elementos de la jurisdicción hallamos la *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* y *executio*. Interesa a nuestro propósito analizar la *coertio* y la *executio* pues por la primera el juez puede hacer uso de la fuerza para hacer cumplir sus mandatos mientras que por la segunda se le da la facultad y poder específico al juez para ejecutar sus propias decisiones.

La multa como medida de coerción resulta una herramienta eficaz con la cual el juez apremia a las partes con el propósito que cumplan sus mandatos. Por ejemplo en los procesos contencioso-administrativos, la práctica judicial orienta a concluir que la falta de colaboración de las entidades del Estado al remitir los expedientes administrativos, son superados cuando los magistrados imponen multas sucesivas y compulsivas, elevando incluso su monto, pues el resultado siempre es la remisión de tales actuados con los cuales se posibilita una revisión más efectiva de la actuación administrativa.

Ello tiene una directa relación, como resulta obvio, con el logro de la finalidad del proceso civil, es por ello que al no cumplirse los mandatos del juez, se faculta la sanción como medio para obtener tal cometido. Lograr la finalidad de todo proceso no resulta algo menor, por el contrario, “un juez cuando decide involucrarse en la actividad judicial lo hace para cumplir una misión en concreto, la cual es resolver los conflictos aplicando la norma jurídica al caso específico. Tal como literalmente se señala en el artículo III del título preliminar del CPC (...)” (LEDESMA, 2014).

Ahora, el recurrir a la multa como medida sancionatoria, resulta legítimo desde que son las partes o terceros quienes incumplen sus deberes procesales; así compartimos lo señalado por el profesor DEVIS ECHANDÍA cuando expone que: “También surgen de proceso verdaderos deberes procesales, a cargo de las partes y sus apoderados, cuyo cumplimiento puede hacerse efectivo mediante coacción (multas o arresto) o por la fuerza (intervención de la policía, para conducir a una persona ante el juez o para allanar una casa y entrar a ella), y cuyo incumplimiento puede acarrear la condena a indemnizar perjuicios a otras partes” (DEVIS ECHANDÍA, 2004: p. 365). Cabe recordar que conforme al citado autor: “Los deberes procesales tienen estas características: a) emanan de normas procesales; b) son de derecho público; c) surgen con ocasión del proceso, bien sea como consecuencia del ejercicio del derecho de acción que lo origina o del derecho de contradicción del demandado o imputado, o de su trámite; d) corresponde al juez, las partes y los terceros, según el caso; e) dan lugar a sanciones y a coerción para su cumplimiento” (DEVIS ECHANDÍA, 2004: pp. 44-45).

### 3. REQUISITOS PARA SU IMPOSICIÓN

Dado que es conceptualizada como un medio de coerción del juez para hacer cumplir sus mandatos, constituyéndose en una facultad disciplinaria, la multa debe ser impuesta por el juez considerando –en criterio nuestro– los siguientes parámetros:

- a) *Orden o mandato expreso del juez requiriendo una actuación o conducta determinada a algunos de los sujetos procesales*: este mandato expreso debe anteceder a la imposición de la multa y constituye un requerimiento determinado del juez intimando a algunas de las partes o terceros a realizar una actuación concreta, sea por acción u omisión, materializando de este modo los efectos de sus decisiones y posibilitando hacia el proceso que este transcurra con normalidad hacia la consecución de sus fines: resolver el conflicto de intereses y lograr la paz social en justicia. Debe aquí considerarse que la resolución que inquiera a las partes debe a su vez considerar dos requisitos, motivación del requerimiento y adecuación de dicho



requerimiento hacia el logro de la finalidad del acto procesal para el cual fue dictado o hacia alguno de los fines del proceso civil; de esta forma la discrecionalidad del juez a fin de realizar requerimientos a las partes se encuentra siempre bajo parámetros de evaluación que impide la trasgresión del principio de interdicción de la arbitrariedad.

- b) *Desobediencia expresa u omisión por parte del sujeto requerido por el juez*: el desacato hacia el requerimiento del juez debe ser efectivamente constatado sea porque de modo expreso se decide no cumplir con la orden judicial y se pone de manifiesto tal situación al juez, o porque por omisión o silencio no se cumple con lo estipulado y puede extraerse como presunción judicial que el requerido es renuente a cumplir con lo ordenado; procediéndose en ambos casos a evaluar la imposición de la multa.
- c) *Resolución motivada del juez exponiendo las razones de la imposición de la multa*: ya al momento de decidir utilizar su discrecionalidad e imponer la sanción, nos encontramos ante la materialización de una facultad disciplinaria del juez, y como cualquier ejercicio de una facultad discrecional, debe siempre dictarse la multa en resolución motivada; al respecto nuestro Tribunal Constitucional ha expuesto que “(...) este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias –tanto por entidades públicas, privadas, particulares, así como por autoridades judiciales– no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que en ella debe efectuarse una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta las particulares circunstancias que lo rodean. El resultado de esta valoración y evaluación llevará pues a adoptar una decisión razonable, proporcional y no arbitraria. 11. En este sentido, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto ‘implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos’ (Cfr. Exp. N° 0006-2003-AI/TC). 12. Al reconocerse en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación

objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Cfr. Exp. N° 0090-2004-AA/TC)” (STC N° 3167-2010-PA/TC).

Debe entonces establecerse en la resolución que impone la sanción la importancia de la desobediencia hacia los fines del acto procesal y del proceso, demostrando su relación íntima con lo que el juez quiso lograr con el requerimiento y motivando la razón por la cual la acción u omisión del requerido tiene especiales efectos negativos hacia el proceso y hacia su majestad la justicia, resultando entonces relevante, y por ello es que se sanciona a la parte o tercero requerido.

- d) *Proporcionalidad en la decisión*: considerando que toda decisión que se adopte respecto a los sujetos del proceso deber ser siempre motivada y justificada, más aún si afecta esferas personales o patrimoniales, la imposición de una multa no se mantiene fuera del control de proporcionalidad y razonabilidad que debe efectuar el juez al momento de ordenar tal sanción. Así, respecto a la observancia del principio de proporcionalidad al adoptar una sanción administrativa, tenemos que las sentencias del Tribunal Constitucional son fuentes primarias de interpretación constitucional, y como tal, son de imperativa aplicación y observancia por todos los operadores que forman parte del sistema de administración de justicia de nuestro país, pues integra el bloque de constitucionalidad, orientador del sistema jurídico; por ello dicho órgano de justicia constitucional fijó que “la Municipalidad emplazada al momento de imponerle la sanción lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 83 de su propio Reglamento Interno de Trabajo, el que señala que las sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión en sus labores o despido, se aplicarán en función de la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador (...) se debe concluir que la sanción impuesta (despido) no fue la más adecuada e idónea, pues la emplazada podía haberle impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias ya citadas anteriormente” (STC N° 3169-2006-PA/TC); vemos pues por ejemplo que en el caso citado el tribunal especifica que al sancionar debe considerarse parámetros para imponer la sanción y que esta resulte proporcional, tal como hemos referido líneas arriba, al evaluar el desacato bien puede considerarse: la importancia del acto de desobediencia, fines del acto procesal y del proceso, relación íntima del acto de desobediencia con lo que el juez quiso lograr

con el requerimiento, efectos negativos hacia el proceso e inobservancia del deber de colaboración hacia su majestad la justicia.

Para demostrar la incidencia constitucional de la imposición de la multa con los derechos y garantías que el ordenamiento adjetivo guarda hacia las partes, tenemos que de forma mucho más precisa, el Tribunal Constitucional resolvió: “En relación, a la agresión constitucional generada por la sanción dineraria de multa ‘[i]mpuesta pese a habersele otorgado auxilio judicial’, este Tribunal considera legítima la pretensión demandada, habida cuenta que el recurrente goza del beneficio de auxilio judicial, tal como se aprecia de la Resolución de fecha 24 de setiembre de 2007, obrante a fojas 190 de los autos. Dicha resolución se sustenta en la acreditación de una severa afectación en los ingresos que este percibe, pues además sobre lleva carga familiar. En el contexto descrito, la aplicación de una multa judicial por el hecho de haber ejercido un recurso judicial, sin tomar en cuenta el status especialísimo del recurrente, no es una opción razonable, si se toma en cuenta que este no ha obrado de manera que pueda considerarse maliciosa, conforme lo prescribe el artículo 304 del CPC” (STC N° 4268-2009-PA/TC). Como podrá apreciarse, la aplicación de la multa y la graduación de su monto no es un acto mecánico sino que con el propósito de plasmar el principio de interdicción de la arbitrariedad, se deja a discrecionalidad del juez el sancionar y establecer el monto de la multa, pero siempre bajo los parámetros que el constitucionalismo moderno han impuesto a toda decisión judicial.

#### 4. PROBLEMÁTICA

Considerando la sistematización con la se aplican e interpretan las normas adjetivas, he hallado al menos dos situaciones problemáticas que bien vale la pena analizar: la posible contradicción entre la prohibición de exoneración y la posibilidad del juez de dejar sin efecto la multa; y, el problema generado al existir casos de obligatoriedad en la imposición de multas pero en la práctica judicial ello no siempre es dictado por los jueces.

Respecto a lo primero, aún cuando la multa es tratada de modo particular en los artículos 420 a 423 del CPC, su aplicación debe ser siempre sistematizada, siendo que conforme a ello parece existir una contradicción dentro de dicho cuerpo legal, pues el artículo bajo comentario establece que *en ningún caso procede su exoneración*, mientras que el artículo 53 del Código Adjetivo previene que en atención al fin promovido y buscado en el artículo 52 –facultades disciplinarias del juez– está facultado para imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión,

siendo que dicha multa *puede ser reajustada o dejada sin efecto* si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.

Como podrá verificarse, la prohibición de la exoneración parece contradecirse con la posibilidad de dejarla sin efecto en caso se aprecie que la desobediencia ha tenido justificación. Para ello recurriremos al DRAE en donde encontramos que exonerar implica “*aliviar, descargar de peso u obligación*” por lo que –compulsando dicha descarga de una obligación con la sistematización con la cual debe ser interpretada las normas adjetivas– puede afirmarse que el supuesto de exoneración se encuentra orientado a impedir que luego que la resolución que impone la multa queda firme y la multa es liquidada y puesta a cobro, pueda existir posibilidad de dejar sin efecto la sanción, ello siempre en acto posterior al inicio y conclusión del procedimiento por el cual el juez del proceso determinó que la acción u omisión fue de tal gravedad que merece ser sancionada; estimo que la prohibición de exoneración es un mandato a los órganos de ejecución –jueces y secretarios de la secretaría de cobranza de multas (Secom)– con el propósito que en ningún caso dispensen el pago de la multa impuesta.

Por otro lado, el supuesto de dejar sin efecto la multa si se considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación, procede cuando el juez impone la sanción e inmediatamente la parte o tercero sancionado expone una razón por la cual se justifica el acto de desobediencia; es decir, antes de consentir o antes que la resolución de multa sea enviada a la secretaría de cobranza de multas (Secom) para su cobro, se expone una razón motivada y suficiente que permite al juez dejar sin efecto la multa que él mismo impuso. Puede apreciarse el diferente momento de aplicación de ambas figuras y en consecuencia, en criterio nuestro, la contradicción es solo aparente.

Ahora, en cuanto a lo segundo, de una revisión de algunos de los supuestos de imposición de multa contenidos en nuestro Código Adjetivo –y que serán sucintamente citados al comentar el artículo 421– tenemos que en determinados supuestos la regla adjetiva impone la adopción de la multa con mandatos precisos como “será condenada”, “pagará”, “impondrá” u otros similares, lo cual nos da la impresión de la existencia de un mandato hacia el juez para sancionar las conductas que el legislador ordinario entendió como lesivas hacia el cumplimiento de la finalidad del proceso; sin embargo, en la práctica judicial, son muchas las ocasiones que los señores jueces a pesar del mandato optan por no imponer la sanción de multa, en términos de la potestad de administrar justicia, entiendo que dichos mandatos los analizan bajo su discrecionalidad. En este sentido podríamos hablar de la facultad sancionatoria del juez reglada por la ley procesal en casos concretos, y el criterio discrecional del uso de dicha facultad para sancionar con multa conductas no reguladas en la norma procesal.

Así, se aprecia que en aquellos casos en los que existe incumplimiento del deber procesal respecto de una conducta expresamente regulada en el código, se aplica la sanción regulada (principio de legalidad), como en el caso del artículo 270 del CPC “los peritos que, sin justificación, retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia e pruebas, serán subrogados y sancionados con multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar” o el artículo 304 del citado cuerpo legal “al litigante que maliciosamente formule tacha u oposición, se le impondrá una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos de su tramitación”. En ambos supuestos debería obligatoriamente imponerse la multa, sin embargo nuestra jurisprudencia nos indica que mayoritariamente los jueces optan por no sancionar; una excepción sería la aplicación de la multa en sede casatoria, pues de la revisión del cuadernillo de sentencias en casación publicadas en el diario oficial *El Peruano* tenemos que al rechazar la casación –sea en calificación por inadmisibilidad o desestimarla por infundabilidad del recurso– las salas supremas siempre condenan a una multa.

Considero que la mayoría de nuestros jueces antes de sancionar de modo mecánico, prefiere aplicar dos de los presupuestos aquí esbozados para imponer la multa: resolución motivada del juez exponiendo las razones de la imposición de la multa y proporcionalidad en la decisión. No juzgo errada tal situación pues como expuse ello permite siempre motivar del porqué se sanciona a la parte o tercero, sin embargo, también resulta obvio que muchas veces el dejar sin sanción dichas conductas, conllevan a que los litigantes entiendan que su proceder contrario a los deberes procesales no será sancionado, desatendiendo de este modo la finalidad de todo proceso civil; estimo entonces que nuestros jueces deben siempre buscar el equilibrio exacto entre cumplir con los mandatos expuestos y el uso de su discrecionalidad.

## **5. PROCEDIMIENTO PARA IMPONER MULTA**

Conforme a la Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ, impuesta la multa la resolución deberá ser notificada al multado en su domicilio real y procesal, a fin que cumpla con pagarla o ejerza su derecho de impugnación en un plazo máximo de tres días bajo apercibimiento de informar a la Central Privada de Información de Riesgo –entidad encargada de registrar a los multados que no han cumplido en todo o parte con la obligación de pago y que se encuentran en calidad de morosos–; dicho emplazamiento contendrá como requisito de validez el monto de la multa expresado en Unidad de Referencial Procesal.

Luego de la imposición de la multa el magistrado que la impuso deberá disponer su descargo en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), donde a su vez se creará en incidente de la multa, que será visualizado en el módulo de las multas del Sistema de Recaudación Judicial (Sinarej); en caso por situaciones tecnológicas que impidan que el órgano sancionador tuviera acceso a dichas herramientas informáticas, dicho registro se realizara en el "Libro de Registro de Multas". Se ha dispuesto que deben registrarse los siguientes datos:

- Nombre completo del multado.
- Número de expediente.
- Razón social del multado (en caso de ser persona jurídica).
- Número de documento nacional de identidad (para nacionales) o número de pasaporte o carne de extranjería (para extranjeros).
- Registro Único de Contribuyente (RUC) en caso de ser persona jurídica.
- Domicilio real o procesal del multado.
- Monto de la multa impuesta expresado en URP.
- Estado de la multa (se entiende impuesta, apelada, consentida).

Efectuado el registro de la multa en el Sistema Integrado Judicial el juez dispondrá la formación del cuaderno de multa respectivo, aun cuando la multa no se encuentre consentida, dicho cuaderno contendrá en forma obligatoria los siguientes actuados:

- Carátula emitida por el Sistema Integrado Judicial.
- Copia certificada de la demanda y/o contestación de la demanda, según sea el caso, a efectos de verificar el domicilio del multado (solo la parte en donde conste el domicilio del multado).
- Copia certificada de la resolución o acta donde se impuso la multa.
- Copia certificada de la cédula de notificación donde se informa de la multa impuesta.
- Copia certificada de las demás piezas procesales que el juez considere pertinente.
- Copia certificada del recurso de apelación y de la resolución de vista, en caso el multado haya interpuesto recurso impugnatorio contra la multa.

En caso la multa no haya sido objeto de recurso impugnatorio se remitirá el cuaderno de multa a la secretaría de cobranza de multas, en el plazo máximo de tres días; por el contrario si la multa ha sido apelada, se remitirá el cuaderno de multa a la secretaría de cobranza de multas, adjuntando a la resolución que confirma o revoca la sanción impuesta, en un plazo máximo de tres días.

Se prevé, asimismo, que en el supuesto que el multado haya ejercido su derecho de apelación dentro del plazo establecido por ley, y si su pretensión se configura dentro de los alcances de los artículos 364 y 366 del CPC, el juez concederá el recurso impugnatorio correspondiente, ordenando elevar el cuaderno de multa que contiene la resolución materia de impugnación, más las copias que se consideren necesarias que se deben agregar con finalidad de que el superior jerárquico pueda pronunciarse sobre la apelación incoada. Una vez resuelta la apelación y devuelto el cuaderno de multa por el superior jerárquico, se pueden presentar dos supuestos: a) si la sanción impuesta ha sido confirmada, se remitirá a la secretaría de cobranza de multas para continuar con el proceso de cobranza; o, b) en caso contrario fuera revocada, el secretario de multas procederá a la anulación de la sanción en el Sistema Integrado Judicial y módulo de las multas del Sistema de Recaudación Judicial, archivando el cuaderno de multas.

## 6. LEGISLACIÓN COMPARADA

Con la finalidad de comparar los supuestos de imposición de multas, considero necesario verificar cómo en otros países se regula el tema analizado. Así:

6.1 *Colombia*: El código adjetivo colombiano previene, entre muchos otros supuestos, el uso de la multa como sanción en los siguientes supuestos:

- El auxiliar de la justicia por cuya culpa deje de practicarse una prueba o diligencia, será sancionado con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.
- El juez puede sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución. Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular. La resolución se notificará personalmente y contra ella solo procede el recurso de reposición; ejecutoria, si su valor no se consigna dentro de los diez días siguientes, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día, sin exceder de veinte días. Las multas se impondrán a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio

de Justicia, salvo disposición en contrario; su cuantía y tasa de conversión en arresto, serán revisadas periódicamente por el gobierno.

- Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquiera otra citación que el juez les haga.
- El apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. El juez impondrá a cada uno, multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales.
- Si se probare que el demandante o su apoderado, o ambos, faltaron a la verdad en las afirmaciones hechas bajo juramento, además de remitirse copia al juez penal competente para la investigación del delito y al tribunal superior del distrito para lo relacionado con faltas contra la ética profesional, si fuere el caso, se impondrá a aquéllos mediante incidente, multa individual de cinco a diez salarios mínimos a favor de la parte demandada y se les condenará a indemnizarle los perjuicios que haya podido sufrir; estos se liquidarán tanto a la parte como al apoderado que no concurren a la audiencia, o se retiren antes de su finalización, se les impondrá multa por valor de cinco a diez salarios mínimos mensuales, excepto en los casos contemplados en el numeral 1.
- A partir del vencimiento del término y hasta la devolución del expediente, la parte o el apoderado que lo retenga incurrirá en multa de un salario mínimo mensual por cada día de retención. El juez de oficio o a petición de parte, impondrá la multa y en el mismo auto ordenará la devolución del expediente dentro del término de tres días. Este auto se notificará por estado y se hará saber por telegrama dirigido a la dirección denunciada en el libro a que se refiere el artículo precedente; contra él no habrá ningún recurso.
- En caso de amparo por pobreza, el cargo de apoderado será de forzoso desempeño y el designado deberá manifestar su aceptación o presentar prueba del motivo que justifique su rechazo, dentro de los tres días siguientes a la notificación personal del auto que lo designe; si no lo hiciere, incurrirá en falta a la debida diligencia profesional, sancionable en todo caso con multa de cinco salarios mínimos mensuales y se le reemplazará.



- Cuando se requiera al representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud, el juez ordenará rendir el informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.
- Si se probare que el demandante, su representante o apoderado conocían el lugar donde hubiera podido encontrarse al demandado, se impondrá al responsable multa de veinte salarios mínimos mensuales, y por trámite incidental condena individual o solidaria, según el caso, a indemnizar los perjuicios que con su conducta haya ocasionado al demandado o a terceros.

6.2 *Alemania*: La normativa alemana por su parte, establece la imposición de multa en los siguientes casos:

- En el supuesto de incomparecencia de un testigo que fuera debidamente citado, este debe asumir los costos que aquella ocasionó y, además de ello, puede aplicarse contra él una multa o, sustitutivamente, la privación de la libertad o prisión procesal; en caso de que el testigo al cual se aplicaría esta sanción acreditara de manera verosímil que no fue citado oportunamente o que, habiéndolo sido, su incomparecencia responde a supuestos atendibles, no resultaba aplicable sanción alguna. En la praxis se verificaba que incluso las sanciones ya pronunciadas contra el testigo incompareciente eran dejadas sin efecto por la acreditación de un aceptable supuesto de exclusión de la culpa del testigo.
- Se dejan sin efecto la imposición de las costas y de medios coercitivos cuando la incomparecencia del testigo sea excusable en forma suficiente y oportuna. En caso que la excusación no resulte oportuna, únicamente se dejarán sin efecto la aplicación de costas y de medios coercitivos cuando se acredite verosímilmente que el testigo no tuvo ninguna culpa en la demora de la excusación. En caso de que tenga lugar la suficiente excusación o que se acredite posteriormente en forma verosímil, los mandamientos pronunciados serán revocados.
- En caso de que el testigo se niegue a dar una declaración testimonial o un juramento sin dar un motivo o en virtud de una resolución en carácter de cosa juzgada que declare un motivo por irrelevante, se le impondrán –sin que sea necesario una petición al efecto– las costas ocasionadas por la negativa. Al mismo tiempo una orden de arresto contra aquel en caso de que no pueda cumplir con la multa.

- Cuando un perito no comparece o se niega a realizar un dictamen, sea que esté obligado para ello o cuando detiene expedientes u otros documentos, se le impondrán las costas producidas. Igualmente se fijará contra él una multa. En caso de reiteración de desobediencia, se le puede imponer nuevamente una multa.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, (1922), trad. José Casáis y Santaló, Madrid: Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2004): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad; LEDESMA, Marianella (2014): *Estudios críticos de Derecho Procesal Civil y Arbitraje*. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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 ídem (*Exp. N° 908-98, Segunda Sala Civil*).

**Artículo 421**

**Unidad de pago aplicable a la multa**

*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 art. 1 y ss.; R.ADM. 177-2014-CE-PJ art. 1 y ss.*

---

*César Augusto de la Cuba Chirinos*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Con el propósito de liquidar el monto de dinero que compone la multa impuesta por el órgano jurisdiccional, el CPC ha previsto utilizar la Unidad de Referencia Procesal (URP) como medida de cálculo. Atendiendo entonces a su actualización anual, pues además depende del incremento de la unidad impositiva tributaria; resulta importante analizar algunos aspectos referidos a la vigencia en su aplicación.

Seguro uno de los principales problemas en los cuales los señores jueces reparan al momento de imponer una multa es el monto –proporcional tomando en cuenta el valor de la Unidad de Referencia Procesal– y la normativa a utilizar, habida cuenta de que la regla aplicable no es aquella vigente a la fecha de imposición sino la de requerimiento de pago, algunas soluciones al respecto son las que intentaremos brindar.

**2. LA UNIDAD DE REFERENCIA PROCESAL**

La cita a la Unidad de Referencia Procesal la encontramos primigeniamente en la novena disposición complementaria y final del Texto Único Ordenado del CPC por el cual “el monto de la Unidad de Referencia Procesal para determinar la cuantía de los procesos y de las multas establecidas en este Código es la que fija periódicamente el Poder Ejecutivo, para la industria y comercio de la provincia de Lima” siendo ello derogado por el inciso a) de la primera disposición derogatoria de la Ley N° 26846 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de julio de 1997; ahora dicha norma también modificó la primera disposición complementaria única del Texto Único Ordenado de la LOPJ, siendo que a partir de dicha fecha “para los efectos de fijación de cuantías, tasas, aranceles y multas previstas en esta Ley o las establecidas en la legislación procesal especial, se aplica la Unidad de Referencia Procesal (URP). Toda alusión en la norma procesal a la Remuneración Mínima Vital, se entenderá efectuada a la Unidad de Referencia

Procesal. Corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial, fijar al inicio de cada año judicial, el monto de la Unidad de Referencia Procesal". A partir de la citada modificatoria, es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, quien atendiendo a sus funciones como órgano de gestión y dirección del Poder Judicial juntamente con la Sala Plena y el presidente de la Corte Suprema, establece anualmente el valor de la unidad de referencial procesal considerando el 10 % de la unidad impositiva tributaria que aprueba también anualmente el gobierno nacional.

Dicha medida es utilizada además de la fijación de los aranceles judiciales, como medio para cuantificar y posteriormente liquidar las multas impuestas por los órganos jurisdiccionales; siendo que por mandato del artículo bajo comentario, el valor de la unidad de referencia procesal será determinada al momento del pago de la multa, siendo que se pone como requisito adicional que en la liquidación a realizar se consignará el número de la resolución que fija la unidad de pago.

### 3. PROBLEMÁTICA

La regla establecida por la cual la Unidad de Referencia Procesal aplicable al pago de la multa, será la vigente a la fecha en que se haga efectivo; considero que erróneamente interpretada y aplicada puede llevar a una contradicción con el principio de Derecho Administrativo sancionador de irretroactividad por el cual resultan vigentes las normas vigentes al momento de la imposición de la sanción. Así, el inciso 5) del artículo 230 de la Ley N° 27444 previene que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Entonces pueda no entenderse cómo el pago posterior de la multa calculada con una unidad de referencia procesal mayor en su monto –pues cada año se incrementa por efecto del aumento de la unidad impositiva tributaria–, puede resultar favorable al sancionado.

Ello se agrava más si –como se analizará más adelante– la normatividad adjetiva también prevé la posibilidad de liquidar intereses legales; así, por el artículo 1242 del CC, el interés, por su finalidad, puede ser de dos tipos: a) compensatorio, cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien; o, b) moratorio, cuando su fin es indemnizar la mora en el pago. Por su parte, atendiendo a su origen, el interés puede ser: a) convencional, cuando ha sido fijado por las partes; o, b) legal, cuando es establecido de manera expresa por la ley. Asimismo, el artículo 1243 del citado código establece que: "La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor". Siendo ello así, por el

incumplimiento por parte del multado del pago oportuno de lo estipulado por el juez, se genera un interés desde la fecha que debió abonar la multa.

En ese sentido, la definición general del interés legal es el rédito o beneficio que, a falta de estipulación previa, señala la ley como producto de las cantidades que se adeudan con esa circunstancia o en caso de incurrir en mora el deudor (OSSORIO y FLORIT, 2006: p. 131), por tanto, el interés legal no es otro que aquella compensación monetaria o rédito económico que se genera a favor del acreedor, como consecuencia del no pago oportuno; en consecuencia, disponer que se utilice el monto de la URP vigente al momento en que la multa se haga efectiva, debe ser interpretado como el momento de la liquidación y a partir de allí generará intereses legales, pues de lo contrario, asumir que la URP a utilizar sea el de la fecha de pago –evidentemente de mayor valor– y además permitir que se devengue intereses, conllevaría a un abuso del derecho que la Constitución del Estado proscribiera.

Como podrá apreciarse, esta última interpretación conllevaría a superar la contradicción en la regla por la cual se utiliza la URP vigente a la fecha de pago, pues una vez liquidada, generará interés legal y ya no será posible actualizar nuevamente el valor de la Unidad de Referencia Procesal. Sin embargo, a pesar de la propuesta que aquí proponemos, como detallaremos más adelante, nos parece que las normas administrativas reglamentarias parecen contravenir el principio de irretroactividad al ordenarse cálculo de interés y actualización de la Unidad de Referencia Procesal.

#### **4. ALGUNOS SUPUESTOS DE IMPOSICIÓN TOMANDO COMO REFERENCIA LA UNIDAD DE REFERENCIA PROCESAL**

Tomando en consideración que por expreso mandato legal las multas fijadas son impuestas –tal como ya se analizó– tomando como parámetro la Unidad de Referencia Procesal (URP), estimo conveniente citar algunos supuestos previstos en nuestro CPC y su rango de sanción con la URP, así:

- Artículo IV del título preliminar, el juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria. Aquí no se precisa monto de URP.
- Artículo 4, concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado. Aquí no se precisa monto de URP.

- 
- Artículo 13, si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagará las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco URP.
  - Artículo 38, el juez rechazará de plano la contienda propuesta extemporáneamente o cuando es manifiestamente improcedente o temeraria. Cuando la temeridad consista en la creación artificiosa de una competencia territorial, la parte responsable será condenada al pago del monto máximo de la multa prevista por el artículo 46 (no menor de cinco ni mayor de quince URP).
  - Artículo 46, la parte que, con mala fe, promueve una contienda será condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa no menor de cinco ni mayor de quince URP.
  - Artículo 65, el que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta URP, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4.
  - Artículo 105, quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65 (no menor de diez ni mayor de cincuenta URP).
  - Artículo 109, son deberes de las partes, abogados y apoderados prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco URP.
  - Artículo 165, la notificación por edictos procederá cuando se trate de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. En este último caso, la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar. Si la afirmación se prueba falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado, y el juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de cincuenta URP, que impondrá atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso.
  - Artículo 178, en caso de demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, si no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte URP.

- Artículo 186, el dolo o negligencia en el ejercicio de su función, constituyen falta grave del apoderado contra la ética profesional. Si ocurre tal hecho, el juez lo pondrá en conocimiento del Colegio de Abogados, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de cinco ni mayor de veinte URP.
- Artículo 187, en los casos de fin de auxilio judicial cuando se informase al juez del cese de las circunstancias que motivaron el auxilio o la falsedad de las mismas, se condenará a quien obtuvo el auxilio judicial al pago de una multa equivalente al triple de las tasas dejadas de pagar (aquí no se precisa monto de URP sino que se cuantifica en valor de tasas dejadas de abonar); asimismo, en caso se solicite descargo al beneficiado con el auxilio judicial y al apelarse dicha decisión, quien la formuló será condenado al pago de costas y costos del procedimiento y a una multa no mayor de una URP.
- Artículo 232, el testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco URP.
- Artículo 241, si la observación a la traducción es impugnada y resultara maliciosa, se impondrá una multa. Aquí no se precisa monto de URP.
- Artículo 247, en caso el obligado desconoce el documento o su contenido, y posteriormente quede acreditada la autenticidad del documento, el juez podrá aplicar al falsario una multa no menor de cinco ni mayor de veinte URP.
- Artículo 261, en caso de incumplimiento de la parte obligada a la exhibición, se podrá aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco URP; en caso el incumplimiento viniera de un tercero, la multa será similar pero además podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el juez.
- Artículo 270, los peritos que, sin justificación, retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas, serán subrogados y sancionados con multa no menor de tres ni mayor de diez URP.
- Artículo 304, al litigante que maliciosamente formule tacha u oposición, se le impondrá una multa no menor de tres ni mayor de diez URP.
- Artículo 316, cuando un pedido de recusación se desestima, el juez puede condenar al recusante a pagar una multa no menor de tres ni mayor de diez URP.

- 
- Artículo 324, los jueces, de oficio o a solicitud de ambas partes, podrán citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia, salvo en los casos de violencia familiar. Si la audiencia de conciliación fuera a petición de ambas partes y cualquiera de ellas no concurre a la misma, se le aplica una multa de entre tres y seis URP.
  - Artículo 387, al interponer el recurso de casación si no se cumple el plazo o se impugna resolución contra la cual no procede el recurso se impondrá al recurrente una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta URP; asimismo, en caso no se acompañe copia de los actuados o no se pague la tasa, se podrá sancionar al recurrente con una multa no menor de diez ni mayor de veinte URP si su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria.
  - Artículo 404, si se declara infundada la queja, se condenará al recurrente al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco URP.
  - 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 impondrá una multa individual no menor de diez ni mayor de treinta URP, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 4.
  - Artículo 457, atendiendo a la manifiesta falta de fundamento al deducir excepciones y defensas previas, el juez puede condenar al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco URP.
  - Artículo 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 este caso el juez le impondrá una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta URP.
  - Artículo 518, en casos de responsabilidad civil de los jueces al declarar infundada la demanda, si 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 URP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.
  - Artículo 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 URP.



- Artículo 621, si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará una multa no mayor de diez URP.
- Artículo 624, en caso se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, si se acredita la mala fe del peticionante se le impondrá una multa no mayor de treinta URP.
- Artículo 728, una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados la que estará a cargo de peritos, en caso no presenten dictamen dentro del plazo, se impondrá multa no mayor de cuatro URP.
- Artículo 741, si el saldo de precio del remate del inmueble no es depositado dentro del plazo legal, el juez declarará la nulidad del remate y convocará a uno nuevo, siendo que el adjudicatario pierde la suma depositada, lo cual será imputada como multa. Como se aprecia aquí no se precisa monto de URP, sino que se valoriza la multa considerando el monto de lo depositado por el adjudicatario.
- Artículo 805, en los procesos de ofrecimiento de pago y consignación si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres URP.

Como podrá apreciarse todos los supuestos en los cuales la ley ha supuesto el uso de la multa como sanción por la conducta de las partes, suponen el incumplimiento de un deber procesal.

Así, en palabras de Eduardo COUTURE:

“Son deberes procesales 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 (...) los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y de las cargas, de ejecución forzada. La efectividad del cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter físico o personal, como el arresto del testigo que se rehúsa a asistir a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen (...)” (COUTURE, 2005).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

COUTURE, Eduardo (2005): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo: Editorial B de F; OSSORIO y FLORIT, Manuel (2006): *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

---

**Artículo 422****Liquidación y procedimiento**

*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 art. 1 y ss.; R.ADM. 177-2014-CE-PJ art. 1 y ss.*

**César Augusto de la Cuba Chirinos****1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario, establece de modo genérico los procedimientos previstos a fin de liquidar la multa impuesta, definir su modo de impugnación y determinar los efectos en caso la liquidación de la multa sea confirmada. Estos temas resultan más procedimentales y de ejecución; sin embargo, resulta importante analizarlos, tanto más si con dicho propósito el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha aprobado la normativa reglamentaria al respecto.

**2. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN**

Conforme a la normativa administrativa aprobada para tal efecto, luego de aplicar la multa y resuelta la impugnación por su imposición, el auxiliar jurisdiccional de la Secretaría de Cobranza de Multas deberá elaborar el proyecto de resolución que contenga la liquidación conforme lo establecido en el artículo 422 del CPC. Tal como afirmáramos cuando se analizó la regla de liquidación, con el propósito de no contravenir principios del procedimiento administrativo sancionador, la Unidad de Referencia Procesal que se debe para la liquidación de la multa será la vigente a la fecha en que se practique la liquidación, luego de lo cual deventará intereses hasta fecha de pago, pues conforme a Ley, el cálculo de la liquidación también debe considerar los intereses y costas respectivas. El procedimiento administrativo establece que para este efecto, se deberá utilizar el módulo de multas del Sistema de Recaudación Judicial emitiéndose el reporte de liquidación, el

mismo que tendrá una vigencia de 30 días, y que estará anexado al proyecto de resolución que aprueba la liquidación de la multa impuesta.

Con el propósito de regular la forma de cálculo de intereses legales y costas procesales que genere la imposición, liquidación y cobro de las multas impuestas, tenemos que la directiva administrativa otorga los siguientes criterios:

*Cálculo de intereses:* Los intereses aplicados son los establecidos por el artículo 1244 del CC, se computan desde el día siguiente de notificada la resolución que impone la multa. Sin embargo, en caso la multa fuese pagada con posterioridad al año en que esta fue impuesta los intereses se calculan de la siguiente forma:

- Se actualiza la Unidad de Referencia Procesal a la vigente en la fecha de cobranza.
- Se convierte los factores de la Unidad de Referencia Procesal a moneda vigente (liquidable).
- Se calcula los intereses conforme al artículo 1244 del CC desde el primer día en que varío la Unidad de Referencia Procesal vigente (factor legal).
- El factor legal se multiplica con el valor en nuevos soles, lo que da como resultado el monto a pagar.

Atendiendo a lo argumentado al comentar la problemática en la aplicación del artículo 421 del CPC, tenemos que la disposición que autoriza la liquidación desde notificada la resolución que impone la multa, vulnera en criterio nuestro el principio de irretroactividad al ordenarse cálculo de interés y actualización de la Unidad de Referencia Procesal. Al preverse la actualización de la Unidad de Referencia Procesal ya se está obteniendo una forma de resarcimiento por el no pago oportuno, entonces la liquidación de intereses debe darse desde la liquidación efectiva de la sanción de multa.

*Cálculo de costas:* Las costas están constituidas por todos los gastos realizados por el órgano jurisdiccional para hacer efectiva la cobranza, se calcularán a partir de la notificación del requerimiento de pago formulado por la Secretaría de Cobranza de Multas hasta el estado en que se encuentre el cuaderno de multa al momento de pagarse.

Aprobada la liquidación por el juez, esta será notificada junto con la resolución al domicilio real del multado, para que cumpla con el pago respectivo de los 30 días hábiles siguientes, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de ejecución forzada de acuerdo a las normas procesales vigentes.

### 3. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

Debo citar que no resulta procedente impugnar las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa ello por mandato legal, siendo la única posibilidad de impugnación el hecho que se discuta el valor de la Unidad de Referencia Procesal (URP) utilizada para la liquidación.

Comento primero la inimpugnabilidad, derivado que ya al momento de imponer la multa y en su procedimiento de apelación se determinó a cuanto asciende en porcentaje de la Unidad de Referencia Procesal –ver comentario realizado al artículo 420– la multa por él estimada, y dispuesta debido al acto de desobediencia acreditado Si ya fue materia de revisión judicial la decisión de imponer multa y el monto (expresado en URP) de aquella, en liquidación nada puede volverse a revisar al respecto; únicamente entonces el valor de la URP utilizada es la que queda por dilucidación.

Ello no resulta ilegítimo si apreciamos que si bien los medios impugnativos se sustentan en el derecho a recurrir, el cual es conceptualizado como un derecho de naturaleza procesal entregado a quienes participan en el proceso a fin de corregir los errores del juez (DEVIS ECHANDÍA, 2004: p. 506); no es menos cierto que dicho derecho no es absoluto sino que se materializa conforme a cada modelo procesal; en el caso analizado el legislador ha proscrito la impugnación de las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa debido a que ello fue materia de pronunciamiento y debate al momento de imponer dicha sanción, no resultando conveniente, menos proporcional, que se reabra un debate ya fenecido.

Respecto a la discusión del valor de la URP utilizada para la liquidación, tenemos que conforme al artículo 12 de la directiva administrativa, en caso el multado haya ejercido su derecho de apelación dentro del plazo establecido, y si su pretensión se configura dentro de los alcances de los artículos 364 y 366 del CPC, el juez de la Secretaría de Cobranza de Multas concederá el recurso impugnatorio, ordenando elevar el cuaderno de multa al superior jerárquico, debiendo dicho órgano jurisdiccional absolver el grado bajo las pautas de la Ley Orgánica y el Código Adjetivo, es decir, tratándose de una apelación concedida sin efecto suspensivo, el superior se pronuncia sin más trámite que el de hacer saber a las partes que el incidente se haya expedito para resolver, no procediendo señalar vista de causa ni conceder pedidos de informe oral.

Una vez absuelto el grado y devuelto el cuaderno de multa por el superior jerárquico, se presenta dos opciones:

- a) En caso la sanción impuesta haya sido confirmada la secretaría de cobranza de multas continuará con el procedimiento de cobranza, resultando

pertinente citar que por mandato legal el obligado debe pagar adicionalmente una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto liquidado; o,

- b) En el supuesto que la liquidación haya sido revocada, el auxiliar jurisdiccional adecuará lo actuado a lo dispuesto por el superior jerárquico.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2004): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 423****Pago de multa**

*La multa debe pagarse inmediatamente después de impuesta. En caso contrario, devengan intereses legales.*

*El juez de la causa requiere al multado del pago. Si luego de diez días de haber sido notificado con la resolución correspondiente no se ha abonado el valor de la misma, se transfiere la resolución de multa para su cobro en la oficina correspondiente, la que dispone de facultades coactivas. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*R.ADM. 938-CME-PJ art. 1 y ss.; R.ADM. 177-2014-CE-PJ art. 1 y ss.*

**César Augusto de la Cuba Chirinos****1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario establece la oportunidad habitual en la cual podrá el multado cumplir con la sanción impuesta por el juez; implantando también el procedimiento en caso se incumpla con esa primera obligación de pago, previéndose que incluso para materializar el cobro se puede recurrir a las facultades coactivas, que no son otras sino por las cuales a las dependencias de las entidades públicas se les faculta para llevar a delante procedimiento administrativos de cobranza en los cuales se incluyen potestades de ejecución concretas.

**2. OPORTUNIDAD DE PAGO**

Conforme hemos esgrimido, la regla del CPC previene que una vez impuesta la multa debe ser pagada inmediatamente, entendemos por dicha aseveración al momento luego del cual se liquida la multa, pues solo así el afectado podrá conocer en concreto cuánto dinero debe, no olvidemos que aún cuando se intente pagar inmediatamente conviviendo con la sanción, este debe incluir las costas, en consecuencia, existiría alguna limitación a efectuar un pago inmediato si tomamos como punto de inicio la imposición de la multa.

Cabe advertir aquí dos situaciones, la primera que el sancionado convenga con ello y deposite el monto de dinero por él calculado tomando como referencia

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

la Unidad de Referencia Procesal (URP) vigente sin esperar mayor requerimiento, estimo que en dicho supuesto cabe dictar la exención de pago de intereses y además la exoneración del pago de costas, ello al valorar la conducta procesal de honrar y no discutir la multa. El segundo supuesto sería el más frecuente en la práctica judicial, pues resultan excepcionales los casos en que el sujeto multado paga inmediatamente, entonces para esta segunda situación es que se aplica las reglas previstos en el procedimiento administrativo.

### 3. PROCEDIMIENTO DE PAGO

Conforme al artículo 13 de la Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ, el multado, deberá apersonarse a las oficinas del Banco de la Nación o alguna otra entidad financiera con la que haya celebrado convenio el Poder Judicial, pagando el monto señalado en la resolución que pone en conocimiento la liquidación de la multa, indicando que dicho abono se realice al código de pago número 9148 establecido expresamente para tal fin. En aquellos lugares en los cuales no exista oficina del Banco de la Nación ni alguna otra entidad financiera con la que se tenga convenio, el pago se efectuará ante el órgano jurisdiccional que impuso la multa. El auxiliar jurisdiccional será el responsable de realizar el depósito dentro del término de la distancia –se entiende en la oficina más cercana– del Banco de la Nación, emitiéndose el comprobante de caja como constancia de pago.

Se establece, asimismo, que los pagos de cuenta que realice el multado o cualquier suma que se obtenga como producto de la ejecución forzada, se aplicarán en primer orden a los intereses, luego a las costas, y solo después a la multa principal; guardando ello plena concordancia con lo previsto en el artículo 1257 del CC por el cual: “Quien deba capital, gastos [en el caso analizado son las costas] e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses”.

Lo que sí resulta una novedad en el tratamiento administrativo es la posibilidad que el multado se acoja al pago fraccionado; así, efectuado el pago conforme a las reglas expuestas, el juez de la secretaría de cobranza de multas en atención a su facultad discrecional y a su naturaleza especial, podrá fijar que el saldo pendiente de pago se divida en un máximo de cinco cuotas, salvo que atendiendo a las necesidades del multado, considere un plazo mayor. El establecimiento del pago en cuotas, suspende la generación de nuevos intereses respecto a las cuotas pendientes de pago. Si transcurrido el tiempo para la cancelación de la deuda establecida por el juez de la secretaría de cobranza de multas, el pago fraccionado no se hubiere cumplido, se iniciará el procedimiento de ejecución forzada, procediéndose a liquidar los intereses desde la fecha en que se incumplió con el pago de la cuota respectiva.

Por otro lado, se dispone que el multado debe informar a la Secretaría de Cobranza de Multas, mediante un escrito u otro documento, la entrega del comprobante de pago efectuado, adjuntando al mismo el recibo original correspondiente emitido por la entidad financiera. Si el pago es informado directamente al juzgado donde se originó la multa, este debe remitir el escrito a la Secretaría de Cobranza de Multas a fin de registrar el mismo en el Sistema Integrado Judicial y en el sistema de multas del Sistema de Recaudación Judicial. En tanto no se comunique por escrito el pago a la Secretaría de Cobranza de Multas o al órgano jurisdiccional que le impuso la multa, y se verifique la cancelación de la deuda, no se suspenderá la ejecución forzada.

Efectuado el pago de la multa, el auxiliar jurisdiccional de la Secretaría de Cobranza de Multas deberá registrarlo en el Sistema Integrado Judicial y verificar la cancelación de la multa en el Módulo de Multas del Sistema de Recaudación Judicial, ordenando de ser el caso, el archivo definitivo del cuaderno de multa. La copia certificada del comprobante de pago original, quedará inserta en el cuaderno de multa. En caso el pago se efectúe a través de certificado de depósito judicial este deberá ser endosado a favor de la Subgerencia de Tesorería del Poder Judicial y remitido a la Sub Gerencia de la Gerencia General para el abono en la cuenta corriente de recursos directamente recaudados de la institución.

En caso la multa haya sido pagada con depósito judicial electrónico, tanto el especialista legal de la secretaría de cobranza de multas y el juez, expedirán las autorizaciones de pago a la cuenta de recursos directamente recaudados del Poder Judicial, debiendo remitirse a las constancias que estas generen a la unidad de servicios judiciales y recaudación distrital.

Si hubiera un remanente después de contrastar la liquidación con el monto pagado u obtenido de la ejecución, el auxiliar jurisdiccional de la secretaría de cobranza de multas notificará al multado para que este solicite la devolución del monto pagado en exceso, ante la Gerencia de Servicios Judiciales y Recaudación de la Gerencia General.

Si el saldo por cobrar es superior al costo que implica su cobranza y recuperación, el juez en atención a su facultad discrecional, podrá disponer dar por cancelada la deuda. Estos datos serán registrados en el Sistema de Multas del Sistema de Recaudación Judicial y podrán ser auditables.

#### **4. EJECUCIÓN FORZADA**

El juez de la Secretaría de Cobranza de Multas ordena el inicio del procedimiento de ejecución forzada dictando previamente las medidas cautelares respectivas, para el cobro de las multas que no hayan sido canceladas, teniendo presente



lo normado en los artículos 642 y siguientes del CPC. Afectadas con las medidas cautelares, el juez ordenará se inicie la ejecución forzada conforme a lo establecido en el artículo 725 y siguientes del Código Adjetivo. Para estos casos, los pagos deberán hacerse a través de un certificado de depósito judicial a favor del Poder Judicial.

Luego de cumplido el pago, el juez de la Secretaría de Cobranza de Multas, ordenará el levantamiento de las medidas cautelares, y si fuera el caso, dispondrá la devolución del monto embargado a través de un certificado de depósito judicial.

## **5. PROCEDIMIENTOS DE CONTROL**

En la primera disposición complementaria de la Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ se establece el procedimiento para coordinar con la Central Privada de Información de Riesgos (Cepirs) con la cual se celebre convenio, con el propósito de registrar y levantar la información. Así, se dispone que el auxiliar jurisdiccional de la Secretaría de Cobranza de Multas o del órgano jurisdiccional que impuso la multa (en aquellos lugares donde no se ha implementado la Secretaría de Cobranza de Multas), remitirá un reporte debidamente suscrito por el juez de la Secretaría de Cobranza de Multas o del órgano jurisdiccional referido, de las multas que se encontraban pendientes de pago y/o canceladas, a la unidad de servicios judiciales o quien haga sus veces, quien lo consolidará y remitirá al gerente distrital dentro de los tres primeros días de cada mes. Dicha información será remitida a la Cepirs con la que se tenga convenio, según formato y cadena de datos establecidos, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante medio informático o correo electrónico, conteniendo la relación consolidada de los multados morosos o de aquellos multados que han cumplido con cancelar la deuda. En caso que la Secretaría de Cobranza de Multas advierta de algún error en los datos enviados, informará en un lapso no mayor de tres días al jefe de la Unidad de Servicios Judiciales o quien haga sus veces, la corrección respectiva para que sea remitida al responsable de enviar la información a la Cepirs.

Como mecanismos de control a la labor de los juzgados o Secretaría de Cobranza de Multas, se ha previsto que el secretario de la secretaría de cobranza de multas, deberá enviar la relación de multas impuestas y pagadas a la unidad de servicios judiciales del distrito judicial respectivo o quien haga sus veces, quien a su vez lo remitirá a la Gerencia Distrital. Este reporte debe ser emitido por el módulo de multas del Sistema de Recaudación Judicial. Estos informes serán recibidos dentro de los tres primeros días hábiles de cada mes, bajo responsabilidad. Asimismo, se impone la obligación al gerente general o jefe de la oficina de administración distrital, de recibir el informe antes señalado y remitirlo dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, bajo responsabilidad, a la Subgerencia

de Recaudación Judicial de la Gerencia General del Poder Judicial. Si los pagos fueron efectuados a través de papeleta de abono en cuenta o certificado de depósito judicial, estos se remitirán a la Subgerencia de Recaudación Judicial. Para el caso de los certificados de depósitos judiciales, serán endosados a favor de la Subgerencia de Tesorería del Poder Judicial y, para el caso de los depósitos electrónicos, el juez de la secretaría de cobranza de multas emitirá el orden de pago a favor del Poder Judicial en la cuenta corriente de recursos directamente recaudados de la institución.

## 6. NORMATIVA CITADA

- Ley N° 27489 - “Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgo y de protección al Titular de la Información”.
- Resolución Administrativa N° 178-2014-CE-PJ - Procedimiento de cobranza de multas impuestas por el Poder Judicial.
- Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ - Reglamento de cobranza de multas impuestas por el Poder Judicial.
- Resolución Administrativa N° 318-2013-P-PJ - “Manual para la formulación de documentos normativos de Gestión del Poder Judicial”.
- Resolución Administrativa N° 343-2013-CE-PJ - Uso obligado del Módulo Editor de Resoluciones del Sistema Integrado Judicial (SIJ) - Expedientes.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Siendo la emplazada un gobierno local, debe ser exonerada del pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso a tenor de lo previsto en el artículo cuatrocientos doce del Código adjetivo, así como de pagar la multa de ley (*Cas. N° 2912-2002-Lima*).



**SECCIÓN CUARTA**  
**POSTULACIÓN DEL PROCESO**



# SECCIÓN CUARTA

## POSTULACIÓN DEL PROCESO

### TÍTULO I

#### DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

#### Artículo 424

#### Requisitos de la demanda

*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, domicilio procesal del demandante y el domicilio procesal electrónico, constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley N° 30229.*
- 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. El ofrecimiento de todos los medios probatorios.*
- 10. 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. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. VII, 58, 101, 130, 131, 132, 133, 158 párr. 3, 165, 189, 442, 445, 495, 505, 520, 535, 695, 751; C.T. art. 137; C.P. Const. arts. 27, 42, 69, 86, 101, 102; C.N.A. art. 164; L.A. art. 39; L.P.T. art. 15; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290; LEY 26662 arts. 5, 17, 22, 25, 36, 39; D. LEG. 1075 arts. 14, 42, 91.*

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

## 1. INTRODUCCIÓN

Para tratar mejor lo que constituyen los requisitos de la demanda previstos en el artículo 424 del CPC y los anexos de la misma señalados en el numeral 425 del mismo ordenamiento procesal, es pertinente estudiarlos desde el punto de vista global, es decir, analizando integralmente la postulación del proceso, y comprendiendo la demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción, la contestación de la reconvencción, la inadmisibilidad de la demanda, la improcedencia de la demanda, etc. No obstante, por la limitación impuesta, en el presente trabajo solo analizamos los requisitos de la demanda, la procedencia y la improcedencia de la misma.

El maestro sanmarquino ALZAMORA (1959) cuando nos impartía clases de Derecho Procesal nos decía que la acción procesal (que ahora la concebimos como un derecho abstracto, subjetivo y público) es el derecho de cada ciudadano como tal para pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho objetivo. Al hablar de la acción procesal aludía indudablemente a la demanda, como mecanismo para hacer uso de la acción procesal como acto jurídico procesal.

La demanda, en efecto, es el medio procesal por el cual se ejercita la acción procesal solicitando al Estado la tutela jurisdiccional efectiva respecto a algún derecho subjetivo. Mediante ella, propone el actor, su pretensión procesal cuya tutela o protección jurisdiccional aspira. En otras palabras, la demanda, es el medio por el cual una persona pide al organismo jurisdiccional la solución de un conflicto de intereses intersubjetivo o solicita dirima una incertidumbre jurídica, ambas de naturaleza jurídica.

Indagando sobre el origen constitucional del instituto procesal de la demanda en el campo del Derecho, el maestro también sanmarquino, VELASCO (1985), sostenía que el derecho de petición, configurado como garantía individual en la mayoría de las constituciones escritas y considerado por los escritores clásicos del Derecho Constitucional como una expresión formal, ese derecho pues es inseparable de toda organización en forma de Estado y se ejerce indistintamente ante todas y cualquiera de las autoridades.

Los citados procesalistas peruanos, seguidos por otros doctrinarios connacionales (TICONA, 1998; IDROGO, 2002; HURTADO, 2009) entre otros; sobre la base de la concepción desarrollada dentro del marco de la cátedra y de la administración de justicia, han elaborado lo que se conoce como la teoría de la acción procesal,

concebida como un derecho abstracto de obrar, que considera a la acción como poder público, de carácter subjetivo, capaz de provocar la actividad jurisdiccional del Estado.

Dice uno de sus propulsores, SAGÁSTEGUI (2003), que “[l]a ley determina de antemano las acciones que pueden ejercitarse, así como la legitimidad de las personas que pueden obrar activamente y con éxito ante la jurisdicción”. Esta concepción de la acción como derecho de obrar concuerda con el derecho constitucional de petición. El precitado autor, al tratar de las condiciones de la acción, escribe lo siguiente:

“Para obtener sentencia favorable, las condiciones que requiere la acción son las siguientes: La existencia de la voluntad de la ley; la existencia de tener interés en conseguir el bien y la calidad, esto es, que haya identidad del actor con la persona favorecida por la ley y del demandado con el obligado, apareciendo en el vigente Código Procesal Civil nítidamente con la denominación de legitimidad para obrar. Estas condiciones de la acción, así referidas son distintas de los presupuestos procesales, porque las condiciones de la acción son requisitos, mientras que los presupuestos son elementos sine qua non como la jurisdicción y la competencia”.

## 2. REQUISITOS DE LA DEMANDA

Para el autor de este trabajo la demanda es una de las manifestaciones del derecho constitucional de petición (art. 2, inc. 20, Const. de 1993). El derecho de petición constitucional se exterioriza mediante un acto jurídico. ¿Cuál es ese acto jurídico procesal? Es la demanda, que por su naturaleza constituye una manifestación de voluntad, a través de la cual se solicita la tutela jurisdiccional efectiva de parte del Estado de algún derecho subjetivo (art. 139, inc. 3, Const. de 1993). La demanda pues da origen al proceso. Los citados autores y otros más coinciden en sostener que la demanda como acto jurídico tiene como soporte constitucional el derecho de petición.

El escrito de demanda, como todo escrito que se presenta al juez, se sujeta a una serie de reglas que precisa el Código (art. 130 del CPC), las que examinamos a continuación:

- a) Forma de los escritos: El escrito que se presenta formalmente se sujeta a las siguientes regulaciones:
  - Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico análogo.
  - Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho.



- Es redactado por un solo lado y a doble espacio.
- Cada interesado numerará correlativamente sus escritos.
- Se sumillará el pedido en la parte superior derecha.
- Si el escrito tiene anexos, estos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra.
- Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara.
- La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite.
- Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, estos deben contener pedidos independientes del principal.

Si el escrito no satisface las exigencias señaladas, el juez simplemente no debe admitirlo. Esta actitud, por un buen orden en el proceso, debe observar el juez desde la interposición de la propia demanda. De este modo los señores abogados tendrán que habituarse a las reglas indicadas, y los señores magistrados no tendrán que seguir soportando las dificultades que se presentan cotidianamente por las deficiencias con que se presentan los escritos.

- b) Firma de los escritos. Los escritos serán firmados, debajo de la fecha, por la parte, tercero legitimado o abogado que lo presenta. Si la parte o tercero legitimado no sabe firmar, pondrá su huella digital, la que será certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo.
- c) Autorización de los escritos por abogado. El escrito debe estar autorizado por abogado colegiado, con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite (art. 132 del CPC).
- d) Copia de los escritos y anexos. Tratándose de escritos y anexos sobre los que deba recaer alguna de las resoluciones citadas en el artículo 157 del CPC, es decir, aquellas resoluciones que solo pueden ser notificadas mediante cédulas, quien los presente debe acompañar tantas copias simples del escrito y del o de los anexos como interesados deba notificarse. El auxiliar jurisdiccional correspondiente verificará la conformidad y la legibilidad de las copias. Si no las encuentra conforme ordenará su sustitución dentro de 24 horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito. Todo reclamo sobre la idoneidad de las copias será resuelto

por el juez en el día mediante resolución inimpugnable (art. 133 del CPC). Con esta medida se acabarán las fotocopias ilegibles con las que se forman los expedientes, cuya lectura en verdad constituye una tortura para los jueces.

La notificación de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias, y aún en la Corte Suprema, se realiza por cédula (art. 157 del CPC). El nuevo texto de este artículo ha sido establecido por el artículo 2 de la Ley N° 27524, publicada el 6 de octubre de 2001, el mismo que ha modificado el texto original.

- e) Entrega de copias y constancia de recepción. En el acto de la notificación de la resolución respectiva se hará entrega a la parte contraria de las copias a que se refiere la primera parte del artículo 133 del CPC (art. 134 del CPC). La parte o el tercero legitimado que entrega un escrito y su anexo, en su caso, puede exigir que el auxiliar de justicia le devuelva una copia sellada del escrito y sus anexos, con indicación del día y la hora de su presentación (art. 135 del CPC).

*La designación del juez ante quien se interpone la demanda.* En la demanda debe indicar el juez ante quién se interpone la misma, ya sea el juez especializado en lo civil, el juez civil subespecializado en Derecho Comercial, el juez de paz letrado, el juez de paz, etc. Hay demandas civiles que se plantean ante una Sala Civil de las Cortes Superiores o de la Corte Suprema de Justicia, por ser de su competencia el conocimiento de ellas, caso en el cual debe precisarse el organismo ante el cual propone la demanda (art. 424, inc. 1 del CPC). No es necesario consignar el nombre del funcionario que ejerce el cargo correspondiente.

*El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria, domicilio procesal del demandante y el domicilio procesal electrónico, constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley N° 30229.* Si se trata de una persona natural, debe consignar el nombre completo de la persona, indicar el número de su documento de identidad personal (DNI, tratándose de peruanos; su carnet de extranjería, tratándose de extranjeros), señalar la dirección de su domicilio personal (esto es, de su residencia habitual, pues hay notificaciones que deben hacerse en ese lugar, por lo que es necesario que se consigne ese domicilio) y, finalmente, precisar su domicilio procesal, que necesariamente debe estar dentro del radio urbano en los lugares donde se haya señalado, como es el caso de la gran Lima, domicilio en el cual se le harán llegar las notificaciones de las resoluciones que se van dictando en el desarrollo del proceso (art. 424, inc. 2 del CPC). Al domicilio procesal se le conoce comúnmente con el nombre de domicilio legal. Hay Colegios de Abogados que han establecido casillas que alquilan a

los letrados para que las notificaciones se depositen en ellas. El número de casilla se constituye válidamente en domicilio procesal.

Tratándose de personas jurídicas debe, asimismo, consignar el nombre completo de la persona colectiva o jurídica, pues puede tratarse de personas de Derecho Privado o de Derecho Público. En estos casos, al igual como ocurre con las personas naturales, deben consignar el domicilio real y el domicilio procesal (art. 424, inc. 2 del CPC).

*El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo* (art. 424, inc. 3 del CPC). En principio, la demanda debe ser planteada por el propio titular de la pretensión procesal. Sin embargo, hay casos en los que el titular de la pretensión no tiene la capacidad procesal para interponer la demanda o, teniéndola, por diversas razones, no puede interponer la demanda personalmente. En estos últimos casos la demanda debe ser planteada por el representante legal de la persona que carece de capacidad procesal o por el representante convencional de la persona que teniendo capacidad procesal no la puede presentar personalmente por alguna razón, como puede ser la ausencia del lugar, la incapacidad física, etc. (art. 424, inc. 3 del CPC). Tratándose de personas sin capacidad procesal, la demanda debe ser planteada por el representante legal, que el Código denomina representante procesal (arts. 63 y ss. del CPC). Tratándose de personas con capacidad procesal, la demanda debe ser planteada por el representante convencional, al que el Código denomina apoderado judicial (arts. 68 y ss. del CPC). En este último caso el representante convencional debe ostentar poder especial que lo faculte para interponer la demanda (arts. 75 y 425 inc. 2 del CPC). Si se trata de personas jurídicas la demanda puede ser planteada por el representante legal de las mismas señaladas por la Constitución, la ley o el respectivo estatuto (art. 64 del CPC) o por el representante convencional o apoderado judicial de la entidad, premunido de poder especial otorgado por el representante legal o por el organismo correspondiente. En estos casos el representante legal o convencional debe consignar en la demanda su nombre completo, el número de su documento de identidad personal y su dirección domiciliaria (art. 424, inc. 3 del CPC).

*El nombre y la 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* (art. 424, inc. 4 del CPC).

Si el demandado es una persona natural se debe precisar su nombre completo y su domicilio real donde debe ser notificado con la demanda. Si el demandado es una persona jurídica, debe consignar su nombre completo, con indicación de su domicilio real donde tiene sus actividades principales (art. 424, inc. 4 del CPC). El domicilio del demandado puede estar dentro de la competencia territorial del

juez o fuera de ella, dentro del país o fuera de él. Si el demandado tuviera varios domicilios, en la demanda se indicará cualquiera de ellos, con lo que se cumple con la disposición legal (art. 17 del CPC).

Puede el actor ignorar el domicilio del demandado, caso en el cual aquel deberá expresar en su demanda esa circunstancia. A esta expresión, el Código la considera como una afirmación bajo juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda (art. 424, inc. 4 del CPC). Cuando se ignore el domicilio del demandado, el demandante debe, además de señalar esa circunstancia, solicitar que el emplazamiento con la demanda se haga mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrarse curador procesal (art. 435, segundo párrafo del CPC), expresando bajo juramento, bajo promesa de decir la verdad, que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien demanda (art. 165, primer párrafo del CPC). Si se prueba que dicha afirmación es falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado y el juez condenará a la parte que hizo esa afirmación falsa al pago de una multa no menor de 5 ni mayor de 50 Unidades de Referencia Procesal, que se impondrá atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso (art. 165, segundo párrafo del CPC). 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 (art. 441 del CPC). El Código señala que el juez adicionalmente le impondrá al falseador una multa individual no menor de 10 ni mayor de 30 Unidades de Referencia Procesal, pudiendo además demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido. En efecto, concluido el proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidas en el proceso terminado (art. 4 del CPC). Como se ve, el legislador ha considerado grave faltar a la verdad respecto a la afirmación de la dirección domiciliaria del demandado y por ello las sanciones drásticas que impone el Código. Es que con esa actitud dolosa del actor se genera un proceso inútil y se recarga el trabajo de los organismos jurisdiccionales, además de los perjuicios que pueda causar a su demandado.

*El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide* (art. 424, inc. 5 del CPC). En la demanda debe determinarse de modo claro y concreto la o las pretensiones procesales cuya tutela jurisdiccional se aspira o la dilucidación de la incertidumbre jurídica que se pretende lograr (art. 424, inc. 5 del CPC). Las pretensiones procesales que se proponen deben ser compatibles. Si son incompatibles pueden plantearse subordinada o alternativamente. La o las

pretensiones procesales que se plantean deben ser jurídica y físicamente posibles. El juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (art. VII, T. P. del CPC).

*Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente, en forma precisa, con orden y claridad* (art. 424, inc. 6 del CPC). La demanda debe contener los fundamentos de hecho en que se apoyan las pretensiones procesales propuestas. Esos hechos deben exponerse ordenadamente, en forma cronológica y con claridad; como tales hechos van a ser objeto de probanza, es conveniente que su exposición se haga en la forma anotada. El juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes en los actos postulatorios del proceso (art. VII, T. P. del CPC).

*La fundamentación jurídica del petitorio* (art. 424, inc. 7 del CPC). La demanda debe contener los fundamentos jurídicos o de derecho que la respaldan (art. 424, inc. 7 del CPC). La ley no dice que la demanda debe contener los dispositivos legales en que ella se apoya. Es que el Derecho es más amplio que la ley. En tal sentido, como fundamentos de Derecho pueden esgrimirse los dispositivos legales vigentes, los principios jurisprudenciales, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del Derecho, la propia doctrina. Basta con señalar los fundamentos de Derecho que a criterio del actor sirven de apoyo de su demanda. Es el juez quien debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (art. VII, T. P. del CPC).

*El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse* (art. 424, inc. 8 del CPC). La demanda debe contener el monto a que asciende la o las pretensiones procesales, salvo que se trate de pretensiones invalorable en dinero (art. 424, inc. 8 del CPC). Es que hay pretensiones procesales valorables en dinero y otras invalorable en dinero. Si se trata de pretensiones líquidas o liquidables, debe indicarse su monto, no solo para saber el valor que pretende el actor, sino también para determinar la competencia del juez, pues, como ya lo hemos tratado precedentemente, la cuantía de las pretensiones es un criterio para fijar la competencia de los jueces.

*Antes de la modificatoria del artículo 424 del CPC, constituía uno de los requisitos de la demanda la indicación de la vía procedimental que corresponde a la misma.*

En efecto, el actor debía señalar la vía procedimental que corresponde a la demanda que plantea, indicando si se debe tramitar en la vía del proceso de conocimiento, del proceso abreviado, del proceso sumarísimo o del proceso único de ejecución (art. 424, inc. 9 del CPC, derogado implícitamente). Conforme al nuevo texto del artículo modificado que comentamos, el juez debe señalar la vía que corresponde a la materia de la demanda, dejando de lado la vía procedimental que pudiera indicar el actor. Es facultad del juez adaptar la demanda a la vía

procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación (art. 51, inc. 1 del CPC).

*El ofrecimiento de todos los medios probatorios* (art. 424, inc. 9 del CPC). La demanda debe contener el ofrecimiento de los medios probatorios que el actor quiere hacer valer en el proceso (art. 424, inc. 9 del CPC), presentando los documentos que tiene en su poder, si es que pretende hacerlos valer en el litigio. Este ofrecimiento es una innovación establecida por el actual CPC, pues en el anterior ordenamiento solo en el proceso de alimentos se obligaba al actor ofrecer sus pruebas con la demanda.

Sin embargo, cabe señalar que 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 10 días desde que fue notificado), ofrecer los medios probatorios referentes a tales hechos (art. 440 del CPC). Igualmente se debe tener en consideración los casos de excepción que señala el Código tratándose de los procesos de conocimiento y abreviado, en los cuales se pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de apelación o en el de absolución de agravios (art. 374 del CPC).

*La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual (la firma de este) no será exigible en los procesos de alimentos. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto* (art. 424, inc. 10 del CPC). La demanda debe estar firmada por el demandante o, en su caso, por su representante legal o su representante convencional, y por el letrado que la autoriza, la cual no será exigible en los procesos de alimentos. Si el demandante es analfabeto, deberá imprimir su huella digital, de lo cual certificará el secretario respectivo (art. 424, inc. 10 del CPC), cuyo texto original ha sido modificado por el artículo 2 de la Ley N° 28439, publicado el 28 de diciembre de 2004. No obstante, el novísimo texto del inciso 10 del artículo 424 del CPC, ha sido impuesto por la Ley N° 30293 del 28 de diciembre de 2014.

He aquí, a modo de ejemplo, algunas reglas procesales de Códigos Procesales extranjeros que preveen para su admisión el cumplimiento de algunos requisitos singulares de sus demandas:

- [a] 119.2. “*Si el Tribunal estima que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión*”. (Código General del Proceso de la República oriental del Uruguay).
- [b] Artículo 341.- “*Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. En caso contrario negará su admisión expresando los motivos de la negativa*”. (Código de Procedimiento Civil de Venezuela).

[c] Artículo 337.- “*Rechazo in limine. Los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan. Si no resultare claramente de ellas que son de su competencia, mandarán que el actor exprese lo necesario a ese respecto*”. (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina).

[d] Artículo 75.- “*Se puede proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria*”. (Código de Procedimiento Civil de Ecuador).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZAMORA, Mario (1959): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado; HURTADO, Martín (2009): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Idemsa; IDROGO, Teófilo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Marsol; SAGÁSTEGUI, Pedro (2003): *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley; TICONA, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*. Lima: Rodhas; VELASCO, Francisco (1985): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Cuzco.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 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*).

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*).

**Artículo 425****Anexos de la demanda**

*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 de iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado.*
3. *Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas.*
4. *Los medios probatorios 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 de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso.*
5. *Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.*
6. *Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo. (\*)*

**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; L.P.T. art. 16; LEY 26789 art. 1.*

*Jorge Carrión Lugo*

**1. ANEXOS DE LA DEMANDA**

Como una formalidad imperativa el nuevo CPC establece que a la demanda debe acompañarse los siguientes anexos:

*Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante* (art. 425, inc. 1 del CPC). En efecto, a la demanda debe adjuntarse copia del documento de identidad personal del demandante o, en su caso, de su representante legal o convencional que interpone la demanda. Entonces,

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.



es imperativo acompañar, por ejemplo, copia fotostática de su DNI si se trata de nacionales, o del carnet de extranjería si se trata de extranjeros.

*El documento que contiene el poder de iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado* (art. 425, inc. 2 del CPC). El documento debe acreditar el poder invocado por el representante para proponer la demanda cuando se actúe por apoderado.

Si la demanda es interpuesta por el representante convencional o apoderado judicial debe anexarse obligatoriamente el documento que contiene el poder que el titular de la pretensión procesal le haya conferido de modo especial para demandar en su nombre y representación, poder que debe haber sido otorgado dentro de las formalidades señaladas por el Código (arts. 72, 75 y 425, inc. 2 del CPC).

*Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas* (art. 425, inc. 3 del CPC). Tratándose de personas que interponen la demanda en su calidad de representante legal (en razón de que el titular de la pretensión procesal no puede interponer la demanda por sí mismo (por carecer de capacidad procesal), o tratándose de personas que lo hacen en representación de una persona jurídica, deben anexar necesariamente el documento que acredite la representación legal. Ejemplos: Si una persona interpone la demanda en nombre de su hijo, tendrá que acompañar la partida de nacimiento del menor; si una persona interpone una demanda en nombre de una sociedad anónima tendrá que acompañar el documento que acredite su calidad de gerente. Tratándose de las sociedades, los gerentes son sus representantes, los cuales no requieren de poder especial para representarlas o para realizar en su nombre los actos que normalmente la ley les atribuye, dentro de ellas los actos de representación en los procesos.

*La prueba que acredite la calidad con que interpone la demanda. Los medios probatorios 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 de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso* (art. 425, inc. 4 del CPC). En efecto, en determinados casos, debe anexarse a la demanda la prueba que acredite la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que se interpone la demanda, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de interés o que se trate del procurador oficioso.

*Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso* (art. 425, inc. 5 del CPC). Deben anexarse a la demanda todos los medios probatorios destinados a acreditar los fundamentos de hecho que apoyan las

pretensiones procesales propuestas. El Código prevé que deben anexarse todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y demás elementos que sean necesarios para su actuación. A este efecto acompañará por separado en pliego cerrado las preguntas para la absolución de posiciones, los interrogatorios para cada uno de los testigos, el pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso (art. 425, inc. 5 del CPC). Esta última especificación se cumple en el rubro correspondiente a los medios probatorios que se ofrecen cumpliéndose los requisitos que el ordenamiento señala.

*Los documentos probatorios que tuviese el actor en su poder.* El demandante debe anexar a su demanda los documentos que tuviera en su poder y quisiera hacerlos valer en el proceso. Si se trata de instrumento público, basta con su presentación. Si se trata de instrumento privado podría ser necesario su autenticación, para lo cual el actor tendrá que pedir, por ejemplo, su reconocimiento. Si el demandante no dispusiera de algunos de los instrumentos, describirá su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. En este caso se solicitará la exhibición (art. 425, inc. 5 del CPC). Podrán presentarse también fotografías, objetos materiales, cintas de sonido, cintas de video, etc., las cuales tienen la calidad de pruebas documentales.

*Copia certificada del acta de conciliación.* Antes de la dación del Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 de junio de 2008, como anexo de la demanda, debía adjuntarse a ella copia certificada del acta de conciliación extrajudicial en los procesos judiciales cuya materia se encontraba sujeta a dicho procedimiento previo, pues así lo establecía el artículo 425, inciso 7, del CPC, en virtud de la quinta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley N° 26872, publicada el 13 de noviembre de 1997. Dicho inciso ha sido derogado por la Única Disposición Derogatoria del citado Decreto Legislativo N° 1070. Por consiguiente, no constituía anexo de la demanda la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial.

*Finalmente, conforme a la modificatoria establecida por la Ley N° 30293, constituye anexo que debe acompañarse a la demanda la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo (art. 425, inc. 6 del CPC).*

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALZAMORA, Mario (1959): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado; HURTADO, Martín (2009): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Idemsa; IDROGO, Teófilo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Marsol;

SAGÁSTEGUI, Pedro (2003): *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Lima: Grijley; TICONA, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*. Lima: Rodhas; VELASCO, Francisco (1985): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Cuzco.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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 anejarse 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*).

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*).

**Artículo 426** | **Inadmisibilidad de la demanda**

*El juez declara inadmisibile la demanda cuando:*

1. *No tenga los requisitos legales.*
2. *No se acompañan los anexos exigidos por ley.*
3. *El petitorio sea incompleto o impreciso.*
4. *Contenga una indebida acumulación de pretensiones.*

*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 a criterio del juez, este rechaza la demanda y ordena 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; L.P.A.G. art. 124; L.O.P.J. art. 184 incs. 2 y 10; LEY 26789 art. 1.*

*Martín Alejandro Sotero Garzón*

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 426 del CPC que corresponde analizar prescribe la primera actividad que el juez civil ejerce al tomar conocimiento del pedido de tutela jurisdiccional que un ciudadano plantea en vía principal.

La aplicación de las normas de este artículo conduce a que el ciudadano vea abierta o cerrada la puerta al proceso como mecanismo que el sistema jurídico le ha prometido tutelar sus derechos. Es por eso que este artículo debe aplicarse en correspondencia con las garantías de la tutela jurisdiccional efectiva.

Bajo esa dirección, nuestro análisis partirá de una delimitación terminológica entre acción, pretensión y demanda para luego plantear una noción de *inadmisibilidad* como tipo particular de decisión judicial que debe aplicarse en concordancia con las garantías del acceso a la jurisdicción y el derecho de obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin a la controversia.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

## 2. NOCIONES PREVIAS

### 2.1. “La acción” como derecho fundamental: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El artículo 139, inciso 3 de la Constitución y el artículo I del Título Preliminar del CPC reconocen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como *derecho -principio*, nominación constitucional de lo que nuestra mejor doctrina supo identificar como el “derecho de acción” (CHIOVENDA, 1949: pp. 3-38; PROTO PISANI, 2014: p. 63 y ss.).

Desde esta perspectiva se ha indicado que *la acción* es “una situación jurídica constitucional que confiere a su titular un derecho a un proceso debido (adecuado, tempestivo, efectivo y leal), en el que se respeten todas las garantías procesales (al contradictorio, el juez natural, la prohibición de utilización de la prueba ilícita, etc.)” (DIDIER, 2009: p. 176).

Como derecho fundamental *la acción* o *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* es un *mandato de optimización* (ALEXY, 2012: pp. 67-68) que “despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero una vez dictada sentencia, [a través de] la plena efectividad de sus pronunciamientos” (GONZÁLES PÉREZ, 2001: p. 57); y está incorporado al patrimonio jurídico de los sujetos de derecho con prescindencia de que estos estén inmersos en una concreta controversia jurídica.

Puede que una persona nunca tenga que acudir a un proceso civil ni de ningún tipo, pero independientemente de aquello, es titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (PRIORI, 2003: pp. 280-292).

### 2.2. La pretensión como objeto del proceso

En el caso que el sujeto de derecho sí tenga la necesidad de acudir al proceso porque estime que las situaciones jurídicas de las que se alega titular son amenazadas o afectadas, ejercerá su derecho de *acción* deduciendo una “pretensión”.

Pretensión es pues “la declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario (...) por la cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a cierta relación jurídica” (VÉSCOVI, 1999: p. 65). Es, entonces, la concreta exigencia dirigida hacia el órgano jurisdiccional, a efectos de que le otorgue tutela jurisdiccional respecto a las situaciones jurídicas de ventaja que se alega fueron vulneradas o se encuentran bajo amenaza (SOTERO, 2013: pp. 181-194).

### 2.3. La demanda

En el sistema procesal civil peruano la demanda tiene dos acepciones. Identifica al acto procesal de “demandar” e identifica al documento que contiene dicho acto.

La demanda como acto procesal supone “un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado” (DEVIS ECHANDÍA, 1985: p. 463), en el cual se puede identificar: i) un objeto, constituido por la pretensión, ii) los sujetos: constituidos por el juez al que se dirige la demanda, el demandante, y el demandado.

Pero demanda también sirve para identificar *el documento formal* en el consta el acto de demandar y se registra la pretensión deducida por el demandante. Para el distingo entre *demanda-acto* y *demanda-documento* se apela al símil del *contrato e instrumento* (DIDIER, 2009: p. 407), más aún debido a que nuestro proceso civil es eminentemente escrito. Casos como el proceso de habeas corpus, donde es permitido que la demanda se interponga oralmente y que conste en acta son absolutamente excepcionales (art. 27 del CPCConst.).

## 3. NOCIÓN Y APLICACIÓN DE LA INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

### 3.1. Sobre la noción de inadmisibilidad del artículo 426 del CPC

Sobre la noción de inadmisibilidad se ha indicado que, dentro del conjunto de tipos de decisiones judiciales, supone “la declaración provisional de invalidez por medio de la cual, sin concluir con el procedimiento, [el juez] otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerar que la situación es subsanable” (MONROY PALACIOS, 2007: p. 302).

Bajo la doble acepción de la noción de *demanda*, como acto y documento formal en el cual se consigna la pretensión, la inadmisibilidad de la demanda regulada en el artículo 426 del CPC, supone entonces una decisión provisional que sanciona: i) la ausencia de elementos *formales* que exige la demanda fundamentalmente como documento; pero también ii) la ausencia de elementos materiales que exige la demanda como acto jurídico.

Es una decisión provisional debido a que su eficacia está supeditada a que el demandante cumpla o no con subsanar los defectos que se advierten en la demanda. El último párrafo del artículo 426 del CPC explicita que si el demandante

incumpliese con subsanar el documento en los términos requeridos por el juez, la demanda se rechaza y concluye el proceso.

### **3.2. La aplicación del artículo 426 del CPC en función de la garantía de acceso a la jurisdicción y la obtención de una resolución fundada en derecho que ponga fin a la controversia**

Haber definido al derecho de *acción* o a la *tutela jurisdiccional efectiva* como un derecho fundamental, permite proponer algunos alcances en torno a la aplicación a la norma que se deriva de los enunciados normativos que componen el artículo 426 del CPC.

La aplicación del artículo 426 debe cuidarse escrupulosamente de respetar el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, específicamente en sus garantías de: i) acceso a la jurisdicción y ii) del derecho a obtener una decisión fundada en derecho que ponga fin a la controversia.

Con base en las nociones preliminarmente explicadas, hemos visto que la *acción*, como derecho fundamental, se ejercita concretamente cuando se deduce una *pretensión*, la misma que va contenida en la *demanda*.

Es evidente entonces que si se inadmitiese o incluso rechazase injustificadamente la demanda, se estaría negando arbitrariamente la posibilidad de discutir la pretensión en un proceso con las debidas garantías y esto, evidentemente también, en última instancia vaciaría la eficacia del derecho a la *tutela jurisdiccional* o derecho de *acción* que un sujeto de derecho ejercitó ante una controversia concreta.

Es bajo tales consideraciones que el TC ha indicado: “los requisitos procesales o las condiciones legales que se puedan establecer a fin de ejercerse el derecho de acción, constituyen, prima facie, límites al derecho de acceso a la justicia. Para que estos sean válidos (...) es preciso que respeten su contenido esencial. Evidentemente, no están comprendidos en los límites justificados por el ordenamiento, aquellos requisitos procesales que, so pretexto de limitar el derecho de acceso a la justicia, introduzcan vías y mecanismos que impidan, obstaculicen o disuadan, irrazonable y desproporcionadamente, el acceso al órgano judicial (...) no todos los requisitos procesales que la ley prevea, por el solo hecho de estar previstos en la ley o en una norma con rango de ley, son de suyo restricciones ad initio plenamente justificadas” (STC N° 010-2001-AI/TC).

Vemos, entonces, que es tarea del juez verificar cuándo, en el caso concreto, la aplicación del artículo 426 del CPC resulta ser proporcional y su aplicación va orientada a preservar exigencias razonables en aras de que el proceso se desenvuelva adecuadamente en términos de seguridad y validez jurídica.

Se trata de encontrar un verdadero punto de equilibrio en el que la inadmisión de la demanda se aplique solo allí donde resulte estrictamente necesaria a fin de que, subsanadas las observaciones que justificaron la inadmisión, se allane el terreno para un análisis de fondo de la controversia.

La aplicación justificada de la inadmisión o incluso el rechazo de la demanda regulado por el artículo 426 del CPC, debe también ser cuidadoso de respetar el *derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho que ponga fin a la controversia* conforme el cual se tiene que el mayor grado de efectividad del derecho de acción se cumplirá cuando el órgano jurisdiccional declara la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión llevada a juicio.

La inadmisión y mucho más aún, el rechazo de la demanda por el incumplimiento de requisitos formales importa la denegatoria de una decisión de fondo, lo cual solo será válido si la inadmisión o rechazo son justificados y razonables.

Obsérvese con CHAMORRO que: “la tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar –de forma no arbitraria y razonable– el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido” y trayendo a colación las decisiones del Tribunal Constitucional español, precisa: “[l]os requisitos procesales cumplen su papel de ordenar el proceso y de conseguir la seguridad a través de la legalidad, sin que puedan ser entendidos como obstáculos para impedir o dificultar el acceso a la justicia. Por el contrario, los mismos deben ser interpretados en el sentido más favorable para tal acceso, sin que ello suponga dejar su cumplimiento al arbitrio de las partes” (CHAMORRO, 1994: p. 185).

En ese orden de ideas, la inadmisión contemplada en el artículo 426 del CPC debe ser aplicada solo ante supuestos taxativamente contemplados legalmente y dentro de los márgenes constitucionales. Coincidiendo una vez más con el profesor español: “la resolución de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido” deberá emitirse siempre que: a) “la inadmisión o no pronunciamiento sobre el fondo esté prevista legalmente”; b) los supuestos de inadmisión “se apliquen razonada y razonablemente”; c) su aplicación “no suponga una restricción” ilegítima “al derecho a la tutela judicial efectiva”; y por consecuencia, d) “su aplicación sea proporcionada” (sic.) conforme al supuesto de hecho en que se produce (CHAMORRO, 1994: p. 186).

#### 4. LA APLICACIÓN CONCORDADA DEL ARTÍCULO 426 DEL CPC

Delimitada la noción de *inadmisión* y establecidos los criterios que deben guiar la aplicación de tal decisión, corresponde hacer puntuales apreciaciones a los cuatro supuestos contemplados en el artículo 426 del CPC.



#### 4.1. Los requisitos legales de acuerdo a los artículos 424 y 425 del CPC

La naturaleza de la demanda como documento queda precisada cuando bajo los numerales 1) y 2) del artículo 426 se establecen como hipótesis de inadmisión la ausencia de “los requisitos legales” y de “los anexos exigidos por ley”.

Sobre esta exigencia solo cabe precisar que los requisitos legales y anexos de ley a los que aluden estos numerales son tanto los contemplados en los artículos 424 y 425 del CPC como aquellos exigidos en procesos especiales que distintos artículos del CPC prescriben.

De un mapeo general, podemos citar los siguientes requisitos cuya ausencia ameritarían que se declare la inadmisibilidad de la demanda:

Tipo de proceso	Requisitos especiales y base legal
<b>Retracto</b>	<p><b>Artículo 495 del CPC</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Certificado de depósito del equivalente del precio de venta, tributos y gastos pagados por el comprador e intereses debidos o que se devengarían.</li> <li>• 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.</li> </ul>
<b>Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos</b>	<p><b>Artículo 505 del CPC</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Indicación del 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.</li> <li>• Descripción del bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble: planos de ubicación y perimétricos y 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.</li> <li>• A solicitud del juez: la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Si el bien fuera inscribibles en un registro público o privado: copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años (para inmuebles urbanos), o de cinco años (inmuebles rústicos o bienes muebles), o certificado negativo de inscripción del bien.</li> <li>• El ofrecimiento de 3 a 6 declaraciones testimoniales (personas mayores de veinticinco años).</li> <li>• Si fuera una pretensión de deslinde: ofrecimiento como prueba de la inspección judicial del predio.</li> </ul>
<p><b>Expropiación</b></p>	<p><b>Artículo 520</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativas o dispositiva y ejecutora de la expropiación.</li> <li>• 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.</li> <li>• 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.</li> <li>• 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.</li> <li>• La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.</li> <li>• 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.</li> <li>• 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.</li> </ul>

<b>Tercería</b>	<p><b>Artículo 535</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Documento público o privado de fecha cierta donde conste su titularidad sobre el bien cuya desafectación pretende;</li> <li>• A pedido del juez: garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios.</li> </ul>
<b>Proceso único de ejecución</b>	<p><b>Artículo 690-A</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El título ejecutivo; y</li> <li>• Los requisitos “que se especifiquen en las disposiciones especiales”.</li> </ul>

#### 4.2. La exigibilidad del petitorio completo en vía del numeral 3) del artículo 426 del CPC

Para entender los alcances de esta norma es útil remitirnos a la estructura de la pretensión. Su primer elemento es el *petitorio*: el pedido específico de un tipo de protección jurisdiccional respecto de una determinada situación jurídica que formula el demandante. El segundo elemento es la *causa de pedir*: aquel *hecho jurídico* o *causa jurídicamente relevante* (BRISEÑO, 1970: p. 230) que agrupa los fundamentos facticos y jurídicos que sustentan el *petitorio*.

Con base en esas definiciones es posible verificar que los numerales 5), 6) y 7) del artículo 424 ya precisan que en la demanda deben estar consignados el petitorio y los fundamentos jurídicos y fácticos que lo sustentan, es decir, la causa de pedir. Como ya vimos, si no se cumpliera con expresar tales elementos, correspondería inadmitirse la demanda al amparo del numeral 1) del artículo 426 del CPC.

Debe advertirse entonces que el numeral 3) del artículo 426 reitera la exigencia de que en la demanda se consigne un petitorio, pero agrega los aspectos cualitativos en los que debe expresarse: exige que el petitorio sea suficientemente claro en su redacción, de modo tal que pueda constituirse efectivamente como “el contenido sustancial de la pretensión” ya que es a partir del petitorio que se fijan “los límites cualitativos y cuantitativos del deber de congruencia del juez” (GIMENO-SENDRA, 2004: p. 297).

Debemos entonces establecer los criterios a través de los cuales saber que el petitorio ha sido correctamente establecido en la demanda en términos de plenitud y precisión. Para tal tarea es útil considerar que el petitorio está compuesto del: i) petitorio inmediato y ii) petitorio mediato.

El petitorio inmediato es el específico pedido de prestación jurisdiccional, es decir “de una concreta actuación judicial” o su equivalente “la forma de tutela jurisdiccional solicitada al juez” (PRIORI, 2009: p. 119), que en el proceso civil peruano puede ser: a) tutela declarativa, b) tutela constitutiva o c) tutela de condena. El petitorio mediato “se refiere al bien jurídico respecto del cual se pide la tutela jurisdiccional al caso concreto. En el caso de las pretensiones de condena está constituido por el bien o conducta respecto del cual se pide actuación jurisdiccional. En el caso de las (sic) declarativas y constitutivas el pedido mediato es la situación o relación jurídica respecto de la cual debe caer la tutela jurisdiccional” (PRIORI, 2009: p. 120; SOTERO, 2014: pp. 186-187).

La claridad y precisión del petitorio se satisfará entonces siempre que ambos elementos del petitorio se estipulen adecuadamente de forma que el juez pueda comprender en términos razonables *qué es lo que se pide y respecto a qué bienes, derechos o relaciones jurídicas específicamente individualizadas*.

#### 4.3. La inadmisibilidad por indebida acumulación de pretensiones

Para concluir nuestro análisis debemos referirnos a la última hipótesis que justifica la inadmisibilidad de la demanda, contemplada en el numeral 4) del artículo 426 del CPC, en virtud de la cual corresponde declarar la inadmisibilidad de la demanda si en ella se propone una indebida acumulación de pretensiones.

Esta última hipótesis fue introducida por el artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014 y cuya vigencia rige desde el 10 de febrero de 2015.

Antes de esta modificatoria, el texto original del inciso 4) del artículo 426 establecía como causal de inadmisión el supuesto conforme el cual “la vía procedimental propuesta [en la demanda] no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de este, salvo que la ley permita su adaptación”. A su vez, *la indebida acumulación de pretensiones* era una hipótesis que se sancionaba con la *improcedencia de la demanda* conforme al texto original del numeral 7) del artículo 427 del CPC.

Con base en ello, corresponde formular dos observaciones. La primera tiene que ver estrictamente con el texto vigente y se pregunta qué entender por una *debida* acumulación de pretensiones. La segunda tiene que ver más bien con qué sucede en caso se presente una indebida proposición de la vía procedimental en la demanda.

Respecto a la primera observación, debemos tener en cuenta que la evaluación de una correcta acumulación debe remitirse a los artículos 85 y 86 del CPC.

En razón del primer artículo, se tiene las siguientes reglas que supeditan la validez de la acumulación: i) la acumulación de pretensiones es válida siempre que las pretensiones no sean contrarias entre sí, salvo que se acumulen como subordinadas o alternativas; ii) la acumulación de pretensiones es válida incluso si las pretensiones debieran discutirse en vías procedimentales distintas: todas se discutirán en el proceso más largo; y iii) la acumulación de pretensiones es válida incluso si las pretensiones fuesen de competencia de jueces distintos (en razón exclusivamente del grado): el juez para conocer la demanda será el de mayor grado.

En razón del segundo artículo se reglamenta la validez de la acumulación *subjetiva* de pretensiones, esto es, cuando concurren una o más pretensiones interpuestas por uno o más demandantes o contra uno o más demandados. La validez de tal tipo de acumulación está supeditada a que: i) las pretensiones provengan de un mismo título; o que ii) las pretensiones se refieran a un mismo objeto (o petitorio mediato); o iii) exista conexidad entre ellas.

Explicado el texto vigente es necesaria la pregunta por las consecuencias de la hipótesis reglamentada por el numeral 4) del artículo 426 antes de la modificatoria, es decir, el marco de acción que se debe seguir en los casos donde la vía procedimental propuesta en la demanda no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de este.

La abrogación de dicha hipótesis como causal de inadmisibilidad no debería llevarnos a suponer que exista una suerte de facultad de los justiciables a elegir la vía procedimental a su entero arbitrio o que el hecho de que se incurra en dicha hipótesis merezca una sanción mayor a la inadmisibilidad de la demanda, como lo sería el rechazo inmediato.

En la hipótesis referida corresponderá a los jueces aplicar necesariamente el artículo 51 del CPC en el cual se enuncia la facultad del juez de “adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada”, facultad que debería ser ejercida obligatoriamente por el juez y en el momento mismo de la calificación de la demanda priorizando la admisión de la demanda.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), 2ª ed. trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; BRISEÑO, Humberto (1970): *Derecho Procesal*, vol. 2, México D.F: Editorial Cárdenas; CHAMORO, Bernal (1994): *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch; CHIOVENDA, Giuseppe (1949): *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (1930), vol. 1, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*, tomo 2. Buenos Aires: Editorial Universidad; DIDIER JR., Fredie (2009): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. *Teoria geral do processo e processo de*

*conhecimento*, 11ª ed. rev. Salvador de Bahia, Editora JusPodivum; GIMENO SENDRA, Vicente (2004): *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Editorial Colex; GONZALES PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; MONROY PALACIOS, Juan (2007): Admisibilidad, improcedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal peruano. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, N° 1; PRIORI, Giovanni (2003): “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*, N° 26; PRIORI, Giovanni (2009): *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo* (2001), 4ª ed. revisada. Lima: ARA; SOTERO, Martín (2013): “La acumulación de pretensiones a la luz de la tutela jurisdiccional efectiva. Análisis de las reglas del Código Procesal Civil conforme a la Constitución de 1993”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 40; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 426 del Código Procesal Civil establece que en los casos en que el juez declare inadmisibles 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*).

Si el juez declaró inadmisibles 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*).

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*).

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*).

## Artículo 427

### Improcedencia de la demanda

*El juez declara 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. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; o*
- 5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.*

*Si el juez estima que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el juez.*

*Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el juez pone 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; L.O.P.J. art. 184 inc. 11.*

**Roger Casafranca García**

## 1. INTRODUCCIÓN

Recibida la demanda el juez desarrolla una labor esencial que constituye un primer filtro en la génesis del proceso civil: la califica y a partir de dicho acto, determinará su admisión pura y simple, la podrá declarar inadmisibles o podrá rechazarla de plano declarándola improcedente, cuando concurra alguno de los supuestos del artículo 427 del CPC, de los que nos ocuparemos en las líneas que siguen.

Al ejercitar su derecho de acción (GOZAÍNI, 2005: p. 43 y ss.), el demandante pretende que el juez le otorgue la más amplia y eficaz protección de sus derechos fundamentales involucrados en el caso en concreto, buscando hacer efectivo el principio supremo de justicia (GONZÁLES, 2013: pp. 289-300). Al menos esto constituye el deber ser, por cuanto lamentablemente hay también quienes recurren al proceso en forma ilegítima, incurriendo en el denominado ejercicio abusivo del

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

derecho de acción (MAURINO, 2001: pp. 1-18). En este quehacer inicial, el juez debe evaluar con visión garantista y sentido común, a partir de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, si se encuentra ante una pretensión jurídicamente legítima, razonable y, en consecuencia, viable, o ante una pretensión carente de dichos atributos.

El proceso, siendo instrumental, sirve a un fin superior, el cual es, como decíamos anteriormente, la realización del valor justicia. De ahí que bien se dice que siendo la jurisdicción un poder, es también un deber que tiene como contrapartida el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (MONROY, 1996: p. 245). Por ello, consideramos que las modificaciones recientemente introducidas al artículo 427 del CPC por la Ley N° 30293, persiguen esa finalidad, en el marco del garantismo constitucional que actualmente pretende impregnar a todo nuestro sistema de justicia, pese a algunas resistencias derivadas de visiones ultra positivistas decimonónicas.

Desde esta óptica, el juez que recurre a los criterios de evaluación de procedibilidad puede encontrarse en no pocos casos en la disyuntiva de rechazar liminarmente una demanda por no cumplir con las condiciones previstas en el artículo 427 o preferir su admisión, en caso de duda razonable, en salvaguarda del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de la que como bien se dice “o es efectiva (es decir, idónea para proteger el derecho necesitado de tutela) o no es tutela jurisdiccional” (PROTO, 2014: p. 79). El Poder Judicial, bien lo saben los justiciables, constituye el último reducto de defensa de los derechos fundamentales y es por ello que debe preferirse dar trámite a una demanda antes que a cerrarle el camino y negar el nacimiento de un proceso, lo que no significa, por supuesto, que el juez acepte, por la sola invocación de dicho derecho, dar trámite a una demanda que presente deficiencias o inconsistencias relevantes, que conllevarán posteriormente a la emisión de un fallo inhibitorio.

Por ello, este quehacer inicial implica el desarrollo, complejo en algunos casos, de un ejercicio de ponderación (aplicación del test de proporcionalidad), especialmente cuando se trata de poner freno a demandas que contravienen el principio de buena fe procesal, las que a veces vienen aparejadas incluso de medidas cautelares, cuyas debida admisión y concesión, respectivamente, pueden afectar la credibilidad en la institución judicial, por generar la sensación de vulneración del deber de imparcialidad. Sobre la forma en que este test de proporcionalidad se aplica en nuestros tribunales de justicia, podemos revisar los siguientes fallos del Tribunal Constitucional: STC N° 00019-2005-AI/TC (fj 43-50); STC N° 06089-2006-PA/TC (fj 46); STC N° 0050-2004-AI/TC (acumulados) (fj 109); STC N° 0045-2004-AI/TC (fj 38); STC N° 0045-2004-AI/TC (fj 39); STC N° 0024-2005-AI/TC (fj 31); STC N° 0045-2004-AI/TC (fj 23) y STC N° 0045-2004-AI/TC (fj 40), entre otros.



De ahí que resulta vital que el magistrado sea especialmente prolijo al motivar cualquier resolución que declare improcedente una demanda, sin recurrir a meros clichés o fórmulas vacías de contenido, de modo que no incurra en un supuesto de rechazo indebido de una demanda, vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En tal sentido, antes de rechazarse liminarmente la demanda invocando alguna causal de improcedencia, será preferible que el juez procure que el demandante aclare los términos de la misma, concediéndosele la opción de refutar la hipótesis preliminar del juzgador, de modo que solo en caso extremo, cuando la causal sea manifiesta, se declare la improcedencia liminar.

En efecto, “El acto de calificación de la demanda debe hacerse siempre utilizando criterios de razonabilidad y proscribiendo la arbitrariedad (...) debe considerarse como un acto flexible y no rígido, el juez al calificar la demanda debe apoyarse en los principios *pro actione*, *favor proceso*, *pro pretensor* y *pro homine*, de tal manera que no se afecte injustificadamente el derecho a la tutela judicial efectiva” (HURTADO, 2014: p. 592).

Algunas de estas causales de improcedencia se relacionan a los presupuestos procesales de fondo (actualmente así denominados, para distinguirlos de los presupuestos procesales de forma). La antigua denominación de “condiciones de la acción” se refuta por cuanto el derecho de acción, por su propia naturaleza, no se encuentra *per se* condicionado.

La ausencia de alguno de estos presupuestos impedirá al juez pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, respecto a si las pretensiones deben ampararse o no, total o parcialmente, pero por razones de carácter sustantivo. Los presupuestos procesales de fondo son la legitimidad para obrar y el interés para obrar, siendo que la caducidad del derecho se encuentra dentro de uno de los supuestos de falta de interés para obrar (aun cuando haya sido regulada como una causal aparte). Las otras causales de improcedencia no se relacionan directamente con dichos presupuestos.

Procederemos ahora a comentar las causales de improcedencia de la demanda previstas en el artículo 427 del CPC.

## **2. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA**

### **2.1. Falta de legitimidad para obrar del demandante**

La primera causal de improcedencia de la demanda prevista en el artículo 427 bajo comentario, es la ausencia del presupuesto relativo a la evidente ausencia de legitimidad para obrar del demandante. Si bien es cierto que esta alegación puede

ser advertida y opuesta en vía de excepción por el demandado, también puede y debe ser identificada liminarmente por el juez a partir del propio texto de la demanda.

La legitimidad para obrar (conocida también como “*Legitimatío ad Caussam*”) tiene que ver con la vinculación que debe existir entre las partes del proceso y las partes de la relación jurídica sustantiva de la que deriva la causa última de la demanda, debiendo coincidir (GONZÁLEZ, 2014: pp. 471-486). Es decir, debe recordar el juez que siempre precede al proceso de que se trate, una relación jurídica previa entre quienes ocuparán los lugares de demandante y demandado en la relación jurídica procesal. Esta relación previa es la denominada relación jurídica sustantiva, de la que se genera la situación de conflicto o cualquier otra de la que emane la pretensión concreta de tutela jurisdiccional efectiva; por ello, el demandante tiene legitimidad para obrar, en principio, cuando existe identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva, lo que implica que la relación jurídica material se traslade a la relación jurídica procesal (GUERRERO, 2004: p. 35). Aquí es relevante distinguir entre la identidad en la relación jurídica sustantiva y titularidad del derecho, porque la existencia de la primera es requisito para iniciar o proseguir con el proceso (para evitar el desarrollo de un proceso inútil cuya sentencia no influiría en las partes que intervienen en un proceso), en tanto que la segunda se resolverá al final del juicio, con la sentencia.

Es decir, para que una persona se encuentre legitimada para actuar en el proceso, solo requerirá afirmar ser el sujeto autorizado por la ley para pretender la tutela judicial de un determinado derecho material, así como la afirmación de que la persona a quien se está demandando es aquella sobre la que, de acuerdo a ley, deban recaer los efectos de la sentencia. Entonces, al calificar la demanda debe examinarse si el demandante tiene o no legitimidad para obrar, verificándose si existe esta relación formal de correspondencia, no juzgándose, en este examen, la justicia de la pretensión y menos si el actor es o no titular del derecho que alega en su demanda, pues estos aspectos serán evaluados por el juez al expedir sentencia (cuando emite juicio de fundabilidad sobre la pretensión).

En síntesis, puede decirse que la legitimidad para obrar ostenta las siguientes características fundamentales:

- a) Es personal, subjetiva y concreta, pues cada parte tiene su propia situación respecto de las pretensiones.
- b) No se identifica con la titularidad del derecho sustancial alegado en la demanda. El demandante puede no tener la razón o carecer de los medios probatorios que acrediten los hechos que alega y, en tal caso, la demanda se declarará infundada.

- c) La legitimidad para obrar es requisito solamente para ejercer el derecho de acción y para obtener una sentencia de mérito.
- d) La resolución (o en su caso, la sentencia) inhibitoria que se expida por haberse constatado la falta de legitimidad no constituye cosa juzgada, pues no ingresa al tema de fondo (el derecho alegado en la demanda).

Ahora bien, el que deba existir correspondencia entre la relación jurídica material con la relación jurídica procesal, no es una regla ciega y cerrada, por cuanto existen supuestos de legitimación extraordinaria previstos en la normativa que, como toda excepción a la regla, contienen sus requisitos y pautas propios. Dicho de otro modo, los supuestos de legitimación abarcan una extensión mayor a la del concepto básico de correspondencia antes señalado.

Al respecto, TICONA señala que: “Esta hipótesis se da en el caso de la legitimidad para obrar singular y ordinaria (...). Por eso cuando se define la legitimidad para obrar como aquella relación de correspondencia entre los sujetos de la relación sustantiva controvertida y los sujetos de la relación procesal, es una verdad solamente parcial; es una definición incompleta y, que en todo caso solo se está comprendiendo en ella a la legitimidad para obrar singular y ordinaria, desconociéndose la existencia de la legitimidad para obrar plural y extraordinaria” (TICONA, 1999: p. 461). El mismo autor también señala que la legitimidad para obrar puede ser: a) singular (demandante, demandado) y plural (varios litisconsortes activos o pasivos); b) ordinaria (los sujetos de la relación sustantiva deben ser los mismos de la relación procesal) y extraordinaria (en el caso del sustituto procesal a que se refiere el artículo 60 del CPC); principal (demandante, demandado, interviniente principal con pretensión autónoma) y secundaria (intervención coadyuvante); activa (corresponde al demandante) y pasiva (demandado); permanente (para todo el proceso) y transitoria (para incidente o algunos trámites).

Por ello, la realidad de la existencia del legítimo interés que pueden tener personas distintas del titular de un derecho material en su declaración, realización o cumplimiento, es incorporada al ordenamiento procesal, a través del artículo 60 del CPC. Este numeral a su vez remite al artículo 1219, inciso 4 del CC, que configura la llamada pretensión subrogatoria, que parte de la existencia de dos relaciones jurídico materiales: la que existe entre acreedor y deudor, y la que se estima existente entre este y un deudor del mismo. Esta última relación, cuyo decurso y desenlace interesa al acreedor (de la primera relación), es la que ha sido objeto de atención especial, configurando un supuesto de excepción a la legitimidad *regular*, y así podrá dar origen ya sea a un proceso declarativo o a uno de ejecución, según el caso.

Debe precisarse que esta legitimación por sustitución contiene la facultad para interponer una pretensión ajena (sobre la relación jurídico material entre el deudor y el deudor de este, siendo un derecho de naturaleza procesal y no material, pues no pide para sí sino para su deudor), y el derecho procesal propio del acreedor (frente a su deudor): el demandante ejercita ambos, el propio (legitimidad ordinaria) y el ajeno (legitimidad extraordinaria).

Otro supuesto de legitimación extraordinaria establecida en la normativa civil se encuentra en el artículo 1987 del CC, que establece que la pretensión indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de este.

Así también, otro supuesto de excepción a la legitimación ordinaria o regular, se encuentra en el artículo 82 del CPC, que prevé los casos de intereses difusos, cuya defensa adolece de un problema de orden práctico, relativo a que cada una de las personas implicadas en el interés se defiendan procesalmente de modo individual, así como la indeterminación de esas personas. Es así que se otorga legitimación a determinadas entidades (legitimación legal) y a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro (legitimación judicial, pues será el juez quien decida, en cada caso, si la asociación o institución se encuentra legitimada).

Finalmente, debe apreciarse que el texto de la norma en comentario contiene una calificación cualitativa respecto de la ausencia de legitimidad para obrar como causal de improcedencia de la demanda: señala que esta debe ser *evidente*. Tal precisión reviste trascendencia, dado que alude a lo que es manifiesto, que no deja lugar a duda alguna, aquello sobre lo cual tenemos objetivamente, certeza o convicción personal absoluta, siendo por ello, como ya adelantáramos anteriormente, que el juez debe preferir siempre la admisión a trámite de la demanda, cuando se encuentre en duda acerca de si concurre o no el presupuesto de la legitimidad para obrar del demandante.

## 2.2. Ausencia manifiesta de interés para obrar del demandante

Se entiende como interés para obrar a “aquella situación material en la que el titular de un derecho no tiene ninguna otra alternativa para hacerlo efectivo (su derecho), que solicitar al Estado le otorgue tutela jurisdiccional. Dicha solicitud importa el ejercicio de su derecho de acción” (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 32). Es decir, el actor debe haber agotado todos los mecanismos razonables y legales exigibles a un litigante diligente para obtener la satisfacción de su interés sustancial concreto, para quedar habilitado para interponer su respectiva demanda.

Compartimos la idea de que “el interés para obrar y la legitimidad para obrar, son concomitantes, pero no equivalentes, puesto que se puede tener interés sin tener

legitimidad. El interés es de orden material, es la necesidad jurídica en la que se encuentra quien tiene un conflicto de interés (...) pero que por falta de legitimidad puede no obtener una sentencia favorable” (GONZÁLEZ, 2014: p. 489). Como ocurre con el presupuesto de improcedencia comentado anteriormente, el precepto normativo también alude en este caso al hecho de que esta ausencia de interés jurídico debe ser “manifiesta”. Por ende, como se indicó anteriormente, ante la menor duda sobre si este presupuesto concurre o no, el juez deberá preferir la admisión de la demanda.

Para que se configure el interés para obrar, la persona debe encontrarse en estado de necesidad de tutela jurisdiccional, el cual la determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del órgano jurisdiccional respectivo a fin de que resuelva el conflicto en el que es parte. Ahora bien, la necesidad de tutela no ha de ser superficial o subsanable, sino inmediata, actual e irremplazable, pues para que tal necesidad alcance la categoría de interés para obrar la persona debe haber agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material, sin que le quede más alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional.

Por ende, el interés para obrar supone i) la existencia de un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, ii) que el derecho no haya caducado (ni que haya pronunciamiento de prescripción extintiva), iii) que ese conflicto no pueda ser resuelto fuera del Poder Judicial (por ejemplo, que en su caso no se haya agotado aún la vía administrativa, que no se haya transitado por la conciliación extrajudicial en caso de derechos disponibles, etc.), iv) que el conflicto no haya sido resuelto (cosa juzgada), v) que no haya habido una forma de autocomposición del conflicto ni unilateral (desistimiento de la pretensión) ni bilateral (transacción, conciliación), vi) que no exista otro proceso idéntico entre las mismas partes en curso (litispendencia).

Dicho de otro modo, el interés para obrar es la relación de *utilidad* que existe entre la decisión jurisdiccional solicitada y la tutela de la situación jurídica que está siendo planteada en el proceso; debiendo esta utilidad ser *concreta* (referida a una situación jurídica determinada) y *actual* (el interés debe ser considerado en el momento en que se ejercita la acción). Esto significa que el principio subyacente es el de *economía procesal* (ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo), dado que el interés para obrar, desde esta óptica, constituye un filtro para que pretensiones (independientemente de que sean fundadas) inútiles no sean merituadas.

Finalmente, es importante destacar que las características del interés para obrar son las siguientes: es *sustancial o material* (es decir, refiere al derecho sustancial relacionado al interés concreto del demandante); es *subjetivo* (es un interés sustancial subjetivo, particular, en beneficio del propio demandante); *concreto* (preciso, sin vaguedad); *serio* (real, verdadero, sincero); y *actual* (debe existir en

el momento que se invoca). En cuanto al interés sustancial serio, este puede ser material, económico, moral o familiar. Asimismo, es importante precisar que el interés material o sustancial origina el interés procesal o jurisdiccional mientras que este último es el que permite canalizar la solución del primero (GONZÁLEZ, 2014: pp. 494-504).

### 2.3. Caducidad del derecho

Es conveniente recordar el concepto de la institución de la caducidad, su finalidad y el rol que cumple en el ordenamiento jurídico, a efecto de comprender su regulación particular. Por la caducidad se extingue, por el transcurso del tiempo, *el derecho y la pretensión procesal* (antes denominada “acción”). El legislador ha establecido un término fatal para que se inicien los procesos correspondientes, vencido el cual no podrán incoarse (art. 2004 del CC).

El fundamento de la figura se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica para evitar la paralización del tráfico jurídico; en esta medida, la caducidad no protege ni concede derechos subjetivos, sino que apunta a la protección de un interés general. La caducidad “se justifica porque es conveniente que las situaciones jurídicas no estén permanentemente sometidas a la posibilidad de revisión” (LEDESMA, 2009: p. 896). En efecto, esta institución está regida por normas de derecho imperativo, forma parte del Derecho Público por existir en su concepción un ingrediente de interés público, por lo que se encuentra de medio el orden público, siendo así que sus eventualidades y causales se encuentran expresa y taxativamente establecidas en la ley. Es por ello que sus preceptos son absolutamente rígidos y no admiten ningún tipo de disponibilidad, lo que la hace incensurable.

La caducidad opera *ipso iure* (a diferencia de la prescripción, que debe ser alegada en excepción procesal por la parte demandada, por ser disponible), no encontrándose en poder de nadie el disponer de ella bajo ninguna forma ni modalidad. Así, no es gratuito que la norma establezca que la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, sin importar si este es hábil o inhábil como indica el artículo 2007 del CC (a diferencia de la prescripción, sobre cuyo vencimiento la norma señala que se produce vencido el último día del plazo, lo que implica que se trate de día hábil), lo cual apunta a la indefectibilidad de su acaecer, resultando independiente y ajeno a la voluntad de las personas.

Señala el maestro Fernando VIDAL RAMÍREZ, que la doctrina afirma que en la caducidad el tiempo opera objetivamente al no admitir causales de suspensión ni de interrupción, siendo los plazos preclusivos, aun cuando el CC peruano en su artículo 2005, sí admite la posibilidad de suspensión en un caso concreto (VIDAL,

1985: pp. 200-203). En efecto, a diferencia del de prescripción, el plazo de caducidad no se interrumpe en ningún caso y solo puede suspenderse en el supuesto específicamente indicado por la ley (art. 2005 del CC), lo que se produce mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano, por cuanto se inspira en razones de orden público (inc. 8 del art. 1994 del CC). Tampoco puede ser objeto de renuncia (a diferencia de la prescripción, a la que puede renunciarse de modo expreso o tácito, por ser institución de derecho privado y de interés particular).

Así, mientras por regla general los términos de prescripción admiten suspensión (véase por ejemplo, el art. 19 de la Ley de Conciliación - Ley N° 26872) y pueden ser interrumpidos (art. 1996 del CC), los plazos de caducidad no comportan la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión (salvo el único supuesto de excepción antes mencionado) ni menos aún de la interrupción, debiendo ser cumplidos rigurosamente.

También, la caducidad opera contra todas las personas, sin miramiento alguno sobre la calidad de los sujetos titulares de la misma, a diferencia de la prescripción, la que bajo determinadas circunstancias no corre respecto a ciertas personas, en consideración de su calidad o incapacidad (art. 1994, incs. del 1 al 7, del CC).

Es de resaltar que si la prescripción es lo normal y corriente en cualquier derecho, pues casi todos son susceptibles de prescribir, la caducidad afecta a muy pocos derechos determinados legal o convencionalmente. En efecto, no todo derecho subjetivo es susceptible de caducidad, requiriéndose para ello, de una prescripción normativa específica que fije un plazo concreto para la reclamación de su tutela y/o protección mediante la interposición de la respectiva demanda, sancionándose con su pérdida el transcurso del tiempo de que se trate, sin haberse ejercitado dicha posibilidad (arts. 2003 y 2004 del CC). La caducidad es, por ende, un instituto *excepcional*, establecido de modo rígido por la ley y sus términos son en general más cortos que los de prescripción, precisamente en atención al interés público que se busca salvaguardar.

En la Casación N° 2566-Callao (publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 7 de abril de 2000, p. 4991), se ha señalado sobre esta figura, que: “En el instituto de la caducidad, a diferencia de la prescripción, se aprecia el imperativo de la Ley por asegurar una situación jurídica, lo que se explica por su íntima vinculación con el interés colectivo y la seguridad jurídica, por ello el juez está facultado para aplicarla de oficio, en una verdadera función de policía jurídica, superando el interés individual ya que no cabe renuncia ni pacto en contrario. Por esa misma razón, la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque este sea inhábil”.

Como expresamos anteriormente, la caducidad del derecho es un supuesto de falta de interés para obrar del demandante, poniendo en evidencia que el pedido de tutela ya no puede ser concedido (HURTADO, 2014: pp. 602-604).

#### 2.4. Falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio

La pretensión “es el fin concreto que el demandante persigue, es decir las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia; esa pretensión es, por lo tanto, el *petitum* de la demanda, lo que se pida en ella que sea reconocido o declarado en la sentencia a favor del demandante” (DEVIS ECHANDÍA, 2012: p. 193).

Por ello, es causal de improcedencia de la demanda la falta de conexión lógica entre los hechos (*causa petendi*) y el petitorio (*petitum*), que se presenta cuando los hechos (causa de pedir) en que se sustenta lo que se pide no se ajustan a la configuración jurídica (norma) en que se basa la pretensión. Lo señalado tiene su fundamento en que con el petitorio se pide al órgano jurisdiccional que aplique en favor del demandante, la consecuencia jurídica prevista en la norma que se invoca, razón por la cual los hechos en que se sostiene (el petitorio) deben ser concordantes con el supuesto fáctico (*fattispecie*) de la referida norma.

Esto se sostiene en la relevancia jurídica que debe contener la pretensión procesal, para ser tal (si no, sería un conflicto indiferente para el derecho, que no podría configurar una *pretensión*, para cuya satisfacción no podría activarse la maquinaria judicial). En efecto, la necesidad de conexión lógica bajo comentario radica en el hecho de que “la razón de la pretensión no es otra cosa que sus motivos o fundamentos de hecho y de derecho, que se identifican con la *causa petendi* de la demanda, y el efecto perseguido o la conclusión es su objeto. Por eso, el fin perseguido por la pretensión es obtener una sentencia favorable que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama (...) lo que no significa que la razón tenga que ser cierta y eficaz (...) El objeto de la pretensión determina sobre qué cuestiones debe versar la sentencia; la *causa petendi* o razón de la pretensión (...) fijará el sentido de la sentencia, es decir, determinará si [se] debe rechazar o aceptar las peticiones o conclusiones de la demanda y ser favorable o desfavorable al demandante” (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 259).

#### 2.5. Petitorio jurídico o físicamente imposible

La posibilidad física y jurídica del petitorio, como requisito de validez de la relación procesal, consiste en que el petitorio debe ser posible desde el punto de vista tanto físico como jurídico.



Por petitorio jurídicamente imposible se entiende a aquella pretensión procesal que es incompatible o contraria al ordenamiento jurídico, es decir, cuando esta no se encuentra amparada por dicho ordenamiento (OBANDO, 2011: p. 141).

En cambio, como bien señala HURTADO, “la imposibilidad física no tiene vinculación con el ordenamiento jurídico, sino que está referida a la falta de posibilidad material de cumplimiento de una prestación, en este caso la pretensión procesal estará orientada al cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, pero que sin embargo no se podrá exigir su cumplimiento por imposibilidad material: originaria o sobreviniente” (HURTADO, 2014: pp. 609-611).

Así, no cabe solicitar que una parte cumpla con una prestación que le resulte físicamente imposible, como por ejemplo, que resista 10 minutos bajo el agua, sin respirar.

Por su parte, el que el petitorio sea jurídicamente posible implica que este se encuentre dentro de lo que la ley permite o no prohíbe, por lo que será imposible jurídicamente si existe una norma de derecho que constituye un obstáculo insuperable para su realización, es decir, si la relación jurídica se encuentra fuera del marco legal y jurídico, como exigir que se cumpla la promesa de hipotecar un bien mueble, transferir un bien de dominio público, adquirir por prescripción adquisitiva de dominio un bien de uso público, enajenar un bien que se encuentra fuera del comercio, o exigir que se cumpla con el pacto por el cual se renuncia a la facultad de modificar el testamento, o solicitar el cobro de la contraprestación aceptada por un secuestro o un asesinato, etc.

De ese modo, el petitorio física o jurídicamente imposible no puede ser objeto de tutela jurisdiccional.

Sobre el supuesto de imposibilidad jurídica nos preguntamos si la misma debe ser también manifiesta, es decir, evidente ante el razonamiento más elemental que podría desarrollar cualquier magistrado en condiciones ordinarias, aun cuando ello no esté indicado expresamente en el texto normativo, de modo que ante la menor duda se prefiera optar por la admisión a trámite de la demanda. Consideramos que la respuesta es afirmativa y fluye en casos como los usados como ejemplo en las líneas que preceden. Pero hay situaciones donde lo que puede ser manifiesto para un juez bien podría no serlo para otro.

En efecto, esta cuestión es relevante, dado que la norma jurídica puede ser de textura abierta, vaga o ambigua, adoleciendo de espacios de indeterminación o vacío absolutos; o simplemente podemos encontrarnos, como es usual, ante situaciones donde el texto literal de la norma no nos permite una calificación precisa sobre la posibilidad o imposibilidad jurídica de la pretensión, casos en los cuáles podrían desplegarse varias alternativas de solución al problema en concreto.

Es así que “normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como derecho, resulten ser, no obstante, aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables. En el primer caso las consideraciones valorativas operarían como condición suficiente de la juridicidad, ya que permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían. Mientras que, en el segundo caso, las consideraciones valorativas serían condición necesaria de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes” (RÓDENAS, 2012: p. 17).

Por ejemplo, podría ocurrir que la norma legal resulte expresamente prohibitiva pero que ante ella el justiciable argumente la necesidad de aplicación del control difuso, supuesto en el cual la aparente imposibilidad jurídica puede perder fuerza y dar lugar a una situación concreta donde el juzgador admita a trámite la pretensión, pese a dicha prohibición expresa, siendo que esta pasará a ser parte de los puntos controvertidos a ser dilucidados.

Recordamos, en este orden de ideas, el caso de un excongresista y también reconocido jurista, que formuló un proceso de amparo donde pretendía que se acepte su renuncia al citado cargo de representación popular, aun cuando la Constitución Política sostiene que dicho cargo es irrenunciable. En dicha oportunidad, el demandante invocó la tesis expuesta por el jurista alemán Otto BACHOF, respecto de las “normas constitucionales inconstitucionales” (BACHOF, 2010: p. 27 y ss.).

Evidentemente el centro de la controversia en este caso era precisamente la constitucionalidad de la norma prohibitiva ubicada en el propio texto constitucional, pretendiendo el justiciable que se aplique control difuso respecto de ella, permitiéndosele renunciar al cargo. De ahí que en caso de duda sobre la posibilidad jurídica de una pretensión, como en todos los casos anteriores, se prefiera la admisión a trámite de la demanda.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA Y RECOMENDADA

GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; MAURINO, Luis Alberto (2001): *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La Ley; GONZÁLES, Roberto (2013): *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis-De Belaunde & Monroy; PROTO, Andrea (2014): *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra; HURTADO, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Idemsa; GONZÁLES, Nerio (2014): *Lecciones de Derecho Procesal Civil. El proceso civil peruano*. Lima: Jurista Editores; GUERRERO, Víctor (2004): *Manual teórico práctico de Derecho Civil*. Lima: Palestra; TICONA, Víctor (1999): *El debido proceso y la demanda civil*, tomo I. Lima: Rodhas; DEVIS ECHANDÍA, Hernando

(2012): *Compendio de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2009): *Nociones de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad; VIDAL, Fernando (1985): *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco; OBANDO, Roberto (2011): *Proceso civil y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: ARA; BACHOF, Otto (2010): *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra; RÓDENAS, Ángela (2010): *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons; LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las infracciones normativas denunciadas no pueden ser amparadas, pues el artículo 427 del Código Procesal Civil sí contempla la falta de conexión entre los hechos y el petitorio como causal de improcedencia y su aplicación no está restringida únicamente a la calificación de la demanda, sino que conforme a lo establecido en el artículo 121 del Código Procesal Civil mediante la sentencia, excepcionalmente se podrá emitir pronunciamiento sobre la validez de la relación procesal; no habiéndose afectado su derecho con una resolución de improcedencia por cuanto la recurrente lo tiene expedito para hacerlo valer en otra vía que guarde relación directa con los hechos que invoca (*Cas. N° 914-2012-Lima*).

El juez está facultado a declarar liminarmente la improcedencia de la demanda; en tal sentido, el a quo ha hecho uso de tal facultad en la resolución que fue confirmada por el ad quem. Ambas instancias han señalado como sustento que los argumentos del actor no precisan el modo como habría cometido el fraude o colusión, sino que están orientados al aspecto de valoración de la prueba del ADN, de allí que no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (*Cas. N° 664-2012-Ica*).

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*).

**Artículo 428** | **Modificación y ampliación de la demanda**

*El demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada. Es posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio.*

*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 traslado a la otra parte.*

*Iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula la reconvención. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 438, 445, 559 inc. 4, 761 inc. 6; C.N.A. art. 166; D. LEG. 1075 art. 27.*

*Nerio González Linares*

**1. INTRODUCCIÓN**

De la disposición normativa procesal civil precedente fluye *objetivamente* la competencia como la órbita jurídica dentro de la cual se puede ejercer el poder público por el órgano correspondiente; y, *subjetivamente*, como el conjunto de atribuciones otorgadas a dicho órgano para que ejerza sus poderes, como se explica en la doctrina es “la porción o parte de jurisdicción de los diversos órganos jurisdiccionales y, a la vez, la aptitud de ellos para juzgar determinados asuntos” (VÉSCovi, 1999: pp. 133-134). Si nos ocupamos muy brevemente de la competencia, en este contexto introductorio, es con el propósito de analizar el numeral 428 del CPC, vinculado esencialmente a la modificación de la demanda y la ampliación de la misma por razones de la cuantía de lo pretendido. Además, tomando en cuenta que la competencia no es sino “la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos. El juzgador por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no la puede ejercer en cualquier tipo de litigios, sino solo en aquellos para los que está facultado por la ley; es decir, en aquellos en los que es competente” (OVALLE, 1991: p. 125). La competencia del juez es uno de los presupuestos procesales para que

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

el proceso se desarrolle con plena validez. A final de cuentas la competencia del juez está presente en todo el decurso del proceso, velando por su validez.

En el transcurso de este breve examen del artículo 428 del CPC, hablaremos de la modificación y la ampliación de la demanda, sobre este particular, un importante sector de la doctrina alude a las disimilitudes entre la transformación y el cambio de la demanda, vale decir, mientras por un lado la transformación importa una alteración de alguno de los elementos de la pretensión (sujeto, objeto o causa), y por otro, el cambio se produce cuando se da una sustitución de la demanda por otra diferente. O es como algunos conceptúan que “los conceptos de transformación y cambio son diferentes, mientras la transformación de la demanda importa una alteración de alguno de los elementos objetivos –objeto o causa– o subjetivos –sujeto– de la pretensión, el cambio se produce cuando media una sustitución de la demanda entablada por otra distinta” (COLOMBO, 1969: p. 150).

## **2. LA ETAPA POSTULATORIA Y LA DISPOSITIVIDAD DE LAS PARTES**

### **2.1. Ideas preliminares**

La disposición normativa comentada, cuando alude al demandante y a la posibilidad que tiene de modificar y ampliar las pretensiones planteadas, igualmente a los derechos que tiene el demandado-reconviniendo de modificar o ampliar las pretensiones contenidas en la reconvención, nos sitúa de inmediato en la etapa postulatoria del proceso civil. Conceptos que nos permiten comentar brevemente sobre la capacidad de postulación que tienen los sujetos activos del proceso; veamos: i) la capacidad jurídica del sujeto nos muestra que puede asumir la titularidad de los derechos, cargas y responsabilidades del proceso; ii) La legitimación de las partes nos indica que pueden o deben desenvolverse en un proceso y obtener una resolución eficaz; y, iii) el concepto de la capacidad de obrar procesal sirve para señalar a las personas que pueden realizar eficazmente, dentro del proceso, los actos de los que el mismo se compone. Por consiguiente, el ostentar la capacidad procesal debe significar que el sujeto se halla en condiciones de efectuar todo cuanto en el concepto se incluye, por ejemplo, redactar una demanda, modificarla o ampliarla.

Los actos procesales típicos de postulación son la demanda y la contestación a la demanda, estas contienen, entre otras, pretensiones y, probablemente, reconvención si se trata de la última. La demanda es el acto procesal de trascendental importancia y significación para el ciclo de vida del proceso civil, por darle el nacimiento jurídico procesal a iniciativa de la parte que tiene el interés jurídico de provocar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado para la solución de un determinado conflicto de intereses (toda vez que en lo procesal civil

no existe demanda de oficio). La demanda es el medio idóneo para hacer valer el derecho de acción, el cual está presente en la concretización de las pretensiones. La demanda es trascendente para la vida del proceso, como acto procesal de iniciación o de nacimiento del proceso, por su presencia (en el proceso civil) como el instrumento o medio procesal propio que tangibiliza el derecho abstracto, subjetivo, autónomo, público e individual de la acción, sin que esta se sienta limitada ni restringida, tan solo a la dinámica del proceso, toda vez que la funcionalidad procesal de la acción es durante todas las etapas del proceso, no es como muchos creen, que solo es para iniciar el proceso sino tiene vigor de provocar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado en la totalidad del proceso.

La demanda y la reconvencción contienen una o varias pretensiones, que se constituyen en los objetos del litigio, que delimitan o determinan con solidez procesal la cuestión controvertida y la solución que debe darse en la decisión final –sentencia–, sin la posibilidad de ser alterada o modificada –el petitorio– de oficio por el juez sino solo por la dispositividad de las partes. La pretensión como instituto jurídico procesal adquiere, dentro del proceso, un papel relevante, basta decir que es uno de los elementos imprescindibles para que exista litigio, vale decir, “si no hay pretensión no hay litigio”. Desde ya se puede comprender lo trascendental que es en el proceso, y esto porque la pretensión es “la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio” (CARNELUTTI, 1973: p. 361).

## 2.2. La dispositividad de las partes en la postulación al proceso

Es el poder dispositivo del justiciable el que se hace presente en el artículo 428 del CPC, al fijar la extensión del conocimiento del juez especialmente en la modificación y la ampliación de la demanda. Son los denominados postulados de poder de iniciativa de las partes. Se trata de la injerencia que tienen las partes durante el desarrollo de la postulación del proceso e incluso en las diferentes fases del proceso, donde tienen el poder jurídico procesal de asumir que sus peticiones o sus decisiones dentro de lo legal tengan honda operatividad. Las partes, desde el inicio al término del proceso, tienen el poder de disponibilidad del proceso en cuanto al derecho material sobre el que versa la pretensión.

Es el poder jurídico de iniciar el proceso ante el órgano jurisdiccional, significa que no hay jurisdicción sin acción (*Nemo iudex sine actore*). La jurisdicción civil es puesta en movimiento por la iniciativa de la parte actora. Es la acción la que debe provocar la intervención del órgano jurisdiccional con el propósito de obtener la tutela de una pretensión. Es el poder del justiciable de fijar la extensión y la amplitud de la tutela jurídica (demanda y reconvencción con sus modificaciones y ampliaciones). Como derivación surge el principio de congruencia: *Ne eat iudex petita partium vel, ultra* (que el fallo no contenga más de lo pedido por las

partes). El *thema decidendum* lo determinan las partes y el juez, en su sentencia, no puede violar esos linderos; el juez tiene que fallar según lo pedido por las partes y no puede exceder sus límites.

La sentencia tiene que mantenerse dentro de los confines de las peticiones propuestas (pretensiones) en la demanda y de las asumidas por el emplazado (contestación). Si los desborda, el fallo incurre en incongruencia por *ultra o extra petita* (más allá de lo pedido o sobre cosa distinta). El juez tiene que resolver todo lo que las partes sometan a su consideración, pero nada más. La sentencia que no resuelve todos los extremos de la litis deviene en una sentencia *citra petita* y, por ende, incongruente y nula.

En el artículo 428 del CPC está inmerso el principio de iniciativa de parte o dispositivo que le confiere al actor el derecho fundamental de accionar para provocar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado (art. 2 del CPC). Se concretará esa iniciativa de parte con la interposición de una demanda en forma y de acuerdo a ley, con la formulación de la pretensión pertinente, con la modificación y ampliación de la demanda o reconvencción. De tal modo se producirá el acto procesal de iniciación del proceso, bajo el imperio del derecho y la ley, los presupuestos procesales, las condiciones de la pretensión y los principios que informan el proceso civil.

### **3. LA PRESENCIA DE LA DEMANDA Y LA PRETENSIÓN EN EL ARTÍCULO 428 DEL CPC**

Los institutos de la demanda y reconvencción, con sus variables modificación y ampliación, tienen manifiesta presencia en los acápite del artículo en comento, en este contexto nos ocupamos muy sucintamente de la demanda y la pretensión. Con base en la pregunta de rigor ¿qué es la demanda? pasemos al examen de ella, que se presenta en el ámbito teórico y práctico del proceso, como instituto jurídico procesal autónomo y propio del Derecho Procesal Civil.

La palabra demanda desde la perspectiva de su semántica es el escrito en que se ejercitan en juicio una o varias acciones ante el juez o el tribunal competente (todavía utiliza el concepto acción en forma impropia). Para algunos la palabra "demanda", procede de la voz latina *demandare*, la que a su vez deriva del verbo *demandar* (latín *demandare, confiar, encomendar*), que significa pedir encargar, encomendar, lo que quiere decir que demanda significa etimológicamente "súplica, petición, encomienda". Este valor etimológico, nos proporciona la primera noción de tan importante instituto jurídico procesal como la petición dirigida al demandado o emplazado, puesto que sin demanda o reconvencción no podría haber modificación ni ampliación de ellas.

Son numerosas las definiciones de la demanda, todas ellas relacionadas con el sistema jurídico procesal adoptado, la legislación vigente en un determinado tiempo y espacio o teniendo en cuenta la visión del autor sobre las teorías de la acción y la pretensión. Se la define como “el acto mediante el cual la parte, afirmando existente una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, declara querer que esa voluntad sea actuada e invoca a tal fin la autoridad del órgano jurisdiccional” (CHIOVENDA, 1986: p. 6). Para nosotros la demanda no es sino el acto jurídico procesal de parte del demandante que da inicio al proceso, formulada en forma y de acuerdo a ley y dirigida al demandado, está informada por los principios dispositivo, escritura y concentración. Es el acto jurídico procesal vital para el desarrollo del proceso civil que inicia.

En cambio para algunos “es la solicitud de otorgamiento de tutela jurídica mediante sentencia” (ROSENBERG, 1955: p. 231). Calificar a la demanda de solicitud no es pertinente, y esto por las razones antes esgrimidas. La demanda i) es acto procesal de iniciación del proceso por excelencia, es ii) con ella que la acción como derecho subjetivo, abstracto, adquiere materialidad al ser dirigida al Estado o se hace tangible, asimismo, iii) con ella que la pretensión cobra virtualmente vida como la afirmación de los hechos violatorios del derecho o afirmado por voluntad del actor. A nuestro juicio, la demanda es el acto procesal e instrumental conducente de la acción hacia el Estado y la pretensión (al demandado). Esta nuestra posición es confirmada en cuanto se concibe procesalmente a la demanda en el sentido de que “es el acto procesal consistente en una relación petitoria de voluntad, por medio del cual se ejercita el derecho de acción ante los tribunales, pudiendo también, mediante ella, prepararse o interponerse la pretensión procesal” (FAIRÉN, 1955: p. 281).

Con el propósito de tomar conocimiento de lo que es la demanda ante su modificación y ampliación, y dada su gran importancia, tomaremos una definición descriptiva que la considera como “un acto de declaración de voluntad, introductiva y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la afirmación de la pretensión con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un juicio, en un caso determinado” (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 281). Para concluir este breve comentario sobre la etapa postulatoria y la dispositividad de las partes en el proceso civil, precisa decir, que es insostenible, en el Derecho Procesal Civil moderno, confundir la demanda, la pretensión y la reconvención, con la acción.

#### 4. MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

Ingresamos a lo que más interesa desarrollar con atinencia al dispositivo sub examen, aquí el actor hace uso del principio de iniciativa en su manifestación del



dispositivo. En consecuencia, el actor puede modificar, ampliar la demanda (la norma procesal unas veces alude a la ampliación y modificación de la demanda y otras de la pretensión), dentro de la oportunidad procesal que la ley le concede, la cual es antes que la demanda, el auto admisorio y sus anexos sean notificados al demandado, en forma y de acuerdo a ley. El artículo 428 del CPC nos habla de los conceptos “modificar” y “ampliar” la demanda o la pretensión planteadas por el demandante, como cuando dice “(...) modificar las pretensiones planteadas en la demanda (...)” o como expresa: “(...) puede modificar la demanda (...)”. El legislador, juez, jurista, abogado confunden, como se ha dicho, la pretensión con la demanda, la reconvencción y la acción.

#### **4.1. La modificación de la pretensión planteada en la demanda**

*Modificación* (lat. *modificatio*, -ōnis), es acción y efecto de modificar. Proviene del verbo *modificar* (lat. *modificare*). Es palabra polisémica, muy rica en significados, el DRAE le atribuye las acepciones: 1. Transformar o cambiar mudando alguno de sus accidentes; 2. Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material. Se usa también en sentido moral; 3. Limitar, determinar o restringir algo a cierto estado en que se singularice y distinga de otras cosas; y, 4. Reducir algo a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia.

El demandante podrá modificar la demanda antes que sea notificada en forma y de acuerdo a ley. Los conceptos transformación y modificación, en la doctrina y legislación comparadas se usan indistintamente “los términos transformación y modificación desde el punto de vista terminológico que la sinonimia utilizada es correcta ya que una de las acepciones de modificar es precisamente transformar o cambiar una cosa mudando algunos de sus accidentes. La demanda se modifica cuando se alteran sus fundamentos, sin cambiar la causa ni el objeto del litigio. La demanda modificada conserva todos los efectos materiales y procesales producidos por su interposición” (ARAZI, 1999: p. 215). Nuestra legislación procesal civil (art. 428) solo se limita a la modificación y ampliación de la pretensión que contiene la demanda y la reconvencción (pretensión) y a la ampliación de la cuantía de lo pretendido.

##### **4.1.1. Presupuestos para el ejercicio de la modificación de la pretensión planteada en la demanda**

El demandante o reconviniante –como sabemos– tienen la posibilidad de modificar las pretensiones contenidas en su demanda o reconvencción, observando las exigencias legales. Hablando descriptivamente, quien hace valer el derecho a la modificación de la demanda debe saber que:

- a) Es condición *sine qua non* para hacer valer la modificación de la pretensión que contiene la demanda o la reconvencción, que la oportunidad procesal es hasta antes que sea notificada al demandado o el reconvenido en forma y de acuerdo a ley.
- b) Debe fundamentar su derecho considerando que las pretensiones contenidas en su demanda primigenia, por error de hecho, no han sido argumentadas con base en los hechos violatorios de sus derechos.
- c) El actor reconvenccional tiene igualmente la oportunidad de modificar la reconvencción con las pretensiones pertinentes que tengan relevancia jurídica.
- d) Se puede modificar la pretensión y los fundamentos de hecho. En cuanto a los de derecho, el juez los conoce (*iura novit curia*).
- e) El *ius petitum* de la demanda o reconvencción modificadas debe tener la determinación clara y concreta de lo que se pide.
- f) La modificación de la demanda puede versar sobre las pretensiones y los fundamentos de hecho y el petitorio.
- g) Las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio.

El artículo 428 del CPC ha sido modificado por la Ley N° 30293, con el tenor siguiente: “*Es posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio*” (cursiva añadida). Se infiere que la demanda primigenia tiene auto admisorio conforme al petitorio de la demanda, pero que no ha sido todavía notificada al demandado. En consecuencia, será el auto admisorio que accede a la modificación, la que tendrá validez y vigor procesal para absolver la demanda por el demandado. El juez en el supuesto que admita la modificación, dejará insubsistente al auto admisorio que dictó primigeniamente.

#### **4.2. La ampliación de la demanda por razones de la cuantía de lo pretendido**

El verbo *ampliar* (lat. *ampliare*) desde su semántica es, extender, dilatar. La palabra ampliación significa la acción y efecto de ampliar o escrito de ampliación. Procesalmente (civil) la ampliación solo debe quedar referida a la cuantía o al aumento cuantitativo del valor de la pretensión, a ella se refiere el artículo 428 del CPC cuando expresa que, *puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido*. En consecuencia, la ley contempla la posibilidad de ampliar la suma reclamada cuando se originan nuevos y sucesivos incumplimientos de las obligaciones del

demandado, tal el caso de la consignación de alquileres o el reclamo de un mutuo pactado en cuotas. La norma citada está informada por los principios de economía procesal, que supone economía de tiempo, esfuerzo y dinero, y de la igualdad procesal de las partes.

La ampliación de la demanda constituye el derecho que ostenta el demandante en la demanda principal o el demandado en la reconvencción o es como dice el texto de la norma contenida en el acápite segundo del artículo 428 del CPC, que: "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 traslado a la otra parte". Es el derecho que ostenta el demandante o el reconviniendo de reservarse el derecho de cobrar las cuotas pendientes se devengan durante el decurso del proceso, con la condición que sean originadas de la misma relación sustantiva obligacional, en este entender se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado (art. 428 del CPC.).

La ampliación del monto del petitorio de la demanda opera durante el decurso del proceso en cuanto se devengan o sobrevengan nuevas cuotas sucesivas aceptadas por el demandado, v.gr., que entre las partes se haya generado una relación jurídica obligacional sustantiva de dar, a mérito del pacto de un préstamo de dinero por la cantidad de 200,000 nuevos soles, cuyo cumplimiento de pago debe operar en 10 meses, pactándose el pago sucesivo en cuotas de 10,000 nuevos soles, cada mes. Sin embargo el deudor no llegó a pagar 5 cuotas. En esta circunstancia el acreedor se ve en la necesidad jurídica de demandar al deudor, con la pretensión de pago de las cinco cuotas vencidas, en la vía del proceso de conocimiento. Sin embargo, durante el decurso del proceso se vencieron las otras cuotas pendientes (cinco), con las cuales el demandante puede ampliar la cuantía de su petitorio original, hasta con la cantidad a la que ascienden las cuotas no pagadas o devengadas, dándose la figura de la ampliación de la cuantía con la adición de las cuotas vencidas, de tal suerte la cuantía del petitorio primigenio se ampliará. Para la operatividad legal de la ampliación de la cuantía original, es condición *sine qua non*, que el demandante haya reservado expresamente su derecho de ampliar la cuantía del petitorio, en la demanda.

#### **4.2.1. Presupuestos para el ejercicio de la ampliación de lo pretendido en la demanda**

Los esenciales son:

- a) Que la ampliación de la cuantía se genere hasta antes de la sentencia.

- b) Que la ampliación se origine de la misma relación obligacional entre las partes (relación jurídico-sustantiva).
- c) Que el derecho para la ampliación de la cuantía se haya previamente reservado expresamente en la demanda.
- d) El trámite de la ampliación es común y se sustanciará solo con el traslado a la otra parte.
- e) El reconviniente tiene los mismos derechos del actor.

Se pueden generar obligaciones cuyo cumplimiento no han sido satisfechos por el demandado a favor del demandante durante el proceso, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio. La falta de cumplimiento sucesivo de la obligación de las respectivas cuotas que se pueden seguir generando incluso después de haberse interpuesto la demanda puede dar lugar a la ampliación de lo pretendido en la demanda, siempre que el demandante tenga el derecho expresamente reservado para dicha ampliación. Este derecho el demandante lo puede hacer efectivo en el mismo proceso y hasta antes de que se expida sentencia.

## 5. TRANSFORMACIÓN Y CAMBIO DE LA DEMANDA

Bajo esta denominación, en el Derecho Procesal Civil moderno, se habla de lo que mayormente entendemos como la modificación y la ampliación de la demanda. La norma en comento regula la transformación de la demanda y la reconvenición, las que pueden sufrir modificación y ampliación. Recordemos que modificar desde su semántica es transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes. Ampliar significa extender, dilatar.

Se alude a la transformación o modificación de una demanda. A la primera se la debe entender como la transformación llevada a cabo en su oportunidad, hace que la demanda conserve todos sus efectos materiales y procesales; la segunda, o el cambio de demanda, se trata de una nueva demanda, en cuyo caso los efectos se producirán con su presentación, sin que en ella tenga injerencia la demanda anterior. En consecuencia “una demanda se transforma cuando a pesar de la alteración de sus elementos esenciales o accesorios conserva los efectos materiales y procesales de la interposición de la demanda, mientras que el cambio de la demanda es la sustitución de una demanda por otra y en la total generalidad de los casos, implicará el desistimiento de la demanda anterior. El límite extremo de la transformación es el cambio de la demanda” (CARLI, 1973: p. 108). Otros distinguen sutilmente ambas figuras de la siguiente manera: “la primera supone un acto procesal unitario que sobre la base de conservar inmutables alguno o algunos

elementos esenciales del anterior, transforma otro u otros; la segunda, por el contrario, supone la sustitución de una demanda por otra, totalmente diferente en sus elementos esenciales” (FAIRÉN, 1955: p. 65). Nuestro ordenamiento procesal civil (art. 428) regula la modificación y la ampliación. En suma, i) la demanda se modifica cuando se alteran sus fundamentos, sin cambiar la causa ni el objeto del litigio; y, ii) la demanda al ser modificada conserva todos los efectos materiales y procesales producidos por su interposición.

## **6. LA COMPETENCIA Y LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA**

En el dispositivo que nos ocupa se alude a la modificación y ampliación de la demanda, figuras procesales que tienen vinculaciones con el instituto procesal de la competencia del juez para ejercer la función jurisdiccional, razón para ser vista sucintamente dicho instituto, que no es sino mencionar a su determinación por la materia, el grado, la cuantía y el territorio. Junto a estos criterios que determinan la aptitud del juez para ejercer la función jurisdiccional en un determinado caso concreto, existen otros que eventualmente influyen sobre la competencia del juzgador, a los que se les atribuye o califica de complementarios, como son: la prevención, la atracción y la conexidad. Finalmente en algunos ordenamientos se incorpora la competencia por el turno. El turno no es propiamente un criterio para determinar la competencia, sino únicamente se trata de un criterio organizativo de la distribución de los casos judiciales que ingresan a los juzgados, que no perjudica de modo alguno la competencia del juez (la competencia del juez por el turno, en nuestro medio, felizmente no es tomada en cuenta).

La competencia no es sino “la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer la jurisdicción en un determinado tipo de litigios o conflictos de intereses. El juzgador por el solo hecho de serlo, es titular de la función jurisdiccional, pero no la puede ejercer en cualquier tipo de litigios, sino solo en aquellos para los que está facultado por la ley; es decir, en aquellos en los que es competente” (OVALLE, 1991: p. 125). La competencia del juez es uno de los presupuestos procesales para que el proceso se desarrolle con plena validez, junto a la capacidad de las partes y las formas y formalidades prescritas por la ley.

### **6.1. La competencia por la cuantía**

Entendemos que la fuerte interacción social o las relaciones sociales pueden originar una serie de conflictos por las más variadas razones, que pueden tener un *quantum* económico de sumas muy importantes a otro de relevancia mínima, así, v.gr., un inmueble como objeto del litigio, puede tener una mayor trascendencia económica o social que la que se reduce a una merced conductiva. O como ocurre con la ampliación de la cuantía de lo pretendido en la demanda, estamos hablando de un contenido económico de la competencia.

El criterio de distribuir la competencia de los juzgados, de acuerdo con el valor del bien que es objeto de litis o la cuantía de las pretensiones, tiene fuerte injerencia en los diferentes ordenamientos procesales. La doctrina, en parte, llega a criticar esta división de la competencia argumentando que en realidad, no resulta justo atribuir el conocimiento de las causas de menor valor económico a los jueces de inferior jerarquía. Se ha dicho que para cada uno el litigio puede tener distinta medida de valor en función del propio interés que tenga en el asunto, no por su cuantía en sí. Medir la justicia económicamente es impedir el acceso a ella, la justicia como valor es una sola. Es increíble que en un país democrático, por ejemplo, lo económico sea decisivo para que el justiciable haga valer sus derechos. Someter los derechos lesionados –para su reparación– a la cuantía (económica) nos parece injusto. Pero por otra parte se dice que no es que los asuntos confiados a los jueces de paz carezcan de importancia, pues todos los asuntos son importantes para los interesados y también para la sociedad, sino que son asuntos que requieren tribunales más simples, organizados con economía de personal y de tiempo, para obtener la reducción del costo del proceso a buena medida que no aparezca desproporcionada con el valor de la causa. El valor económico de la pretensión, se traduce en lo que jurídicamente se conoce como cuantía, la que se halla regulada en los artículos 10 a 12 del CPC.

## 7. LA RECONVENCIÓN: AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN

El cuarto acápite del artículo 428 del CPC, con ocasión de la modificación (pretensiones) y ampliación de la cuantía de lo pretendido, hace alusión a la reconvencción al expresar: “*Iguals derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula la reconvencción*” (cursiva añadida). Esto amerita un breve tratamiento de la reconvencción. En efecto, la etimología de la palabra reconvencción deriva de la latina *reconventio*, que a su vez deriva de *conventio* (demanda) y del prefijo *re*, que denota repetición, o de *rei* y *conventio* (la demanda del demandado), conserva el mismo sentido de la voz que proviene, de idéntica manera como ocurre en el resto de los idiomas derivados del latín (en francés es conocida por *reconvention*, en italiano por *reconvenzione*); e incluso se forma de las mismas raíces en la lengua alemana (*wiederklage*, palabra compuesta de *wieder*, que se puede traducir por nuevo, nuevamente u otra vez, y de *klage*, que es demanda principal, y también se traduce reconvencción en alemán, alguna vez, por *Widerklage*, que equivale literalmente a contrademanda). Algo parecido ocurre en el inglés, en el que se traduce la reconvencción con la palabra *counter-claim* (SANPONS, 1962: p. 8).

El demandado al salir en defensa de sus intereses, frente a las pretensiones que contiene la demanda, ejercita su derecho de contradicción. Es decir, además de su derecho de defensa con las actitudes negativas y positivas frente a la demanda, cabe su derecho a la interposición de reconvencción. Advertimos que se trata de

la interposición, por el demandado, de una demanda (reconvención) en contra de la persona del actor para que este comparezca en juicio. Sin duda, es una nueva demanda o reconvención instada ante el mismo juez y en el mismo proceso que se sustancia la demanda del demandante con el objeto de que sea tramitada juntamente con ella, y tenga que ser resuelta en una misma sentencia, la que habrá de contener el pronunciamiento sobre las pretensiones que contiene la demanda y las que contiene la reconvención. Advirtiendo que la cuantía de lo pretendido en la reconvención puede ser ampliada al igual como ocurre con la pretensión planteada en la demanda.

La reconvención, en la mejor doctrina “supone salir del objeto del proceso fijado en la demanda, y de las actitudes del demandado frente a la misma, para fijar un nuevo objeto procesal, esto es, una nueva pretensión y, consiguientemente, un nuevo proceso. Frente a la demanda puede el demandado adoptar una serie muy variada de actitudes que van desde la incomparecencia a la oposición de excepciones materiales. Si prescindimos de la primera –de la incomparecencia– todas las demás actitudes son compatibles con la formulación de reconvención, y lo son porque ella no es en realidad una actitud del demandado frente a la demanda, sino el aprovechamiento de la existencia de un procedimiento iniciado por el actor para interponer frente al mismo otra pretensión, que es posible que no tenga nada que ver con la primera” (MONTERO, 1991: p. 188). La reconvención, conceptuada así, es toda una demanda que contiene nuevas pretensiones o conexas a las del actor y toma la denominación de reconvención solo por estar interpuesta en la oportunidad procesal de la contestación a la demanda, dando cumplimiento a los requisitos exigidos, como cualquier otra demanda, previstos en los artículos 424, 425 y 426 del CPC. En nuestra opinión la reconvención no es “demanda reconvencional”, “contrademanda”, ni “acción reconvencional” menos “pretensión reconvencional” sino simplemente reconvención que equivale a decir, demanda del demandado. La institución que regula nuestra codificación procesal civil con la denominación reconvención es, propiamente, la contrademanda.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAZI, Ronald (1999): *Temas modernos del Derecho Procesal*. Mendoza: Buenos Aires: Dike; CARLI, Carlo (1973): *La demanda civil*. Buenos Aires: Depalma; CARNELUTTI, Francesco (1973): *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CHIOVENDA, Giuseppe (1986): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III. México: Cárdenas; COLOMBO, Carlos Juan (1981): “Apreciación de la prueba”. En: Sergio Dunlop Rudolffi. *Nuevas orientaciones de la prueba*. Editorial Jurídica de Chile; COLOMBO, Carlos Juan (1969): *Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*, tomos I y II. Buenos Aires: Universidad; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1955): *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Revista

de Derecho Privado; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1955): *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado; MONTERO AROCA, Juan (1976): *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid. 1994: Derecho jurisdiccional, Bosch, tomos I y II, Barcelona; OVALLE FAVELA, José (1991): *Teoría general del proceso*. México: Harla; ROSENBERG, Leo (1955): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE A; SANPONS SALGADO, M. (1962): *La reconvencción*. Madrid-Barcelona: Colección Nero; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): "Actos procesales". En: *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal; BORTHWICK, Adolfo E. C. (2000): "Sujetos del proceso". En: *Nociones fundamentales del proceso*, Buenos Aires: Nave; CARLI, Carlo (1962): *Derecho Procesal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2014): *Lecciones de Derecho Procesal Civil –el proceso civil peruano–* Lima: Jurista Editores; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1992): "Delimitación entre hechos y actos procesales". En: *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediar; MICHELI, Gian A. (1970): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: EJE A; PACHECO GORDILLO, Hermógenes (1980): *La demanda –arte y técnica de la pretensión procesal–* Barcelona-Madrid: Editorial Jurídica Española; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PODETTI, J. Ramiro (1954): "Los sujetos del proceso y sus auxiliares". En: *Tratado de la competencia*, tomo II. Buenos Aires: Ediar; REDENTI, Enrico (1955): *Derecho Procesal Civil*. tomo I. Buenos Aires: EJE A; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): "Sujetos procesales". En: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Ariel.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).



**Artículo 429****Medios probatorios extemporáneos**

*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.*

*Nerio González Linares*

**1. INTRODUCCIÓN**

El escenario fáctico y la postulación probatoria, con la excepcionalidad de la extemporaneidad del ofrecimiento de medios probatorios para los hechos nuevos alegados por las partes y quien tiene la carga de la prueba (*onus probandi*), para acreditarlos, son aspectos que requieren de un conciso tratamiento legal y teórico, que desde luego no podría acabar –en ningún sentido– con los temas que iremos presentando sumariamente, como: aspectos conceptuales sobre que es la prueba en el ámbito jurisdiccional, la prueba y los medios probatorios, las fuentes y los medios de prueba, las disimilitudes entre prueba y medios de prueba, los principios informadores del ofrecimiento de medios de prueba para acreditar hechos nuevos, etc., que desde luego un análisis de dicho dispositivo, aun siendo compendiado, requieren de un tratamiento esclarecedor desde los enfoques teórico y práctico que, a nuestro juicio, es imprescindible. Nuestro ordenamiento procesal civil ha adoptado por la teoría de los hechos nuevos en materia probatoria con el ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos para acreditar tales hechos de conformidad con los artículos 374 y 429 del CPC. En consecuencia, con el propósito de desarrollar en forma coherente nuestras ideas concernientes al último dispositivo, debemos recordar que un análisis sin el sustento teórico sería vacío, como la práctica sin la fundamentación teórica sería una banalidad.

**2. LA PRUEBA Y LOS MEDIOS DE PRUEBA****2.1. Aspectos conceptuales que responden a la pregunta: ¿Qué es prueba?**

Del primer párrafo de la norma sub examen se desprende la alusión a los medios probatorios, de aquí la razón para ocuparnos sucintamente de la prueba

y de los medios probatorios, procediendo al respecto a estimar algunos aspectos conceptuales.

- a) En el lenguaje procesal el vocablo “prueba”, tomado en un sentido amplio, tiene diversas significaciones: por una parte se refiere al “procedimiento” para probar el hecho afirmado, o sea, a esa típica actividad procesal que corresponde al juez y las partes durante el transcurso del proceso, y como el *medio de prueba* por el cual se pretende acreditar los alegados por las partes, es decir, se llama prueba “al conjunto de modos u operaciones (medios de prueba) del que se extraen, a raíz de la fuente que proporcionan el motivo o motivos generadores de la convicción judicial (argumento de prueba) cuando el ‘resultado’ de lo que se encuentra probado, es decir, el hecho mismo de esa convicción” (DE SANTO, 1992: p. 321). De manera didáctica, la prueba es definida “como la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas” (PALACIO, 1967: p. 123). Se advierte que la actividad probatoria incumbe primordialmente a las partes (principio dispositivo: *Nemo iudex sine actore*), sin que ello signifique dejar de reconocer que nuestro CPC, ha ampliado los poderes de los jueces con mayores facultades para esclarecer los hechos controvertidos, y tener el papel de verdadero juez, y no del juez tradicional que está bien sentado en su sillón esperando la aportación de las pruebas por las partes, este proceder fue propio del juez del Código de Procedimientos Civiles de 1912. Hoy, la función jurisdiccional del juzgador es encontrar, analizar y valorar los medios probatorios orientándolos a establecer la verdad o la falsedad de los derechos en conflicto, para asegurar la justicia con la verdad jurídica objetiva en un caso concreto, lo que tampoco significa liberar a los justiciables —en los procesos civiles— del material probatorio que deben aportar para la valoración del juez. Dicho de otra manera, la carga de la prueba radica en las partes, y la llevanza de la actividad probatoria dentro de proceso radica en el juez como director y conductor del proceso, junto a la actividad probatoria de las partes.
- b) En lo procesal siempre se habla de la prueba o de la fuente o el medio probatorio, de la carga de la prueba (*onus probandi*), pero antes de esta, existe la denominada “carga de la afirmación” que la tiene el demandante como también el demandado. Al respecto, se anota puntualizando, que “para que se aplique la norma jurídica invocada por las partes al hacer valer su pretensión en juicio es que la parte ‘afirme’ los hechos contenidos en esa norma jurídica” (EISNER, 1964: p. 20). Ejemplificando tenemos: si “AA”, recurre ante el juez expresando que es acreedor de “XY” (demandado),

por causa de un préstamo de dinero que no le ha sido pagado oportunamente; no es suficiente la mera reclamación “que se le pague la deuda” o que se limite solo a invocar la disposición legal pertinente del CC; sino, tendrá que afirmar que ha prestado una determinada suma de dinero al demandado, la que no ha sido cancelada o pagada oportunamente, y por tal razón, “interpone demanda con la pretensión de pago (...)”. Esto quiere decir, que el demandante necesita aportar los hechos, y para acreditarlos, a mérito de lo que se denomina la “carga de la afirmación”, en consecuencia el demandante tiene el deber procesal de aportar los medios probatorios para probar su pretensión conforme a ley –con legalidad, pertinencia y oportunidad–, de tal manera el juez, concluida la etapa probatoria dicte la sentencia de acuerdo a lo que existe en el proceso y la ley. En otras palabras, el actor debe esgrimir afirmativamente los fundamentos fácticos que configuren la pretensión de pago. Lo que aquí es objeto de prueba no es la acción ni la demanda sino la pretensión de pago. No olvidemos que la pretensión está configurada con la afirmación de los hechos violatorios del derecho. Los cuales deben ser probados, tanto es así, que se dice: *donde no hay pretensión no hay litigio*. La declaración de “fundada la pretensión”, es porque se ha probado los hechos afirmados por el demandante.

- c) Prueba en un sentido amplio no viene a ser sino todo lo que puede servir para obtener la convicción del juez de la existencia o inexistencia de un hecho determinado, en este sentido se la entiende como *medio de prueba*; pero también prueba es la consecuencia del resultado que los medios de prueba procuran de lograr o producir, razón que se diga “que se ha alcanzado a probar” o “que falta la probanza de un determinado hecho” o simplemente “se llama prueba a los medios que sirven para dar el conocimiento de un hecho y, por eso, para proporcionar la demostración y para formar la convicción de la verdad del hecho mismo, que se llama instrucción probatoria a la fase del proceso dirigida a formar y recoger las pruebas necesarias a dicho objeto. Si la justicia es la finalidad última de la jurisdicción, la prueba es un instrumento esencial de ella, porque no puede haber justicia más que fundada sobre la verdad de los hechos a los cuales se refiere” (LIEBMAN, 1980: p. 8).
- d) El proceso a nuestro juicio es, en esencia, un mundo de probanzas (lo que no existe en el proceso no existe en el mundo), el cual se dinamiza bajo el impulso de la fuerza de los “medios de prueba”, alimentada por el principio dispositivo de las partes, bajo la conducción y dirección del juez hacia los fines del proceso. Todo ello porque sabemos que los hechos y los actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso. Bien se dice “lo que no existe en el proceso no existe en el mundo”. Pero el juez

es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, por tanto, debe disponer los medios para verificar la exactitud de las proposiciones de las partes. Lo cierto es, que resulta menester comprobar la verdad o falsedad de las afirmaciones o negaciones de las partes con el objeto de formar convicción en el juzgador.

En consecuencia, tomada la prueba en su sentido procesal es un medio de verificación de las afirmaciones y negaciones que tienen operatividad a lo largo del proceso, por parte de los justiciables.

### 3. MEDIOS PROBATORIOS: ¿CON QUÉ SE PRUEBA?

#### 3.1. Fuentes y medios de prueba

Las vinculaciones entre los conceptos “medio” de prueba y “carga” de la prueba son tan estrechas que uno no puede desligarse de otro. La prueba es el medio, el instrumento o el vehículo conducente al esclarecimiento de la verdad de los hechos y actos de las partes en el proceso. Sin embargo, al hablar de *medio probatorio* se habla también de *fuerza de la prueba*. En consecuencia, es preciso dilucidar sobre el particular, señalando que si se tiene en las partes el imperativo de probar los hechos afirmados y los contradichos (como podría ocurrir con los hechos nuevos –art. 429 del CPC–), se tiene que pensar que la esencia de la actividad probatoria es crear con firmeza, en la convicción del juez, la certeza que el derecho cuestionado está probado con los medios que corresponden con pertinencia a la realidad que lleva la pretensión para una decisión positiva. En consecuencia, tales elementos de prueba son la consecuencia de las fuentes y los medios de prueba. Lo que se quiere decir es que probar no es sino llevar, al ánimo del juez, la convicción de que las afirmaciones corresponden a la realidad de cómo están probadas. De lo que resulta evidente que se debe contar con elementos probatorios que permitan crear en la convicción del juzgador la verdad de los hechos, sobre la base del resultado de las pruebas actuadas. Todo ello exige de las fuentes con las que cuentan el fluir de los medios de prueba o dicho de otra manera, que el medio de prueba es idóneo desde la fuente de la que nació.

##### 3.1.1. Fuente de prueba

La palabra fuente deriva del latín *fons, -ntis*. La tenemos en la acepción de principio, fundamento u origen de algo, es el material que sirve de información a un investigador o de motivación a un autor. Para el proceso civil es el hecho, cosa o fenómeno que sirve para verificar la verdad, v.gr., del hecho nuevo afirmado y

los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir (art. 429 del CPC).

Con las fuentes se elabora el material de donde deben fluir las pruebas y los medios de prueba. A través de la fuente se cuenta con la prueba antes o en inco-nexión con el proceso; en consecuencia, la fuente preexiste al medio de prueba. La fuente, procesalmente hablando, es un concepto metajurídico o extrajurídico o está fuera del proceso jurídico. En otras palabras, i) la fuente de prueba tiene existencia real de manera independiente del medio probatorio; ii) la fuente es la causa que va generar el medio de prueba para el proceso.

### 3.1.2. Medios de prueba

El vocablo probar proviene del latín *probāre*. Adecuada para el proceso civil en la acepción de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos. Es la actividad desarrollada en el proceso para que la fuente de prueba se incorpore a él. El medio nace y se forma en el proceso de manera que es un concepto jurídico y absolutamente procesal; así, v.gr., el testigo, o mejor el conocimiento del testigo, es una fuente, y su testimonio es un medio.

Los bienes que han de ser examinados por el juez son la fuente de prueba y su reconocimiento o constatación, por el juez, será por medio de la prueba llamada inspección judicial. El documento es una fuente y su incorporación al proceso es un medio. Fuente de prueba es el justiciable, o mejor el conocimiento del justiciable, y medio de prueba es la declaración de parte. Es como opera la fuente y el medio en la actividad del derecho probatorio.

De lo precedente se determina que el concepto “medio de prueba” es el modo o instrumento que tiene por objeto demostrar la verdad sobre los hechos en litis, es decir, son susceptibles de proporcionar un dato, para enriquecer la convicción del juzgador, sobre la existencia o inexistencia de uno o más hechos. En la práctica judicial y en la ley (jueces, legisladores, abogados, profesores de Derecho) con frecuencia confunden los conceptos fuente y medio de prueba. Los tratan como sinónimos.

En consecuencia se habla de fuente y medio de prueba o de fuente-medio, toda vez que, “con la expresión fuente de prueba, nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y solo existen en el proceso, en cuanto en el nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso, la fuente es anterior al proceso y existe independientemente de

él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio es, lo adjetivo y formal” (MONTERO AROCA, 2000: p. 45).

#### **4. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE FUENTE DE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA**

Por razón metodológica y de didáctica de las palabras antedichas se pueden desbrozar algunas disimilitudes entre la fuente de prueba y el medio de prueba. Advertiremos que no es posible confundir las fuentes de prueba con los medio de prueba, aun cuando están íntimamente vinculadas, sin embargo, en la práctica es común manejarlos como equivalentes. Aquí nos ocupamos sobre las diferencias entre el concepto fuente de prueba y medio de prueba, para tal efecto las ordenamos así:

- a) La fuente de prueba radica en un concepto metajurídico o está fuera del proceso jurídico.
- b) Los medios de prueba, en cambio, se ubican dentro del proceso o son intraproceso;
- c) De las fuentes es de donde fluyen los medios de prueba.
- d) La fuente de prueba tiene existencia real de manera independiente del medio probatorio.
- e) El medio de prueba se constituye durante el proceso y le pertenece.
- f) La fuente es la causa que va generar el medio de prueba para el proceso.
- g) La fuente es lo sustantivo y el medio es lo adjetivo.

#### **5. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL OFRECIMIENTO DE MEDIOS DE PRUEBA PARA ACREDITAR HECHOS NUEVOS (ART. 429 DEL CPC)**

##### **5.1. Principio de igualdad de oportunidad para la prueba**

Para la operatividad de este principio es necesario que se produzca el contradictorio. El principio en comento, significa que las partes dispongan de igualdad de oportunidades para presentar o pedir las prácticas de pruebas y para contradecir las alegadas por la parte contraria. Como ocurre con los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. El principio de oportunidad para la prueba, es una de las manifestaciones de un principio mayor como es la igualdad de las partes en

el proceso. Este principio aparece, en la legislación procesal civil peruana, en los artículos VI (Título Preliminar), 189, 424, 425, 429 y 442.

### **5.2. Principio de preclusión de la prueba**

Con este principio se pretende orientar la formalidad y oportunidad con las que deben ser ofrecidos, admitidos y actuados los medios probatorios referidos a los hechos nuevos. O como reza el artículo 429 del CPC, 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. Se pretende además impedir que se sorprenda al contrario con pruebas de último momento y no alcance a cuestionarla en defensa de su derecho, de lo que deviene una alteración en la observancia y aplicabilidad del principio de preclusión en el proceso. El principio en comento tiene una importante injerencia en la etapa probatoria del proceso –preclusión del latín *praeclusio*– es el principio que informa todo el proceso judicial. Según este principio el juez tiene controladas las etapas del proceso, de modo que al concluir cada una se cierra o se clausura inexorablemente, pero lo dicho tiene previsión normativa de excepcionalidad en el artículo 429 del CPC, que se ocupa de los medios probatorios extemporáneos. El principio preclusivo clausura cada una de las etapas del proceso, sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella. La oportunidad de los medios probatorios de conformidad con el artículo 188 del CPC, está referida a que estos deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, desde luego observando su legalidad, pertinencia y oportunidad, esta última tiene que ver mucho con la preclusión. Esta regla general encuentra su excepción con la alegación de hechos nuevos después de interpuesta la demanda y en el ofrecimiento de los medios probatorios extemporáneos.

### **5.3. Principio de pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba**

Un medio probatorio es pertinente cuando se refiere a los hechos que son objeto de prueba. Las pruebas impertinentes son un obstáculo para el normal desarrollo de su actuación. Fenómeno procesal que también debe ocurrir con los medios de prueba para acreditar los hechos nuevos (art. 429 del CPC). Un medio probatorio puede ser pertinente e idóneo, v.gr., en la pretensión reivindicatoria el título de propiedad es prueba pertinente, además de ser idónea, toda vez que las demás pruebas como la declaración de parte o la testimonial pueden ser pertinentes, pero no idóneas. El artículo 190 del CPC regula la pertinencia de la prueba, en los términos siguientes: “Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando está sustentada la pretensión (...)”. Entre los elementos de la prueba –para su admisión y actuación– están la legalidad, oportunidad y pertinencia, son copulativos u operan en ligazón.

#### 5.4. Principio de la carga de la prueba

Es principio que orienta la probanza del hecho litigado, como en los hechos nuevos y los medios probatorios extemporáneos (art. 429 del CPC), las partes tiene el derecho y al mismo tiempo del deber procesal de aportar el medio probatorio pertinente. Desde luego la carga se hace muy pesada cuando quien pretenda la tutela jurisdiccional de un derecho material, no lo puede probar, y la carga será aun más pesada cuando se declare infundada la pretensión en la decisión definitiva. El artículo 196 del CPC, establece que la carga de probar (*onus probandi*) corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. En el ámbito de la probanza de los hechos, dentro de proceso, se alude a la carga de la prueba, pero antes de esta se produjo –lo que dijimos– la denominada *carga de la afirmación*. Lo cual se explica puntualizando, que el demandante afirma hechos que configuran su pretensión y asume el deber de probarlos o tiene la carga de la prueba. Entendemos, por carga de la prueba, la obligación que asume una de las partes o mejor la parte que afirma o alega un determinado hecho. Es como reza el aforismo *onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor* (al actor le incumbe la prueba de los hechos que alega, al demandado, de las excepciones que presenta).

#### 5.5. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica en la aprehensión cognitiva del juez y crearle convicción de certeza sobre los hechos controvertidos que sirven de presupuesto a las normas aplicables en el caso concreto, como debe ocurrir con la regulación que contiene el artículo 429 del CPC. El principio en mención está vinculado con la finalidad de los medios probatorios, que deben producir convicción de certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, a efectos de fundamentar su decisión final (art. 188 del CPC).

#### 5.6. Principio de legitimidad de la prueba

Se exige que la prueba provenga de un sujeto que tenga legitimidad para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya tomado en tiempo oportuno en la forma y lugar adecuados, aun cuando se trata de los hechos nuevos y los medios probatorios extemporáneos, conforme regula el artículo 429 del CPC. Quien tiene la carga de probar los hechos alegados, tiene la legitimidad para ofrecer y hacer actuar el medio probatorio dentro de proceso. De conformidad con el artículo 196 del CPC, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (art. 196 del CPC). En consecuencia, son los hechos los que configuran la pretensión, por ende, son objeto de probanza, por tanto, se declara fundada o infundada la pretensión, nunca la demanda, ni acción ni la reconvención.



## 6. EXTEMPORANEIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA REFERIDOS A HECHOS NUEVOS

La palabra *extemporáneo* proviene del latín *extemporaneus*. Es palabra polisémica que nos ofrece las acepciones: 1. Impropio del tiempo en que sucede o se hace. 2. Inoportuno, inconveniente.

Procesalmente la extemporaneidad (calidad de extemporáneo) del ofrecimiento de pruebas crea la ruptura de lo establecido por la ley y los principios procesales de la preclusión, concentración y economía procesales, ante esto debe sobreponerse lo justo (*iustus*), si meditamos sobre el contenido de la norma del artículo 429 del CPC, diremos que ante la rigidez de la preclusión procesal, está la eficacia de los fines del proceso. Al respecto se comenta que, “el establecimiento de un régimen e preclusión en la aportación de hechos al proceso que fuese excesivamente rígido (que prohibiese toda aportación fáctica una vez producida la preclusión) podría llegar a quebrantar aquel elemental principio de justicia material que exige que las controversias sean enjuiciadas por los tribunales de acuerdo con su estado real en el momento de emitirse la resolución definitiva” (GARBERA, 2010: p. 122).

Los actos procesales de ofrecimiento de los medios probatorios para acreditar los hechos nuevos, ingresan a un proceso justo, en la medida en que tales hechos sean admitidos y actuados con base en el principio de *igualdad de oportunidad para la prueba*. Esto significa que las partes disponen de igualdad de oportunidades para probar los hechos afirmados y contradichos en igualdad de oportunidades. Sin duda, dicho principio para la administración de justicia se fundamenta en la equidad (constitutiva óptica de justicia). Este principio es una manifestación de un principio mayor como es la igualdad de las partes en el proceso. Además se debe estimar que “los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez con respecto de los puntos controvertidos, fundamentar sus decisiones” (art. 188 del CPC). Probar es tomar contacto con la verdad jurídica objetiva o material (real), es pues preciso que las partes agoten todos los medios de prueba –con pertinencia– para poner término al conflicto de intereses y lograr la paz en justicia. El ofrecimiento extemporáneo de los medios probatorios después de haberse interpuesto la demanda, es la excepción a las normas procesales civiles contenidas en los artículos 424 inciso 9 y 442 inciso 5 del CPC, concordantes con el artículo 189 del mismo Código, que expresa: “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

Sin embargo, esa circunstancia excepcional (extemporaneidad) para el ofrecimiento de los medios probatorios prevista en el artículo 429 del CPC no es admitida o es improcedente en el proceso sumarísimo de conformidad con el artículo 559, incisos 3 y 4, del Código en mención. Se debe aclarar que, de conformidad con el

artículo 374 del CPC, en los procesos de conocimiento y abreviado 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 casos que señala dicha norma. El ofrecimiento de medios probatorios en la sentencia tiene lugar y oportunidad en el escrito de apelación o en la absolución de agravios.

En concreto, todos los medios probatorios normalmente se ofrecen al interponer la demanda, la contestación a la demanda y la reconvenición (etapa postulatoria del proceso). Este fenómeno procesal está orientado por los principios: igualdad procesal, concentración, economía y preclusión. La excepcionalidad de la regla general está en el artículo 429 del CPC, en cuanto *a posteriori* a la interposición de la demanda se pueden alegar nuevos hechos y ofrecer medios probatorios, solo referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda.

### 6.1. Oportunidad procesal

En nuestro sistema procesal civil la oportunidad procesal para el ejercicio del derecho a ofrecer medios probatorios por las partes es, normalmente, la etapa postulatoria. Es extemporáneo el ofrecimiento de medios probatorios porque resulta impropio o está fuera de la oportunidad procesal en la que debió suceder, bajo la orientación de los principios de la concentración, economía y preclusión procesales.

La oportunidad para el ofrecimiento de los medios probatorios extemporáneos referidos a hechos nuevos es después de la interposición de la demanda. Como se comprenderá, nuestra sistemática procesal civil adopta restrictivamente la admisión de los medios probatorios después de interpuesta la demanda, puesto que 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. El tratamiento procesal de la extemporaneidad del ofrecimiento de los medios probatorios, de conformidad con los artículos 374 y 429 del CPC, tiene como objetivo subrayar la relevancia de las consecuencias jurídico-sustantivas y formales con relación a los derechos del justiciable, que estén conducidos por las rutas del proceso justo. A esto se puede agregar que la razón fundamental de la norma procesal en comento está orientada a una administración de justicia con base en la verdad jurídica objetiva o con pertinencia al estado material o real del objeto de litigio.

## 7. EXTEMPORANEIDAD DE LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS

Los documentos en el ámbito procesal civil son los medios para la probanza de los hechos alegados y controvertidos (es todo escrito público o privado u objeto

que sirve para acreditar un hecho o para verificar la verdad del hecho afirmado). Su regulación como medio probatorio típico se ubica en el artículo 192 inciso 3 del CPC, en concordancia con los artículos 233 al 261 del mismo Código. Sin duda el contenido de una prueba documental es el elemento idóneo para demostrar la verdad de un hecho o del acto afirmado por su materialidad, forma y legalidad propias sometidas a la valoración del juzgador.

La segunda parte del artículo 429 del CPC, expresa: “*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*” (cursiva añadida). La extemporaneidad de la presentación de los documentos como medios de prueba para acreditar el hecho nuevo debe ser puesta a conocimiento de la otra parte para que dentro del plazo legal fijado en la ley procesal absuelva reconociendo o negando su legitimidad. Se puede notar claramente, que nuestro sistema probatorio procesal civil es limitativo en cuanto al ofrecimiento de la prueba documental extemporánea que es solo para la probanza del hecho nuevo. Así se desprende de la norma procesal, en cuanto expresa: “(...) solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos (...)”. Esta excepcionalidad hace que la preclusión de la etapa postulatoria se reabra para cuando surjan hechos nuevos o nuevos documentos (art. 429 del CPC). Sin embargo, nuestro ordenamiento procesal civil, está encausado por la prohibición de la *mutatio libelli*, que impide que las partes modifiquen las pretensiones contenidas en la demanda y la contestación, dicho de otro modo, la prohibición de la *mutatio libelli* la tenemos en su más perfecta consagración cuando se establece que después de la demanda, la contestación y en su caso, la reconvencción, las partes no pueden alterarlas posteriormente.

Sin embargo, lo antes señalado encuentra su excepción –como se ha dicho– en el artículo 429 del CPC, otorgando a las partes el derecho para que después de planteada la demanda solo puedan ofrecer los medios probatorios referidos a “aquellos hechos nuevos ocurridos con posterioridad a los escritos de demanda y contestación, y aquellos hechos de los que se hubiese tenido noticia con posterioridad a los escritos de demanda y contestación y, lógicamente con anterior a la audiencia o a la vista” (CORTEZ DOMÍNGUEZ, 2010: p. 178).

## **8. CONTENIDO CONCEPTUAL SOBRE LOS HECHOS NUEVOS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 429 DEL CPC**

Percibamos:

- a) Los hechos nuevos son alegados después de interpuesta la demanda, por el actor.

- b) Los hechos nuevos son los mencionados por la parte contraria al contestar la demanda o al interponer reconvencción.
- c) Lo medios probatorios pueden ser ofrecidos solo referidos a los hechos nuevos mencionados después de interpuesta la demanda, la contestación a la demanda o reconvenir.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE SANTO, Víctor (1992): *El proceso civil*, tomos I, II y III. Buenos Aires: Universidad; EISNER, Isidoro (1964): *Nuevos planteos procesales*. Buenos Aires: Astrea; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2000): *La eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hamurabi; PALACIO, Lino E. (1967): *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires; CARNELUTTI, Francesco (1947): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Acayú; DE SANTO, Víctor (1992): *La prueba judicial, teoría y práctica*. Buenos Aires: Universidad; KIELMANOVICH, Jorge L. (1985): *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LESSONA, Carlos *et al.*, (1957): "Objeto de la prueba". En: *Teoría general de la prueba en el Derecho Civil*. Madrid: Reus; MICHELI, Gian Antonio (1989): *La carga de la prueba*, trad. de Sentís Melendo, S. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan (2000): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; MORELLO, Augusto, M. (1991): *La prueba -tendencias modernas-*. Buenos Aires: Platense-Abeledo-Perrot; PARRA QUIJANO, Jairo (2002): *Manual de derecho probatorio*, 13ª ed.; PICÓ I JUNOY, Joan (2006). *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; PRIETO CASTRO, Leonardo (1964): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid; TARUFFO, Michele (2002): *La prueba, homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, ed. por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia; TARUFFO, Michele (2009): *La prueba, artículos y conferencias*. Chile: Metropolitana; WALTER, Gerhard (1985): "Bases para la apreciación de la prueba: la libre convicción". En: *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

(...) 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*).

**Artículo 430****Traslado de la demanda**

*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; L.P.T. arts. 46, 51.*

*Nerio González Linares*

**1. INTRODUCCIÓN**

La calificación de la demanda es el primer control al que se someten los presupuestos procesales, los otros dos se darán con ocasión de las excepciones y del saneamiento procesal. Dependiendo de la naturaleza de los presupuestos procesales (de la relación procesal –capacidad de las partes, jurisdicción, competencia, *ius postulandi*–, del procedimiento –forma, formalidad y formalismo del acto procesal– y del proceso –interés para obrar y legitimidad para obrar–) la calificación será positiva o negativa y, de ser esta última, subsanable (inadmisibilidad) o insubsanable (improcedencia); así, los presupuestos de la relación jurídica procesal y del procedimiento dan lugar a la inadmisibilidad de la demanda y, por tanto, su corrección permite salvar la viabilidad procedimental de la demanda, en cambio, los del proceso son de ausencia fulminante del proceso, de modo que determinan la improcedencia de la demanda.

La calificación positiva de la demanda implica la satisfacción de presupuestos procesales en la demanda, es decir, la confluencia de jurisdicción con la aptitud de las partes (capacidad) y del juez (competencia), así como de las exigencias de existencia, validez y solemnidad del acto procesal y de necesidad de tutela y posición habilitante de los sujetos procesales. Detectada la conformidad de estos presupuestos se admite la demanda (auto admisorio), lo que implica la calificación positiva, dándose por ofrecidos los medios probatorios del actor y corriéndose (“confiriéndose” dice el Código) traslado de la demanda al demandado. Esto último supone la realización del emplazamiento, el cual se traduce en la notificación válida con la demanda, auto admisorio y anexos de la demanda al demandado. La comparecencia del demandado solo puede entenderse viable si el emplazamiento se ha realizado.

**2. LA CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA**

La palabra calificación viene del verbo *calificar* (lat. *qualificare*). Significa, apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o de algo. La

locución *calificación* expresa la acción y efecto de calificar. El estudio y la calificación de la demanda son, en armonía con los requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del CPC, labor del juez, aun cuando en la práctica se deja tal responsabilidad al especialista legal. Sin perjuicio que dicho especialista haga uso del artículo 133 del Código citado, para que verifique la conformidad y legibilidad de las copias. Si no las encuentra conformes, ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito. Significa que el auxiliar debe realizar una calificación de las formalidades adicionales. Puesto que el juez debe realizar la calificación de la demanda en cuanto a los presupuestos procesales, con base en la ley (art. 121 del CPC) y mediante un auto por el que resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción.

La calificación de la demanda, procesalmente, se constituye en un acto propio del juez muy trascendente para los fines del proceso, pues desde aquí el juez –calificación– debe verificar la conformación debida de la demanda. Es el proceder de una evaluación de la calidad de la presentación de la demanda sometida a un impecable examen de los presupuestos procesales (competencia del juez, formas prescritas por la ley, calidad o identidad del actor) y no de las mal denominadas condiciones de la acción (como derecho fundamental, abstracto, subjetivo y autónomo, no requiere de condiciones). El juez en su situación activa de director del proceso tiene el deber de calificar la admisibilidad, la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda, expidiendo para tal efecto el auto correspondiente.

En suma, el juez de la causa es quien debe determinar la corrección de la demanda; en la oportunidad de tomar el primer contacto (procesal) con la misma, para su análisis exhaustivo desde un enfoque legal, con base en derecho, y proceder a definir por su inadmisibilidad, improcedencia o admisión. En la doctrina tradicional se entiende que la primera, cuando carece de uno o más requisitos de forma o se ha cumplido defectuosamente; la segunda, cuando carezca de defecto o de un requisito de fondo; y, la tercera, que es admitir la demanda, cuando cumple con los requisitos de forma y de fondo. En la doctrina que rechaza la pernicioso distinción entre fondo y forma la inadmisibilidad y la improcedencia de la demanda se diferencian por la (in)subsanaibilidad, es decir, i) si las carencias de presupuestos procesales procuran su subsanación se determinará la inadmisibilidad, para que una vez superado el defecto se admita la demanda o, en el caso de no superarse el defecto, se transfigure en improcedencia con el efecto inmediato de declararse nulo todo lo actuado y por concluido el proceso; y, ii) si las carencias de presupuestos procesales no permiten subsanación alguna, el efecto fulminante es inminente, declarándose nulo todo lo actuado y concluido el proceso.

## 2.1. Clases de calificación de la demanda

### 2.1.1. Calificación negativa de la demanda

#### a) Inadmisibilidad o rechazo *in limine* de la demanda (liminar o *ab initio*)

Nuestro sistema jurídico-procesal armonizando con los principios de dirección, legalidad, celeridad y economía procesales, regula los conceptos procesales de inadmisibilidad e improcedencia, señalando que el juez declara la *inadmisibilidad* de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumpla defectuosamente y, en cuanto a la improcedencia, establece que se declara si la omisión o defecto es un requisito de fondo (art. 128 del CPC).

En el caso de que la demanda no se ajuste a las reglas contenidas en los artículos 424, 425 y 426 del CPC, el juez está facultado para rechazarla de oficio expresando el defecto que contenga. El juez está en el deber de examinar, si el actor ha cumplido o incumplido los requisitos de forma, por cuanto los requisitos de fondo los analizará en la sentencia. El juez declarará inadmisibile la demanda, de oficio, cuando no se ajuste a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan; es decir, rechazará liminarmente la demanda que resulta manifiestamente inadmisibile. El actor como el juez debe observar stricto sensu la concurrencia de los presupuestos procesales, v.gr., las formas prescritas por la ley.

El rechazo *in limine*, también utilizado como rechazo *liminar o ab initio*, es de frecuente uso en la práctica judicial, cuando el acto procesal carece de la formalidad exigida por la ley procesal o desde el fondo emerja la falta de legitimidad para obrar de manera manifiesta. Proseguir en este estado con el proceso resultaría infructuoso o inútil.

**a.1) Casos de rechazo *in limine* de la demanda** (art. 426 del CPC). Los casos en los cuales el juez declarará *in limine* la inadmisibilidat de la demanda, son:

- No tenga los requisitos legales.
- No se acompañen los anexos exigidos por ley.
- El petitorio sea incompleto o impreciso.
- La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o el valor de este, salvo que la ley permita su adaptación.

En los casos precedentes 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* (arts. 424, 425, 426 del CPC). En su precisa significación, la inadmisibilidad, es “la sanción de naturaleza procesal, mediante cuya aplicación se impide *ab initio* que produzcan efecto en el proceso los actos de parte (o de algunos terceros en actos no requeridos por el tribunal), por habérselos realizado sin observar determinados requisitos de forma o careciendo de la facultad para actuar válidamente. Queda así captados los dos aspectos de la sancionabilidad: causa y medio, y las consecuencias de la aplicación de la medida” (CLARIÁ OLMEDO, 1982: p. 118). En síntesis, el juez declara la inadmisibilidad de la demanda cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente.

#### **b) Improcedencia de la demanda**

El vocablo improcedente (de *in-2* y *procedente*), de común uso en el ámbito procesal y en la práctica, significa: 1. No conforme a derecho. 2. Inadecuado, extemporáneo. La palabra improcedencia (de *in* y *procedencia*). Es la falta de oportunidad, de fundamento o de derecho (véase el DRAE). La improcedencia de la demanda es declarada por el juez, cuando carece de un *requisito de fondo*, es decir, se declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de carácter material *o de fondo*. El CPC (art. 427) establece los casos en los cuales la demanda debe ser declarada improcedente: a) El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; b) el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; c) advierta la caducidad del derecho; d) carezca de competencia; e) no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; f) el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; g) contenga una indebida acumulación de pretensiones. Aquí cabe resaltar el interés para obrar del demandante, que en su generalidad se confunde con la legitimidad para obrar, sin tener en consideración que aquel interés está constituido por la necesidad jurídica del actor de acudir al órgano jurisdiccional, en cuanto se hayan agotado todas las eventualidades o posibilidades de solución del conflicto generado dentro de la relación sustancial, entre acreedor y deudor por la vía del diálogo o el entendimiento entre las partes.

Sin duda el interés para obrar no es sino, la situación de necesidad jurídica en la que se encuentra el actor de acudir al órgano jurisdiccional en el ejercicio de su derecho de acción para la protección jurídica de su pretensión. Si el juzgador advierte que la demanda es manifiestamente improcedente, y está incurso dentro de lo previsto por la ley procesal civil (art. 427) la debe declarar así de plano –de facto– improcedente, expresando los fundamentos de su decisión y ordenando se devuelvan los anexos. La improcedencia de la demanda, debe ser declarada de oficio o de plano mediante resolución debidamente motivada y en la parte dispositiva de la resolución se debe ordenar la devolución de los medios probatorios y los anexos de la demanda, bajo cargo. Si la resolución que declara la improcedencia



de la demanda 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.

### **2.1.2. La calificación positiva de la demanda**

Procesalmente en la teoría, la ley y la práctica la calificación positiva de la demanda es conocida, de manera general con la denominación de auto admisorio de la demanda. En consecuencia es el acto procesal de suma importancia que materializa la bilateralización de la instancia de parte, todo ello porque el juzgador evaluó la regularidad de la demanda, es decir, su plenitud de presupuestos procesales, por lo que no padece ninguna razón o causa de inadmisibilidad ni de improcedencia. Para algunos la calificación de la demanda es haber o no observado las condiciones de la acción, lo que no es así, puesto que el derecho fundamental de la acción no puede estar condicionado para su ejercicio o no puede ser objeto de limitaciones ni restricciones. La acción es única como garantía o derecho fundamental, subjetivo, abstracto, autónomo e individual, que no requiere de condiciones ni limitaciones, tanto que la acción no prescribe, no caduca, no se acumula, no se desiste, etc., sino todo ello corresponde a la pretensión. La acción es derecho fundamental y eso dice mucho del por qué de lo antes expuesto.

## **3. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. AUTO ADMISORIO**

### **3.1. Contenido del auto admisorio de la demanda**

El auto admisorio adquiere relevancia procesal que va a trascender a toda la vida del proceso que se inicia, es aquí donde radica su importancia y, además, porque:

- a) Admite a trámite la demanda y confiere el traslado de la misma para que el demandado la absuelva conforme a ley.
- b) Constituye acto procesal de iniciación del proceso.
- c) Es acto procesal de parte del juez trascendente para la vida jurídica del proceso.
- d) Es la pieza procesal de cuidadosa elaboración por parte del juez o es producto del examen analítico que se hace desde la perspectiva doctrinal, legal jurisprudencial sobre la forma y fondo de la demanda, para admitirla o declararla inadmisibles improcedente.

- e) Es el punto de partida del proceso que está determinado básicamente por el auto admisorio de la demanda, que debe contener la admisión expresa de la demanda en la vía del proceso correspondiente.
- f) La individualización expresa y correcta del sujeto(s) demandante(s) y del sujeto(s) demandado(s).
- g) La determinación expresa de la pretensión o pretensiones que contiene el petitorio de la demanda (tal como han sido demandadas).
- h) Corre el traslado de la demanda por el plazo legal establecido para cada tipo de proceso.
- i) Da por ofrecido los medios de prueba.
- j) Da por cumplido con los anexos.

### 3.2. Importancia

A todo ello se agrega la relevante influencia de los efectos sustantivo y procesal que tiene el auto admisorio propiamente desde que se admite la demanda y se produce su notificación válida al demandado, claro está, siempre que haya sido presentada la demanda en forma y de acuerdo a ley. De tal suerte que el demandado pueda asumir su derecho de defensa (*audiatur et altera pars*), que consagra el derecho de contradicción, sobre la base del principio de la bilateralidad.

## 4. OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones de conformidad con el artículo 188 del CPC. Dispositivo que tiene estrecha concordancia con el artículo 424, inciso 10 del CPC. La norma contenida en el artículo 189 del CPC, expresa: “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”. Se advierte la presencia del principio de concentración procesal. Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos medios probatorios referidos a hechos nuevos, y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o en la reconvenición. Así expresa el artículo 429 del Código señalado en concordancia con el artículo 196 del mismo Código.

El actor debe aportar todos los medios probatorios pertinentes a la naturaleza de las pretensiones que contiene la demanda, esta es la carga a la que se refiere la exigencia de la ley (art. 424 del CPC). Es el juez, quien los valora de acuerdo a los supuestos que contiene la ley (art. 197 del CPC).

## 5. TRASLADO DE LA DEMANDA

Algunos autores, como ALSINA, confunden el traslado al identificarlo con el medio de comunicación. El traslado se define como la resolución que ordena poner en conocimiento del demandado; es decir, al considerar el traslado “como resolución judicial, que no debe confundirse con el medio de comunicación: el juez ordena el traslado de la demanda y lo que se notifica o comunica no es la demanda, sino la orden judicial para que el demandado comparezca ante el órgano jurisdiccional y conteste la demanda” (CARLI, 1973: p. 121). Por nuestra parte consideramos que el traslado de la demanda, contenido en la resolución denominada *auto admisorio de la demanda*, se halla caracterizado por ser el acto procesal de mayor relevancia jurídica de efectos sustantivos y procesales, que van a guiar el proceso hasta su conclusión.

Estamos ante el acto procesal de petición expresa como consecuencia de haber cumplido —el actor— con las formas y las formalidades exigidas por la norma procesal —presupuestos procesales, condiciones de admisión de la pretensión—, su propósito básicamente es llevar la idónea comunicación de las pretensiones del actor, medios de prueba y anexos, con el propósito de que el demandado asuma en forma y de acuerdo a ley su derecho de contradicción.

### 5.1. El traslado de la demanda

La norma procesal civil contenida en el artículo 430, alude: “(...) confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso”. Esto implica actos de comunicación del juez con las partes o aquellos mediante los cuales se pone en conocimiento de las partes las peticiones y resoluciones que se emiten dentro de proceso; recordemos que los actos de decisión son las resoluciones del juez dirigidas a impulsar el proceso y a resolver los incidentes o el mérito principal del proceso, como consecuencia los actos de comunicación implican los principios de contradicción (defensa) y bilateralidad. Son aquellos “dirigidos a notificar (*notum facere*) a las partes o a otras autoridades, los actos de decisión del juzgador. Y, en cuanto a los actos de documentación, son aquellos dirigidos a representar mediante documentos escritos los actos procesales de las partes, del órgano jurisdiccional y de los terceros” (COUTURE, 1974: p. 202). Aquí cabe aclarar que frecuentemente se confunde, en la práctica, el acto procesal con el documento en sí. El acto precede al documento, y lo que se agrega o queda en el expediente es el documento, el cual es la objetivización del acto caracterizado por su escrituralidad y perennidad. En consecuencia, son actos de comunicación procesal “todos aquellos que sirven para transmitir las órdenes y las decisiones del juez a las partes o a terceros y otras autoridades, como también para transmitir las peticiones de las partes o los terceros al juez” (DEVIS ECHANDÍA, 1972: p. 447).

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

BETTI, Emilio (1990): *Teoria generale della interpretazione*, 2ª ed. rev. a cargo de G. Crifo. Milano: Giuffrè; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Uteha; CARLI, Carlo (1973): *La demanda civil*. Buenos Aires: Depalma; CLARÍA OLMEDO, Jorge A. (1982): *Derecho Procesal*, tomos I y II. Buenos Aires: Depalma; COUTURE, Eduardo J. (1974): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*, tomos I y II. Buenos Aires: Universidad; FALCÓN, Enrique (1986): *Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea; ORTELLS RAMOS, Manuel (2002): *Derecho Procesal –Introducción–*. Madrid: Edisofer; PALACIO, Lino E. (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Astrea.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BORGES, M. Alfonso (1995): “Intervención de terceros”. En: *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Direc. Benabentos, Omar, N° 1, Buenos Aires; BORTHWICK, Adolfo E. C. (2000): “Sujetos del proceso”. En: *Nociones fundamentales del proceso*. Buenos Aires: Nave; CARLI, Carlo (1962): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1992): “Delimitación entre hechos y actos procesales”. En: *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediar; MICHELI, Gian A. (1970): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: EJEJA; PACHECO GORDILLO, Hermógenes (1980): *La demanda. Arte y técnica de la pretensión procesal*. Barcelona-Madrid: Jurídica Española; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. actualizada. Argentina: Abeledo-Perrot; PODETTI, J. Ramiro (1954): “Los sujetos del proceso y sus auxiliares”. En: *Tratado de la competencia*, tomo II. Buenos Aires: Ediar; REDENTI, Enrico (1955): *Derecho Procesal Civil*. tomo I. Buenos Aires: EJEJA; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): “Sujetos procesales”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

**Artículo 431**

**Emplazamiento del demandado domiciliado en la competencia territorial del juzgado**

*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; L.P.T. arts. 48 inc. b, 51 inc. b.*

*Miguel Espejo Rosell*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El proceso civil contemporáneamente es visto en la perspectiva de los derechos fundamentales. Vale decir: el proceso civil presta relevancia a la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales, cuya eficacia radiante impone el deber de interpretación de la legislación infraconstitucional en conformidad con los derechos fundamentales (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010: p. 17).

En esta visión, los insuprimibles vínculos existentes entre el proceso, como instrumento de realización del derecho material, y el ordenamiento constitucional, evidencian que el emplazamiento válido con la demanda deriva de la Constitución, antes que de la ley procesal.

Habita aquí el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado. En torno a este punto, igualdad supone, “la *bilateralidad* y la *contradicción*, esto es, que el proceso se desarrolle, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas” (VÉSCOVI, 1999: p. 54). De igual manera, el derecho fundamental a la legítima defensa, contemplado por el artículo 2 inciso 23 de la Constitución. Estos derechos están vinculados al principio constitucional de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, reconocido por el artículo 139 inciso 14 de la Constitución. Y adquiere especial relieve que el derecho fundamental de defensa es una manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política.

La contrapartida del derecho de acción es el derecho de defensa. El derecho de defensa otorga al demandado la posibilidad de participar en el proceso, ejerciendo todas las posiciones jurídicas inherentes al proceso justo. En especial, otorga derecho al demandado de ser debidamente comunicado de la forma más segura posible, y oportuna, para que pueda influir en los rumbos del proceso y en la conformación del convencimiento judicial (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010: p. 155).

Por todo ello, el artículo 2, segundo párrafo, del CPC, preconiza: “Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”.

En esta línea de entendimiento, el Tribunal Constitucional destaca de inmediato:

“El derecho de defensa establece una prohibición de estado de indefensión de la persona frente a un proceso o procedimiento que afecte un derecho o interés del mismo. Este derecho no se satisface con el mero y aparente cumplimiento de una ritualidad de noticiar a la persona sobre la existencia de un proceso, sino con el desarrollo de todas las diligencias idóneas a efectos de una comunicación válida y oportuna sobre la existencia de un proceso. De lo contrario, este derecho fundamental se convertiría en la garantía de una mera formalidad procedimental que la vaciaría de su real contenido, lectura contraria a la naturaleza de los derechos fundamentales en cuanto mandatos de optimización” (STC Exp. N° 02728-2007-PA/TC).

Con base en estas razones el traslado de la demanda lejos de ser un acto procesal intrascendente, resulta de singular importancia para el desarrollo normal y la validez del proceso. La ausencia o deficiente práctica de este acto inicial produce indefensión, lesiva de los derechos fundamentales a la amplia defensa y al contradictorio. Como consecuencia, puede conducir a la decretación de nulidad de las actuaciones procesales y retroacción del procedimiento al momento de volverse a emplazar con la demanda.

Con esto, nos encontramos frente a “tiempos muertos”, que retrasan la tramitación del proceso. Esta situación colisiona el rasgo de la tempestividad de la tutela jurisdiccional. Sirva como ejemplo que, comparatísticamente, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su apartado IX, ha resaltado aquel aspecto y, denotado “preocupación por la eficacia de los actos de comunicación, factor de indebida tardanza en la resolución de no pocos litigios”.

Enlazando con lo anterior –como observa GONZÁLEZ PÉREZ–, la jurisprudencia ha resaltado la trascendencia de los actos de comunicación, en especial sobre emplazamiento, destacando el rigor con que se exigen las circunstancias que han de concurrir para acordar la nulidad de actuaciones (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 225). El Tribunal Constitucional español, sienta como doctrina general, entre otras, en la STC 1/2000, del 17 de enero:

“La reiterada doctrina constitucional que ha venido resaltando la importancia, en todos los órdenes jurisdiccionales, de la efectividad de los actos de comunicación procesal y, en particular, del emplazamiento, a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés la existencia misma del proceso, dada la trascendencia que estos actos

revisten para garantizar el principio de contradicción, que integra el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC N°s 334/1993, del 15 de noviembre, fñ 2; 113/1998, del 1 de junio, fñ 3; 26/1999, del 8 de marzo, fñ 3). Desde la STC 9/1981 (del 31 de marzo, fñ 6), el Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción, lo cual lleva a exigir el emplazamiento personal de los que pueden comparecer como demandados e incluso como coadyuvantes, siempre que ello sea factible”.

En el mismo sentido ha manifestado el Tribunal Constitucional español, en la STC 268/2000, del 13 de noviembre:

“Este Tribunal ha subrayado en reiteradas ocasiones la trascendental importancia que posee la correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico procesal para entablar y proseguir los procesos judiciales con la plena observancia de los derechos constitucionales de defensa (art. 24.1 y 2 CE) que asisten a sus partes. Un instrumento capital de esa correcta constitución de la relación jurídico procesal, cuya quiebra puede constituir de suyo una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), lo es, indudablemente, el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos procesales que tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial, pues solo así cabe garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes del litigio. Como dijimos en la STC 77/1997, del 21 de abril, cobra en este caso todo su valor el papel de los actos de los órganos judiciales, ‘tanto los de comunicación –citaciones y emplazamientos– para hacer saber la existencia de un litigio o de sus distintas fases y actuaciones a quienes pueda afectarles, como aquellos otros cuya finalidad consiste en otorgar la condición de parte en el proceso a quien ha alcanzado aquel conocimiento y se ha personado en tiempo y forma. En la medida en que unos y otros hagan posible la comparecencia en juicio y el ejercicio del derecho de defensa son una exigencia ineludible para hacer realidad la garantía constitucional de un proceso contradictorio y, en consecuencia, su práctica deficiente y más su pura omisión dejan indefenso a quienes las sufren”.

Es impostergable agregar a todo lo anterior, que el emplazamiento además de brindar a la parte demandada la oportunidad de defenderse, “es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada” (MONROY GÁLVEZ, 1996: p. 276). Naturalmente, la correcta constitución de la relación jurídica procesal pesa sobre el órgano jurisdiccional para garantizar el derecho de defensa.

Los puntos de mira precedentemente indicados, imponen al órgano jurisdiccional un especial deber de diligencia a efecto de asegurar en la medida de lo posible un correcto emplazamiento del demandado; pues, es difícil sostener que exista contradicción sin un emplazamiento efectivo.

## 2. EL EMPLAZAMIENTO COMO ACTO JURÍDICO PROCESAL DE COMUNICACIÓN

Por actos de comunicación procesal se entiende, en sentido estricto, como, “los actos procesales mediante los cuales se pone en conocimiento de las partes, de terceros y de otras autoridades, las providencias y órdenes del juez relacionadas con el proceso o previas a este” (DEVIS ECHANDÍA, 1985: p. 617).

Son medios de comunicación procesal los emplazamientos, citaciones, entre otros. ALSINA, advierte que la citación y emplazamiento no son términos sinónimos, ni histórica ni doctrinariamente. Y, denota que falta precisión en los conceptos, de lo cual deriva en la práctica una errónea interpretación de los textos legales. Por lo que, atendiendo a su significado estricto precisa que, la *citación* es el acto por el cual se dispone la comparecencia de una persona ante el juez en un momento determinado a fin de practicar o presenciar una diligencia. En tanto que *emplazamiento* es el acto por el cual el juez fija un espacio de tiempo para la ejecución de un acto procesal (ALSINA, 1958: pp. 57-59).

De lo expuesto, asumimos que el emplazamiento es el acto jurídico procesal formal de comunicación que se viabiliza mediante la notificación, poniendo en conocimiento del demandado que se ha iniciado un proceso en su contra. A tal efecto se le corre traslado con la resolución que admite a trámite la demanda, acompañando copia de la demanda y demás anexos que le sirven de sustento, y concediéndole el plazo legal respectivo para que comparezca en el proceso, bajo apercibimiento de las consecuencias jurídicas de su incomparecencia; sin perjuicio de la postura que asuma frente a las pretensiones postuladas.

De este concepto se desprenden los siguientes contenidos: i) “Se trata de un acto jurídico procesal: Es un acto jurídico en atención a que entraña la voluntad de hacer saber algo al destinatario de la notificación, con la intención de que esa notificación produzca consecuencias jurídicas. Además, es acto jurídico procesal en cuanto a que se desarrolla dentro del proceso” (ARELLANO GARCÍA, 2005: p. 382); ii) como tal, el acto procesal está revestido de formalidades a ser respetadas; iii) la notificación debe entenderse en sentido amplio, pues, es el género, y el emplazamiento la especie. DE LA OLIVA, puntualiza que, “las notificaciones no son, en rigor, una especie de acto de comunicación, sino un género en el que están comprendidos, como especies, las citaciones, los emplazamientos y los requerimientos” (citado en CERRADA MORENO, 2012: p. 21); iv) es facultad del demandado asumir la conducta procesal que estime conveniente para la defensa de sus intereses; pues, la comparecencia en el proceso, “no es un deber u obligación del demandado, sino una simple carga procesal, cuyo incumplimiento producirá consecuencias negativas para el demandado, no pudiéndosele obligar a que comparezca” (ÁLVAREZ; PÉREZ-CRUZ; RODRÍGUEZ; y SEOANE, 2011: p. 215); v) la importancia



radica en que el demandado tome conocimiento oportuno de la existencia del proceso, y que este no sea tramitado con desconocimiento del interesado.

### 3. EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO

El emplazamiento del demandado está sujeto a determinadas formalidades necesarias que aseguran su eficacia. Lo relevante, sin embargo, es reconocer que no se tratan de meros formalismos, sino, de garantías del derecho de defensa. El Tribunal Constitucional de España así lo ha reconocido cuando afirma en la STC 16/1989, del 30 de enero, que el emplazamiento y citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación, como deber específico integrado en el de la tutela jurisdiccional, dado que el emplazamiento y, en su caso, la citación no son un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y una carga que corresponde llevar a cabo al órgano judicial, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

#### 3.1. Sobre la forma

El emplazamiento se hará mediante *cédula*, con el formato establecido por el artículo 158 del CPC, modificado por Ley N° 30293. Es de advertir que el artículo 155-E de la LOPJ, incorporado por Ley N° 30229, establece que, sin perjuicio de la notificación electrónica, debe notificarse solo mediante *cédula* la resolución que contenga el emplazamiento de la demanda.

Debe ponerse de relieve que la “*notificación por cédula* es la máxima formalización del principio de legalidad que se ocupa de garantizar la bilateralidad del litigio y el conocimiento de las actuaciones procesales que se explanan en las normas dictadas al efecto” (GOZAÍNI, 2009: p. 567). Justamente, porque este acto de comunicación procesal está orientado a concretarse personalmente con el destinatario.

Bajo este aspecto, el emplazamiento debe ser *personal*, dice el precepto legal comentado: “se le entregará”. De este modo el demandado recibirá la *cédula* de notificación de manera directa (art. 160 del CPC). La notificación personal –destaca PERLA VELAOCHAGA– a pesar de sus ventajas, no está exenta de inconvenientes por la dificultad real o ficticia de encontrar al interesado (PERLA VELAOCHAGA, 1987: p. 181).

Como se ve, es factible que el notificador no encuentre a la persona del demandado al concurrir a su domicilio real. Por ello, ante la imposibilidad de la recepción personal por parte de su destinatario, el legislador ha previsto la entrega de la *cédula* a personas distintas. Asimismo, la ley procesal faculta que la *cédula* sea adherida a la puerta de acceso del domicilio e inclusive dejada debajo de la puerta (art. 161 del CPC).

En estos supuestos se entiende que el demandado vive en el lugar, sin embargo, se encuentra momentáneamente ausente al tiempo de practicar la diligencia. Por lo que, deberá procederse con las formalidades específicas prescritas en el artículo 161 del CPC. Cabe hacer notar que este precepto normativo exige al notificador dos intentos de emplazamiento en manos del destinatario: i) “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 en este con el objeto de notificarlo”; ii) “Si tampoco se le hallara en la nueva fecha (...)”.

El Tribunal Constitucional español, ha precisado sobre el particular que, “no es exigible, legal y constitucionalmente, que la cédula de citación sea entregada personalmente al destinatario, pues tal exigencia podría perturbar el normal desenvolvimiento de la justicia, si lo es, en cambio, cualquiera que sea la forma en que la citación se realice, el que, en los casos en que la comunicación no pueda ser recibida por el propio destinatario, lo sea por una de las personas a quienes la ley impone la obligación de hacerla llegar a aquél, ya que estos requisitos constituyen la garantía mínima para que el destinatario pueda ejercitar el derecho de defensa que la Constitución le reconoce” (STC 39/1987, del 3 de abril).

Nótese, que la relación procesal puede constituirse válidamente aunque la cédula no haya sido entregada de forma personal al demandado (CHIOVENDA, 2001: p. 413). Sin embargo, para su validez deben seguirse las formalidades establecidas por la ley procesal.

Con todo, atendiendo a la trascendencia de este primer acto de notificación debe procurarse siempre una notificación personal, y resulta conveniente efectuar mínimas averiguaciones para si el demandado reside efectivamente en el lugar indicado por el actor. De ahí que por ejemplo, se aconseja que el personal jurisdiccional encargado de la diligencia se dirija a los vecinos con la sola finalidad de hacer estas averiguaciones (CERRADA MORENO, 2012: p. 81). Asentar este cercioramiento, así como plasmar las características exteriores del inmueble del demandado, entre otras prácticas jurisdiccionales que puedan realizarse a tal fin, servirán de comprobación que la diligencia ha sido cumplida acorde a las exigencias impuestas por la ley procesal, y a futuro evitarán decretaciones de nulidad, que eventualmente puedan ser deducidas como maniobras evasivas o dilatorias.

### 3.2. Sobre el lugar

En lo que respecta al *lugar*, el texto normativo en comentario se circunscribe al supuesto que el demandado resida dentro de los límites de la competencia territorial del juzgado. Y el emplazamiento deberá ser practicado en el domicilio real.

Este domicilio es señalado por el demandante (art. 424 inc. 4 del CPC), bajo responsabilidad (art. 441 del CPC).

El *domicilio real* es el establecido por el artículo 33 del CC: “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”. Es donde la persona “vive, está y se le encuentra normalmente” (VARSI, 2014: p. 749). Para que se constituya el domicilio real basta la concurrencia del elemento objetivo de residir efectivamente en un lugar determinado (ESPINOZA ESPINOZA, 2001: p. 312).

En cambio, el *domicilio especial*, está previsto en el artículo 34 del CC, para VARSI: “Es el domicilio indicado, referido y debidamente establecido solo para ciertos actos, produciendo efectos limitados a dichas relaciones jurídicas” (VARSI, 2014: p. 758). El domicilio convencional o de elección: “Es el que fijan las partes para sus negocios jurídicos, con inequívoca intención de tenerlo como especial” (MAURINO, 1985: p. 219).

Si bien el texto normativo precisa como lugar del emplazamiento solo el *domicilio real* del demandado, nada obsta y es razonable, practicar el emplazamiento en el *domicilio especial* fijado por las partes, con mayor razón, en los supuestos que se ignore el domicilio real del demandado; opción viable antes de recurrir al emplazamiento por edictos (modalidad empleada como último recurso).

Por último, hacemos referencia que el *domicilio legal*, rige para las personas jurídicas y sociedades. Así por ejemplo configuran los supuestos contenidos en los artículos 17 y 18 del CPC.

En el Derecho comparado, el *domicilio legal* se define en el artículo 74, del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, 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 el cumplimiento de sus obligaciones”.

#### **4. ¿A QUIÉN CORRESPONDE PROBAR LA VALIDEZ DEL EMPLAZAMIENTO?**

En la práctica jurisdiccional no pocas veces se cuestiona la validez del emplazamiento. Muchas veces con argumentos atendibles. Otras tantas veces, con ánimo dilatorio por parte de quienes se han mantenido exprofeso al margen del proceso, y pretenden sacar ventaja de una eventual decretación de invalidez.

Al respecto, se revela significativa la siguiente apreciación que conviene reproducirla *in verbis*:

“Es innegable que el demandante o demandado que no tiene razón *siempre* será favorecido con la nulidad, dado que esta retrasa la futura decisión final

que sería favorable para la parte que sí la tiene. Es por ello que es absolutamente normal que ese demandante o demandado esté a la búsqueda de vicios para denunciarlos y así hacer retroceder el proceso. De otro lado, teniendo en cuenta que el solo hecho de ser parte en un proceso judicial produce angustia y sufrimiento, retrasar la emisión del pronunciamiento final es, al fin y al cabo, prolongar aun más aquel drama. Y este drama es mucho más intenso en la parte que tiene la razón.

Pero no solo las partes se ven afectadas: el Estado-juez, al tener un interés directo en que la controversia suscitada entre sus gobernados se resuelva (lo cual no debe confundirse con un interés favorable a una u otra parte), también se ve perjudicado por la nulidad por constituir esta un obstáculo para el cumplimiento de su deber, cual es brindar una tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva para el caso concreto” (CAVANI, 2014: p. 193).

Con todo, ante la existencia de duda razonable respecto de la validez del emplazamiento, “debe estarse en favor del demandado [*principio in dubio pro demandado*], toda vez que sobre él pesa la carga procesal de contestar la demanda, la posible consecuencia de la rebeldía y la eventualidad de que el juzgador haga uso de la presunción relativa de verdad y, en base a ello, juzgue anticipadamente el proceso” (MORALES GODO, 2005: p. 282).

Igualmente, el Tribunal Constitucional, ha expresado sustancialmente que el *onus probandi* recae sobre quien afirma haber realizado las notificaciones:

“La carga de la prueba respecto a la notificación de las resoluciones del procedimiento coactivo corresponde, en el presente caso, a la administración demandada. Resultaría un contrasentido exigir a la recurrente que pruebe que no fue notificada de dichas resoluciones. Por el contrario, si se trata de establecer el que tales notificaciones hayan tenido lugar o no, la prueba solo puede proceder de la demandada, sobre todo si ha afirmado que se han realizado tales notificaciones. En consecuencia, el *onus probandi* recae sobre la demandada.

(...) En consecuencia, de autos resulta que no se ha notificado a la recurrente de las resoluciones del procedimiento coactivo, omisión que lesiona su derecho a un debido proceso, al no haber precedido un procedimiento de cuya existencia estuviese la recurrente debidamente enterada, y lesiona su derecho de defensa, debido a que la ausencia de notificación de las resoluciones del procedimiento coactivo le han ocasionado un estado de indefensión, contrario a sus intereses” (STC Exp. N° 8865-2006-PA/TC).

Son innumerables los casos justificados e injustificados, que se presentan en la práctica jurisdiccional respecto de la validez del emplazamiento, corresponde al magistrado evaluar caso por caso estas circunstancias para evitar indefensión, y al mismo tiempo proceder con suma cautela para no beneficiar con la nulificación a quien no le asiste la razón.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III, *Juicio ordinario*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ, Arturo; PÉREZ-CRUZ, Agustín; RODRÍGUEZ, Ana; y SEOANE, José (2011): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Santiago de Compostela: Andavira; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel (2010): *Curso de Processo Civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; ARELLANO GARCÍA, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*, 14ª ed. México: Porrúa; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; CERRADA MORENO, Manuel (2012): *Actos de comunicación procesal y derechos fundamentales*. España: Aranzadi; CHIOVENDA, Giuseppe (2001): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 4, trad. E. Gómez Orbaneja, México: Editorial Jurídica Universitaria; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1985): *Teoría general del proceso*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Universidad; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2001): *Derecho de las Personas*, 3ª ed. Lima: Editorial Huallaga; GONZÁLEZ PÉREZ (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; GOZAÍNI, Oswaldo (2009): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: La Ley; MAURINO, Alberto (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis; MORALES GODÓ, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; PERLA VELAOCHAGA, Ernesto (1987): *Juicio ordinario*, 7ª ed. Lima: EDDILI; VARI, Enrique (2014): *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ, Pedro (2009): *Notificación electrónica en el Poder Judicial*. Arequipa: ADRUS; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2002): “A garantia do contraditório”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° V; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2003): “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VII; ASCENCIO ROMERO, Ángel (2003): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. México: Trillas; AZULA, Jaime (2010): *Manual de Derecho Procesal*, tomo I, *Teoría general del proceso*, 10ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo I, *parte general*, 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; MORALES GODÓ, Juan (2011): “El derecho de contradicción como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva”. En: Priori Posada (editor). *Proceso y Constitución*. Lima: ARA; MURO ROJO, Manuel (1995): “La cédula de notificación”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 23; ORTELLS RAMOS, Manuel (2014): *Derecho Procesal Civil*. 13ª ed. España: Aranzadi; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot. “Parámetros del TC para una debida notificación. La importancia de ser correctamente notificado”. En: *La Ley*, N° 6, 2014; PODETTI, J. Ramiro (1955): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II, *Tratado de los actos procesales*. Buenos Aires: Ediar; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I (1951), trad. Ángela Romero. Lima: ARA.

**Artículo 432****Emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del juzgado**

*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; L.O.P.J. arts. 156, 160, 162, 164; R.ADM. 288-2015-CE-PJ art. 1 y ss.*

*Miguel Espejo Rosell*

**1. INTRODUCCIÓN**

Por regla general, los actos procesales se realizan dentro de la competencia territorial del juez que conoce el proceso; no obstante, la regla conoce excepciones. Precisamente, puede darse el caso que el demandado domicilie en lugar distinto de la sede judicial donde se le demanda. Si esta fuera la situación, surge la necesidad de solicitar auxilio a otras autoridades judiciales para diligenciar el emplazamiento del demandado, como dispone expresamente el enunciado normativo en comentario.

Ante esta circunstancia la ley procesal prevé que el emplazamiento se practique mediante exhorto. Con tal propósito, se recurre al auxilio entre autoridades jurisdiccionales, configurándose la delegación de competencia.

De no existir aquel medio de comunicación procesal y la cooperación para encauzarla, “con seguridad los juzgadores se verían en la necesidad de vulnerar la competencia territorial de otros para diligenciar actos procesales, lo que de ninguna manera es deseable” (ASCENCIO ROMERO, 2003: p. 122).

**2. LUGAR DEL EMPLAZAMIENTO**

El supuesto previsto en el presente artículo no se configura por el mero hecho de no encontrar al demandado en el lugar donde se le demanda; como de manera poco precisa señala el texto normativo (induce a entender una ausencia temporal del demandado). Cuestión distinta es que el destinatario tenga domicilio constituido y conocido fuera de los límites de la competencia territorial del juzgado, empero, dentro del ámbito nacional; de ahí que el demandado no es encontrado en el lugar donde se le demanda.

Es válida esta atingencia, si tenemos en cuenta que el artículo 156, última parte, de la LOPJ, dispone que: “En ningún caso puede librarse exhorto a juez que radica en la misma localidad”. En concordancia, el artículo 151, primera parte, del CPC señala que: “Cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto”.

### 3. FORMA DE LA COMUNICACIÓN PROCESAL

Teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición contenida en el primer párrafo del texto normativo en comentario: “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” (cursiva agregada), es necesario enfocar el comentario bajo estas coordenadas.

En su significado forense el verbo “exhortar” es comedido y atento en todos los casos, y entraña una petición de ayuda judicial. Esta idea alude a la comunicación que dirige un juez a otro para rogarle su ayuda judicial en el desempeño de una diligencia de notificación (ARELLANO GARCÍA, 2005: p. 417).

La petición de auxilio o colaboración en el ámbito nacional se dirige entre autoridades jurisdiccionales de igual o de inferior jerarquía. Así, se desprende del artículo 156, primera parte, de la LOPJ, que limita la comisión atendiendo a la jerarquía por razón de grado del modo siguiente: “Los jueces encomiendan a otro igual o de inferior jerarquía que, resida en distinto lugar, las diligencias que no puedan practicar personalmente”.

En esta dirección, el artículo 158 de la LOPJ señala que el exhorto se concluye mandando o rogando. Sobre la base de esta cuestión terminológica, si la petición se dirige de una autoridad jurisdiccional a otra de igual jerarquía, debe entenderse como una *súplica* o *ruego*. En tanto, si la petición va dirigida a una autoridad jurisdiccional de inferior jerarquía, se trata de un *mandato*, en la medida que el propio texto normativo así lo especifica.

Verificada las formalidades, la autoridad jurisdiccional exhortada o comisionada debe dar cumplimiento (por mandato emanado de la ley procesal y/o del superior jerárquico) a la diligencia encomendada, sujeto al tenor de la comisión (art. 161 de la LOPJ).

Con tal propósito, el juez comisionado está autorizado para ordenar todas las medidas conducentes al efectivo cumplimiento de la comisión (art. 160 de la LOPJ) así como para conocer y resolver las incidencias que se suscitan respecto al exhorto (art. 162 de la LOPJ); consonante con el artículo 151 del CPC,

que otorga al juez exhortado atribución para aplicar, de oficio, los apremios que permite el Código.

Es importante anotar que si bien el juez exhortado debe ceñirse al tenor de la comisión, ello no implica pasividad del juzgador. Por ello, no encontramos razones para restar las facultades discrecionales implícitas del juez para desplegar, a medida de las necesidades concurrentes en cada caso concreto, la actividad jurisdiccional que conduzca a la satisfacción del emplazamiento válido. Los enunciados normativos acotados líneas arriba evidencian con claridad esta constatación.

Por último, cabe hacer notar que el artículo 162, primera parte, del CPC, modificado por Ley N° 30293, suministra modalidad diferente (al exhorto) para la notificación por comisión a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado dentro del país. La disposición expresa: “La notificación a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado dentro del país se realiza por la central de notificaciones del distrito judicial correspondiente al domicilio donde se efectúa dicho acto por el servicio de notificaciones que se hubiera contratado, sin perjuicio de que el juez disponga un medio de notificación diferente”.

Esta disposición es perfectamente compatible para practicar el emplazamiento a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado dentro del país; pues, el exhorto ha sido sustituido por un medio más eficaz.

Más que nunca, resulta oportuno advertir que, en el supuesto de notificaciones dirigidas a direcciones domiciliarias ubicadas en distintas sedes judiciales, una disposición análoga a la anterior estaba siendo ya aplicada para diligenciar los emplazamientos, en virtud de la Resolución Administrativa N° 247-2009-CE-PJ, del 3 de agosto de 2009, que resolvió aprobar la Directiva N° 010-2009-CE-PJ: “Procedimientos para el diligenciamiento de notificaciones judiciales dirigidas a distinta sede judicial”, resolución publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de agosto de 2009.

La directiva contiene disposiciones generales y específicas que, bajo los principios de celeridad y economía procesal, establece los parámetros a seguir para practicar las notificaciones fuera de la competencia territorial del juez del proceso.

#### **4. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA CONTESTAR LA DEMANDA**

El segundo párrafo del artículo comentado establece que: “el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al cuadro de distancias que al efecto elaborará el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial”.



Nótese que el texto normativo recurre al vocablo “plazo”. Por lo que, conviene distinguir entre “plazo” y “término”. Estos vocablos no son sinónimos, aunque muchas veces sean utilizados indistintamente como tales. La diferencia entre ambos es que, el plazo encierra un período de tiempo (días, meses años, inclusive horas y minutos), a todo lo largo del cual, desde el *dies a quo*, hasta el *dies ad quem* (momento inicial y final), se puede realizar válidamente la actividad procesal correspondiente. El término, en cambio, significa tan solo el punto de tiempo para el comienzo de un determinado acto. Se entiende luego que el vocablo *términos*, en plural, quedaría enmarcado, como entre paréntesis, por dos términos (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 1972: p. 182).

Luego de esta puntualización terminológica, se tiene que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial revisa, cuando menos cada cinco años, el cuadro de distancias (décimo tercera disposición final del CPC).

El Cuadro General de Términos de la Distancia, vigente a la fecha, fue aprobado mediante Resolución Administrativa N° 288-2015-CE-PJ, del 16 de noviembre de 2015, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 del mismo mes y año; el cual contiene reglas para la aplicación del referido cuadro. Véase, por ejemplo, el artículo 6 inciso 2, que estipula: “Los plazos procesales establecidos en la ley se anteponen a los plazos del término de la distancia”; y el artículo 7 que precisa que: “Al cómputo de los plazos establecidos para la realización de un acto procesal determinado se debe adicionar el plazo correspondiente al término de la distancia previsto entre el lugar del domicilio de la persona y el lugar en donde se encuentre el órgano jurisdiccional en donde se debe desarrollar tal acto. Dicho término de la distancia corresponderá al previsto en el Cuadro General de Términos de la Distancia, que se encuentra en la presente norma como Anexo 01 y su cómputo se efectuará en días calendarios. Si al vencimiento del plazo de término de la distancia se cumple en un día inhábil el plazo se corre al día siguiente hábil”.

Ello presupone distinguir entre plazos *ordinarios* y *extraordinarios*, estableciéndose el primero sobre la base que la persona emplazada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o que el acto respectiva deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción. En tanto que el segundo es concedido en casos excepcionales que atienden la distancia donde debe ejecutarse la actuación procesal (GOZAÍNI, 2009: p. 549), como se configura este último, precisamente, al ampliar extraordinariamente el plazo para contestar la demanda.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto (1972): *Cuestiones de terminología procesal*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas; ARELLANO GARCÍA, Carlos

---

(2005): *Teoría general del proceso*, 14ª ed. México: Porrúa; ASCENCIO ROMERO, Ángel (2003): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. México: Trillas; GOZAÍNI, Oswaldo (2009): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: La Ley.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel (2010): *Curso de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *Introducción y parte general*, 7ª ed. España: Aranzadi; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil* (1973, 1974, 1976), trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; MAURINO, Alberto (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo I, *parte general*, 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; MORALES GODÓ, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; ORTELLS RAMOS, Manuel (2014): *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed. España: Aranzadi.

---

**Artículo 433.**

**Emplazamiento fuera del país**

*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; L.O.P.J. art. 168; R.ADM. 288-2015-CE-PJ. art. 1 y ss.*

*Miguel Espejo Rosell*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Como ha subrayado COUTURE: “La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez” (COUTURE, 2010: pp. 24-25).

Ciertamente, ningún juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye; sin embargo, puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial (art. 7 del CPC).

En la disposición normativa comentada identificamos como supuesto especial el caso del demandado que reside fuera del país, circunstancia esta que impone el emplazamiento del demandado fuera del territorio nacional. A tal efecto debe recurrirse al auxilio o colaboración jurisdiccional internacional.

La figura del auxilio jurisdiccional debe entenderse como el “conjunto de deberes y derechos por los que se exige y se presta la actividad necesaria, para la consecución de una finalidad procesal reconocida por la ley” (GUASP; ARAGONESES, 2005: p. 111). Por cierto, debe tenerse presente que “los Estados no están obligados a prestar tal ayuda, salvo que estén vinculados a un tratado o convenio sobre la materia que les exige dar cumplimiento a lo acordado; si lo hacen, es en virtud del principio de reciprocidad” (ARRIOLA ESPINO, 2007: p. 109).

**2. FORMA DE LA COMUNICACIÓN PROCESAL**

A la vista de lo anterior, la necesidad de comunicación de los actos procesales está ligada, obviamente, a la concretización del derecho al contradictorio, sin el cual no se puede hablar de un proceso justo. Y, precisamente, las cartas rogatorias sirven como medios de comunicación y cooperación jurisdiccional entre autoridades nacionales y extranjeras (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010: p. 300).

Aquí se trata de no limitar el derecho de defensa, sino brindar al demandado que resida en el exterior la oportunidad de intervenir en el proceso; de ahí la necesidad que el acto jurídico procesal del emplazamiento deba efectivizarse mediante exhortos o cartas rogatorias internacionales, como medio exigido de comunicación externa de auxilio o colaboración jurisdiccional.

Este auxilio jurisdiccional consiste en que los jueces del proceso solicitan a otros jueces que les ayuden en su tramitación. El juez solicitante se denomina “exhortante”, el juez solicitado se apellida “exhortado”, y la solicitud se llama “el exhorto”. El exhorto se resuelve por el juez de la causa; y por esta razón el auxilio judicial constituye siempre el cumplimiento de una resolución con este mismo fin. El auxilio judicial se puede prestar entre jueces del mismo país, y entre jueces de países diversos. En este último supuesto se habla de “auxilio judicial internacional” (GOLDSCHMIDT, 1990: p. 472-473).

### **3. REGULACIÓN DEL AUXILIO JURISDICCIONAL INTERNACIONAL**

La regulación del auxilio jurisdiccional internacional está contenida en el artículo 168 de la LOPJ, el cual señala que: “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”.

En concordancia, el artículo 162, última parte del CPC, modificado por Ley N° 30293, dispone: “Si la parte a notificar se halla fuera del país, la notificación se realiza mediante exhorto, el cual se tramita por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático o consular del Perú en este”.

De las disposiciones normativas que acaban de apuntarse, y dadas las circunstancias que en ellas concurren, debe resaltarse que las mismas han de relacionarse con las reglas contenidas en los respectivos convenios y tratados internacionales. Y es que, la regulación en este caso especial de asistencia jurisdiccional internacional, verdaderamente “lo proporcionan los tratados y convenios internacionales y, en su defecto, el principio de reciprocidad, teniendo en cuenta lo establecido en las disposiciones internas” (GUASP; ARAGONESES, 2005: p. 112).

Desde luego, es imprescindible prestar atención a los requisitos establecidos en los tratados o convenios de los que formamos parte, a efectos de que las autoridades competentes procedan a diligenciar el exhorto internacional. Si ello no es

así, existe el riesgo de que el exhorto sea observado y devuelto al Estado requirente sin diligenciar, con la consiguiente dilación innecesaria del trámite en perjuicio de los intereses de las partes.

#### 4. LUGAR DEL EMPLAZAMIENTO

El texto normativo en comentario señala que el exhorto será librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie el demandado. No cabe mayor análisis al respecto, que solo recomendar para la efectividad del emplazamiento por esta vía que se precise la ubicación exacta del domicilio del demandado.

#### 5. PLAZO PARA CONTESTAR LA DEMANDA

En lo que corresponde al plazo para contestar la demanda, importa determinar previamente la legislación que resulta aplicable al ámbito de la tramitación de los exhortos internacionales o cartas rogatorias. Con tal propósito, de acuerdo con la explicación de ARRIOLA ESPINO:

“Cabe recordar que es la *lex fori* o ley del tribunal que conoce el litigio, la que rige la ordenación del mismo. Tratándose del cumplimiento de actos procesales en el exterior por parte del Estado requerido, debemos preguntarnos qué ley es la aplicable al diligenciamiento de los mismos; al respecto, la doctrina y el Derecho comparado coinciden que en estricto no se aplica la *lex fori* en los supuestos de asistencia judicial internacional, se aplica –entonces– la ley del Estado en donde se ejecuta el acto, con algunas salvedades como la del plazo que se otorga al demandado para que conteste la demanda (emplazamiento), el mismo que sí está sujeto a ley del Estado requirente.

Al respecto, los tratados de los que el Estado peruano forma parte admiten lo expuesto. El artículo 11 del Tratado de Derecho Procesal Internacional - Montevideo 1889, así como el artículo 391 del Código Bustamante y el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias - Panamá 1975, advierten que el exhorto internacional se diligencia conforme a las leyes del Estado requerido; sin embargo, precisan estos dos últimos tratados que el objeto o fondo de la carta rogatoria debe sujetarse a la ley del Estado comitente o requirente, la Convención Interamericana menciona en su artículo 8b que los plazos para actuar por parte de la persona notificada y las advertencias que entrañaría su inactividad están a lo dispuesto por parte del Estado requirente. La Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero - Panamá 1975, también considera en su artículo 5 que las cartas rogatorias en que se soliciten recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes del Estado requerido, comprendiendo inclusive los medios de apremio que prevén. Mientras que la Convención Interamericana sobre ejecución de medidas preventivas - Montevideo 1979, considera que la ejecución de la medida, la contracautela, variación de la medida y las sanciones por petición

maliciosa, se sujetan a la ley del Estado de ejecución; por supuesto, la declaración de procedencia de la medida será conforme a las leyes del lugar del proceso o del Estado requirente” (ARRIOLA ESPINO, 2007: p. 111).

En línea con tal premisa, como ya se ha tenido ocasión de observar, por Resolución Administrativa N° 288-2015-CE-PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 17 de noviembre de 2015, se resolvió aprobar el nuevo Cuadro General de Términos de la Distancia, que como anexo forma parte de dicha resolución, y en cuya última parte se encuentra el “Cuadro de Términos de la Distancia Internacional”. Las reglas estipuladas en el cuadro determinan los parámetros para efectuar el cómputo del plazo, estableciéndose que para los términos de la distancia internacionales el cómputo es por vía aérea.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel (2010): *Curso de proceso civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; ARRIOLA ESPINO, Marcela (2007): “Cooperación judicial internacional en el sistema de Derecho Internacional Privado peruano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, N° 1; COUTURE, Eduardo J. (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F; GOLDSCHMIDT, Werner (1990): *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 7ª ed. Buenos Aires: Depalma; GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. *Introducción y parte general*, 7ª ed. España: Aranzadi.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARELLANO GARCÍA, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*, 14ª ed. México: Porrúa; MAURINO, Alberto (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo I, *parte general*, 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; MORALES GODÓ, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; MORALES, Francisco (1995): “Tratados internacionales en materia procesal suscritos por el Perú”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 14; MORENO, Lorgio (1996): “Tratados internacionales en materia procesal civil suscritos por el Perú”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 30; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I (1951), trad. Ángela Romero. Lima: ARA.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 434**

**Emplazamiento de demandados con domicilios distintos**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 83, 92, 93, 94, 98.*

---

*Miguel Espejo Rosell*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Recordemos que *parte* es quien pretende y frente a quien se pretende, o, más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. La calidad de *parte* la da la titularidad activa o pasiva de una pretensión. Su designación más general se hace a base de los términos “demandante” y “demandado” (GUASP; ARAGONESES, 2005: p. 211).

En este entender, puede darse el caso que la demanda se dirija contra varias personas, pues, atendiendo a los tipos de parte según su composición, “hay *partes simples y partes múltiples*: las primeras, integradas por un solo sujeto; las segundas, integradas por dos o más sujetos, lo que constituye el fenómeno de la pluralidad de partes” (GUASP; ARAGONESES, 2005: p. 213). Es precisamente, que el texto normativo en comentario contempla el segundo supuesto ante la coexistencia de varias personas que conforman la parte demandada, y cuyos domicilios están ubicados en circunscripción territorial diferente de aquella donde se tramita el proceso, sea dentro o fuera del territorio nacional.

Es importante subrayar, que la pluralidad de demandados no impedirá que todos ellos sean emplazados con la demanda en forma independiente, en la medida que el traslado es individual para cada demandado.

Todo esto nos coloca irremediamente frente a los *plazos individuales y comunes*, que será útil distinguir en su momento, a los efectos que aquí interesan; pues, su indiferencia puede inducir a confusión al momento de computar el plazo, que en este caso, será el que *resulte mayor*.

## 2. PLAZO DEL EMPLAZAMIENTO

Como ya se adelantó, en la hipótesis de la concurrencia de varios demandados, todos ellos, con domicilios situados fuera de la competencia territorial del juzgado que conoce el proceso, el texto normativo dispone que: “el plazo del emplazamiento será para todos el que resulte mayor”.

Nótese, aun cuando el dispositivo normativo, “se atiende, simplemente, al plazo que resulte mayor para todos los litisconsortes pasivos” (PALACIO, 2003: p. 362), es posible afirmar que este plazo mayor coincidirá con aquel que contará el demandado domiciliado a mayor distancia de la sede del juzgado, esto, de acuerdo al Cuadro de Distancias, referido al comentar los artículos precedentes. Si esto es así, deberá concederse excepcionalmente un *plazo extraordinario*, atendiendo la distancia donde debe ejecutarse la actuación procesal (GOZAÍNI, 2009: p. 549).

Ahora bien, la disposición: “el plazo del emplazamiento será para todos el que resulte mayor”, no puede entenderse en el sentido de que *el plazo vencerá respecto a todos cuando venza el plazo concedido al demandado que se encuentre a mayor distancia*. Esto en especial, si se añade que de acuerdo al texto normativo comentado, no se atiende, “al orden en que las notificaciones fueron practicadas”; o lo que es lo mismo, no importa quién fue el codemandado notificado en último término. Y es que, la última notificación practicada, bien puede recaer en el demandado que se encuentre a menor distancia, como en quien domicilia a mayor distancia del juzgado que conoce el proceso.

Esta distinción tiene una importante consecuencia para determinar si el “plazo mayor” concedido por el texto normativo, es *individual* o *común*; lo que a su vez permitirá efectuar el cómputo del plazo procesal.

## 3. ¿PLAZO INDIVIDUAL O COMÚN?: PRECISIONES SOBRE EL CÓMPUTO DEL “PLAZO MAYOR”

Para analizar la cuestión antes mencionada, conviene hacer algunas breves referencias sobre los plazos procesales *individuales* y *comunes*.

Los *plazos individuales* son los que cuenta cada parte para la realización de sus actuaciones, v. gr., plazo para contestar la demanda. En tanto que *plazos comunes*, son aquellos que ocupan a ambas partes dándoles un tiempo único y conjunto, para que realicen las actuaciones de su interés, v.gr., plazo para alegar (GOZAÍNI, 2009: pp. 548-549).

Asimismo, para nuestro análisis, la explicación de PODETTI, contiene algunos aspectos resaltantes en cuanto identifica, con relación a los sujetos procesales



a quienes afectan, que los plazos procesales se dividen en *individuales* y *comunes*, y estos pueden ser enfocados bajo un doble aspecto. Señala, bajo un *primer aspecto*, que los plazos son individuales cuando se dan para uno solo de los sujetos del proceso, v. gr., plazo para contestar la demanda, y comunes, cuando se dan para todos los sujetos del proceso. Y bajo un *segundo aspecto*, ha hecho notar que los plazos son individuales o comunes según que empiece su transcurso separada o conjuntamente. Lo individuales corren para cada interesado desde su notificación, y los comunes empiezan para todos desde el día de la última notificación (PODETTI, 1963: p. 241).

Las nociones apuntadas contribuyen a clarificar: i) que el “plazo mayor” establecido en el texto normativo, constituye uno de carácter individual; pues, el plazo para contestar la demanda correrá de manera independiente para cada uno de los demandados, sin importar al orden en que las notificaciones fueron practicadas; y ii) si esto es así, en observancia del artículo 147, primer párrafo, del CPC, el cómputo del plazo individual, comenzará a correr desde el día siguiente de la notificación, en tanto, si fuese común, se computaría desde la última notificación.

Es relevante considerar, además, que por regla general los plazos son individuales, en tanto que la excepción lo constituyen los plazos comunes, cuya existencia debe surgir de la ley procesal (explícita o implícitamente), como puede verse, v.gr., en el artículo 212 del CPC: “Dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato escrito (...)”. Es también por esta razón que el “plazo mayor”, es de carácter individual.

Para dejar debidamente respaldadas estas aseveraciones, merece atención la interpretación que a juicio de MORALES GODÓ, puede entenderse expresa el enunciado normativo en torno a este punto; y pone el acento en lo que venimos afirmando:

“(...) si bien ha sido una opción del legislador el uniformizar los plazos de los demandados, que domicilian en distintos lugares y fuera de la competencia territorial del juez, ello contradice el carácter individual del plazo y no es garantía de una solución pragmática. En todo caso, debemos entender que se toma en consideración el plazo mayor, pero el cómputo se individualiza en función a la fecha en [que] fueron notificados cada uno de los demandados. De no interpretarse en estos términos, puede ocurrir que el demandado que se encuentre a menor distancia se le notifique con fecha posterior, a la notificación del demandado que se encuentra a mayor distancia, encontrándose en situación de desventaja si es que no se va a considerar individualmente el plazo, en función a la fecha de la notificación” (MORALES GODÓ, 2005: p. 271).

De tal modo, el cómputo del *plazo que resulte mayor* comenzará a correr independientemente para cada uno de los demandados desde el día siguiente en que los destinatarios fueron debidamente emplazados con la demanda (art. 147, primer párrafo del CPC).

Despejados estos aspectos, es importante resaltar una vez más que el plazo no se computará desde la última notificación; pues, esta es una nota característica que atañe a los *plazos comunes* (art. 147, primer párrafo del CPC).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. *Introducción y parte general*, 7ª ed. España: Aranzadi; GOZAÍNI, Oswaldo (2009): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: La Ley; MORALES GODÓ, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PODETTI, J. Ramiro (1963): *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III. Juicio ordinario, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; COUTURE, Eduardo J. (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1985): *Teoría general del proceso*, tomo II. Buenos Aires: Editorial Universidad; MAURINO, Alberto (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; ORTELLS RAMOS, Manuel (2014): *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed. España: Aranzadi; VÉSCOVİ, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Temis.

**Artículo 435**

**Emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados**

*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.*

*Miguel Espejo Rosell*

**1. INTRODUCCIÓN**

Las modalidades de emplazamiento hasta aquí comentadas, se circunscriben a los supuestos que el domicilio del demandado sea conocido. A continuación, toca ver los supuestos que la demanda sea dirigida contra personas indeterminadas o inciertas, o cuyo domicilio o residencia se ignoren; situación que, por imposición legal, el emplazamiento se realizará por edictos

La modalidad de emplazamiento por edictos, se muestra limitada por su relativa efectividad. Y es que esta modalidad, si bien es una ficción que la ley encuentra necesaria, no asegura que los destinatarios tomen conocimiento cierto y oportuno del acto jurídico de comunicación procesal. La eficacia está subordinada al conocimiento presunto del acto por el destinatario.

Esto ha provocado incisivas críticas de la doctrina, sin perder de vista que existe de otro lado una posición distinta que remarca la presunción legal absoluta de conocimiento, como es la perspectiva de VÉSCOVI, quien sustenta que la publicación por edictos, “conduce a una presunción absoluta de conocimiento, como sucede con todas las formas de notificación, en caso de cumplirse los requisitos previstos. Si no se provocaría la nulidad, y en este caso, por indefensión que es insanable” (VÉSCOVI, 1999: p. 245).

Es oportuno distinguir aquí entre presunción y ficción: “La presunción es la consecuencia jurídica que se saca de un hecho que se tiene por existente, en tanto que la ficción se funda en un hecho conscientemente inexistente, y mientras aquella tiene por objeto suplir la insuficiencia de la prueba directa, esta responde a las exigencias de un sistema jurídico, por lo que Jhering ha definido las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad (...). Pero, a veces, el legislador utiliza una ficción para fundar una presunción, dando como cierto un hecho positivamente falso. Por ejemplo, la presunción legal de que la ley es conocida por todos” (ALSINA, 1958: p. 685).

En lo que sigue, conforme veremos, este medio de comunicación procesal asume un rol supletorio, subsidiario o excepcional, al que solo debe recurrirse como último remedio ante la dificultad razonablemente justificada de identificar individualmente a los demandados, o conocer el domicilio de los mismos. Esto nos lleva directamente a considerar que, en estos casos, recurrir a un emplazamiento personal ordinario resultaría inviable para lograr el propósito al que está destinada la comunicación procesal: poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales (art. 155 del CPC) y, por tanto, evitar situaciones de indefensión.

Estas cuestiones se hallan conectadas con las notas distintivas de *esencialidad* y *accidentalidad* que se atribuye a la notificación por edictos; por lo que será necesario distinguirlas en su momento.

Por último, tomando como punto de partida que la correcta constitución de la relación jurídico procesal recae sobre el órgano jurisdiccional, cabe considerar la posibilidad de un cercioramiento judicial a través de una actividad mínima de investigación, para comprobar el domicilio del demandado, y hacer efectivo el emplazamiento.

## 2. NOCIÓN Y CRÍTICAS DE LA NOTIFICACIÓN EDICTAL

De entrada, es indispensable recordar que la notificación edictal, denominada también, entre otras expresiones, como “notificación pública” (ROSENBERG, 2007: p. 468), o, “notificación indirecta”, como utiliza GOZAÍNI; es aquella que se realiza por medios de comunicación abiertos o generalizados que publican o comunican el acto sin reconocer al destinatario que lo recibe, aun cuando lo precisa en la información (GOZAÍNI, 2009: p. 573).

Y, conforme a la explicación de FERNÁNDEZ-GALLARDO, esta forma de comunicación procesal no consiste propiamente en una notificación, sino que estamos, más bien, ante una publicación. Es decir, no supone una comunicación activa dirigida a un sujeto determinado; se trata por el contrario, de fijar pasivamente la resolución

que se quiere comunicar en un medio de difusión de carácter general. Por tanto, estamos ante un medio formal de comunicación, en el que no interesa tanto que la resolución llegue materialmente a conocimiento del destinatario. Mediante los edictos no se asegura la recepción oportuna de la resolución por el interesado, ni puede acreditarse tal recepción. En estos casos, se realiza una *fictio iuris* mediante la cual se tiene por notificado a un sujeto, como si efectivamente hubiera recibido el acto a él dirigido, aunque puede que no tenga ninguna noticia de ese acto (FERNÁNDEZ-GALLARDO, 2012: p. 13)

Como se había anunciado, esta forma pública de comunicación procesal ha merecido incisivas críticas de la doctrina en cuanto a su escasa efectividad. Así, por ejemplo, MAURINO, apunta que Eisner, “duda de su utilidad, al punto de que la coloca en la última escala de su sistema de gradación de las modalidades notificadorias, en orden a la certeza que genera, señalando ‘que difícilmente llegan a conocimiento del destinatario’” (MAURINO, 1985: p. 175). Esta objeción resulta obvia, si consideramos en contraste con ello, que a la modalidad puesta en cuestión, se antepone con mayor grado de efectividad la notificación personal al destinatario, que garantiza el éxito de la comunicación procesal en mayor grado.

Por su parte, AYARRAGARAY y DE GREGORIO LAVIÉ, con relación a este método de notificación, han sabido denunciar sintéticamente: “De la inutilidad de ellos poco se ha dicho, pero está en la conciencia de todos” (citado en MAURINO, 1985: p. 175).

Asimismo, CERRADA MORENO, destaca que el Tribunal Constitucional español, ha reconocido en ocasiones la escasa efectividad de esta forma de comunicación, y quizás la manifestación más contundente y que mejor refleja la realidad sea aquella que en la que manifestó que los edictos son “*ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada*”. Los términos expresados son básicamente los expuestos en las: SSTC 135/1997, del 21 de julio; 186/1997 del 10 de noviembre (CERRADA MORENO, 2012: p. 87).

### 3. NOTAS DISTINTIVAS DE LA NOTIFICACIÓN EDICTAL

Aunque todo lo anterior resulte aceptable, no resultan decisivas, por cuanto, es importante delimitar si nos encontramos ante una notificación edictal de carácter *esencial* o *accidental*; toda vez, que ello permitirá saber cuándo extremar los esfuerzos para evitar indefensión.

A tal fin, resulta útil prestar atención, que la notificación por edictos puede ser *esencial* o *accidental*. Es *esencial* cuando es indispensable al procedimiento. Existe una previsión expresa en la ley cuando el procedimiento requiere la notificación

de tal orden (v. gr., en nuestro ordenamiento, la notificación en los procesos de usucapión, art. 506 del CPC).

En tanto que la *accidental*, es realizada por edictos en las hipótesis –siempre en nuestro ordenamiento– contenidas en el primer y segundo párrafos del artículo en comentario, es decir: i) cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas; ii) cuando el demandante ignore el domicilio del demandado. Aquí, la notificación por edictos solo se legitima cuando se han agotado todos los medios para individualizar a los demandados sin éxito (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010: p. 305).

De lo que se lleva dicho, si bien la notificación por edictos tiene reparos en cuanto a su efectividad, no puede desconocerse que, como ficción legal, la práctica de esta modalidad se torna necesaria particularmente en los casos de la notificación por edictos de carácter *esencial*. En este cuadro la notificación edictal gana contornos de adecuación, en la medida que otras modalidades difícilmente cumplirían con el fin a que está destinada.

En este punto, no puede dejarse de lado que el artículo 167 del CPC, modificado por Ley N° 30293, salva en alguna medida la efectividad de esta modalidad de comunicación, al disponer en el primer párrafo, que la publicación de los edictos se hace en el portal web oficial del Poder Judicial; pues, quien está interesado en saber sobre una probable notificación, resida o no dentro del país, recurrirá inmediatamente al portal institucional, ámbito que estaba restringido con la sola publicación del edicto en el diario de mayor circulación de la circunscripción. No obstante, el dispositivo normativo acotado mantiene la publicación en los diarios de mayor circulación, y otras formas de difusión, por razones de limitación tecnológica o lejanía del órgano jurisdiccional.

Las cosas son algo distintas en caso de la notificación por edictos de carácter *accidental*, que ahora nos interesa resaltar. Esta modalidad es *restrictiva*, y se legitima solo cuando las formas ordinarias de comunicación procesal resultan sumamente difíciles. Es en este escenario donde debe imperar el criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza, precisamente, de la inutilidad de los medios normales de emplazamiento; como se verá más adelante.

#### 4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL EMPLAZAMIENTO EDICTAL

El emplazamiento mediante cédula practicado en el domicilio real del demandado, es el que garantiza en mayor grado el derecho de defensa constitucionalmente consagrado. Así pues, si fuese directa la entrega de la cédula al propio interesado, existirá certeza que el mismo tomó conocimiento del proceso iniciado en su contra. Y, aun cuando no sea posible una recepción personal, la notificación diligenciada

en aplicación estricta del artículo 161 del CPC, ofrecerá garantías que el demandado conocerá oportunamente el correspondiente emplazamiento, en consecuencia, podrá actuar en defensa de sus derechos e intereses.

Al comentar el artículo 431 del CPC, se había resaltado que los actos de comunicación procesal revisten especial trascendencia, en especial el primero, que es el emplazamiento del demandado. Teniendo presente ello, en la jurisprudencia constitucional española se viene destacando de manera constante y uniforme que el cumplimiento efectivo de los actos de comunicación procesal debe servir a su real propósito, cual es garantizar el principio de contradicción que nutre el contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión. Tal sencilla verdad exige al órgano jurisdiccional el deber de diligencia a efecto de lograr el cumplimiento efectivo de los actos de comunicación procesal, orientado siempre al cuidado de asegurar, en la medida que sea factible, que la comunicación llegue a conocimiento de sus destinatarios. El punto decisivo, es que el emplazamiento en forma personal es el modo más fiable de asegurar la efectividad de la comunicación procesal, además de constituir el medio normal u ordinario del emplazamiento. Expresan estas ideas las SSTC 156/1985, del 15 de noviembre; 138/2003, del 14 de julio; 293/2005, del 21 de noviembre; 38/2006, del 13 de febrero; 126/2006, del 24 de abril; 2/2008, del 14 de enero; 197/2013, del 2 de diciembre; 30/2014, del 24 de febrero; entre otras muchas.

Las reflexiones anteriores muestran que las posibilidades de éxito del emplazamiento se debilitan si se recurre precipitadamente a otras modalidades de comunicación procesal, como es el caso del emplazamiento edictal. Por ello, la actividad jurisdiccional debe desplegar todos los esfuerzos para efectivizar un emplazamiento personal. Así ha dejado entrever, entre nosotros, el Tribunal Constitucional:

“En tal sentido, el derecho fundamental de defensa exige que ante la imposibilidad de la notificación por cédula, debido al desconocimiento de la dirección de la persona destinataria de la notificación, el órgano encargado del proceso, además de la realización de las diligencias idóneas al efecto del conocimiento de dicha información, debe recurrir a la adopción de medios o modalidades de notificación que el propio ordenamiento procesal ordinario prevé. Tal es el caso de las previstas por el CPC (arts. 163 y 164)” (STC Exp. N° 02728-2007-PA/TC).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional español hace visibles a través de sus sentencias, en lo que a la comunicación por edictos se refiere, que antes de acudir al emplazamiento edictal es inexcusable agotar en la medida de lo posible las demás modalidades que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación y que por ende, garantizan en mayor medida el derecho de defensa en el proceso. Y aun sin negar la validez constitucional a la forma del emplazamiento por edictos, ha hecho notar que exige por su condición

de último remedio de comunicación, el agotamiento previo de otras modalidades de mayor garantía, fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza de la inutilidad de los medios normales de emplazamiento, que resultan más aptos para asegurar en mayor grado posible la recepción de su destinatarios y siempre que se haga observando el cumplimiento de las condiciones para su validez. La doctrina constitucional ha sido particularmente estricta con el recurso a la misma, dado los límites consustanciales que padece este medio de comunicación para alcanzar el efectivo conocimiento del destinatario, concretamente se ha subrayado el carácter estrictamente subsidiario que debe desempeñar en el orden procesal civil el emplazamiento por edictos. Por lo demás, se subraya que las notificaciones domiciliarias están dotadas de una superior fuerza garantizadora del derecho a la defensa constitucionalmente consagrado (de igual modo, vid. las SSTC 156/1985, del 15 de noviembre; 138/2003, del 14 de julio; 293/2005, del 21 de noviembre; 38/2006, del 13 de febrero; 126/2006, del 24 de abril; 2/2008, del 14 de enero; 197/2013, del 2 de diciembre; 30/2014, del 24 de febrero; entre otras).

## 5. PROCEDENCIA DEL EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS

Acorde a la literalidad del texto normativo comentado, el emplazamiento por edictos procede:

- a) Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas.

Esta hipótesis está vinculada con las personas desconocidas, cuya existencia es incierta. No obstante, en estas situaciones no puede limitarse el derecho de defensa de las personas que eventualmente puedan tener un legítimo interés para concurrir en el proceso, aun así no puedan ser debidamente individualizadas por su nombre y apellido. En este supuesto, se toma en cuenta la calidad de las personas, como por ejemplo cuando deban ser emplazados los “herederos cuya identidad no se puede determinar” (MAURINO, 1985: p. 177).

Como se advierte, en estos casos ante la dificultad o imposibilidad de individualizar a los destinatarios de la demanda, las modalidades ordinarias de emplazamiento carecen de efectividad, y no resultan adecuadas para lograr que la comunicación alcance a todos los habilitados para contradecir.

A efectos del emplazamiento bajo esta modalidad deben observarse las disposiciones contenidas en los artículos 165 a 168 del CPC.

- b) Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado.

En este supuesto, se conoce al demandado, empero, se ignora su domicilio. Nótese que el enunciado normativo no restringe el desconocimiento



al domicilio real. Es por ello preciso “aclarar que por domicilio ignorado debe entenderse el desconocimiento del domicilio actual y de todo otro anterior” (MAURINO, 1985: pp. 177-178). Y de igual manera, debe tratarse del desconocimiento general del domicilio y no solo del personal, que pueda tener, en este caso, el demandado (MAURINO, 1985: p. 179).

Todo lo dicho induce a considerar, por tanto, que el desconocimiento debe extenderse a todo tipo de domicilio. Se ignora absolutamente donde debe ser destinada la comunicación procesal del emplazamiento. La intención del legislador, consideramos, consiste en agotar todos los medios posibles para que el demandado tenga efectivo conocimiento del proceso instaurando en su contra, antes de recurrir supletoria, excepcionalmente y como último remedio al emplazamiento edictal.

Es por ello que la segunda parte del primer párrafo del artículo 165, del CPC, dispone que, “la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar”.

En este punto, debe resaltarse que el órgano jurisdiccional debe requerir al actor, como un comportamiento de elemental diligencia, presentar la Ficha Informativa del Reniec, así como otros datos que estén a su alcance, y que a criterio del juzgador, según sea el caso, faciliten la localización del demandado.

Luego de este paréntesis, el referido artículo 165, señala en el segundo párrafo, “Si la afirmación se prueba falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado, y el juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, que impondrá atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso”.

Esta disposición normativa sanciona económicamente la infracción del principio de la buena fe procesal con la imposición judicial de una multa. Las multas –como destaca PICÓ I JUNOY– suelen ser la sanción más llamativa y la que rápidamente se asimila a la conducta maliciosa, temeraria o abusiva. Y están dirigidas a reprimir las actuaciones realizadas con mala fe procesal (PICÓ I JUNOY, 2011: p. 124).

En concordancia con lo anterior, el artículo 424 inciso 4 del CPC, impone que la parte actora proporcione en su demanda el nombre y dirección domiciliaria del demandado. Y en caso de ignorarlo, exprese esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.

Esta información es crucial para evitar indefensión del demandado, que de acreditarse que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, estarán sujetos a las sanciones previstas por el artículo 441 del CPC, que al margen de la sanción económica, la infracción del principio de la *buena fe procesal*, acarreará como consecuencia directa responsabilidades disciplinarias y penales.

Esta *buena fe*, requiere alguna aclaración. Los sujetos del proceso deben comportarse de acuerdo con la buena fe que, en tal contexto, debe ser entendida como una norma de conducta (“buena fe objetiva”). Ese es el *principio* de buena fe procesal. La buena fe objetiva es una *norma* de conducta: impone y prohíbe conductas. No existe *principio de buena fe subjetiva* (DIDIER JR., 2010: pp. 85, 87).

Bajo este aspecto, casos frecuentes de actuación maliciosa se presenta, en la práctica judicial, precisamente, al momento de brindar la dirección domiciliaria del demandado. Así observa PICÓ I JUNOY, haciendo alusión a la STS del 15 de abril de 1996, RA 278: “En algunos casos, la actuación maliciosa de las partes puede comportar la nulidad de actuaciones. Quizás el ejemplo más claro lo constituya la incorrecta determinación en la demanda del domicilio real del demandado, al objeto de lograr que el proceso se desarrolle en rebeldía (involuntaria) del mismo” (PICÓ I JUNOY, 2011: p. 130).

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva repudia las conductas contrarias a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, que, en la mayoría de las ocasiones, están dirigidas a perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria, por lo que si se desea proteger este derecho fundamental deberá rechazarse estas formas de actuación procesal (PICÓ I JUNOY, 2011: p. 73). Precisamente, este rechazo se da a través de las técnicas de protección que constituyen sanciones como consecuencia inmediata de la infracción de aquellos deberes.

## 6. AVERIGUACIÓN DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO

Agregando en lo que aquí especialmente interesa, si la responsabilidad de la correcta constitución de la relación jurídica procesal recae sobre el órgano jurisdiccional, no es arbitrario sostener que el juez como director del proceso (art. 50 del CPC), debe efectuar una mínima actividad de investigación y cercioramiento inicial –de oficio–, con mayor incidencia, en lo que concierne a la comprobación del domicilio de los demandados que se alega desconocer.

En consolidada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español, destaca que “pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, sin que, claro está, ello signifique exigir al juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora” (STC 136/2014, del 8 de setiembre, fj 2). Sin embargo esclarece a su vez, que el órgano jurisdiccional debe “extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance” (STC 304/2006, del 23 de octubre, fj 2).

En sede nacional, no podemos obviar como medio normal al alcance de los jueces, que por Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y el Poder Judicial, suscrito el 26 de junio de 2008, se ha puesto al servicio de los órganos jurisdiccionales como herramienta de apoyo (con las restricciones y reservas que se estipulan), el suministro de información relativa a la identidad de las personas que obran en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales.

Por ello es altamente deseable que los órganos jurisdiccionales intensifiquen el uso de este instrumento implantado y operativo en el Sistema Integrado Judicial-SIJ, a fin de que puedan comprobar los datos inicialmente proporcionados en la demanda, para asegurar la localización del demandado, a través de aquel eficaz instrumento, en el más breve plazo, lo que es acorde con los principios de celeridad y economía procesal inherentes al debido proceso.

Cabe advertir, no obstante, que la información contenida en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales, no es determinante para localizar a los destinatarios, pues, en la práctica jurisdiccional se ha logrado apreciar con frecuencia, que las personas no actualizan regularmente sus datos, sobre todo en lo que concierne al domicilio. Y es que, no debe pasar inadvertido, si atendemos a la realidad social, que lamentablemente muchas personas no tienen una vivienda propia, pese a ser un derecho fundamental que, “si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución de 1993, tal como sí sucedía en la Constitución de 1979, en nuestra opinión, es un derecho implícito derivado del derecho fundamental de toda persona ‘a su (...) bienestar’, reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, y de la dimensión material de la vida, entendida también como el derecho fundamental a una vida digna, derivado del mismo precepto constitucional” (STC N° 0009-2008-PI/TC). Consonante con el artículo 25 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia (...) la vivienda”.

En este escenario surge la necesidad de constantes mudanzas que implica constantes cambios de domicilio (art. 39 del CC), situación que torna dificultosa para

el interesado solicitar reiteradamente la actualización del domicilio en el registro correspondiente; realidad que debe ser tomada en cuenta y no decidir mecánicamente soslayando este importante aspecto social. Empero, en este punto, debe alertarse, según sea el caso, la necesidad de verificar la disposición contenida en el artículo 40 del CC, referida a la oposición al cambio de domicilio.

Luego de esta necesaria pausa, y a propósito de lo que venimos afirmando, sirva de referente que en el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia, de las Cortes Superiores de Callao, Cañete, Lima y Lima Norte, de fecha 7 y 8 de setiembre de 2007, al abordar el tema de “filiación”, se afrontó el tema del emplazamiento válido, habiéndose determinado siguiente:

**“El contenido de la resolución admisorio y su notificación al demandado:  
¿Para satisfacer el requisito de emplazamiento válido, es necesario que se acredite documentalmente la dirección domiciliaria del demandado?”**

Por UNANIMIDAD: No es necesario que se acredite documentalmente la dirección domiciliaria del demandado, porque debe tenerse presente que la legislación no prevé tal exigencia, ya que ello implicaría una limitación a la tutela judicial efectiva; no obstante, el juez durante la tramitación del proceso puede disponer las medidas conducentes a garantizar el emplazamiento, tales como: solicitar informe al Reniec, Migraciones e INPE y realizar habilitaciones de día y hora para la notificación personal” (PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES, 2012: p. 89).

Consideramos que todas estas opciones son válidas, y nada impide que el órgano jurisdiccional afiance su práctica en estos sentidos extendiendo su ámbito a todo supuesto en que exista imposibilidad de proporcionar el domicilio del demandado, o de darse el caso, ante la pasividad maliciosa del demandante. Se abren así las vías para recurrir a *tantos otros medios* que a criterio del juzgador resulten idóneos para garantizar que la comunicación llegue efectivamente a conocimiento de los interesados, antes de recurrir a la última ratio del emplazamiento por edictos.

Cabe aquí traer a título de ejemplo, una interesante propuesta planteada por CERRADA MORENO para el futuro de las comunicaciones procesales. Observa el referido autor, el escaso uso que se hace del teléfono móvil para las comunicaciones procesales, siendo actualmente aquel el medio más utilizado para las comunicaciones en la “vida real” y, sin embargo, totalmente desaprovechado en el ámbito procesal, donde se configura de tal manera que la efectividad de la comunicación se encuentra siempre supeditada a la localización física del destinatario en lo que se viene a llamar “el domicilio”. Pero, lo cierto es que hoy en día es completamente habitual que las personas físicas o jurídicas sean titulares de al menos una línea de telefonía móvil. De hecho, es difícil pensar en una persona que no lo sea. Y son titulares porque toda línea de teléfono esa asociada a una persona (CERRADA MORENO, 2012: pp. 154-155).

## 7. CURADOR PROCESAL

El emplazamiento a demandados indeterminados o inciertos o cuyo domicilio o residencia se ignoren, se hará mediante edictos, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.

El artículo 61 del CPC, señala, que el curador procesal es un abogado nombrado por el juez a pedido de interesado, que interviene en el proceso, entre otros supuestos, cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados.

La Corte de Casación, destaca, que “el curador procesal es un órgano de auxilio judicial y como tal tiene deberes y responsabilidades. Así como el juez tiene el deber de ser imparcial, el abogado tiene la obligación de ser parcial y de defender los derechos e intereses de su patrocinado. Si el curador procesal es designado desde el emplazamiento con la demanda, podría formular cuestiones probatorias, deducir excepciones y contestar la demanda” (Cas. N° 1855-2010-Huánuco).

## 8. PLAZO DEL EMPLAZAMIENTO

El texto normativo comentado señala en su último párrafo que el plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de 60 días, si el demandado se halla en el país, ni de 90 si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

En todo caso, se identifica que la opción del legislador, “ha sido ampliar el plazo, hasta los límites señalados en el párrafo anterior, para que la contestación de la demanda se produzca dentro de dichos límites. Cuando el demandado de nombre o domicilio ignorados se apersone, deberá –además– contestar la demanda, porque no se le concederá otro plazo adicional al ya señalado por el juez en la resolución que ha sido materia de notificación a través de los edictos” (MORALES GODO, 2005: p. 272).

Las disposiciones contenidas en este último párrafo deben concordarse con los plazos especiales de emplazamiento previstos por los artículos 479, 492, 550 y 758 del CPC.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III, *Juicio ordinario*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel (2010): *Curso de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; CERRADA MORENO, Manuel (2012): *Actos de comunicación procesal y derechos fundamentales*. España: Aranzadi; DIDIER JR., Fredie (2010):

*Fundamentos del principio de cooperación en el Derecho Procesal Civil portugués*, trad. Christian Delgado. Lima: Communitas; FERNÁNDEZ-GALLARDO, Javier (2012): “La averiguación del domicilio del demandado para la práctica de los actos de comunicación”. En: *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2139; GOZAÍNI, Oswaldo (2009): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: La Ley; MAURINO, Alberto (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; MORALES GODÓ, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; PICÓ I JUNOY, Joan (2011): *La buena fe procesal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez; Buenos Aires: Depalma; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I (1951), trad. Ángela Romero. Lima: ARA; PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES: NACIONALES, REGIONALES Y DISTRITALES (2007-2011): *Conclusiones plenarias*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Temis.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

“Actuación limitada del curador procesal afecta el derecho de defensa del demandado”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 159; ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, parte general, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARELLANO GARCÍA, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*, 14ª ed. México: Porrúa; GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *Introducción y parte general*, 7ª ed. España: Aranzadi; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil* (1973, 1974, 1976), trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo I, parte general, 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; MORALES GODÓ, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; ORTELLS RAMOS, Manuel (2014): *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed. España: Aranzadi; PICÓ I JUNOY, Joan (2006): “El debido proceso ‘leal’: Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IX; PODETTI, Ramiro J. (1955): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II, *Tratado de los actos procesales*. Buenos Aires: Ediar.



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 436**

**Emplazamiento del apoderado**

*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.

*Miguel Espejo Rosell*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

A modo de explicación introductoria, debemos partir por considerar que la “intervención de partes es un concepto lógicamente necesario para el proceso” (GUASP; ARAGONESES, 2005: p. 242). Ocurre, sin embargo, y no es nada insólito, que muchas veces los sujetos dotados con capacidad de obrar procesalmente, se vean imposibilitados, por múltiples razones, de comparecer personalmente en el proceso.

La concurrencia de aquellas circunstancias no puede limitar los derechos fundamentales a la amplia defensa y al contradictorio, de quienes están imposibilitados de acudir directamente en el proceso.

Todo ello, ha conducido al legislador regular con evidente utilidad práctica el instituto jurídico procesal de la representación, y por tanto, preceptuar que por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional en defensa de sus legítimos intereses. Y, por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción (art. 2 del CPC).

Se impone resaltar, que la representación según la Teoría de la Cooperación, encuentra su fundamento, “en la solidaridad humana. Se presenta como la ayuda que espontánea, casual o convenida, se prestan los seres humanos entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo, pero que no se proyecta a los meros hechos ni se reduce a una actividad material, pues debe tratarse de una cooperación de pronunciada juridicidad” (VIDAL RAMÍREZ, 2007: p. 268).

Ahora bien, preliminarmente es necesario hacer notar, que la representación procesal que venimos anunciando es voluntaria, pues, emana de la voluntad privada del representado, quien de acuerdo a sus intereses delimita las facultades que confiere al representante. Y es también directa, por cuanto la actuación del representante se extiende en nombre y en interés del representado.

Señalemos, finalmente, que, “solo en la representación voluntaria directa la teoría de la representación establece la existencia del denominado ‘acto de apoderamiento’, es decir, del otorgamiento de ‘poder’ del representado al representante a fin de justificar jurídicamente la actuación de este último”(MURO ROJO, 1999: p. 73).

## 2. LOS REQUISITOS

Del texto normativo en comentario se desprenden dos disposiciones a saber:

- i) Que, el emplazamiento podrá hacerse al apoderado, siempre que tuviera facultad para ello; y
- ii) Que, el demandado no se halle en el ámbito de competencia territorial del juzgado.

Estas disposiciones nos llevan a considerar determinados requisitos para la validez del emplazamiento por conducto del apoderado. Veamos.

### 2.1. Sobre la capacidad de obrar procesalmente del representante y representado

De punto de partida, la actividad que las partes desarrollan en el proceso tiene siempre consecuencias prácticas relevantes; la ley exige por eso en las partes aquella misma capacidad que es necesaria para desarrollar cualquier actividad jurídica. El requisito de la capacidad de las partes es un presupuesto procesal (LIEBMAN, 1980: pp. 66-67), para realizar con eficacia los actos procesales.

La *capacidad de obrar procesalmente* 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 (LIEBMAN, 1980: p. 67). En el plano del derecho material, el artículo 42 del CC, prescribe que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, con las salvedades que contiene el mismo texto normativo.

De esto se sigue, en el plano del derecho procesal: “Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. Las demás deben comparecer por medio de representante legal” (art. 58, primer párrafo del CPC). De la



misma manera: “Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten, puede nombrar uno o más apoderados” (art. 68, primera parte, primer párrafo del CPC). “También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos” (art. 58, segundo párrafo del CPC). Entonces, la persona designada como apoderado, debe tener capacidad para comparecer por sí en un proceso (art. 70 del CPC).

De lo que llevamos visto: “La capacidad procesal es la aptitud para realizar actos procesales en nombre propio o ajeno” (MONROY CABRA, 1979: p. 238). Y se entiende que los enunciados normativos se contraen solo a las personas naturales.

Conjugando de esta manera el plano material y procesal del derecho: “La capacidad procesal refleja, por lo tanto, en el derecho procesal la categoría de la capacidad de obrar del derecho civil” (GUASP; ARAGONESES, 2005: p. 218). Como corolario de estas interrelaciones se concluye con la siguiente regla general: “es capaz de comparecer al proceso toda persona que lo sea para la celebración de un acto jurídico” (MONROY CABRA, 1979: p. 238). Por lo tanto, la capacidad de obrar procesalmente del representado y representante es un presupuesto procesal para realizar con eficacia los actos procesales, y está íntimamente vinculado con la validez del emplazamiento por conducto del apoderado.

## 2.2. Sobre el poder y sus alcances

La representación se confiere por medio del *poder*, “palabra con la que se designa tanto la declaración de voluntad que hace el poderdante, como el documento en que aquélla consta” (MONTERO AROCA, 2004: p. 98). Ahondando sobre esta doble acepción terminológica del vocablo *poder*: El *poder como acto*, es la forma en que se manifiesta la representación voluntaria directa, cuya finalidad es otorgar un conjunto de facultades para la celebración de actos jurídicos. En la designación del *poder como documento*, se hace referencia al término “poder” para designar al documento en el cual constan las facultades otorgadas a través del acto de apoderamiento, atendiendo a las formalidades previstas por ley (MURO ROJO, 1999: p. 74).

En cuanto a sus alcances, el *representado*, como expresión de su autonomía de voluntad, delinea los contornos de las facultades conferidas al *representante*, siendo este quien actuará en nombre y en interés de aquel, “la legitimación formal del representante será el efecto de la voluntad del representado, expresada en un negocio jurídico (poder)” (LIEBMAN, 1980: p. 70). Bajo este aspecto, en el poder se fijan las facultades que se otorgan al representante.

Ahora bien, en lo que importa tratar en esta parte, consideramos que del acto procesal del emplazamiento por conducto del apoderado se infiere la facultad de

contradecir las pretensiones contenidas en la demanda. Si esto es así, se requiere que el representante esté premunido de facultades especiales. Dicho de otro modo, el representado debe conferir facultades explícitas a su representante para “contestar demandas y reconvencciones”, por lo que será necesario recurrir al *poder especial*, según dispone el artículo 75 del CPC. Un carácter relevante es que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad, por lo que está vedada la posibilidad de presumir la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente (art. 75, segundo párrafo del CPC).

No obstante, si bien la trascendencia de los actos procesales, como el caso del emplazamiento, ha guiado al legislador estipular con rigor estas formas, ello no justifica una actividad interpretativa enmarcada dentro de un excesivo formalismo. Y es que, “rigor formal no significa interpretación ‘estricta’ de la ley procesal” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010: p. 305).

Dentro de esa línea de orientación, la Corte de Casación, ha considerado que “requerir que el poder contenga una mención formalista y puntual en el sentido que la representante cuente con poder ‘para presentar demandas’, resulta excesiva y limitativa de la tutela judicial efectiva, dado que impone restricciones mayores a las que razonablemente se desprenden del principio de literalidad, infringiendo de este modo lo prescrito en el artículo 75 del CPC” (Cas. N° 1983-2011-Moquegua).

Por último, ante el supuesto de una representación procesal defectuosa, “se debe buscar que el sujeto defectuosamente representado *ratifique* los actos de su representante. Pero nótese que esta ratificación solo la puede hacer, por su vez, alguien con capacidad procesal, sea en el caso de una persona natural, sea en el caso del representante legal de una persona jurídica, quien ratificará los actos del representante voluntario” (CAVANI, 2014: p. 477).

### 2.2.1. Sobre la forma

Atendiendo a la formalidad requerida, conforme al artículo 72 del CPC, el poder para litigar puede ser otorgado solo: i) por escritura pública; o ii) por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente.

Debe hacerse notar que el segundo párrafo del mismo texto legal agrega que para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.

En todo caso, corresponde al representado elegir el documento que contendrá la facultades conferidas al representante.

### 2.3. Sobre el lugar del domicilio del demandado

Con relación a la *segunda disposición* normativa, para la eficacia del acto jurídico procesal del emplazamiento a través del apoderado, viene a sumarse una última exigencia consistente en que el demandado no se halle en el ámbito de competencia territorial del juzgado.

Si la facultad de conferir representación para ser emplazado mediante apoderado se restringe al hecho que *el demandado no domicilie en el ámbito de la competencia territorial del juzgado que conoce el proceso*, se aprecia cuán poco razonable es sacrificar por esta exigencia los derechos fundamentales a la amplia defensa y al contradictorio, que conforman el ámbito del proceso justo, con inaceptables implicancias que aquélla produce en el fundamento de la representación bajo la perspectiva de la Teoría de la Cooperación.

Frente a ello, en posición que compartimos, observa acertadamente la doctrina que, “no hay inconveniente procesal para que se emplace al apoderado con poder para recibir demandas dirigidas a su representado, aunque este domicilie en el ámbito territorial del juzgado donde se planteó la demanda” (CARRIÓN LUGO, 2007: p. 679).



#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2010): “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 113; CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II. *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Lima: Grijley; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. *Introducción y parte general*, 7ª ed. España: Aranzadi; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil* (1973, 1974, 1976), trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; MONROY CABRA, Marco (1979): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed. aumentada y corregida. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo II, *Proceso Civil*, 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; MURO ROJO, Manuel (1999): “La actuación jurídica por medio de terceros y la distinción entre representación, poder y mandato”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 66-B; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2007): *El acto jurídico*, 7ª ed. revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica.



#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel (2010): *Curso de proceso civil*, vol. 1. *Teoría geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. I, *Teoría general del proceso*. Lima: Grijley; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Editorial

---

Universidad; MORALES GODO, Juan (2005): *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima: Palestra; ORTELLS RAMOS, Manuel (2014): *Derecho Procesal Civil*, 13ª ed. España: Aranzadi; PRIORI POSADA, Giovanni (2007): "Facultad y origen de la representación. Comentario al artículo 145 del CC". En: "*Código Civil comentado*", tomo I. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; VÉSCovi, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

De los actuados se advierte que M.G.B.R. al tener la calidad de apoderado de la demandante se apersonó al proceso, limitándose a señalar su domicilio procesal sin formular contradicción alguna, en consecuencia no se ha violentado su derecho de defensa como alega el recurrente, además, conforme lo ha establecido la Sala Superior, en base al análisis de los medios de prueba actuados en el proceso, el mencionado apoderado no fue parte de la relación sustancial que dio origen al título valor puesto a cobro, ya que la ejecutada la suscribió sin representación, razón por la que la causal denunciada deviene en improcedente (*Cas. N° 3840-2012-Lima*).

**Artículo 437**

**Nulidad de emplazamiento defectuoso**

*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; L.O.P.J. art. 184 inc. 4.*

*Miguel Espejo Rosell*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La nulidad procesal es la consecuencia menos deseada por las partes en el procedimiento, pues, impide al Estado-juez, otorgar una pronta tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva. Bajo esta premisa, y en consonancia con el sistema de la instrumentalidad de las formas procesales que inspira nuestro ordenamiento procesal civil, debe propenderse a subsanar cualquier acto procesal practicado con defecto, sin excepciones, siempre que el vicio no impida que el acto alcance su finalidad.

El legislador ha establecido requisitos especiales que deben observarse para satisfacer la eficacia del emplazamiento. Y es que: "Normas minuciosas regulan el modo de la notificación, la cual se considera ocurrida y es plenamente eficaz cuando las formalidades prescritas hayan sido observadas" (LIEBMAN, 1980: p. 185).

No obstante, y siempre atendiendo a la consecución de la finalidad del acto, el legislador ha previsto igualmente la opción de suplir los defectos en caso que el desvío de la formalidad asegure en igual o mayor grado el contradictorio y amplia defensa. En modo semejante, se proporcionan reglas que orientan al juzgador cuándo abstenerse de decretar la invalidez.

El respeto de los requisitos y reglas previamente definidos, y diáfananamente puestos como instrumento al servicio del órgano jurisdiccional no hace sino acentuar el principio de la seguridad jurídica.

Las observaciones precedentes lleva a reconocer que atenta doctrina nacional ha destacado que en la búsqueda de un nuevo modelo de nulidades inspirado en la

seguridad jurídica, el juez debe contar con herramientas más adecuadas para aplicar la nulidad. De ahí que se pondera la regulación del CPC en cuanto a la nulidad del emplazamiento, en razón que las reglas consagradas son lo suficientemente claras para que el juez determine cuándo anular todo lo actuado ante la existencia de un vicio insubsanable. Y por la importancia del emplazamiento, con las consecuencias que pueda generar su deficiente práctica, se enfatiza que este tipo de regulaciones es exactamente lo que se requiere: reglas puntuales, claras y rigurosas, que permitan identificar cuándo se produce el vicio y, sobre todo, cuándo este puede subsanarse (CAVANI, 2014: pp. 475-476).

## 2. NECESARIA REFERENCIA AL FORMALISMO PROCESAL

En sentido amplio, el formalismo en su genuina esencia, se revela como un instrumento referente de garantía para el desarrollo ordenado y equilibrado del proceso, que gravitan en torno de la actividad del órgano jurisdiccional y de las partes procesales. En el extremo opuesto, encontramos la informalidad terreno fértil para la arbitrariedad de la jurisdicción como manifestación del poder estatal, inseguridad jurídica, desequilibrio de las partes, caos procesal, y consecuente negación de justicia.

El formalismo procesal contiene, “la propia idea del proceso como organización del desorden, otorgándole previsibilidad a todo el procedimiento. Si el proceso no obedeciera a un orden determinado, debiendo cada acto ser practicado en su debido tiempo y lugar, es fácil entender que el litigio desembocaría en una disputa desordenada, sin límites o garantías para las partes, prevaleciendo o pudiendo prevalecer la arbitrariedad y parcialidad del órgano judicial o la chicana del adversario”(ALVARO DE OLIVEIRA, 2007: pp. 31-32).

Nótese, que el formalismo así enunciado no es la patológica admisión del formalismo por el formalismo mismo, ese negativo formalismo exagerado que deslegitima la consecución de los fines del proceso, visto a través de un frágil prisma como un *fin*, y no como un *instrumento* o *medio* puesto al servicio del proceso.

Y es que, muchas veces, cuando se habla de formalismo, se tiende a olvidar su lado positivo, pues, se piensa apenas en el exceso de formalismo, que es realmente dañoso y debe ser combatido con vigor (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010: p. 18).

## 3. INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS

Dentro del proceso civil contemporáneo, en la disciplina de las nulidades procesales, rige el denominado “principio de la *instrumentalidad de las formas*,

que subordina la invalidez de un acto procesal no a la simple inobservancia de la forma, puesta de relieve mecánicamente, sino a la relación –declarada caso por caso– entre el vicio y la finalidad del acto, y sancionando la nulidad solamente cuando el acto, por efecto del vicio, no haya podido conseguir su objeto” (LIEBMAN, 1980: p. 196).

De esta manera, las formas son el instrumento o medio que el legislador ha impuesto abstractamente para la consecución –a través de un cauce ordenado– de los fines del proceso. Oportuno es reafirmar en este punto: “Todo instrumento, como tal, es un *medio*; y todo medio solo es tal y se legitima en función de los *fines* a los que se destina” (DINAMARCO, 2009: p. 253).

Desde esta perspectiva, si bien las formas están previstas para ser respetadas, el foco de atención no debe centrarse en cautelar el cumplimiento rígido de aquellas para decretar *ipso facto* la nulidad ante su eventual inobservancia; sino, lo determinante es verificar la concretización de los fines al que estaban destinadas.

Bien puede darse el supuesto que pese haberse violado la forma prevista por la ley procesal, el acto procesal viciado logre sus propósitos; de ahí que no resulta viable interrumpir sus efectos decretando su nulidad.

#### 4. VICIO, ACTO VICIADO Y ACTO NULO

A grandes rasgos, el *vicio* es el *prius* cronológico de la nulidad, “la producción del vicio es un hecho *sine qua non* de la nulidad, es su presupuesto; sin el vicio, la nulidad no puede existir” (CAVANI, 2014: p. 197).

El *vicio* surge coetáneamente ante la inobservancia de la forma prevista por el legislador para la realización de un determinado acto procesal. Como consecuencia de aquel, se produce el *acto viciado* (v.gr., emplazamiento defectuoso) susceptible de ser invalidado, entre tanto surte sus efectos; y esto es así, porque no existe invalidez procesal de pleno derecho.

En efecto, el acto puede ser considerado viciado, por haberse realizado con desvío de su forma, mas en cuanto tal no fue proclamado por el juez no puede ser considerado inválido. Vale decir: los actos procesales realizados con violaciones formales son existentes, válidos y eficaces hasta que sea apreciada judicialmente la relevancia del desvío formal (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010: p. 318).

De lo que se lleva dicho, se concluye que el *acto nulo*, se materializará con la decretación de nulidad o invalidez mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional. Cabe hacer notar que: “La invalidación es la consecuencia más drástica que puede acontecer de la práctica de un acto jurídicamente defectuoso” (DIDIER JR., 2010: p. 440).

## 5. EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO

Establecidos aquellos contornos, el artículo 437 del CPC dispone que “Será nulo el emplazamiento si se hace contraviniendo lo dispuesto en los artículos 431, 432, 433, 434, 435 y 436”.

Recuérdese que en el ámbito procesal no existen nulidades *ipso iure*, si esto es así, el enunciado normativo que dispone “será nulo”, debe ser entendido como un “comando normativo”, esto es, “una indicación del legislador al juez en tanto que, verificado el incumplimiento de la forma tal como se dispone, tal acto debe ser decretado nulo” (CAVANI, 2014: p. 206).

Efectuada esta precisión, y por las consideraciones atrás desarrolladas, es claro que la inobservancia de las formalidades establecidas para los actos procesales, si bien vicia el acto, no conduce irremediabilmente a decretar la nulidad. Será el juez quien deba verificar si el acto procesal aunque defectuoso ha logrado su finalidad, y atender también cuándo la infracción de alguno de los requisitos exigidos para el acto procesal ha impedido alcanzar los fines. ¿Y en este caso, cuál es la finalidad del emplazamiento? Con criterio teleológico no es sino: poner en conocimiento del demandado la existencia del proceso iniciado en su contra. Finalidad que igualmente se extrae de la primera parte del primer párrafo del artículo 155 del CPC, el cual señala: “El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales”.

El contexto del propio enunciado normativo en comentario afianza lo dicho, al disponer: “no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que este Código regula”. Sigue esa línea el artículo 172, segundo párrafo del CPC: “Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado”.

Se refleja aquí la *instrumentalidad de las formas*, la cual “exige que la violación de los requisitos *formales* ceda ante el logro de la finalidad” (CAVANI, 2014: p. 364).

Nótese que ante el desvío de las formas preestablecidas en los artículos 431 a 437, no procede la decretación de invalidez siempre y cuando se recurran a otras formas *atípicas* que garanticen en igual o mayor grado el éxito del emplazamiento. No hay duda, que la ausencia de los requisitos preestablecidos ha viciado el acto procesal, y pese a la anormalidad, el acto procesal responde a su finalidad. Es precisamente por ello que “este no decantará en nulidad, en primer lugar, si el acto de notificación se reviste de *iguales o mayores garantías que las que dichas normas prevén*. Es decir, se autoriza a no respetar las prescripciones formales de la notificación si se utilizan medios más seguros que los expresamente previstos” (CAVANI, 2014: p. 380). Lo que no significa alentar el apartamiento de las formas previstas que puede degenerar en uso indiscriminado atentatorio de la seguridad jurídica.



El segundo párrafo el texto normativo previene: “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”. En el mismo sentido, el artículo 172, primer párrafo, del CPC, dispone: “Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución”. En tanto que el tercer párrafo, de este último dispositivo señala que: “Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo”.

Se ha dicho, que en el “Derecho Procesal, no hay defecto que no pueda ser sanado. Por más grave que sea, inclusive apto de generar la invalidez del procedimiento o de uno de sus actos, todo defecto es sanable. No hay excepción a esa regla” (DIDIER JR., 2010: p. 452).

Una manifestación de esta sanabilidad se presenta en el supuesto del acto viciado por defecto u omisión de las formas previstas para efectivizar el emplazamiento, que no es denunciado oportunamente por el demandado. A pesar de existir el vicio, el afectado comparece en el proceso, escenario donde manifiesta su voluntad, sea expresa o tácitamente, en el sentido que el acto viciado no le ha generado gravamen, o de haberse configurado este, estima por conveniente consentirlo. Ante la aquiescencia expresa o tácita del demandado, no justifica privar los efectos del emplazamiento mediante la decretación de invalidez; pues, el vicio está sanado.

De otro lado, el enunciado normativo señala, que tampoco habrá nulidad si se prueba que el emplazado tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente.

Probar que el destinatario del emplazamiento ha tenido conocimiento del proceso, entraña especial dificultad, por lo que estimamos que esta situación debe resolverse con base objetiva de lo que surja del expediente, permitiendo razonablemente establecer que el demandado estaba en condiciones de comparecer en el proceso. Este criterio es aconsejable tanto más si se está a la trascendencia del emplazamiento como primer acto de notificación. Es así que bajo una apreciación restrictiva se ha considerado que, “el conocimiento resulte de los autos mismos, de modo que sería insuficiente la prueba de un conocimiento extrajudicial” (ALSINA, 1956: pp. 730-731).

Importa advertir, que en caso de existir duda respecto del conocimiento del proceso, como ya se ha tenido ocasión de observar, debe primar el *principio in dubio pro demandado*. Por lo que conviene remitirnos a lo sostenido en el acápite: “¿A quién corresponde probar la validez del emplazamiento?” (*supra*, art. 431 del CPC).

Ahora bien, en lo concerniente a la regla del perjuicio, el artículo 174 del CPC, prescribe: “Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”.

La nulidad procesal solo puede ser decretada si el defecto del emplazamiento ha impedido alcanzar su finalidad (trascendencia), y como consecuencia ha generado gravamen a la defensa del demandado. No hay invalidez procesal sin perjuicio: *pas de nullité sans grief*. Y, a tal efecto, viene en consideración, observar la concurrencia de los presupuestos de la decretación de nulidad previstos en el artículo 175 del CPC.

Es claro que para formular la petición de invalidez resulta insuficiente aducir el perjuicio, pues, es exigible acreditarlo. Sin embargo, es importante destacar: “Cuando se habla de ‘acreditar’ se hace alusión a una fundamentación que se dirija a demostrar que existió perjuicio; no obstante, ello dista de impedirle al juez anular si no existe perjuicio. ¿Por qué? Porque la parte podría *no acreditar exitosamente* su perjuicio, pero el juez puede constatar que este efectivamente existió y, por tanto, podría decretar la nulidad. Y en ese caso tendríamos, en realidad, la aplicación de una regla que no existe en nuestro CPC, al menos no expresamente” (CAVANI, 2014: pp. 548-549).

El razonamiento anterior lleva a reconocer, en consecuencia, que por la reiteradamente resaltada trascendencia del emplazamiento, cuyo eventual vicio producto del incumplimiento de la forma preestablecida impida alcanzar su finalidad, *el perjuicio debe presumirse*, toda vez que la indefensión, en este caso en particular, es manifiesta. Y es que se ha privado al demandado conocer el proceso iniciado en su contra. De ahí que el absoluto desconocimiento de la pretensión o pretensiones postuladas en la demanda, torna en irrazonable exigir la puntualización de las defensas que no pudo realizar el demandado. De tal modo, invocar la restricción de los derechos fundamentales a la amplia defensa y al contradictorio, satisface la exigencia del perjuicio.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, *parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2007): *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)* (2004), trad. Juan José Monroy. Lima: Palestra; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel (2010): *Curso de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; DIDIER JR., Fredie (2010): “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”

trad. Renzo Cavani. En: Cavani, Renzo (coord.). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Normas Legales; DINAMARCO, Cândido Rangel (2009): *La instrumentalidad del proceso* (2008), trad. Juan José Monroy. Lima: Communitas; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil* (1973, 1974, 1976), trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁVILA, Humberto (2011): *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros; COUTURE, Eduardo J. (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.; GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro (2005): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, *Introducción y parte general*, 7ª ed. España: Aranzadi; CAVANI, Renzo (2012): "Combatiendo las 'nulidades-sorpresa': el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal". En: *Gaceta Constitucional*, N° 58; MAURINO, Alberto (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I (1951), trad. Ángela Romero. Lima: ARA; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1998): "Nulidad Procesal". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° II.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

(...) 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*).

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*).

**Artículo 438****Efectos del emplazamiento**

*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; L.T.V. art. 103 inc. 103.2.*

*Karla Vilela Carbajal*

**1. EMPLAZAMIENTO VÁLIDO**

Si bien es cierto a estas alturas ya se conoce que el emplazamiento es la notificación de la demanda admitida a trámite, lo importante de esta norma es que establece que los efectos que tendrá el emplazamiento únicamente serán aplicables al emplazamiento válidamente realizado. ¿Y cuándo se estará ante un emplazamiento válidamente realizado?, se estará en dicha situación cuando la primera notificación que recibe el demandado en el proceso, se ha hecho siguiendo las normas establecidas en los artículos 155 a 164 y del 431 al 436 del CPC. Es por ello que se sostiene que el emplazamiento es un acto formal, pues se tiene que realizar siguiendo la forma establecida en la ley.

Pero recordando que el excesivo cuidado de las formas (formalismo) no ha sido recogido en el CPC, es conveniente recordar que, en aplicación del principio de convalidación establecido en el artículo 172, primer párrafo del CPC, también se entenderá que el emplazamiento ha sido válido y ha surtido sus efectos, cuando pese a que no se ha realizado según las formas previstas en la ley, ha cumplido su finalidad. Y la finalidad del emplazamiento se alcanza cuando el demandado ha tomado conocimiento de la existencia de una demanda en su contra y ha podido efectuar su derecho de defensa, sin ningún tipo de restricción. Esta norma se debe concordar con el principio de vinculación y de formalidad reconocido en el artículo IX TP del CPC, que establece que si bien las formalidades previstas en el CPC son imperativas, el juez deberá adecuar su exigencia al logro de los fines del proceso.

## 2. IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR O VARIAR LA COMPETENCIA

MORALES GODÓ proporciona un primer concepto bastante empleado de la competencia y es aquél que considera a la misma como la medida de distribución de la jurisdicción: “es la distribución de trabajo de los órganos jurisdiccionales”. Aquí no se está de acuerdo con dicha noción pues la jurisdicción no es divisible ya que la ostenta al 100 % cada uno de los órganos jurisdiccionales de un país.

Teniendo en cuenta lo anterior, la conceptualización correcta de la competencia es considerarla como el ejercicio concreto de la función jurisdiccional. Dentro de ese ejercicio concreto de la jurisdicción deben existir unas reglas que faciliten, ordenen y organicen dicho ejercicio, ya que hay más de un órgano jurisdiccional que detenta dicha función.

Este efecto del emplazamiento válidamente realizado es una consecuencia del principio *perpetuario iurisdictionis*. Por este principio la competencia civil se determina por las circunstancias de hecho existentes al momento de la presentación de la demanda, y por lo tanto, cualquier cambio posterior de dichas circunstancias no origina modificación en la competencia inicialmente determinada.

Esos cambios posteriores de las circunstancias de hecho y de derecho pueden ser ocasionados por varios motivos, como por ejemplo: cambio de domicilio real de las partes, vencimiento de nuevas cuotas o plazos<sup>(\*)</sup>, la producción de frutos, supuestos de sucesión procesal (art. 108 del CPC), desistimiento de pretensión (en caso de acumulación objetiva), etc. Pero en virtud de la aplicación de este principio, dichos cambios no alteran la competencia que inicialmente fue determinada en la demanda. Este principio está recogido en el artículo 8 del CPC.

## 3. IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR EL PETITORIO DE LA DEMANDA

Es necesario precisar que este efecto del emplazamiento válidamente realizado se debe concordar con lo previsto en el artículo 428, primer párrafo del CPC, que establece que la demanda ya no se podrá modificar después de que haya sido notificada, es decir después de que se haya producido el emplazamiento válido.

El fundamento de este efecto es garantizar el derecho de defensa del demandado, quien va a preparar su defensa en base a lo que le ha sido notificado con el emplazamiento, no pudiéndosele variar posteriormente la(s) pretensión(es) imputada(s).

---

(\*) Respecto al vencimiento de nuevos plazos o cuotas ya iniciado el proceso judicial, hay que recordar que por el artículo 428 del CPC el demandante puede cobrar esas nuevas cuotas, siempre y cuando se haya reservado ese derecho en la demanda.

No hay que olvidar que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso, de origen constitucional y es la garantía que resume la existencia de todas las otras que deben de existir al interior de un proceso para que este sea legal o debido.

Es necesario resaltar qué es lo que en este inciso se debe entender por petitorio de la demanda, y es que en estricto petitorio es una cosa distinta a pretensión. La pretensión es, siguiendo a CARNELUTTI, la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio. Es lo que el demandante reclama al demandado, y consiste en una obligación de dar, hacer o de no hacer.

La pretensión cuenta con elementos, tanto objetivos como subjetivos. Entre los primeros destacan el *petitum* o petitorio (que es el pedido concreto que exige el demandante al demandado) y la *causa petendi* o causa de pedir (constituido por los fundamentos de hecho y de derecho en los que el demandante basa su petitorio), son las razones por las cuales exige el petitorio al demandado.

El elemento subjetivo está conformado por los sujetos que conforman la pretensión y son el demandante (sujeto activo, llamado también actor) y el demandado (sujeto pasivo).

Habiendo establecido cuáles son los elementos de la pretensión, queda claro que el término “petitorio” utilizado en este inciso por el legislador no es el término adecuado, sino que se ha debido utilizar el término de “pretensión” porque el demandante no va a poder modificar ni el petitorio, ni los fundamentos de hecho ni de derecho. Únicamente es el juez, quien en virtud del principio *iura novit curia*, podría modificar los fundamentos de derecho de la pretensión si es que fueron invocados de manera incorrecta<sup>(\*)</sup> por el demandante.

#### 4. LITISPENDENCIA

Cuando el inciso cuarto de este artículo establece que el emplazamiento válido de la demanda hace imposible jurídicamente iniciar otro proceso con el mismo petitorio, está haciendo referencia a que el emplazamiento válido de la demanda es el elemento que ayudará a determinar la existencia de la *litispendencia*, es decir la existencia de un proceso pendiente, abierto, en trámite.

El fundamento de este efecto, se encuentra en el principio *ne bis in idem* por el cual se establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Es un derecho constitucional implícito en el concepto del debido proceso establecido en el artículo 139 de la Constitución. El Tribunal Constitucional considera que con

(\*) Entiéndase por invocación incorrecta tanto la ausencia de invocación de un fundamento jurídico, como el haber invocado uno que sea errado.

el *ne bis in idem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, dejando en claro que no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido.

En su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos penales o procedimientos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

URQUIZO OLAECHEA sostiene que el riesgo del doble enjuiciamiento afecta la seguridad jurídica individual, en cuanto se tiene incertidumbre sobre la intervención del ordenamiento jurídico. La doble persecución carga con el estigma de inseguridad respecto de un primer resultado y sus alcances frente a una resolución judicial o administrativa. Asimismo, VELA GUERRERO afirma que el principio de *ne bis in idem* no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso sino que existe antes de él, es un “regulador” del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De ahí su importancia en el *ius puniendi* del Estado es decir, el doble peligro de sanción sobre una persona. Asimismo, el *ne bis in idem* procesal, es distinto a la cosa juzgada –que es una consecuencia normativa atribuida a las resoluciones judiciales– y a la cosa decidida –que es una consecuencia normativa de las decisiones administrativas–, sino que supone simplemente la prohibición de dos o más persecuciones administrativas, judiciales y administrativas judiciales paralelas, y tiene que ver con los límites que es preciso imponer en un terreno en el cual una de las partes –el Estado– va a tener atribuciones privilegiadas frente al administrado o procesado.

En el área procesal civil el principio del *ne bis in idem* implica la existencia de procesos idénticos, y para que existan tales se requiere la existencia de una triple identidad por la cual no se puede volver a juzgar si ya hubo un proceso con el mismo petitorio, mismas partes o quienes de ellos deriven su derecho y el mismo interés para obrar con pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es decir declarando la fundabilidad o infundabilidad de la demanda. Los requisitos de los procesos idénticos, se encuentran recogidos expresamente en el artículo 452 del CPC.

Ahora bien, cuando se habla de litispendencia, esa triple identidad debe existir cuando aún se encuentran en trámite los procesos idénticos, es decir cuando ninguno de esos procesos idénticos ha concluido, porque si uno de ellos ha concluido ya no se habla de litispendencia, sino de la existencia de cosa juzgada. Y si pese a la prohibición de iniciar un proceso idéntico a otro que ya está en trámite, el demandante lo inicia, el ordenamiento jurídico peruano brinda al demandado un

mecanismo procesal para su defensa, cual es la excepción de litispendencia para dar por concluido el segundo proceso indebidamente iniciado.

## 5. INTERRUPCIÓN DEL PLAZO PRESCRIPTIVO

La prescripción es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo se adquiere o se perjudica, de alguna manera, un derecho. Según esta noción, la prescripción puede ser adquisitiva o extintiva; sin embargo, esa última expresión debe tomarse con reserva, porque en buena cuenta la prescripción perjudica la pretensión, pero no la extingue, transformando la obligación en una de carácter natural.

El CC de 1984 establece los plazos de prescripción de las obligaciones, que librarán al obligado de la prestación exigible en la vía judicial, ya que el derecho no queda extinguido porque la obligación contenida se torna en una obligación de carácter natural. La naturaleza de la prescripción no es de orden público y no es de obligatorio cumplimiento, tanto así que como se sabe la prescripción no puede ser invocada de oficio por el juez, conforme lo dispone el artículo 1992 del CC, siendo que necesariamente debe ser invocada por las parte interesada para ser tomada en consideración al momento de resolver. Asimismo, si bien el derecho a la prescripción es irrenunciable, siendo nulo todo pacto en contrario, una vez ganada la prescripción sí puede renunciarse a ella, expresa o tácitamente.

MORALES GODÓ afirma que la prescripción extintiva es una suerte de castigo para el titular del derecho, quien por su desidia o negligencia ha dejado de transcurrir el plazo establecido en la ley, sin ejercitar el mismo.

La codificación civil ha consagrado dentro de las reglas de las reglas de la prescripción, la *accessio temporis* originalmente administrada para la usucapión. Consiste en la suma del tiempo que debe transcurrir para la prescripción, de modo que iniciado el decurso prescriptivo contra el titular de un derecho subjetivo sigue corriendo contra sus sucesores, a ella se refiere el artículo 1993 del CC. Así, la prescripción comienza a correr desde el día en que la acción nace, esto es, desde que puede ejercitarse, pero en el decurso prescriptivo puede ser alterado por diversos motivos destacando, entre otros, los que motivan la interrupción del decurso prescriptivo.

La interrupción del plazo de prescripción se produce por la aparición de una causa que produce el efecto de inutilizar, para los efectos del cómputo de la prescripción, el tiempo transcurrido hasta entonces. Como ya se ha dicho, la prescripción requiere del no ejercicio del derecho de acción por parte del titular del derecho, por lo que si la causa ocurre, queda sin efecto el decurso prescriptivo y solo podrá reiniciarse a partir de la desaparición de la causa interruptiva, sin que pueda



computarse el tiempo transcurrido como ocurre en la suspensión. Así, la interrupción de la prescripción significa que el plazo de prescripción transcurrido hasta el momento actual se hace irrelevante y tras cesar la interrupción empieza a transcurrir un nuevo plazo. Este concepto de la interrupción se recoge en el artículo 1998 del CC.

El CC, en el artículo 1996, inciso 3, establece como causal de interrupción de la prescripción la 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. Es por ello que la norma bajo comentario, no hace más que acoger sistemáticamente lo previsto en el CC. Así pues, se constituye en causa de interrupción del plazo de prescripción la notificación de la demanda o cualquier otro recurso o actuado judicial que surta efectos de notificación. Y además siguiendo a la doctrina que postula que cuestiones de orden meramente formal no deben de enervar la actitud del pretensor de hacer valer su derecho, esta causal interpelativa produce interrupción aún en el supuesto de que se acuda ante una autoridad judicial incompetente.

Pronunciada la sentencia, el plazo prescriptorio comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MORALES GODÓ, Juan (2005): "La competencia y las reglas generales establecidas en el Código Procesal Civil". En: *Instituciones de Derecho Procesal*, Palestra, Lima; ROCCO, Ugo (1969): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II. Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires; URQUIZO OLAECHEA, José (2000): *El principio de legalidad*. Horizonte, Lima; VELA GUERRERO, Anderson (2002): "El *ne bis in idem* y el Derecho sancionador peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 39, octubre; MORALES GODÓ, Juan (2005): "¿Realmente la prescripción extingue la acción?". En: *Instituciones de Derecho Procesal*, Palestra, Lima.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

VIDAL RAMÍREZ, Fernando (1988): *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*, primera reimpresión, Cultural Cuzco, Lima.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 439****Ineficacia de la interrupción**

*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.*

*Karla Vilela Carbajal*

**1. FUNDAMENTO O JUSTIFICACIÓN DE LOS DOS PRIMEROS INCISOS DE LA NORMA EN COMENTARIO**

Admitida la demanda y tramitada de acuerdo a ley, el actor en virtud del interés para obrar, como presupuesto procesal, está obligado a instar hasta que el proceso termine por sentencia. De allí que se ha previsto que si el actor no tiene voluntad de continuar con la tramitación del proceso, y opta por su conclusión, la interrupción del plazo de prescripción que venía operando desde el emplazamiento de la demanda se torna ineficaz; y, por lo tanto, se entiende que el transcurso del término prescriptorio que se había suspendido, se va a computar como si nunca hubiera ocurrido tal suspensión.

El fundamento para quitar la eficacia a la interrupción de la prescripción radica en que el proceso ha terminado por propia voluntad del actor, y por ello se entiende que es el actor el que no quiere tener un proceso judicial para defender el derecho que sustenta su pretensión. Por ello es que, recordando que la prescripción es una sanción por la inacción del titular del derecho para lograr su satisfacción, es que se comprende que el hecho de que el demandante ya no quiera seguir adelante con el proceso tenga como consecuencia el hecho de que el cómputo de la prescripción se reanude como si nunca hubiera existido un proceso judicial.

**2. DESISTIMIENTO Y ABANDONO DEL PROCESO**

Tanto en el desistimiento como en el abandono del proceso hay una voluntad del actor de dar por concluido un proceso que él mismo ha iniciado. La diferencia está en la forma de transmisión de esa voluntad, ya que en el desistimiento se requiere de una manifestación de voluntad expresa (primer párrafo del art. 341 del CPC) y en el abandono basta con una manifestación de voluntad tácita (art. 346 del CPC).

La voluntad del accionante, en el desistimiento, además de ser expresa, requiere en ocasiones que sea complementada con la voluntad del demandado. Tal situación ocurre cuando el desistimiento del proceso se formula después de haberse realizado el emplazamiento (segundo párrafo del art. 343 del CPC), a tal punto que si el demandado se opone al desistimiento, este carecerá de eficacia, y el proceso no concluirá. Es importante recalcar que la causa que deja sin efecto la interrupción del plazo prescriptorio es únicamente el desistimiento del proceso. Por lo tanto, el desistimiento de un acto procesal (salvo se trate de la demanda o del recurso de apelación o casación interpuestos ante una sentencia definitiva) y el desistimiento de la pretensión no dejan sin efecto la interrupción del plazo prescriptorio. Ello es así porque el desistimiento de un acto procesal solo deja sin efecto un acto procesal en concreto, pero el proceso continúa; y el desistimiento de la pretensión aunque sí produce el término del proceso, la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada (primer párrafo del art. 343 del CPC). Por lo tanto, ya no hay posibilidad de que el demandante que se desistió de la pretensión pueda volver a reclamar judicialmente la pretensión por él desistida.

En cambio, la manifestación de voluntad en el abandono es tácita porque lo que se requiere es que el demandante no realice actos de impulso procesal por un período mínimo de cuatro meses. Es así que su conducta omisiva es la que se entiende o interpreta como que el demandante ha dejado de tener interés para obrar, y por ello es que, tras una declaración judicial, el proceso concluye.

Es importante recordar que siendo el ordenamiento jurídico un sistema lo dispuesto por los dos primeros incisos del artículo bajo comentario, son concordantes con lo dispuesto en el CC, en donde se establece que, si el actor se desiste de la demanda (art. 1997, inc. 2 del CC) o si el proceso termina por abandono (art. 1997, inc. 3 del CC), queda sin efecto la interrupción de la prescripción. Lo único que cabría precisar es que el legislador civil equivocadamente habla del desistimiento de la demanda, cuando en realidad ha debido hablar del desistimiento del proceso, que abarca no solo a la demanda, sino a todos los demás actos procesales que se han podido desarrollar al interior de un proceso.

### **3. DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PROCESO QUE INCLUYA AL ACTO PROCESAL DEL EMPLAZAMIENTO**

Se conoce que el proceso judicial debe tramitarse conforme las garantías constitucionales del debido proceso, las cuales se pueden resumir en la prohibición de indefensión, de tal manera que cualquier actuación procesal que genere una vulneración al derecho a la defensa, sería causal de nulidad del acto que generó la

indefensión, debiendo retroceder el estado del proceso al momento en que se produjo el vicio causante de la indefensión.

Pero acertadamente la norma bajo comentario no incluye toda declaración de nulidad del proceso como causal de ineficacia de la interrupción de la prescripción, sino que únicamente considera como tal a la declaración de nulidad del proceso que incluya al acto procesal del emplazamiento. Ello es así porque la declaración de nulidad de un acto procesal tiene como efecto retroceder en el proceso al momento mismo en que se produjo el vicio, razón por la cual, el acto viciado se tiene que volver a realizar. Es así, que si el acto viciado es el emplazamiento porque no se realizó de manera correcta, tal acto del emplazamiento debe ser declarado nulo porque al demandado se le afectó su derecho a la defensa, pues al no haber tomado conocimiento de la existencia de una demanda en su contra no va a poder defenderse al interior del proceso.

Entonces, si la declaración de nulidad de un acto procesal originó la nulidad del emplazamiento, significa que todo lo que se había actuado se declara nulo por la indefensión originada. Por lo tanto, todo ese tiempo que había transcurrido en la tramitación del proceso no se tiene que computar como tiempo de interrupción del plazo de prescripción porque toda esa tramitación quedó nula, es decir, como si nunca se hubiera realizado.

A diferencia de los dos primeros incisos del artículo bajo comentario, este tercer inciso es una causal de la ineficacia de la interrupción de la prescripción que no tiene su fundamento u origen en la voluntad de alguna de las partes del proceso, sino que tiene su fundamento en el respeto del orden público, puesto que el debido proceso es una norma constitucional y como tal debe ser respetada independientemente de la voluntad de los sujetos.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MORALES GODÓ, Juan (2005): "¿Realmente la prescripción extingue la acción?". En: *Instituciones de Derecho Procesal*, Palestra, Lima; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (1988): *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*, 1ª reimpression. Cultural Cuzco, Lima.

**Artículo 440****Hechos no invocados en la demanda**

*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.*

*Nerio González Linares*

**1. INTRODUCCIÓN**

Para un análisis normativo del artículo 440 del CPC, se debe contextualizar su contenido con la etapa postularia del proceso civil, la cual comprende esencialmente institutos procesales como: demanda, contestación a la demanda, reconvención, contestación a la reconvención, que van a dar lugar a que emerjan nuevos hechos.

Son los nuevos hechos no invocados en la demanda ni en la reconvención, pero sí al contestar la demanda y la reconvención, figuras procesales inmersas en la etapa postularia del proceso. Se entiende por etapa postulatoria del proceso a los actos jurídicos de naturaleza procesal que desarrollan las partes, tomando la iniciativa el demandante (*nemo iudex sine actore*) al hacer uso de su derecho fundamental de acción en una demanda que contenga una o varias pretensiones. En esta etapa interviene el emplazado o demandado, después de haber sido notificado con la demanda, autoadmisorio y anexos en forma y de acuerdo a ley, para luego asumir su derecho de contradicción. Entre los objetivos de la postulación están: 1. Proponer pretensiones y defensas, las primeras corresponde al actor, las segundas al demandado. 2. Exigencia preliminar o *ab initio* por parte del juez del cumplimiento de los requisitos legales de la demanda, examinar el cumplimiento de los presupuestos procesales, de las formas y de las formalidades para admitir o rechazar la demanda –admisibilidad o improcedencia–. 3. Saneamiento del proceso con la detenida revisión del cumplimiento de los presupuestos procesales –capacidad del juzgador, de las partes y las formas prescritas por ley–. 4. Determinar los puntos controvertidos, es decir, fijar los hechos pertinentes a la pretensión que se litiga. Esto evita la actuación de pruebas impertinentes que afectan a la celeridad y economía procesales. Todo medio probatorio debe observar en su ofrecimiento, admisión y actuación que sea legal, oportuno y pertinente, y 5. El saneamiento procesal, es el momento procesal en el que el juez tiene que servirse de su conocimiento sobre los presupuestos procesales, normativamente el saneamiento procesal se encuentra en el artículo 465 del CPC.

En consecuencia para que exista una válida relación jurídica en el proceso jurisdiccional es preciso determinar la competencia del juez, la capacidad de las partes y las formas prescritas por la ley (algunos llegan a invocar las “condiciones de la acción”). El proceso judicial básicamente está dominado por las formas y formalidades, la calidad de las partes que intervienen en el ejercicio de sus derechos materiales en debate y por la aptitud o capacidad del juzgador, en especial por la materia, que es absoluta. Las formas prescritas por la ley, están presentes desde el cumplimiento de los requisitos de la demanda, de la reconvencción, de las notificaciones, cumplimiento de los plazos y términos, etc. El análisis de la existencia de una relación jurídica procesal válida es tan igual para el proceso iniciado por el demandante como para el que se inició mediante la reconvencción. Con la vigencia de la Ley N° 29057 (29/06/2007) se han producido modificaciones como el haberse eliminado la audiencia de saneamiento, disponiéndose que se realice mediante auto, de oficio, y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde.

Ante la modificación o la ampliación de la demanda, los hechos nuevos o la extemporaneidad del ofrecimiento de medios probatorios o cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas –nuevos hechos– en el proceso civil está el vigor y rigor del principio de *prohibición de la mutatio libelli*, el cual por los conceptos procesales antes señalados no se aplica con una rigidez absoluta, en el sentido de que la etapa postulatoria del proceso debe quedar precluida o que el objeto del proceso queda determinado por la demanda y su contestación, por la reconvencción y su contestación, por las excepciones perentorias o dilatorias (todas de previo y especial pronunciamiento), en consecuencia las partes no podrán alterarlos a posteriori (aquí la preclusión juega un rol importante). La lógica procesal enseña que el demandante o el reconviniendo al formalizar o configurar la pretensión la debe hacer determinando los hechos que la sustenten con la precisión y solidez que exige la verdad, es la razón que una vez precluida la etapa postulatoria, la demanda y la contestación no sean objeto de modificaciones ni la introducción de hechos nuevos ni de nuevos hechos por la *prohibición de la mutatio libellis* que evita la indefensión de las partes.

De conformidad con el artículo 440 del CPC, la invocación de nuevos hechos al contestarse la demanda o la reconvencción no expuestas en la demanda o en la reconvencción, faculta a la otra parte, para poder ofrecer los medios probatorios referentes a tales hechos. Siendo así, el tratamiento de los nuevos hechos se dan con el propósito de velar o asegurar la defensa de las partes, con igualdad procesal, contrario sensu, se verían afectados, si no se pudiera, v. gr., invocar nuevos hechos en la contestación a la demanda o reconvencción, que no fueron alegados en la demanda y la reconvencción.

## 2. DESCRIPCIÓN DEL ÁMBITO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 440 DEL CPC

El vocablo *hecho* al que refiere el dispositivo deriva del latín *factus*, su semántica para derecho proporciona las acepciones: 1. Situación o circunstancia que origina la obligación legal de contribuir y sobre la que se aplica el tributo. 2. El que tiene consecuencias jurídicas. 3. El que como tal se declara en las sentencias. El término *hecho*, permite además, describir a aquello que ocurre, las acciones, la obra o la cuestión a la cual se hace referencia. La frase “hechos no expuestos” (o nuevos hechos no expuestos). El concepto *nuevo*, proviene del latín *novus*. Significa: 1. Que se ve o se oye por primera vez. Distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido. 2. Que sobreviene o se añade a algo que había antes. 3. Recién incorporado a un lugar o a un grupo. 4. Que acaba de aparecer, de formarse o de ser hecho. 5. Que es diferente y distinto respecto a lo que existía o se conocía antes. Definitivamente lo nuevo es diferente y distinto respecto a lo que existía o se conocía antes. En consecuencia, en nuestra opinión, la relación de nuevo con hecho, guarda coherencia.

- Hechos no expuestos o invocados al contestar la demanda. Cuando el demandado en la contestación a la demanda alega exponiendo nuevos hechos, el demandante tiene el plazo de diez días, como máximo, para ofrecer medios de prueba pertinentes a tales hechos.
- Hechos invocados al contestar la reconvencción. Cuando al contestar la reconvencción el demandante-reconvenido expone afirmando nuevos hechos, el reconviniente tiene diez días para ofrecer los medios probatorios concernientes a tales hechos.

## 3. DISIMILITUDES ENTRE HECHOS NUEVOS Y NUEVOS HECHOS

En nuestro ordenamiento procesal civil se regulan los hechos nuevos y los nuevos hechos, con significados procesales distintos o son disímiles en cuanto a los sujetos, los actos procesales y la oportunidad.

### 3.1. Hechos nuevos (art. 429 del CPC)

Son los que tienen relación con la pretensión contenida en la demanda o en la reconvencción, que llegan a conocimiento de los justiciables con posterioridad a la interposición de la demanda o de la reconvencción. Los hechos nuevos deben tener relevancia jurídica en vinculación con el objeto de la pretensión que se litiga, vale decir, son hechos que tienen operatividad después de interpuesta la

demanda, pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir, así como también para los hechos nuevos mencionados por el demandado al contestar la demanda o reconvenir. Significa una vez integrada válidamente la relación jurídica procesal entre las partes.

### 3.2. Nuevos hechos (art. 440 del CPC)

Tienen operatividad cuando en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvencción se alegan o afirman hechos que no fueron expuestos en tales actos procesales. Los nuevos hechos deben emerger de la contestación a la demanda o de la contestación a la reconvencción. Ante estas circunstancias de orden procesal la otra parte puede ofrecer los medios probatorios pertinentes a los nuevos hechos. En síntesis, los nuevos hechos surgen cuando al contestar la demanda o la reconvencción se invocan hechos no alegados o 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.

Se desprende de las disimilitudes que en el proceso civil no son sinónimos hechos nuevos y nuevos hechos. Si mantienen vinculación es porque ambas emergen de la pretensión que contiene la demanda o la reconvencción, pero son diferentes en los sujetos, actos procesales y oportunidad. En consecuencia, queda fijada que entre hechos nuevos u nuevos hechos no existen similitudes, pues los actos procesales en los que son invocados o alegados, la oportunidad para invocarlos y los sujetos procesales son distintos.

En síntesis, entendemos que i) los hechos nuevos son posteriores a la interposición de la demanda o son los desconocidos al tiempo de interponerse la demanda, en cambio ii) los nuevos hechos, son cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas.

## 4. OPORTUNIDAD PROCESAL

Demandante y reconviniante en el tratamiento de los nuevos hechos tienen la oportunidad para exponerlos: el demandado al contestar la demanda y el demandante al contestar la reconvencción. 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 tales hechos. En consecuencia, el demandante y el reconviniante no pueden contestar los nuevos hechos invocados, puesto que procesalmente no existe contestación a la contestación ni



reconvencción contra la reconvencción sino ofrecer los medios probatorios referentes a tales hechos.

## 5. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA NORMA PROCESAL EN EXAMEN (ART. 440 DEL CPC)

### 5.1. El principio de congruencia

Nos resulta innegable que existe conexión entre los nuevos hechos introducidos por las partes en el proceso como expresión del poder dispositivo –del que deriva la congruencia– que ostentan para contestar la demanda o la reconvencción las que deben mantener congruidad con el objeto del litigio, la pretensión. Hechos que serán debatidos para determinar su veracidad a mérito de los medios probatorios ofrecidos con pertinencia a tales nuevos hechos. Hechos que deben mantener congruencia con el resultado, vale decir, debe haber conformidad entre los hechos que fundamentan la pretensión con los pronunciamientos del fallo. Las alegaciones de nuevos hechos están vinculados estrechamente con el principio dispositivo que anima con asiduidad el proceso civil o es “la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima. Vale decir que la congruencia debe verificarse en tres planos: los sujetos del proceso, los hechos y el objeto del juicio (la pretensión o pretensiones deducidas)” (PEYRANO, 1993: p. 64). Contrario sensu se llegaría a producir la incongruencia en cuanto se genere un manifiesto desajuste entre las pretensiones contenidas en la demanda o la reconvencción y la sentencia o resolución final, generándose una resolución, v. gr., *extra petita* (otorga lo no pedido), *ultra petita* (otorga más de lo pedido), o *citra petita* (omite pronunciarse sobre alguna pretensión).

### 5.2. La igualdad de las partes en el proceso

El rigor y vigor del principio de igualdad de las partes en el proceso nos conduce a opinar que habrá que concederle al demandado la posibilidad de superar sus errores como también los tiene su contrario. Esto significa que, “para asegurar el equilibrio en el proceso judicial, es preciso que quienes allí concurren en defensa de sus intereses gocen de oportunidades y condiciones de igualdad para exponer y defender sus posturas con relación a las cuestiones problemáticas que los vinculan. Asimismo, las cargas y responsabilidades que emergen a partir del proceso deben recaer sobre todo los implicados sin discriminación” (ROJAS GÓMEZ, 1992: p. 264).

El principio de igualdad en el ámbito del proceso es una manifestación del principio general de *igualdad ante la ley*, consagrado en el artículo 2.2 de la

Constitución del Perú, como derecho fundamental de la persona humana. Este principio se manifiesta en la igualdad jurídica de toda persona, que en el ámbito jurídico-procesal toma el significado de igualdad jurisdiccional, vale decir, en el ámbito del derecho procesal toma la imperatividad para normar que toda persona humana goza de igualdad jurídica, sin distingo alguno, sino en igualdad de condiciones entre los justiciables, como en la ocasión que nos ocupa, en cuanto al derecho por una parte a alegar nuevos hechos y el derecho de la otra parte a ofrecer medios probatorios para su probanza. Se afirma que por el principio de igualdad “las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones” (CALAMANDREI, 1973: p. 418).

### 5.3. Principio de preclusión procesal

Desde la perspectiva procesal se define como la consumación de la actividad procesal por su realización o por el transcurso del plazo establecido para su realización. Las diferentes etapas del proceso, cada una por la actuación de las partes o por el término o plazo vencido, precluye o se cierra; así, la etapa postulatoria con la contestación, debe precluir para pasar a la otra etapa que es la probatoria, luego a la decisoria y, a su turno, a la ejecutiva. Los ofrecimientos de medios de prueba fuera de la etapa postulatoria rompe el principio *mutatio libelli*. Es procesal y legal que al presentar una demanda, el actor está orientado por el principio dispositivo para elaborar la demanda con la pretensión fundamentada en los hechos violatorios del derecho y la argumentación jurídica idónea, y los demás requisitos que establece el artículo 424 del CPC, una vez presentada la demanda en forma y de acuerdo a ley, el actor no puede modificarla ni ofrecer medios probatorios igual ocurre con la parte contraria, contestada la demanda e interpuesta reconvencción, por mérito del principio de preclusión, que clausura o cierra la etapa postularia, en armonía con la prohibición de la *mutatio libelli*, que evitar la indefensión que puede provocar en el demandado cualquier modificación de las pretensiones formuladas en la demanda. Sin embargo, al respecto, no existe ninguna vulneración del principio aludido, pues la invocación de hechos nuevos y nuevos hechos extemporáneos son la excepcionalidad a la alegación de hechos fuera de la etapa postularia, que no vulneran la prohibición indicada por razones de equidad e igualdad de las partes en el proceso.

### 5.4. Principio de economía

Es la onerosidad que no solo debe preocupar al justiciable sino básicamente al propio Estado en imprimir una política de servicio de justicia con absoluta igualdad para las partes en proceso. El proceso que es “un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. “Una necesaria

proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso. Son de aflicción de este principio las siguientes: a) simplificación en las formas de debate, en cuanto a los proceso de menor importancia económica se debaten en método oral; b) limitación de las pruebas, es decir, las pruebas onerosas (por ejem., un perito) se simplifican reduciéndose al nombramiento de un experto; c) reducción de los recursos, en cuanto al número de instancias es siempre menor en asunto de menor cuantía, y, d) economía pecuniaria, las costas y gastos de justicia son normalmente menores en los asuntos modestos” (COUTURE, 1978: p. 189).

## 6. MEDIOS PROBATORIOS

El artículo que nos ocupa alude: “(...) ofrecer los medios probatorios (...)”, referentes a la probanza de los nuevos hechos, en consecuencia veamos brevemente sobre el tema. Todo ofrecimiento de medio probatorio debe reunir elementos como la legalidad, oportunidad y pertinencia que hagan viable su admisión y actuación. El plazo legal para el ofrecimiento de los medios probatorios por la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada tipo de proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a los nuevos hechos. En consecuencia, el medio probatorio ofrecido debe mantener pertinencia con el nuevo hecho invocado, la oportunidad procesal para su ofrecimiento, en todo caso, no puede pasar de diez días desde el día siguiente de notificado. El demandante y el demandado se limitan solo al ofrecimiento de medios probatorios referentes a los nuevos hechos expresados en la contestación a la demanda y en la contestación a la reconvencción. Jurídico procesalmente no existe contestación a la contestación ni reconvencción contra la reconvencción (*reconventio, reconventionis*).

## 7. LEGITIMACIÓN

Por un lado, existe la legitimación sustancial o del titular del derecho controvertido (parte sustancial) y, de otro, el ejercicio directo de ese derecho sustancial en el proceso que le corresponde al que tiene la aptitud o la capacidad de ejercerlo o es el que va ejercitar aquel derecho sustancial, que viene a ser el legitimado procesal (parte procesal). En consecuencia, se llega a establecer que “la *legitimatío ad processum* se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal” (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 293). De lo que resulta que toda persona tiene legitimación *ad causam*; pero no toda persona tiene legitimación *ad processum*.

Legitimación de las partes para la alegación de nuevos hechos radica en i) el demandado al contestar la demanda, y en ii) el demandante al contestar la

reconvención. Por ende, el actor o el reconviniendo, tienen la legitimación de conformidad con lo que establece el artículo 440 del CPC, para debatir los nuevos hechos con los medios probatorios pertinentes y oportunamente ofrecidos.

Dicho de otra manera, toda persona tiene derecho de goce o de derecho, pero no toda persona tiene la capacidad de ejercicio para hacer valer su derecho por sí misma. En el caso comentado –nuevos hechos– la legitimación *ad processum* esta dada, en cambio la legitimatio *ad causam*, la tiene el actor-demandante y el actor-reconviniendo. Suponen que los sujetos en mención deben tener una situación personal que les permita contar con una expectativa cierta de la sentencia, esto indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión (no es de la acción, de la demanda ni de la reconvención). La legitimación en la causa (*ad causam*) se vincula con la posibilidad de obtener una sentencia sobre las pretensiones demandadas, y desde luego de gran utilidad a los denominados contradictorios necesarios.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

PEYRANO, Jorge (1993): *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea; PEYRANO, Jorge (1995): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurídicas; CALAMANDREI, Piero (1984): *Derecho Procesal Civil, Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; COUTURE, Eduardo J. (1974): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*, tomos I y II. Buenos Aires: Universidad; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1983): *Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte general*. Bogotá: Temis.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): “Actos procesales”. En: *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal; CARLI, Carlo (1962): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. actualizada. Argentina: Abeledo-Perrot; MICHELI, Gian A. (1970): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: EJEA; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1992): “Delimitación entre hechos y actos procesales”. En: *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediar; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): “Sujetos procesales”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel; ARAZI, Roland (1999): “Actos procesales”. En: *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal; REDENTI, Enrico (1955): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: EJEA.

**Artículo 441**

**Sanción por juramento falso**

*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.*

---

*Nerio González Linares*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 424, inciso 4 del CPC, mantiene concordancia con el artículo en comentario, con respecto a la regulación del requisito, que la demanda debe contener, consistente en la dirección domiciliaria del demandado. Si el demandante ignora o desconoce dicha dirección debe expresar en la misma demanda tal circunstancia, bajo juramento, el cual se entenderá prestado con la presentación de la demanda. Todo demandante está en el deber de elaborar la demanda con técnica, orden, precisión y claridad que exprese los requisitos de admisibilidad de la demanda, previstos en el artículo 424 del CPC, es más, con el razonamiento lógico de los hechos que fundamentan la pretensión que contenga.

En el supuesto de que el demandante haya incurrido en omisiones o errores, se da la posibilidad de ser rechazada la demanda por infracción u olvido de los requisitos que debe contener, y la consecuencia es su inadmisibilidad (art. 426 del CPC), si esta figura se presentara, es decir, que la demanda no contenga los requisitos legales (art. 424 del CPC), el juez otorgará al demandante un plazo no mayor de diez días para que subsane la omisión o el defecto. Si el demandante no cumple con lo ordenado por el juez, este rechazará la demanda y ordenará el archivamiento del expediente.

**2. LA DIRECCIÓN DOMICILIARIA DEL DEMANDADO**

Si el demandante ignora el domicilio del demandado, la ley procesal dispone (art. 424, inc. 4 del CPC), que se expresará esta circunstancia bajo juramento, el

cual se entenderá prestado con la presentación de la demanda. Así como es imprescindible que se sepa quién demanda, igualmente es necesario que el demandado deba estar debidamente identificado por su nombre y su dirección domiciliaria. El objeto de este requisito está en que el emplazado debe ser el mismo contra quien está dirigida la demanda a través del órgano jurisdiccional, y se pueda determinar la legitimidad pasiva para obrar.

El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar (art. 33 del CC). El emplazamiento del demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real (*rectius*, dirección domiciliaria), si allí se encontrara (art. 431 del CPC). Entiéndase por nombre el prenombre y los apellidos (art. 19 del CC).

Hablar procesalmente de la dirección domiciliaria del demandado es referirse al domicilio real o donde vive habitualmente, y con el propósito de fijar o determinar la competencia del juez, apersonarse en el proceso señalando domicilio procesal (oficina o el estudio jurídico del abogado), desplegar el ejercicio del derecho fundamental de defensa, etc. La exigencia del nombre y dirección domiciliaria del demandado implica que al momento de demandar a una persona (natural o jurídica) se le debe de identificar o *individualizar* con precisión. En el supuesto que se incumpla con el requisito que comentamos, la demanda pondría en juego su inadmisibilidad. El nombre del demandado debe estar conforme al Documento Nacional de Identidad (DNI). La dirección domiciliaria inequívoca del demandado tiene directa relación con una debida notificación personal con la demanda, auto admisorio y anexos (emplazamiento).

Es importante la designación del domicilio del demandado a efecto de que la notificación con la demanda y sus anexos tenga toda validez, es deber del juzgador cuidar que no se afecte el derecho de defensa, que tiene jerarquía de derecho fundamental y humano, máxime que todo ello además, representa una de las garantías del debido proceso. El acto procesal de la notificación es válido cuando se notifica al demandado con la demanda, auto admisorio y anexos, el propósito es que el demandado adquiera pleno conocimiento de las piezas procesales en mención o que el demandado conozca a plenitud la existencia del proceso que se le ha iniciado, y pueda proceder con la defensa adecuada de sus derechos. En consecuencia:

- a) En todo ello juega papel importante que la demanda contenga la dirección domiciliaria del demandado, o en su caso que el juramento prestado sobre el desconocimiento de dicha dirección, sea con base en la verdad.
- b) Como consecuencia se tendrá un emplazamiento con la garantía del proceso justo.

- c) 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 del CPC bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal (art. 435 del CPC).
- d) Ahora bien, si se acredita que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron o distorsionaron la verdad respecto a la dirección domiciliaria del demandado (que fue consignado bajo juramento –art. 424.4 del CPC–), se procederá con remitir 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, esto último si uno de los dos fuese abogado (art. 441 del CPC).

Si se ignora el domicilio del demandado debe especificarse esta situación en la demanda, bajo juramento o promesa de que se han agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se la debe notificar, a fin de que se proceda de acuerdo con la segunda parte del artículo 435 del CPC, emplazándose al demandado a través de edicto bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal. Si la afirmación del demandante o de su apoderado, sobre el desconocimiento de la dirección del demandado, resulta falsa, inexistente o espuria o en su caso pudo haber ubicado el domicilio del demandado, entonces habrá faltado a la verdad. En esta circunstancia, si la falsedad es manifiesta el juez declara la nulidad de lo actuado.

### 2.1. Importancia

Consignar la dirección domiciliaria y el domicilio procesal del demandante es tan importante como trascendente para el proceso, en esta misma medida lo es consignar la dirección del demandado. Con respecto a esta última dirección fijarla con determinada precisión es toda una carga del demandante, puesto que procesalmente sirve para determinar la competencia territorial, y para la notificación individual del demandado con la demanda y sus anexos, es más, depende de la designación precisa del domicilio que el acto procesal de la notificación tenga plena validez; asimismo, de la exacta fijación de la dirección domiciliaria del demandado depende que el emplazamiento procesal se constituya en el punto de partida del derecho a un debido proceso, igualmente de la correcta determinación del domicilio real del demandado depende que la integración de la relación jurídica procesal entre las partes se oriente la litis a una plena garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, de tal suerte que de la dirección domiciliaria exacta y de la notificación válida con la demanda depende que el demandado asuma válidamente su derecho de defensa. Sin duda que el demandado debe ser emplazado en forma y de acuerdo a ley.

### 3. DEL JURAMENTO

La palabra juramento (lat. *iuramentum*), desde su semántica acorde a Derecho, tiene las acepciones siguientes: 1. Afirmación o negación de algo, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas. 2. Voto o reniego. 3. Aquel con que se afirma la verdad de algo presente o pasado. 4. Aquel que una parte exige de la otra en juicio o fuera de él, obligándose a pasar por lo que esta jurare. 5. Aquel cuyas afirmaciones solo son aceptadas como decisivas en cuanto perjudican al jurador. 6. El que el juez toma de oficio o a pedimento de la parte. El verbo *jurar* (Lat. *iurāre*), desde el DRAE es: 1. Afirmar o negar algo, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas, 2. Someterse solemnemente y con igual juramento a los preceptos constitucionales de un país, estatutos de las órdenes religiosas, graves deberes de determinados cargos, etc., 3. Echar votos y reniegos, y 4. Asegurar con juramento lo que se sabe que no es verdad.

El juramento como fenómeno histórico emergió desde los dogmas religiosos (v.gr., el católico), como la mejor garantía o seguridad de la verdad prestada en forma solemne mediante la invocación a Dios como testigo de la verdad de una afirmación o como un no categórico a la mentira. El juramento realza los deberes y su validez es eterna o divina.

Prestar juramento levantando el nombre de Dios legitima la verdad o asegura que no se miente. Esto, a su vez, condena la hipocresía, la mentira, la falsedad y la sutil estrategia de aparentar un comportamiento ético-moral, que desde los fariseos era tentada mediante falacias y circunloquios, profanando el nombre de Dios. Hoy, prestar juramento o la promesa de honor, simplemente, en su generalidad, es para encubrir la mentira, el fraude o el engaño. Dios y la promesa de honor son puestos en segundo plano, sin tener en cuenta que el juramento es la fe incólume puesta en Dios y prestar promesa es una expresión de consciencia que fundamenta el proceder de los hombres. Si el demandado es una persona jurídica debe consignarse su denominación completa, con indicación de su domicilio real donde tiene sus actividades principales

La norma procesal civil (art. 424, inc. 4 del CPC), expresa "(...) bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda. La que mantiene estrecha vinculación con el segundo mandamiento que prohíbe el juramento en falso. Prestar juramento o jurar es tomar a Dios por testigo de lo que declara la parte o el testigo, perito, etc. Cumplir con el mandato de la norma jurídica bajo juramento es invocar la verdad poniendo como testigo a Dios". En la Biblia se expresa: "que el juramento compromete el nombre del Señor. 'Al Señor tu Dios temerás, a él le servirás, por su nombre jurarás'" (Dt 6, 13). Asimismo: "y no juraréis falsamente por mi nombre, profanando así el nombre de tu Dios. Yo Jehová" (Levítico: 12). El no acatar el juramento prestado, para decir la verdad solamente



la verdad, es cometer perjurio. El cual constituye una grave transgresión a la fe en Dios, es la burla al Señor que es dueño de la verdad divina. En el CPC se alude al juramento en sus artículos 165, 202, 269, 424, 441 y 582.

Sin embargo, el juramento como declaración solemne de lo cierto, la verdad o la exactitud de la realidad, poniendo como testigo a Dios, hoy, para la mayoría, solo es un mero formalismo. Ante esta circunstancia la norma jurídica (por ejem., el art. 441 del CPC), procede contra el perjurio con las sanciones (civil y penal) pecuniarias (multa) o penales respectivas disponiendo que el juez remita copia de lo actuado al Ministerio Público para la investigación del delito cometido y al Colegio de Abogados para la sanción por falta contra la ética profesional (abogado).

#### 4. LA VERDAD Y EL FALSO JURAMENTO

El artículo 441 del CPC, alude: "Si se acredita que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a *la verdad* respecto de la dirección domiciliaria del demandado (...)". Aquí se toma a la verdad como contenido del juramento, en concordancia con el artículo 424, inciso 4 del CPC. Aspecto normativo que nos conduce brevemente a saber que la verdad (conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa) y la falsedad (falta de verdad o autenticidad o falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas), se contraponen. Sin duda el contenido del juramento es la verdad o para decir la verdad y solo la verdad, en el sentido, que el demandante o su apoderado o ambos desconocen totalmente la dirección domicilia del demandado.

En la dogmática procesal moderna la verdad formal o jurídica ha pasado a un segundo plano, porque el juez ya no puede conformarse con la pobreza de esta; lo exacto es que "la verdad en cuanto tal es una noción ontológica, objetiva; alcanzarla significa obtener una adecuación de la idea que se tiene de la realidad, con la realidad misma: estará en posesión de la verdad, quien sostiene estar en lo cierto, haber alcanzado el estado de certeza con respecto a algo, considera tener la firme convicción de haber obtenido la verdad, de poseerla. Pero con esto no pueden considerarse conceptos formales que solo son apariencias de verdad; esquemas dispuestos para afirmar una realidad respecto de lo que no es real o viceversa" (CLARÍA, 1991: p. 150). En el comentario sobre la verdad formal o procesal y la verdad material u objetiva se considera que "los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una verdad, formal (o judicial o procesal) que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado habría una verdad material (o histórica, empírica o, simplemente, verdad) referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas

judiciales. Es habitual también distinguir entre la verdad relativa, que es típica del proceso, y una verdad absoluta, que existiría en algún lugar fuera del proceso” (TARUFFO, 2008: p. 24). Sin duda, estamos de acuerdo con que existe una verdad formal o jurídica o como se dice procesal, pero también existe una verdad real u objetiva fundada en la realidad que verifican lo tangible de los hechos.

Rápidamente se puede despejar que “la distinción entre verdad formal y verdad material constituye una expresión nominal correlativa de la díada ‘materia-forma’. Ante todo interesa tener presente, como también tratar de esclarecer, la vinculación que pueda existir entre la ‘verdad jurídica objetiva’ y aquellas textualizaciones, especialmente por el uso que, a veces indiscriminado, ha hecho la doctrina y la jurisprudencia” (BERTOLINO, 1990: p. 30). Es habitual también distinguir entre la verdad formal o relativa, que es típica del proceso, y una verdad absoluta o real, que existiría en algún lugar fuera del proceso. Sin duda estamos de acuerdo con que existe una verdad formal o jurídica o, como se dice, procesal, pero también existe una verdad real u objetiva fundada en la realidad que verifican lo tangible de los hechos.

De la norma procesal civil contenida en el artículo 424, inciso 4 del CPC, se tiene que, si el demandante ignora la dirección domiciliaria del demandado, esta circunstancia se entenderá realizada con la presentación de la demanda. En otras palabras, la parte debe manifestar expresamente y bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien demanda. En consecuencia, la oportunidad de presentar dicha circunstancia es expresando en la demanda, que pese a las investigaciones hechas para obtener con precisión la dirección del domicilio real (persona natural) o la de sus actividades principales (persona jurídica), no ha podido obtenerse dicha dirección, desde luego, todo bajo juramento (juró por Dios), el cual es la formalidad para que el acto tenga validez, en cumplimiento del requisito previsto en el artículo 424, inciso 4 del CPC, concordante con el artículo 426, inciso 1, del mismo cuerpo legal.

Con respecto a la forma, esta reviste de seguridad jurídica al acto procesal –la forma da validez al acto–, es la que otorga objetividad a los actos de las partes y también a los del juez. Existen actos procesales con formalidades de observancia categórico-imperativa, como los requisitos de la demanda, vale decir, son actos *estrictamente formales*. Los actos que no conllevan aquella imperatividad, son los *meramente formales* y aquellos que no requieren revestirse de formalidad son los *no formales*. La forma constituye el elemento externo de la estructura del acto procesal, al respecto se tiene que, “es la conformación objetiva de lo declarado, plasmada en las circunstancias de modo, lugar y tiempo que prevé la ley para la mayor eficacia procesal del acto en función de su destino. Tanto la formalidad como la documentación de la actividad son garantía de seguridad jurídica, favoreciendo la tutela de los intereses comprometidos en el proceso” (CLARÍA, 1990: p. 88).

## 5. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO PARTE EN EL PROCESO

El artículo 441 del CPC, hace mención expresa al demandante y demandado, que no son sino partes en el proceso jurisdiccional. El efecto cardinal de las relaciones jurídicas lo constituye la satisfacción de los derechos y la ejecución de las obligaciones en ellos comprendidos, y que normalmente en su desenvolvimiento debe producirse al margen del derecho procesal. Pero cuando estos son incumplidos se hace necesario un procedimiento mediante el cual se restaure el derecho lesionado o perturbado, medio que no es otro que el proceso, a través del cual el sujeto de la relación jurídica privada sustancial, que ve negado o lesionado su derecho, ejercita su derecho de acción con la pretensión pertinente ante el órgano jurisdiccional contra el que le negó o lesionó su derecho, de esta manera queda fijada la posición de los sujetos de la relación jurídico-material en el proceso (mérito), quienes se van a constituir en lo que la dogmática y la norma procesal los reconoce con la denominación de partes. Al respecto con mucha lucidez se informa que “parte es aquel que pide en nombre propio (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida” (CHIOVENDA, 1990: p. 5). De otro lado se explica que “el concepto de parte es pura y exclusivamente procesal, viniendo determinado por la noción de pretensión, y esta ha de distinguirse en absoluto del concepto análogo de derecho material” (GUASP, 1968: p. 169). Desde luego no es lo mismo hablar de parte procesal que de parte sustancial o material. Al respeto con acierto se hace el deslinde entre parte y sujeto, para no crear confusión, cuando se explica que “[l]a parte sujeto de la litis o del negocio pasa a ser también sujeto del proceso, en el sentido de que es una de las personas que hacen el proceso, y junto a la noción pasiva se perfila la noción activa de ella. La palabra parte tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusiones, al sujeto de la litis se lo denomina parte en sentido material; y al sujeto del proceso, se lo llama parte en sentido procesal” (CARNELUTTI, 1973: p. 174).

La noción de parte se halla circunscripta al área del proceso, entonces, es parte quien reclama, o frente a quien se reclama la protección jurisdiccional de una pretensión, o sea, quienes de hecho intervienen o figuran en el proceso como sujetos activos y pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia de que revisitan o no el carácter de sujetos legitimados, lo cual constituye un requisito de la pretensión. Si esta, la parte, no se encuentra legitimada, ocurrirá que su pretensión será rechazada. En consecuencia, solo es parte quien actúa en nombre propio (o en nombre de quien se actúa), de modo que quien es parte en el proceso está ligado con la legitimidad para serlo en la forma activa o pasiva, con otras palabras, requiere tener legitimidad que lo identifique con aquel a quien la ley le otorga el derecho para accionar con una pretensión determinada.

## 6. APODERADO JUDICIAL

El apoderado judicial es la persona natural o física que asume la representación de uno o varios litigantes dentro de proceso o actuación judicial determinada. Veamos algunos aspectos operativos en la designación del apoderado y las formalidades en su otorgamiento.

Se nombra un apoderado judicial para ser representado dentro de proceso, sin perder la capacidad para comparecer por sí solo al proceso y disponer de los derechos que en el proceso se debaten. Se puede designar o nombrar a una o más personas para que ejerzan una representación indistintamente, asumiendo cada apoderado la responsabilidad por los actos procesales que realice. Lo que también indica que no es válida la actuación de apoderados conjuntos, lo cual solo será posible cuando haya allanamiento, transacción o desistimiento de la pretensión.

El requisito para ser apoderado judicial es tener la misma aptitud o la capacidad para comparecer por sí mismo en un proceso judicial. La aceptación del poder por el apoderado es el mérito de su ejercicio. El poder para intervenir en un proceso representando a la parte sustancial y procesal, puede ser otorgado únicamente mediante escritura pública o por acta ante el juez del proceso. El poder para pleitos no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.

Las facultades que el poderdante puede otorgar al apoderado, ya sea por escritura pública o por acta ante el juez, son de carácter general o especial (o ambas conjuntamente en el mismo documento que contenga el poder). Las facultades generales para ejercer el mandato serán para los actos taxativamente señalados en el artículo 74 del CPC, y las especiales de conformidad al artículo 75 del mismo cuerpo procesal. En el otorgamiento del poder, sea este general o especial, rige el *principio de literalidad*, es decir, solo se tendrán como facultades que debe ejercer el apoderado todo lo que expresa y literalmente conste en la escritura pública o en el acta; consecuentemente, no se pueden presumir las facultades otorgadas para la representación. Es decir, se requiere otorgar facultades especiales para realizar los actos de disposición de derechos sustantivos y todos los demás que se señalan en el artículo 75 de la Ley Procesal Civil.

## 7. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES, ABOGADOS Y APODERADOS

El artículo 441 del CPC alude expresamente a las partes (demandante y demandado) y al apoderado, como sabemos con ocasión del juramento falso prestado por el actor o su apoderado en el acto de la demanda, mintiendo que desconoce la dirección domiciliaria del demandado. Al respecto la norma procesal antes citada guarda concordancia con el capítulo VIII, artículos 109 a 112 del CPC (modificado

por la Ley N° 26635), que regula los deberes y las responsabilidades de las partes, de los abogados y de los apoderados, que pueden generarse en un determinado caso concreto. Poner al descubierto la mala fe procesal del demandante, de su abogado o apoderado, conlleva un típico abuso de derecho, ejerciendo irregularmente el derecho fundamental de la acción.

Son deberes de las partes, abogados y apoderados, los siguientes: proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; no actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; guardar el debido respeto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia, concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales, prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal (art. 109 del CPC). Las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria (art. 110 del CPC). La responsabilidad de los abogados está determinada expresamente en la norma procesal civil. Cuando el juez considere que el abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar (art. 111 del CPC).

## 8. DE LA MULTA

La palabra multa deriva del latín *multa*, significa sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero, en el caso de la multa que nos ocupa, es la multa en el ámbito judicial civil. En Derecho, desde su semántica, es “la que se reitera por plazos determinados para compeler al infractor al cumplimiento de la obligación que desatiende” (véase el DRAE). En el artículo 441 del CPC se habla que si se acredita que, el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a la verdad –juramento falso– con respecto a la dirección domiciliaria del demandado, el juez remitirá lo actuado al Ministerio Público y al Colegio de Abogados respectivo. En la segunda parte señala que, 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 del CPC, el cual regula el ejercicio irregular del derecho de acción civil.

En la doctrina se define la multa judicial como “la que imponen los magistrados con el objeto de reprimir a los funcionarios, empleados y auxiliares de justicia por las faltas cometidas con motivo de la tramitación de las causas ante los distintos órganos jurisdiccionales. Esta sanción puede alcanzar a los letrados, procuradores, litigantes y otras personas que obstruyen el curso de la justicia o que cometieran faltas en las audiencias, escritos, comunicaciones de cualquier índole lesivas a la autoridad, dignidad o decoro de los magistrados” (DE SANTO, 1995: p. 231). La multa que nos ocupa tiene vigor de conformidad con los artículos 424, inciso 4, y 441 del CPC. Sin duda, la multa a la que alude el artículo 441 del Código en mención, debe ser observada en concordancia con el artículo 109, inciso 1, del mismo Código, básicamente se sustenta en el proceder o la actitud del demandante, apoderado o abogado al crear la ruptura total de los principios de probidad, veracidad, buena fe y lealtad, que en muchos individuos, dentro de la administración de justicia, es moneda corriente, más aun en los tiempos actuales, como es público y notorio la falta de ética y moral van degradando la dignidad humana.

### **8.1. La liquidación de la multa. Procedimiento**

A modo de corolario podemos decir que la imposición de la multa que nos ocupa, como también en la efectividad del procedimiento de liquidación, se deben cumplir las características de la multa judicial, como son:

- a) La legalidad (solo procede con base en la ley).
- b) La jurisdiccionalidad (la impone solo el juez en un determinado caso concreto).
- c) La proporcionalidad (la multa debe estar dentro de los límites mínimos y máximos que señala la ley, para su aplicación).
- d) La personal (en la resolución debe indicarse a la persona o personas obligadas del pago de la multa, la que debe recaer solo en el infractor o infractores).

Si la multa se aplica a varias personas (demandantes), en la resolución debe precisarse las que están obligadas al pago, de manera proporcional. En consecuencia el artículo 441 del CPC, debe aplicarse en consonancia con el numeral 422 del Código en mención, que expone: “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”. Asimismo se debe advertir el artículo 423 del mismo Código, que señala: “La multa deberá 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”.



#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1973): *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA; CHIOVENDA, Giuseppe (1989): *Principios de Derecho Procesal Civil*. México: Cárdenas; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1990): *Derecho Procesal*, tomos I y II. Buenos Aires: Depalma; DE SANTO, Víctor (1992): *El proceso civil*, tomo I. Buenos Aires: Universidad; GUASP DELGADO, Jaime (1968): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid-España: Aguilar; TARUFFO, Michele (2008): *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons.



#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERTOLINO, Pedro J. (1990): *La verdad jurídica objetiva en los diversos procesos judiciales*. Buenos Aires: Depalma; CALAMANDREI, Piero (1968): *Estudios sobre el proceso civil*, tomos I y III, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA; CAPELLETTI, Mauro (1974): “Libre valoración de la prueba”. En: *Proceso, ideología y sociedad*, trad. de Sentís Melendo, S. y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA; CARNELUTTI, Francisco (1956): *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, trad. de Sentís Melendo, S. Buenos Aires: EJEJA; COLOMBO CAMBELL, Juan F. (1981): “Apreciación de la prueba”. En: *Nuevas orientaciones de la prueba* de Sergio Dunlop Rudolffi, Jurídica de Chile; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2014): *Neoprocesalismo. Proceso civil eficaz*. Lima: ARA; PODETTI, J. Ramiro (1954): “Los sujetos del proceso y sus auxiliares”. En: *Tratado de la competencia*, tomo II. Buenos Aires: Ediar; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): “Sujetos procesales”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel; TARUFFO, Michele (2006): *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello. México; TARUFFO, Michele (2010): *Simplemente la verdad*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti. Buenos Aires: Marcial Pons; TARUFFO, Michele (2009): *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 3ª ed. Madrid: Trotta; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; WACH, Adolf (1958): *Conferencia sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de E. Krotoschin. Buenos Aires.



#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es fundada la nulidad si se demuestra fehacientemente que el accionante conocía el domicilio actual de los encausados y no como falsamente adujo en su oportunidad. El juez no puede convalidar la falsedad, debiendo aplicar las sanciones de ley, más aún, si los demandados han solicitado la nulidad en la primera oportunidad que tuvieron para hacerlo (*Exp. N° 1524-99*).

## TÍTULO II

### CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

#### Artículo 442

#### Requisitos y contenido de la contestación a la demanda

*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; L.A. art. 39; L.P.T. art. 19; L.O.P.J. arts. 184 inc.10, 288 inc.10, 290.*

*Beatriz A. Franciskovic Ingunza*

#### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho de contradicción está vinculado inseparablemente con el principio político del respeto a la libertad individual que orienta y fundamenta todo el sistema de la democracia política y con el no menos importante de la igualdad de las personas ante la ley; porque sin él se sometería a los demandados a los efectos de una sentencia, que puede afectar su libertad jurídica, sin darles la



oportunidad de defenderse y con marcada desventaja frente al demandante (DEVIS ECHANDÍA, 2009).

“La contestación de la demanda se presenta como uno de los actos principales del proceso” (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 575). Con la contestación de la demanda se materializa el derecho de defensa del demandado, específicamente el derecho al contradictorio.

Así como el demandante usa la demanda para plantear su litigio, formular sus peticiones y perseguir una sentencia favorable, así también el demandado tiene un instrumento similar para oponer sus defensas, aclarar el litigio y pedir la desestimación de las pretensiones del primero (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 575).

El derecho de contradicción al igual que el derecho de acción, “tiene, pues, un origen claramente constitucional, exista o no texto que lo consagre, y se funda en principios fundamentales del derecho procesal” (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 248).

La contestación de la demanda se funda en la “garantía constitucional de la legítima defensa en juicio” (BACRE, 1996: p. 422), en “el principio del contradictorio (...) derivado del principio de la dignidad de la persona humana, por que en el proceso el hombre no debe ser considerado un mero objeto, sino asumir un rol activo de sujeto procesal” (DO PASSO CABRAL, 2010: p. 261), en el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, el de ser oído—escuchado— en el proceso, sin duda el “contradictorio significa audiencia bilateral (...) derivado del atributo jurisdiccional de la vocatio, la citación es la llamada del demandado a responder a la demanda del actor, integrando la relación procesal e instaurando el contradictorio. Es uno de los actos más importantes actos procesales, referido como consecuencia directa del justo proceso (DO PASSO CABRAL, 2010: p. 264).

El derecho de contradicción surge por el ejercicio de la acción al ponerse en movimiento la jurisdicción, sin que requiera acto ni consentimiento o voluntad del demandado, desde el momento que la demanda es admitida y él figura como sujeto pasivo de la pretensión en ella contenida (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 246).

El demandado al contestar la demanda viene a ser el sujeto pasivo de la pretensión interpuesta por el demandante, pues persigue una sentencia que desestime lo pretendido por el demandante; empero, es sujeto activo de su derecho de contradicción y el Estado sería el sujeto pasivo. El juez es quien debe escuchar a las partes, solicitar que expresen lo conveniente que le informen de lo sucedido para así, de ser el caso, dichas expresiones debidamente acreditadas o que le hayan causado convicción sean incorporados o incluidos en la decisión.

MONROY citado por (LEDESMA, 2009: p. 929) afirma que: “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, señala LEDESMA que: “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. ALCANCES DEL DERECHO A LA CONTRADICCIÓN

El derecho de defensa del demandado se manifiesta con el contradictorio, es decir, con la presentación de la contestación de la demanda. “La contestación de la demanda ‘es el acto jurídico procesal del demandado, quien compareciendo al llamado de la jurisdicción, pide se rechace la pretensión deducida por el actor, para evitar cualquier sujeción jurídica’” (BACRE, 1996: p. 421). No toda contradicción significa oposición, sino que es una manera de ejercitarlo.

“Contradecir significa expresarse contrariamente, en el sentido opuesto. La expresión literal del principio en las lenguas de origen latina brinda una connotación que obstaculiza la comprensión real de su exacta extensión (...). Aunque clásicamente definido como un derecho de las partes, y ligado a la contraposición de argumentos antagonísticos, el contradictorio asume actualmente límites más extensos, viendo ampliada su concepción, como se verá, en el sentido que comporta el deber de colaboración de las partes y el de una participación activa del juez en el debate judicial” (DO PASSO CABRAL, 2010: p. 262).

Sin duda, la expresión contradecir denota en primer término el de oponerse, sin embargo, precisaremos que no toda contradicción significa oposición. El contradictorio no solo se limita a una simple respuesta o reacción por parte del demandado sino que también denota el ejercicio del derecho de expresarse, comunicar e informar lo pertinente así como el poder influenciar en el resultado del proceso, ya que el juez debe escuchar a ambas partes del proceso y pedir a ambas la colaboración con la justicia.

“Se entiende por oposición el acto de voluntad del demandado que manifiesta de alguna manera su resistencia a la pretensión del demandante, proponiendo defensas de cualquier naturaleza, en busca de una sentencia que le sea favorable, o de que no haya proceso. Oposición y defensa, en sentido general, son sinónimos, e incluyen desde la simple negación del derecho y de los hechos hasta las excepciones previas o de fondo. Se excluye de este concepto la imcomparecencia del demandado, su actitud meramente pasiva, sin negar ni aceptar las pretensiones del

actor, y el caso del allanamiento, lo mismo que la reconvencción; en los primeros casos no hay oposición ni defensa, y en el último existe un ataque separado dentro del mismo proceso, con pretensión propia. La oposición no es el derecho de contradicción, sino una de las maneras de ejercitarlo; este persigue una sentencia y aquella una sentencia favorable (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 264).

Sin duda, que “el objetivo principal del contradictorio es ofrecer la oportunidad de reaccionar a los actos desfavorables” (DO PASSO CABRAL, 2010: p. 265), pero también, “el principio del contradictorio representa la garantía máxima de informaciones y de manifestación de las partes interesadas en la litis, que se pueden con él proteger contra las decisiones arbitrarias que son pronunciadas sin la participación de aquellos que pueden sufrir sus efectos” (DO PASSO CABRAL, 2010: p. 278).

Por medio del ejercicio del derecho de contradicción se permite que el demandado sea oído y escuchado. El demandado tiene una “pretensión propia que oponer a la del demandante y que está en contradicción con ella (la de obtener sentencia que rechace las pretensiones del demandante y resuelva favorablemente sus excepciones si las formula)” (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 249).

Es así que advertimos por un lado, que el demandado, al contestar la demanda se defiende de la pretensión o pretensiones expuestas por el demandante, y puede hacerlo contradiciéndolo, negándose u oponiéndose o también puede allanarse y, o reconocer lo pretendido por el demandante y en algunos casos “podrá contraatacar a través de la reconvencción, planteando en el mismo juicio una pretensión” (BACRE, 1996: p. 423) contra el actor y, o hasta no contestar la demanda. Mientras, que por otro lado, también por medio de la contestación de la demanda, manifiesta sus posiciones, expresa lo pertinente y con ello informa al juez sobre lo sucedido, por lo que en cierta medida influye en las decisiones que tomará el juez. “El juez, al interior de sus prerrogativas funcionales, puede considerar errados los argumentos usados por las partes, pero debe, por cuanto concierne al derecho de influencia, tomarlos en consideración, haciendo mención expresa de las tesis propuestas por los sujetos procesales” (CABRAL, 2010: p. 270).

“La contestación tiene para el demandado la misma relevancia que la demanda para el actor porque fija el alcance de sus pretensiones: por eso, implica el ejercicio de una acción, ya que busca, como la demanda, la tutela del órgano jurisdiccional. Con la contestación queda integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales debe versar la prueba y recaer la sentencia, de cuyos términos no podrá apartarse bajo pena de incurrir en incongruencia y la que absolverá o condenará al demandado según el estado de cosas en la época de la demanda y la contestación, sin tener en cuenta, en principio, las modificaciones que se hubiesen operado

durante la tramitación del juicio, ya que ni el actor podrá variar su demanda ni el demandado sus defensas” (BACRE, 1996: p. 421).

### 3. MANIFESTACIONES DEL DERECHO AL CONTRADICTORIO

Siguiendo a (DEVIS ECHANDÍA, 2009: pp. 252-254) el demandado puede asumir diversas actitudes en el ejercicio de su derecho de contradicción, a saber:

- a) Una meramente pasiva, de espectador del proceso, sin comparecer ni contestar la demanda para manifestar su opinión o voluntad, ni designar apoderado que lo haga en su nombre (esto ocurrirá cuando le es indiferente la pretensión del actor, sea o no la persona legitimada para contradecirla, o cuando está de acuerdo con ella, pero no desea manifestarlo).
- b) Otra menos pasiva, cuando interviene en el juicio y contesta la demanda, pero sin asumir una actitud en favor ni en contra de las pretensiones del actor, como cuando manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se prueba y la ley determine, sin plantear defensas ni alegar pruebas.
- c) Una expresa aceptación de las pretensiones del actor, o sea de allanamiento a la demanda, al contestarla, lo que puede ocurrir cuando el efecto jurídico-material perseguido por el demandante no puede conseguirse por un acto de voluntad del demandado, razón por la cual el proceso es necesario, no obstante la ausencia de oposición.
- d) Una de oposición y defensa negativa, cuando interviene y contesta la demanda para negar el derecho material del actor y los hechos y de donde pretende deducirlo o exigirle su prueba o negarle su legitimación en causa e interés para obrar, o cuando posteriormente asume esta conducta si se abstuvo de contestarla y la ley no presume por ello su allanamiento o aceptación, pudiendo solicitar y practicar pruebas con ese fin, pero sin oponerle otros hechos que conduzcan a paralizar o destruir la pretensión (en cuyo caso hay defensa u oposición, pero no existen excepciones).
- e) Una más activa de oposición positiva, que no se limita a esas negaciones, sino que lleva el debate a un terreno distinto mediante la alegación y prueba de otros hechos que conducen a desvirtuar la pretensión del demandante, sea temporalmente o para ese proceso, pero que no impiden plantearla en otro posteriormente, por no constituir la sentencia cosa juzgada, o bien de manera definitiva, total o parcialmente, en forma que la sentencia produzca efectos de cosa juzgada.

- f) Una similar a la anterior, de positiva defensa, pero enderezada a atacar el procedimiento por vicios de forma para suspenderlo o mejorarlo, como cuando alega la falta de algun presupuesto procesal, (...) o reclamando la nulidad de lo actuado.
- g) Contraatacando o contrademandando mediante reconvencción, para formular pretensiones propias contra el actor, relacionadas con las de este o con las excepciones que se le oponen.

#### 4. CONSECUENCIAS DE NO CONTESTAR LA DEMANDA

La contestación de la demanda constituye una carga para el demandado ya que de no hacerlo se le declararía rebelde. La carga constituye un imperativo jurídico. “La contestación de la demanda dentro del término legal constituye una carga procesal para el demandado, en cuanto su omisión puede crearle una situación desfavorable dentro del proceso” (BACRE, 1996: p. 422).

“Los imperativos jurídicos han sido clasificados en 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. Los deberes, obligaciones y cargas aparecen en todos los campos del orden jurídico. Pero en el proceso esas tres formas de imperativos jurídicos se presentan con caracteres bien acentuados y visibles. (...) La carga procesal puede definirse 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. En ese sentido, la noción de carga se diferencia claramente del derecho. En tanto que el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio (facultad de contestar la demanda, de producir prueba, de alegar de bien probado) la carga es una conminación o compulsión a ejercer derecho. Desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos, a *doublé face*; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular. Pero este puede desembarazarse de la carga, cumpliendo. (...) en la carga

insatisfecha solo nace un perjuicio el que debe asumir la conducta establecida en la ley” (COUTURE, 2010: p. 173).

## 5. REQUISITOS PARA CONTESTAR LA DEMANDA

La contestación de la demanda como todo acto jurídico procesal debe ser interpuesta en los plazos señalados por la ley. En los procesos de conocimiento el plazo para contestar la demanda es de 30 días hábiles contados a partir del día siguiente de ser notificados con la demanda, en el proceso abreviado es de 10 días y en el proceso sumarísimo de 5 días. El no contestar la demanda dentro del plazo establecido genera “el mismo efecto que la no contestación” (BACRE, 1996: p. 423).

La contestación de la demanda también debe cumplir con determinados requisitos de forma y requisitos sustanciales referidos al contenido de la contestación de la demanda, los mismos que se encuentran establecidos en el artículo en mención: Es así que pasaremos a explicar cada uno de ellos.

### 5.1. Requisitos de forma

- a) Como todo escrito que se presenta al proceso debe cumplir con los requisitos señalados en los artículos 130, 131 y 132, así como anexarse tantas copias simples del escrito como de los anexos que deban ser notificados.
- b) También debe observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda. En este sentido debe presentarse ante el juez donde se ha interpuesto la demanda. Si el demandado aún no se ha apersonado al proceso o no haya presentado escrito alguno, debe consignar su nombre completo, documento de identidad, dirección domiciliaria y cumplir con señalar domicilio procesal. En el caso haya delegado poder de representación se debe consignar todos los datos del representante así como indicar con qué poder cuenta para poder litigar. Posteriormente debe indicar de qué manera viene a contestar la demanda (negando y contradiciéndola, allanándose o reconociéndola).
- c) Debe exponerse los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara. Es importante que el demandado manifieste su defensa de manera ordenada, clara y precisa, para de esa forma facilitar su absolución al demandante y contribuir con en el juez en el entendimiento del caso en aras de obtener un sentencia debidamente motivada y fundamentada.
- d) Ofrecer los medios probatorios; al respecto el demandado debe cumplir con precisar cada uno de los medios probatorios que ofrece debiendo señalar qué pretende demostrar con cada uno de ellos.

- e) Cumplir con incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, como consignar el nombre completo, colegiatura y firma del abogado. En el caso que el demandado sea analfabeto el secretario respectivo certificará su huella digital.
- f) El acompañamiento de cédulas de notificación y la constancia del pago del arancel judicial respectivo por ofrecimiento de pruebas.

## 5.2. Requisitos sustanciales referidos al contenido de la contestación de la demanda

- a) 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.

El demandado debe cumplir con dar respuesta a cada uno de los hechos señalados por el demandante, pues, la respuesta no clara o de manera ambigua, difusa o genérica puede ser tomados o entendidos por el juez como reconocimiento o aceptación a ellos.

En este sentido, siguiendo a Aldo BACRE, precisaremos que el demandado debe admitir o no cada uno de los hechos expresados por el accionante. La admisión efectuada por el demandado puede ser expresa y, o tácita, puede negar los hechos, u omitir pronunciamiento alguno, dar una respuesta evasiva o una genérica negativa de lo pretendido por el demandante.

a.1) *Admisión expresa y/o tácita*: Frente a cada uno de los hechos expuestos por el demandante el demandado debe admitirlos o negarlos “independientemente de la introducción de otros hechos constitutivos, impositivos o extintivos que avalen su defensa. Un deber de probidad procesal obliga al demandado a admitir aquellos hechos que no puede negar categóricamente, sea porque ha concurrido personalmente a su producción, sea porque tenga una obligación de tener conocimiento de ello. (...) La admisión puede ser expresa: cuando, en un proceso contencioso, una parte acepta como ciertos unos o varios hechos determinados, que han sido alegados por el contrario. En estos casos, el hecho no debe ser probado por quien lo alega, quedando fuera del campo probatorio. La admisión expresa a su vez se divide en: simple, admisión lisa y llana del hecho y calificada: cuando a la admisión del hecho se le agrega una causa de exculpación; en este caso, el demandado debe probar la eximente” (BACRE, 1996: p. 423). Ejemplo de admisión simple: cuando el demandado admite que no cumplió con la realización de un servicio específico o cuando admite que debe tres meses de

arrendamiento. Ejemplo de admisión calificada: si señala que no cumplió con el servicio debido al incumplimiento de otro debe probar este extremo.

La admisión es tácita cuando “de conformidad con la norma legal, el juez interpreta como aceptación de los hechos afirmados por una parte el silencio, las respuestas evasivas o las negativas meramente generales de la contraria” (BACRE, 1996: p. 428).

a.2.) *Negación de los hechos*: “La negación de los hechos debe ser hecha en forma categórica y circunstanciada, no alcanzando la mera negativa general. Esta carga que la ley impone al demandado es la contrapartida de la que exige al actor por la relación de sus hechos en la demanda. El demandado no está obligado a expedirse hecho por hecho de la demanda, ni a efectuar un catálogo de negativas, alcanza con que se pronuncie sobre los hechos fundamentales o esenciales sobre que versa el litigio. Igualmente, sí el demandado efectúa una versión fáctica diferente de la realizada por el actor implica una negación de todos los hechos en ella incluidos, salvo los que expresamente admita. (...) La simple negativa de los hechos, efectuada en forma categórica, determina la inversión de la carga probatoria, es decir, será el actor quien tendrá que demostrar la certidumbre de sus afirmaciones. Diferente es la solución si el demandado alega, a su vez, hechos constitutivos, impositivos o extintivos, como fundamento de su defensa, en esto casos deberá probarlos” (BACRE, 1996: p. 429).

a.3) *La omisión de pronunciamiento - el silencio*: “La admisión tácita queda configurada, según vimos, por el silencio, las respuestas evasivas y la negativa en general que efectúa el demandado frente a los hechos afirmados por el actor. (...) El silencio que contempla la norma analizada, es distinto del derivado de la rebeldía. (...) en estos casos se ha resuelto que el silencio debe ser interpretado como una fuente de presunción simple, debiendo el juez, en oportunidad de dictar sentencia ateniendo a la naturaleza del proceso y a los demás elementos probatorios que surjan de él, establecer si es o no susceptible de determinar un fallo favorable a la pretensión del accionante. (...) El estado de conciencia del juez frente al silencio es el de considerar que quien no responde es porque, lógica y psicológicamente, no puede negar un hecho que le es adverso” (BACRE, 1996: p. 429).

a.4) *Respuestas evasivas*: “es otra forma de admisión tácita de los hechos afirmados por la contraria. Las respuestas evasivas, ambiguas o vagas son formas tortuosas empleadas por el demandado para eludir la carga procesal que le impone la ley de expedirse en forma concreta y categórica sobre los hechos afirmados por el actor. Es decir no niega ni admite el hecho, sea porque manifiesta que se le desconoce, sea porque manifiesta que estará



a lo que pruebe el actor. Manifestaciones improcedentes cuando el hecho que se afirma es personal del demandado o debió tener conocimiento del mismo” (BACRE, 1996: p. 429).

a.5) *La negativa genérica*: se refiere “a la negativa meramente general que efectuó el demandado, ya que no se cumple con el imperativo legal de responder categóricamente sobre cada uno de los hechos afirmados” (BACRE, 1996: p. 429).

- b) 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.

El actor con la demanda, acompañará toda la prueba documental de que quiera valerse y que se halla a su disposición, la cual puede estar formada por instrumentos públicos, privados emanados del demandado o de terceros, copias de cartas, telegramas, etcétera. El demandado tiene el deber de reconocer o desconocer los documentos que se le atribuyen, pero puede manifestar ignorancia respecto de los documentos emanados de terceros (BACRE, 1996: p. 430).

En el caso de instrumentos públicos no es suficiente el desconocimiento, sino la impugnación sea argüida de falsos por la vía civil o penal. En el caso de los instrumentos privados podrá alegar que carecen de autenticidad solicitando reconocimiento. En el caso de cartas o telegramas tiene la obligación de manifestar si las recibió o no. Asimismo se exige que el demandado se pronuncie por cada uno de los medios probatorios ofrecidos por el demandante, en este sentido, debe expresar si los reconoce y, o en su caso negar la autenticidad o la recepción de documentos que aduce el demandante le haya enviado. El no pronunciarse por cada medio probatorio podrá ser tomado como aceptación de la autenticidad o de la recepción de dichos documentos

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BACRE, A. (1996): *Teoría general del proceso*, vol. II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COUTURE, E. J. (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Ibdéf; DEVIS ECHANDÍA, H. (2009): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Colombia: Temis; CABRAL, A. (2010). “El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 16; LEDESMA NARVÁEZ, M. (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 2ª ed., vol. I. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 443 | Plazo de la contestación y reconversión**

*El plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 445, 478 inc. 5, 491 inc. 5, 523.*

***Beatriz A. Franciskovic Ingunza***

El plazo para contestar la demanda, como el de formular la reconversión, se encuentra taxativamente señalado por la ley y varía de acuerdo a la vía procedimental que corresponda. Los plazos procesales se computan por días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de la demanda y, en su caso, de la reconversión.

Cabe precisar que solo procede interponer reconversión en los procesos cognitivos que se tramitan en las vías procedimentales de los procesos de conocimiento y abreviado, siendo improcedentes en los procesos sumarísimos, conforme lo dispone el artículo 559 del CPC. En los procesos abreviados tienen un “carácter restrictivo”, según lo prescribe el artículo 491 del citado cuerpo normativo, conforme al cual no cabe reconvenir en asuntos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación de áreas y linderos, y responsabilidad civil de los jueces; en los demás casos no es admisible, aun cuando solo existe norma prohibitiva expresa referida a los casos de los procesos sumarísimos y no contenciosos (MARTEL CHANG, 2009: p. 75).

Conforme lo señala la doctrina “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.[...] 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” (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: p. 932).

** BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 2ª ed., vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; MARTEL CHANG, Rolando (2009). “La reconversión y sus retos en casos concretos”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).

**Artículo 444 | Anexos de la contestación a la demanda**

*A la contestación se acompañan los anexos exigidos para la demanda en el artículo 425, en lo que corresponda.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 425, 565; L.P.T. art. 19.*

***Beatriz A. Franciskovic Ingunza*****1. INTRODUCCIÓN**

Según lo establece el artículo 425 del CPC, aplicable a la demanda y a la contestación de la misma por remisión del artículo bajo comentario, los anexos a adjuntar han sido agrupados en dos: i) anexos que acreditan la identidad e identificación del demandado o de su representante; y ii) anexos de cada medio probatorio. Los anexos se adjuntan con copias simples del escrito de contestación y también con copias de cada anexo de acuerdo al número de demandantes que existan.

**2. ANEXOS QUE ACREDITAN LA IDENTIDAD E IDENTIFICACIÓN DEL DEMANDADO**

Estos anexos se encuentran detallados en los incisos 1 al 4 del citado artículo 425 del CPC, y son los siguientes: i) copia legible del documento de identidad del demandado y, en su caso, del representante; ii) el documento que contiene el poder de iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado; iii) los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandado, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas; y iv) los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandado, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso.

De ser el primer escrito que presenta el demandado al proceso –como por ejemplo cuando se apersona sin contestar la demanda con el propósito de interponer cuestiones probatorias-tachas u oposición a los medios probatorios ofrecidos por el demandante–, debe cumplir con anexar copia legible de ambas caras de su documento de identidad, con la respectiva constancia de haber sufragado en las últimas elecciones del proceso electoral que corresponda.

Si el demandado no actuara directamente en el proceso y lo hiciera a través de un representante, quien lo hará en su nombre y representación de sus intereses,

deberá cumplir con adjuntar el original del acta del poder otorgado ante el juez, o el original o copia certificada del poder otorgado por escritura pública ante notario.

Si el demandado fuese una persona jurídica, se deberá cumplir con adjuntar copia del poder vigente del representante respectivo.

Y, de ser el caso, el demandado deberá acreditar la calidad de heredero que ostenta, con copia certificada de la sucesión intestada o del documento que corresponda en cada uno de los supuestos especificados en el inciso 4 del artículo 425 del CPC.

### 3. ANEXOS DE CADA MEDIO PROBATORIO

Estos anexos se encuentran referidos en el inciso 5 del artículo 425. El demandado deberá anexar un documento por cada medio probatorio que ofrezca. Si el demandado no dispusiera de algún medio probatorio, debe describir su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentra y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.

Por ejemplo, en el caso de ofrecer la declaración de parte del demandante, deberá adjuntar un solo pliego interrogatorio de preguntas en sobre cerrado. De ofrecer la declaración de testigos debe cumplir con adjuntar los pliegos interrogatorios de preguntas en sobre cerrado de acuerdo al número de testigos propuestos. De ofrecer instrumentales debe adjuntar los originales o copia de los mismos. De ofrecer como medio probatorio la existencia de un expediente administrativo o judicial en trámite, debe cumplir con adjuntar copias certificadas de este. Y en el caso de un expediente fenecido debe acreditar su existencia con una notificación o sentencia dictada en el proceso que corresponda a dicho expediente.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY GÁLVEZ, J. (1996): *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 2ª ed., vol. I. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien uno de los requisitos de la contestación de la demanda es el ofrecimiento de medios probatorios, empero el hecho de que no se acompañen los documentos que los sustenten, esto es los anexos correspondientes a lo ofrecido, no incide en los presupuestos de inadmisibilidad de la misma, sino que sus efectos recaen sobre la acreditación de lo expuesto (*Cas. N° 1456-99-Arequipa*).

**Artículo 445****Reconvencción**

*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;  
L.G.S. art. 146; L.O.P.J. art. 184 incs. 10 y 11.*

***Beatriz A. Franciskovic Ingunza*****1. INTRODUCCIÓN**

La reconvencción es aquella institución que contiene una pretensión autónoma del demandado dirigido contra el actor, que guarda conexidad con la pretensión de este invocada en la demanda, pero no la contradice. No se plantea aparte sino dentro del mismo proceso, lo cual implica que tanto el demandante como el demandado originarios tengan a la vez la categoría procesal contraria (HINOSTROZA MINGUEZ, 2003: p. 886).

La reconvencción es una nueva demanda, completamente independiente de la originaria, y está autorizada por razones de economía procesal, para evitar un doble litigio entre las mismas partes (ALSINA, 1957: p. 665).

“Es la petición que deduce el demandado contra el demandante, en el mismo juicio, al contestar la demanda, ejercitando cualquier acción ordinaria que contra

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.

este le compete. Se llama también mutua petición por razón de que ambas partes se demandan mutuamente en un mismo juicio, tanto que cada una de ellas reúne el doble carácter de demandante y demandado, y están obligadas a contestar mutuamente ante el juez que tome conocimiento de la primera demanda” (MANRESA Y NAVARRO, 1881: p. 117).

“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. (...) 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” (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: p. 934).

“Entre nosotros la reconvencción tiene lugar solo en algunos de los procesos regulados por el CPC. En efecto, la reconvencción puede proponerse en los procesos de conocimiento y abreviado, siendo en este último caso de carácter restrictivo, según lo prescribe el artículo 491 del citado texto normativo –conforme al cual no cabe reconvenir en asuntos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación de áreas y linderos, responsabilidad civil de los jueces– en los demás casos no es admisible, aun cuando solo hay norma prohibitiva expresa en el caso del proceso sumarísimo y en el caso de los procesos no contenciosos (MARTEL CHANG, 2009: p. 75).

## 2. REQUISITOS DE FORMA

- a.1) La reconvencción debe presentarse en el mismo escrito de la contestación de la demanda y como todo escrito de demanda debe cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 424 y 425 en lo que corresponda.
- a.2) Para que la demanda sea admitida, la pretensión o pretensiones que solicite el demandado en su calidad de actor, contra el demandante, en su calidad de demandado, debe ser de competencia del mismo juez que viene conociendo el proceso así como debe tramitarse en la misma vía procedimental.
- a.3) 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.

Es decir, previamente a que el demandado pretenda reconvenir, tratándose de pretensiones conciliables, este debe cumplir con recurrir a un centro de conciliación extrajudicial solicitando el inicio de un proceso conciliatorio, consignando la o las pretensiones a conciliar y debiendo cumplir con asistir a dicha audiencia; pues de lo contrario la reconvenición será declarada inadmisibles.

### 3. REQUISITOS DE FONDO

Además de los requisitos de forma establecidos, se exige de manera conjunta, para que la demanda sea declarada procedente, que la pretensión o pretensiones que pretende el demandado tengan conexión con la pretensión solicitada por el actor al interponer la demanda.

Entiéndase por conexión a la relación o vinculación que debe existir entre la pretensión reconvenida con la pretensión o materia demandada así como que los sujetos que intervienen en la pretensión material reconvenida sean los mismos que intervienen en la relación jurídica material demandada.

### 4. TRAMITACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

El traslado de la reconvenición se confiere por el plazo y en la forma establecida para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, H. (1957): *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar; HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2003): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, M. (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 2ª ed., vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; MANRESA Y NAVARRO, J. (1881): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación; MARTEL CHANG, R. (2009): "La reconvenición y sus retos en casos concretos". En: *Actualidad Jurídica*.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La reconvenición 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 reconvenición, 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*).





# TÍTULO III

## EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

### Artículo 446

#### Excepciones proponibles

*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; D.S. 054-97-EF art. 38 lit. b).*

*Martín Alejandro Sotero Garzón*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

El término “excepción” es polisémico (DIDIER, 2009: p. 479; CHIOVENDA, 1949: p. 263). Delimitado como “aquella forma particular de defensa que consiste en un derecho del demandado, y precisamente en un contraderecho tendiente a impugnar y anular el derecho de acción” (CHIOVENDA, 1949: p. 263), también es denominado como “poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha deducido” (COUTURE, 2002: p. 79); y hoy –en la práctica– se llega

a escuchar la locución *excepciones procesales* para restringir su aplicación como defensa de forma.

El artículo 446 del CPC que toca analizar tampoco permite establecer una definición unívoca de qué son y para qué sirven las excepciones. En los comentarios que siguen explicaremos este problema e intentaremos presentar el ámbito operativo de las excepciones como expresiones nominales del ejercicio del derecho de defensa que le asiste al demandado.

## 2. LA NOCIÓN FRECUENTE DE LAS EXCEPCIONES

Las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC debieran ser vistas desde una perspectiva externa e interna.

Desde la perspectiva externa, de acuerdo al artículo 446 del CPC, las excepciones son mecanismos *nominales* y taxativos a través de los cuales el demandado ejerce su derecho de defensa (MONROY, 1994: pp. 120-121). De tal modo, de acuerdo a la primera disposición normativa del artículo 446 del CP, en el proceso civil peruano solo podrían oponerse las excepciones contempladas en dicha norma, lo cual no ha sido ajeno a la crítica (ARIANO, 2011: p. 82).

Bajo la perspectiva interna nos preguntamos por la función que cumplen las excepciones en el proceso.

Una respuesta podría deducirse, siguiendo a COUTURE por ejemplo, de una clásica división de las excepciones: i) la proposición de las excepciones dilatorias “tienden a dilatar o postergar la contestación de la demanda” y si tuvieran éxito permitirían corregir errores que dificultarían la emisión de la sentencia, evitar un proceso inútil o nulo o a asegurar el resultado del juicio; ii) las excepciones perentorias “se emiten sobre el fondo mismo del asunto y se deciden en la sentencia definitiva”, tienen que ver sobre el fondo de la controversia y “a diferencia de las dilatorias, su numeración no es taxativa” ni “se deciden *in limine litis*”; y iii) las excepciones mixtas, “funcionando procesalmente como dilatorias, provocan, en caso de ser acogidas, los efectos de las perentorias” (COUTURE, 2002: p. 92 y ss.).

Pero tal respuesta resultaría inaplicable al régimen del CPC debido a la ausencia de disposiciones que permitan diferir la contestación de la demanda por el solo hecho de proponerse alguna excepción (ARIANO, 2011: p. 81 y ss.).

De tal suerte, las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC se han definido a partir de los conceptos que cada una de ellas involucraría. Se afirma entonces a través de ellas se denuncia “que en el proceso no existe o existe pero de manera defectuosa un presupuesto procesal o que no existe o existe pero

de manera defectuosa una condición de la acción” (MONROY, 1994: p. 125); o que son “un medio de defensa ejercido por el demandado con la finalidad de poner de manifiesto la deficiencia o existencia de una relación jurídica (entendemos, procesal) válida, a fin de paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia” (LEDESMA, 2012: p. 6). En complemento, se postula que la excepción: “tiene por objeto conceder al demandado el derecho de complementar las agudas observaciones que el juez nacional realiza al calificar la admisión de la demanda y posteriormente, al estudiar el caso para la declaración de saneamiento del proceso” (MONROY, 1994: p. 129).

### 3. DIFICULTADES INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 446 DEL CPC

Sostener que las excepciones contempladas en el artículo 446 del CPC son mecanismos taxativos a través de los cuales se denuncia la ausencia o defectos de las condiciones de la acción y los presupuestos procesales genera cuestionamientos cuyo abordaje exige definir qué se entiende por condiciones de la acción y presupuestos procesales.

#### 3.1. Condiciones de la acción

Bajo una óptica constitucional del proceso, el término *condiciones de la acción* podría ser confuso (MARINONI, 2009: p. 176). Si la acción importa un derecho fundamental (a la *tutela jurisdiccional efectiva*) que le corresponde al ciudadano, por su sola condición de persona, podría juzgarse equivocado supeditar el goce y eficacia de ese derecho a otras *condiciones* jurídicas (DIDIER, 2009: p. 180). De hecho algunos catalogan a la *institución* como un fantasma jurídico (MAGARIAGA, 2007: p. 283) y proponen dejarla de lado atendiendo también a la complejidad de diferenciar el juzgamiento de *las condiciones* y el juzgamiento del tema de fondo (DIDIER, 2009: pp. 182-183; MARINONI, 2009: p. 182).

Sin perjuicio de ello, el concepto alude a los requisitos de eficacia de la pretensión demandada y exige la presencia de *elementos necesarios* para que aquella “despliegue la eficacia querida en el proceso” (CARNELLUTTI, 1944: p. 25). Se afirma por eso que: “son categorías lógico-jurídicas, existentes en la doctrina y muchas veces en la ley (...) mediante las cuales se admite que alguien llegue a la obtención de la sentencia final. Las condiciones de la acción, de tal suerte, operan en el plano de la eficacia de la relación procesal (...) a falta de una condición de la acción, el proceso se extingue, prematuramente, sin que el Estado de respuesta al pedido de tutela jurisdiccional del actor, esto es, sin juzgamiento de mérito” (THEODORO JÚNIOR, 2014: pp. 330-331).

Las condiciones de la acción son: i) *la legitimidad para obrar* y ii) *el interés para obrar* (MONROY, 1994: p. 124) y también iii) la posibilidad –física y jurídica– de la pretensión (THEODORO JÚNIOR, 2014: pp. 334-335; DIDIER, 2009: p. 180).

### 3.2. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales parten de concebir al proceso como relación jurídica autónoma a la relación jurídica material que se discute en él. El concepto también es objeto de reexamen (MARINONI, 2009: pp. 467-480), pero en nuestro sistema se mantiene vigente.

Se entiende entonces que los presupuestos procesales son “los elementos básicos y necesarios para la existencia de una relación jurídica procesa válida, es decir, sin presupuestos procesales habrá proceso pero estará viciado, será un proceso defectuoso” (MONROY, 1994: p. 122).

La demarcación entre presupuestos procesales y condiciones de la acción es tenue. La remisión a las nociones de validez y eficacia del acto jurídico son necesarias (MORALES, 2006: p. 521 y ss.) para precisar cómo opera cada instituto.

Los presupuestos procesales permitirían evaluar si el proceso, como relación jurídica o acto complejo de formación sucesiva (DIDIER, 2009: p. 216) se instauró o se desarrolló válidamente y derivarían de aquellas “exigencias legales sin cuya presencia el proceso, como relación jurídica, no se establece, o no se desenvuelve, válidamente” (THEODORO JÚNIOR, 2014: p. 351). Las condiciones de la acción permitirían observar “después de establecida regularmente la relación procesal” la presencia o no de los requisitos necesarios para la emisión de una sentencia: “son pues requisitos de eficacia” (THEODORO JÚNIOR, 2014: p. 351).

Los presupuestos procesales contemplados en nuestro sistema procesal civil son: i) la competencia, ii) la capacidad y iii) la representación procesal (MONROY, 1994: pp. 122-123); y también comprenden: i) la existencia de la demanda; ii) la imparcialidad del juez; iii) el respeto a las formalidades procesales; y como presupuestos negativos: iv) la prescripción (*perempção*), v) litispendencia, vi) cosa juzgada y vii) la existencia de convenio arbitral (DIDIER, 2009: pp. 218 y ss.; THEODORO JÚNIOR, 2014: pp. 352-354).

### 3.3. Los problemas interpretativos *iure conditio* del artículo 446 del CPC

Bajo las anotaciones formuladas podemos explicitar que el artículo 446 del CPC impide afirmar en términos absolutos que *la excepción* en ella regulada sea un medio de defensa a través del cual el demandado denuncia la ausencia o déficit de las condiciones de acción o presupuestos procesales.

Es un medio de defensa, sí; nominal y taxativo, también. Pero en estricto: i) por un lado, permite denunciar solo algunas ausencias o déficits sea de las condiciones de la acción o los presupuestos procesales; y ii) por otro lado, también permite denunciar aspectos que tienen que ver con la relación jurídica material o las situaciones jurídicas en cuya tutela se inicia el proceso.

### 3.3.1. La imposibilidad de denunciar la imposibilidad del petitorio

Al contrastarse cuáles son las condiciones de la acción y el contenido del artículo 446 del CPC, se encuentra la primera evidencia de la dificultad de equiparar el término *excepciones* a un medio de defensa que denuncia la ausencia o presencia defectuosa de *las condiciones de la acción*.

Salta a la vista que en base a la vocación *taxativa* del artículo 446 del CPC la *imposibilidad del petitorio* no podría ser denunciada por vía de excepción. ¿Podría entonces sostenerse que el demandado no tendría el *derecho* de colaborar con el juez que –en vía del artículo 427 del CPC– pese a su agudo examen, no habría advertido la imposibilidad de lo que pide el demandado? Una respuesta afirmativa sería incoherente a los fines del proceso e inconstitucional pues restringiría irrazonablemente el ejercicio del derecho de defensa del demandado.

### 3.3.2. La posibilidad restringida de denunciar la falta de interés para obrar y las consecuencias de adoptar una tesis permisiva

Una segunda condición de la acción es el *interés para obrar* a través del cual se evalúa la utilidad del proceso y puede configurarse a dos niveles: i) como *interés para obrar en el medio procesal* y ii) como *interés para obrar en el resultado* (LUISO, 2008: pp. 80-85).

El primer nivel citado permite identificar los casos en los que el *efecto solicitado al juez es inútil* en la medida que “la parte puede obtenerlo por una vía diversa de aquella jurisdiccional” (LUISO, 2008: p. 81), generalmente a través de remedios *materiales*. El segundo –*interés en el resultado*– permite identificar casos en los que si bien los efectos deseados solo pueden ser obtenidos a través del proceso, “dichos efectos no sirven porque dejan a la parte que los pide y los obtiene en la misma situación que antes” (LUISO, 2008: p. 82).

Si, por ejemplo, una persona iniciase un proceso para obtener aquello que el artículo 1427 del CC le permite obtener a través de una comunicación directa a su deudor (*excepción de incumplimiento*), carecería de interés para obrar en el medio. Si por ejemplo, una persona iniciase un proceso para que se le declare propietario

de un bien, registrado a su nombre, cuya titularidad o transferencia nadie le disputa o reclama, carecería de interés para obrar en el resultado.

Pues bien: la posibilidad de denunciar la ausencia o defectos de esta *condición* en vía de excepción tampoco está expresa ni genéricamente concebida en el artículo 446 del CPC, razón por la cual se ratifica la dificultad de acoger una noción unívoca de “las excepciones” en nuestro CPC.

Esta conclusión podría verse parcialmente atenuada si se considerase que la denuncia de *falta de interés para obrar* se materializaría a través de específicas excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC. Tal sería el caso de las excepciones de: i) falta de agotamiento de la vía administrativa, ii) litispendencia, iii) desistimiento de la pretensión, iv) conclusión del proceso por conciliación o transacción, v) de convenio arbitral e incluso, vi) la de prescripción e incluso vii) la de caducidad (MONROY, 1994: pp. 126-128).

Pero dos observaciones obligan a disentir de dicha consideración. La primera se formula a modo de pregunta: ¿qué sucede si existiesen otros supuestos a los establecidos en el *numerus clausus* del artículo 446 del CPC de ausencia de interés para obrar y que el juez no lo hubiera advertido al calificar la demanda? En la práctica, tratándose de aspectos que tienen que ver con *las condiciones de la acción* terminan siendo deducidas al contestar la demanda.

La segunda observación tiene que ver con la consecuencia que derivaría de aquella consideración. A partir de ella se deduciría la inutilidad de distinguir las *condiciones de la acción* de los *presupuestos procesales*. Como hemos visto, los supuestos de desistimiento de la pretensión, conciliación o transacción, cosa juzgada, etc., son comprendidos como presupuestos procesales pero —ciertamente— bajo la tesis en comentario, también suponen la ausencia de interés para obrar. Tenemos entonces que los conceptos que doctrinalmente se distinguieron quirúrgicamente, no tendrían, en la práctica, dicha distinción.

### 3.3.3. La caducidad como aspecto estrictamente *material*

Una última anotación acentúa la dificultad de concebir a las excepciones solo como defensas *formales* dirigidas a refutar la presencia o plenitud de las condiciones de la acción o los presupuestos procesales: el artículo 446 del CPC también contempla, como excepción deducible, la alegación de la *caducidad*.

Sucede que la caducidad remite directamente al examen de la situación jurídica cuya tutela se reclama en el proceso; representa el fenómeno en el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho: “producida la caducidad, no queda una obligación natural subsistente” y en más es regulada por el artículo 2003 del CC (RUBIO, 1997: p. 75; MONROY, 1994: p. 127).

De tal modo, la decisión que se pronuncia sobre esta excepción se pronuncia, en estricto, sobre la posibilidad de la exigibilidad o no del derecho material discutido en el proceso y no sobre aspectos *formales*, razón por la cual queda claro entonces que el artículo 446 del CPC cobija, también como excepción deducible, una defensa “de fondo”.

#### **4. LAS EXCEPCIONES DEDUCIBLES DE ACUERDO AL ARTÍCULO 446 DEL CPC**

Para superarse la dificultad anotada, puede entenderse que el artículo 446 del CPC establece mecanismos nominales y taxativos a través de los cuales el demandado ejerce su derecho de defensa y cuya fundabilidad justifica la emisión de una resolución por la cual el proceso se suspenda o concluya sin un pronunciamiento sobre la fundabilidad de la pretensión.

Dicho esto, resta establecer puntuales aspectos sobre las denominadas excepciones del artículo 446 del CPC.

##### **4.1. La oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda**

La proposición de esta excepción y su acogimiento deben guiarse por el escrupuloso respeto de la garantía constitucional de la defensa.

A través de esta excepción lo que se denuncia es la imposibilidad de identificar en la demanda: “i) quién demanda; ii) a quién se demanda; iii) qué se demanda o iv) por qué se demanda” (MONROY, 1994: p. 126), lo cual debe presentarse a través de una lectura razonable de la demanda.

Sucede que en ocasiones: i) o esta excepción se propone en términos *irrazonables* por los litigantes, quienes pretenden dilatar el proceso sometiendo las exposiciones de la demanda a precisiones terminológicas exageradas o confusiones que ellos mismos *construyen*; o ii) los jueces rechazan esta excepción aduciendo de la posibilidad de *inferir* de las exposiciones de la demanda cierto contenido, sin repararse en que la necesidad de *inferir* se presenta precisamente ante la falta de claridad; o iii) de forma ilegítima, se supedita su análisis a que el demandado precise si denuncia: o *la oscuridad* o *la ambigüedad*, como si entrañasen categorías jurídicas específicas.

##### **4.2. La excepción de incompetencia**

En la proposición así como en el acogimiento de esta excepción debe garantizarse la efectividad de la garantía del juez natural predeterminado por ley.



La competencia supone “la aptitud que tiene el juez para ejercer válidamente la potestad jurisdiccional” aptitud que “está definida en virtud de determinados ámbitos que la ley se encarga de establecer” (PRIORI, 2004: p. 39) tales como: la materia, la función, la cuantía y el territorio o el turno.

Se tiene entonces que a través de esta excepción, el demandado denuncia que el juez que se predispone a analizar la controversia no reúne aquellos requisitos legalmente exigibles para ejercer la potestad jurisdiccional válidamente.

Siendo que, por regla general, las reglas de competencia son imperativas, el hecho de que el demandado no deduzca esta excepción no supone ni el consentimiento ni la subsanación de la incompetencia, salvo en los casos de competencia territorial que es prorrogable (arts. 25 y 26 del CPC).

#### **4.3. Las excepciones de incapacidad, ilegitimidad para obrar y representación**

Junto con la excepción de incompetencia, las excepciones reguladas en los numerales 2), 3) y 6) permite denunciar las irregularidades que se presentan en los elementos subjetivos que deben configurarse en el proceso y por ello es importante identificar el radio de acción que cada excepción involucra.

El adecuado uso de estas excepciones supone la observancia de la garantía del acceso a la jurisdicción, pues determina quién puede actuar o a través de quienes se puede realizar la actividad procesal tendiente a la obtención de tutela jurisdiccional.

##### **a) La legitimidad para obrar**

La legitimidad para obrar alude a la “posición habilitante para ser parte del proceso” y puede ser *ordinaria* o *extraordinaria* (PRIORI, 2004: pp. 68-69; DIDIER, 2009: p. 187). Y en cualquiera de esas categorías puede ser activa (en el caso del demandante) y pasiva (en el caso del demandado).

La legitimidad para obrar ordinaria activa, exige que en la demanda exista una correspondencia entre quien demanda y quien se afirma titular de la situación jurídica lesionada o amenazada y cuya tutela exige al órgano jurisdiccional. La legitimidad para obrar ordinaria pasiva, exige que en la demanda exista correspondencia entre el demandado y quien se alega es el sujeto que debe ejecutar las prestaciones tendientes a satisfacer la situación jurídica o derechos del demandante o quien debe soportar, en su esfera jurídica, las consecuencias inmediatas y directas de la sentencia (THEODORO JÚNIOR, 2014: p. 345).

La legitimidad para obrar extraordinaria se caracteriza por dos aspectos:  
i) el actor alega “defender en nombre propio intereses de otros sujetos

de derecho” (DIDIER, 2009: p. 188), es decir, no es el titular de la situación jurídica alegada en juicio; y ii) la actuación del actor debe estar expresamente habilitada por la ley (PRIORI, 2004: p. 69; DIDIER, 2009: p. 190).

Ejemplo de la legitimidad para obrar extraordinaria activa es el artículo 219 del CC; ejemplo de la legitimidad para obrar extraordinaria pasiva es el artículo 481 del CPC.

#### **b) La capacidad para ser parte y la capacidad procesal**

La excepción de capacidad exige distinguir entre *la capacidad para ser parte* y la *capacidad procesal* (CARRILLO; GLAVE; PÉREZ-PRIETO; PRIORI; SOTERO, 2011: p. 87).

La capacidad para ser parte es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales. Se trata de una noción coincidente con lo que podríamos llamar *sujeto de derecho procesal*, pues solo a ellos se les puede atribuir titularidad de alguna situación jurídica procesal.

Por el contrario, la *capacidad procesal* es la aptitud que tiene un sujeto de derecho –es decir, todo aquel a quien se le reconoce la capacidad para ser parte– para actuar por sí mismo y válidamente las situaciones jurídicas procesales de las cuales es titular.

#### **c) La representación procesal**

Determinados sujetos de derecho –como los menores de edad, por ejemplo– ostentan capacidad para ser partes de un proceso pero su *capacidad procesal* está supeditada a que actúen mediante un representante. Asimismo, algunos sujetos de derecho que ostentan *capacidad para ser parte* como *capacidad procesal*, deciden por conveniencia o necesidad, actuar en juicio a través de representantes.

La representación posibilita que una de las partes actúe en un proceso a través de la actividad procesal realizada por otra persona en su nombre, con lo que todos los actos del representante afectarán al representado (MONROY; 1996: pp. 276-277).

Si imaginásemos una demanda en la cual se demanda al padre de un menor de edad para que cumpla con pagarle a este último los alimentos, debe advertirse que: i) el menor ostenta capacidad para ser parte pero ii) carece de capacidad procesal. Entonces, si el menor acudiese por sí solo a interponer una demanda, puede activarse la excepción de falta de capacidad.

El menor debe actuar representado por alguien (que ostente capacidad procesal). Típicamente, actúa como representante la madre. El artículo 419 del CC otorga facultades de representación a los padres para que actúen en juicio en nombre de sus hijos. Si, por ejemplo, acudiese una persona distinta que no cuente con facultades ni legal ni convencionalmente atribuidas, se activará la excepción de falta de representación o representación defectuosa.

Existe una ley que habilita la actuación de la madre, es cierto. Pero: i) de eso no se deriva que la madre ostente *legitimidad para obrar extraordinaria*, la ley solo la faculta a actuar representando a su hijo y no en nombre propio; en nuestro ejemplo ii) *la legitimidad para obrar es ordinaria*: el menor es el legitimado para obrar ordinaria y activamente mientras que el padre al que se le demanda será el legitimado para obrar ordinaria y pasivamente.

#### 4.4. La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

Esta excepción permite denunciar aquellos casos donde el resultado exigido al proceso civil debería obtenerse, de acuerdo a normas que reglamenten el ejercicio de la administración pública, a través de un *acto administrativo* emitido luego de llevarse a cabo un correspondiente procedimiento administrativo.

La utilidad de esta *excepción* en el proceso civil peruano es cada vez más restringida debido a que en este proceso la mayoría de conflictos derivan de relaciones de *Derecho Privado* y con contenido *personalísimo* o patrimonial. Su aplicación cobra mayor importancia en procesos contencioso-administrativos y constitucionales, donde por regla general la pretensión se dirige a entidades administrativas y las prestaciones exigidas son regidas por el Derecho Público.

Sin perjuicio de ello, la aplicación de esta excepción en el proceso civil peruano plantea la cuestión de si resultaría legítimo aplicar al proceso civil las *excepciones al agotamiento de la vía previa*, entendida como vía administrativa, que contemplan los procesos contenciosos administrativos y constitucionales.

La ponderación de las circunstancias concretas desde la perspectiva del derecho fundamental al acceso a la justicia debería guiar al juez para responder dicha interrogante.

#### 4.5. La excepción de litispendencia

La excepción de litispendencia puede encuadrarse como “una de las principales manifestaciones procesales de la garantía de la tutela judicial efectiva” (MÁLAGA,

1999: pp. 40-41) pues: i) evita que el demandado sea sometido simultáneamente a dos procesos para discutir exactamente lo mismo y ii) preserva, en tal sentido, la efectividad del primer proceso, válidamente instaurado.

Obsérvese que la litispendencia engloba “el conjunto de efectos procesales legalmente preexistentes previstos a favor de una o ambas partes, que se manifiesta durante la pendencia de un juicio con el objetivo de garantizar la eficacia de la futura definición judicial del derecho desde la perspectiva de la duración de dicho juicio, evitando que esta duración perjudique al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los litigantes” (MÁLAGA, 1999: p. 38).

A través de la excepción de litispendencia se procura entonces que un conflicto sea discutido solo en un proceso y no en dos o más de ellos, exigiendo para ello la denominado “identidad de pretensiones”, que “se presenta cuando existe una equivalencia entre todos sus elementos: sujetos, objeto y causa” (RIVAS, 1993: p. 68) sea que se encuentren tramitadas o no en la misma vía procedimental (MÁLAGA, 1999: p. 518).

#### **4.6. La excepción de cosa juzgada**

La noción de *cosa juzgada*, que tiene el valor de principio constitucional (inc. 2 del art. 139 de la Const.), entiende por ella el carácter irrevocable de determinadas resoluciones judiciales y que como tales no son pasibles de ser sometidas a revisión, recursos ni impugnaciones, convirtiéndose en intangibles e inmutables (LOURICO, 2011: p. 66).

Por regla general, la excepción de cosa juzgada está dirigida a preservar la efectividad de la *cosa juzgada material* que implica “la vinculación que produce en otro proceso, respecto del órgano jurisdiccional y de las partes, lo dispuesto en determinadas resoluciones judiciales firmes” (LOURICO, 2011: p. 86), a través de las cuales se emitió una decisión que puso fin a la controversia.

De modo tal, al deducirse como excepción la existencia de *cosa juzgada* se invoca los *efectos negativos* que le son consustanciales a este instituto: lo resuelto con calidad de cosa juzgada es indiscutible y no pueda volverse a discutir sobre lo mismo.

#### **4.7. Excepción de desistimiento de la pretensión; conclusión del proceso por conciliación y de conclusión del proceso por transacción**

Agrupamos en este acápite las excepciones contempladas en los numerales 9) y 10) del artículo 446 del CPC pues tienen de común denunciar la preexistencia de una concreta manifestación de voluntad del demandado, a través de la cual

o ha renunciado o reglamentado la satisfacción de las situaciones jurídicas cuya tutela reclama en el proceso.

Si se verificase que la pretensión planteada en la demanda antes fue: renunciada, conciliada o transigida, se verifica la imposibilidad de que se emita algún pronunciamiento de mérito que establezca si se otorga o no protección a las situaciones jurídicas del demandante en tanto y en cuenta, este o ya renunció a la satisfacción de su interés o ya lo obtuvo a través de un acuerdo directo con el demandante.

Conviene finalmente recordar que, de acuerdo a lo establecido por el *primer pleno casatorio* (Cas. N° 1465-2007-Cajamarca) en vía de excepción son oponibles tanto las transacciones extrajudiciales (formuladas mediante acuerdo privado entre las partes) como las transacciones judiciales (celebradas en el marco de un proceso anterior al proceso donde se propone la excepción y sometidas a la convalidación del juez).

#### **4.8. La excepción de convenio arbitral**

Esta excepción permite reparar el quiebre de un pacto preexistente entre las partes de una controversia, a través del cual precisamente se obligaron a resolver dicha controversia a través de un arbitraje.

Nótese que su regulación como *excepción* tiene consecuencias jurídicas importantes: i) si el juez advierte –al calificar la demanda– la existencia de un convenio arbitral que regiría o comprendería la controversia planteada en la demanda, no puede rechazarla salvo que sea el demandado, quien en vía de excepción, haga valer el convenio; ii) en correspondencia, el demandado tiene la opción de excepcionar o no: si no lo hiciese, se considera que renunció tácitamente al arbitraje que se prometió en el convenio arbitral (art. 18 del D.Leg. N° 1071).

#### **4.9. La excepción de caducidad y la de prescripción extintiva**

En correspondencia con lo señalado en el punto 3.3., la excepción de caducidad supone la oposición al derecho invocado en la demanda, alegándose la desaparición de dicho derecho debido al transcurso del tiempo.

La excepción de prescripción que puede ser propuesta sobre la base del numeral 12) del artículo 446 del CPC funciona de modo semejante a la excepción de caducidad. A través de aquella se opone la inexigibilidad de la tutela reclamada por el actor debido al transcurso del tiempo.

La diferencia fundamental entre ambas excepciones puede distinguirse en la hipótesis en que ninguna de ellas se deduzca: la caducidad puede ser determinada

de oficio por el juez (art. 2006 del CC); en cambio, la prescripción puede ser alegada únicamente por el demandado (art. 1992 del CC), si no la dedujera renunciaría tácitamente al plazo que habría operado a su favor (art. 1991 del CC).

Se ha dicho también que ambas excepciones se distinguirían atendiendo a la naturaleza *sustantiva* de la caducidad y a la *naturaleza* procesal de la prescripción. Pero esto se ha refutado precisándose que: “(...) lo que hace a la prescripción del todo particular (un símil existe con la compensación ex artículo 1288 del CC) es que su alegación no lo es respecto de un hecho (extintivo) acaecido con anterioridad al proceso (como podría ser el pago, la novación, la condonación, etcétera) sino que aquella es en sí misma fuente del efecto extintivo, vale decir, que es el modo usual de ejercicio del poder de provocar la consumación del fenómeno prescriptorio, circunstancia esta que por sí sola no la convierte en un fenómeno procesal, sino más bien en un fenómeno sustancial que se perfecciona (repito, por lo común) a nivel procesal” (ARIANO, 2006: p. 203).

De ello tendríamos entonces que las dos excepciones aquí comentadas no versarían sobre aspectos *formales* del proceso sino que tienen que ver con el *fondo* de la controversia.

## 5. CONCLUSIÓN

Un encuadramiento sistemático de las excepciones del artículo 446 del CPC es inconveniente. Si bien contiene tipos importantes y útiles medios de defensa, su taxativa regulación resulta insuficiente o confusa.

Las excepciones reguladas en el artículo comentado solo pueden ser comprendidas a partir de una intención. Serían concretas alegaciones que permitirían al demandado impedir que se desplieguen todas las actuaciones procesales para que, en lugar de emitir sentencia (absolviéndolo o condenándolo), se ordene subsanar aquello que se sabía defectuoso desde el inicio. Adecuadamente utilizadas, garantizarían el derecho a la defensa del demandado y le permitirían que el proceso sea llevado en un plazo razonable. Utilizadas desproporcionalmente, construirían una barrera ilegítima de acceso a la jurisdicción para el demandado o paradójicamente, lesionarían el derecho de defensa del demandado.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2011): *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. Lima: ARA; ARIANO, Eugenia (s/f). “Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*, N° 33; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. 2, trad. Santiago Sentis Meledendo. Buenos Aires: Uteha;

CHIOVENDA, Giuseppe (1949): *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (1930), vol. 1, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch; COUTURE, Eduardo J. (2002): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1942), 4ª ed. Buenos Aires: Euros; DIDIER, Freddie (2009): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 11ª ed. revisada, Salvador de Bahía: JusPodivum; LEDESMA, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil* (2008), 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LOURICO, Ana María (2011): *La cosa juzgada: su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil española*. Coruña: Tórculo; LUISO, Francesco (2008): “El interés para obrar” (1997) trad. Giovanni Priori. En: AA.VV. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, selección de textos. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP; MAGARIAGA, Luis Eduardo: “Hacia un sistema procesal unitario: ¿el fin de la superstición de las condiciones de la acción?”. En: *Temas de Derecho Procesal peruano*. Arequipa: Adrus; MÁLAGA, Francisco (1999): *La litispendencia*. Barcelona: Bosch; MARINONI, Luiz Ghuillerme (2009): *Curso de proceso civil*, vol. 1. Teoría general do proceso (2006), 3ª ed. revisada, Sao Paulo: Revista dos Tribunais; MONROY Gálvez, Juan: “Las excepciones en el Código Procesal Civil”. En: *Themis - Revista de Derecho* N° 27-28; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo 1, Lima: Santa Fe de Bogotá: Temis - De Belaunde & Monroy Abogados; MORALES, Rómulo (2006): *Teoría general del contrato*. Lima: Grijley; PRIORI, Giovanni (2004): “La legitimidad para obrar. Comentarios al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil”. En: AA.VV. *El Código Civil comentado*, vol. 1, Lima: Gaceta Jurídica; PRIORI, Giovanni (2004b): “La competencia en el proceso civil peruano”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 22; PRIORI, Giovanni; CARRILLO, Santiago; GLAVE, Carlos; PÉREZ-PRieto, Roberto; SOTERO, Martín (2011): *Comentarios a la nueva Ley Procesal del Trabajo*, Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (1993): *Tratado de las tercerías: el proceso de complejo*, vol. 1, Buenos Aires: Depalma; THEODORO JÚNIOR, Humberto (2014): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento* (1985), 55ª ed. revisada. Río de Janeiro: Editora forense.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAROCA, Alex (1998): *La garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch; PRIORI, Giovanni (2003): “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*, N° 26; MATHEUS, Carlos (2001): *Parte, tercero, acumulación e intervención procesal*. Lima: Palestra; MONROY GÁLVEZ, Juan: “La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación”. En: *Ius et Veritas*, N° 10; MONTERO AROCA, Juan: “La legitimación en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Praxis*; VÉSCovi, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La impugnante no precisa cuál de los extremos del precedente vinculante establecido por el Primer Pleno Casatorio resulta aplicable en autos, más aún, si en el mismo se desarrolla el tema de la excepción de conclusión del proceso por transacción, estableciendo como doctrina jurisprudencial que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal, aspecto que dista de la pretensión que se debate en autos, referida a la extinción de la hipoteca (*Cas. N° 2047-2013-Lima*).

**Artículo 447 | Plazo y forma de proponer excepciones**

*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 incs. 3 y 4, 491 incs. 3 y 4, 552, 761 inc. 2.*

*Luis Alejandro Luján Sandoval*

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo *in comento* nos lleva a pensar en la naturaleza de la *exceptio* o excepción. Cabe recordar al respecto, que la *exceptio* es un medio de defensa amplio en el Derecho Romano, —precisamente al tiempo del proceso formulario— la *exceptio* o *praescriptio pro reo*, es un medio generalísimo de defensa del demandado; las fuentes romanistas o textos se presentan espurios frente al instituto, confundiendo ambas voces (AMELOTTI, 1958: p. 16; SCHULTZ, 1960: p. 51).

La excepción, que en un inicio está destinada a incidir directamente sobre el aspecto material del derecho o de la pretensión deducida en juicio, tomará, con posterioridad, un matiz nebuloso bajo el cual quedarán cubiertas ya no solo las cuestiones que inciden directamente en la relación material o el sustrato material jurídico, sino cuestiones relacionadas con los motivos que impiden el inicio de un proceso o juicio.

Solo con del método sistemático y la influencia de la escuela histórica en el Derecho procesal, la *exceptio* llegará a ser vista como la llave maestra para la explicación de la separación analítica entre el derecho material y la acción procesal; creemos que de ahí provengan aquella curiosa frase del maestro uruguayo COUTURE cuando enunciaba que el descubrimiento los presupuestos procesales, a partir de estas, equivalen para la ciencia jurídica procesal lo que la división atómica para la física (COUTURE, 1958: p. 63).

Pues, en ese sentido, la excepción como tal irá a afectar directamente a una tal relación jurídica de tipo procesal, la cual, bajo el pensamiento y óptica de Oskar VON BÜLOW, se presenta como una nueva forma o metaconcepto de origen iusnaturalista (NÖRR; 1993: p. 156), al igual que el negocio jurídico, el cual, en sí —al igual que la primera— presenta el ideario de la relación jurídica, cuya estructura se explicita a través de sus elementos, presupuestos y requisitos.



## 2. OSKAR VON BÜLOW Y LA EXCEPCIONES PROCESALES

La jurisprudencia conceptual, aún enclaustrada en el pensamiento de BÜLOW –al parecer en su primera fase como jurista y producto de la fortísima influencia de la escuela pandectista en el campo procesal (2001: p. 199)– lo conduce a proponer la existencia de una relación jurídica “procesal”, cuya validez puede ser afectada ante la carencia de alguno de los presupuestos que él esboza en su explicación teórica.

Aquellos presupuestos, a los cuales BÜLOW hace referencia, han sido confundidos bajo la denominación común de *exceptio*, que ni el *mos italicus* ni el *mos gallicus* pudieron reparar a fin de evitar aquel escenario de confusión, en tanto la excepción como tal operaba solo en función del aspecto sustantivo. De aquel desfase se tienen las antiguas clasificaciones –erróneas a nuestro parecer– sobre excepciones dilatorias de la solución y dilatorias materiales y/o aquella conocidísima de Bethmann-Hollweg que diferencia entre las excepciones que se refieren a la litis y al proceso.

La razón de ser de la obra de BÜLOW, es llegar a abstraer y/o identificar los presupuestos de aquel concepto denominado “relación jurídica procesal” a partir de la herencia de la tradición romanista mantenido durante el *ius commune* europeo, en lo que respecta a esa rara y/o confusa teoría de las excepciones que se había engendrado.

Solo con el identificar estos presupuestos de aquella relación jurídica procesal, sería posible una diferenciación del plano material –el cual se afianzaba ya con el concepto de relación jurídica– lográndose, por ende, la pretendida autonomía del área procesal.

En ese sentido, bajo la teoría de las excepciones es que BÜLOW pretende desentrañar lo que en verdad debería entenderse como presupuestos procesales, cuestiones, según su ideario, totalmente ajenas al plano material, pues si en principio se pretende diferenciar dos relaciones distintas (material y procesal) es necesario que los denominados “presupuestos” respondan, por un sentido de lógica, a algo distinto de los presupuestos de la relación (material).

Los presupuestos procesales, de esa manera, no podían quedar limitados a la mera disposición de las partes, sino que tenían que sobreponerse al ámbito de aquella disponibilidad, en el sentido de que la formación de la relación procesal, la cual incluye la presencia de un juez designado por el aparato estatal, importa un interés que se expresa en una válida formación de aquella relación de índole procesal. En ese sentido, BÜLOW expresa que, “(...) no se trata de un ajuste privado entre los litigantes, solo influido por intereses individuales, sino de un acto realizado con

la activa participación del tribunal y bajo la autoridad del Estado cuyos requisitos son coactivos y en grandísima parte absolutos” (BÜLOW; 2008: p. 293).

BÜLOW comprendía que al solicitarse la asistencia jurisdiccional del estado se tendría que verificar una composición o constitución perfecta, sin vicios, de una relación jurídica diferente a la de la relación material litigiosa (2008: p. 3). En ese sentido, la relación que se forma tiene un carácter procesal, no obstante, por ser tal la cualidad, presenta análogos problemas y vicisitudes a los que surgieron frente a las relaciones de tipo material.

Bajo el material heredado de las excepciones, BÜLOW sabrá identificar cuáles son las que pueden imputarse como meramente presupuestos de una relación procesal, pues en principio como lo enunciamos la excepción como tal solo puede concebirse como una institución material, cuyo funcionalidad consiste en enervar la pretensión deducida en juicio, en sentido, su contenido está basado en un aspecto singularmente sustancial, pues incide directamente en la pretensión.

### **3. DINAMICIDAD DE LAS EXCEPCIONES EL CPC (PLAZO Y FORMA)**

La relación que guarda la trama antes descrita, es que nuestro CPC, en el artículo bajo análisis sanciona que, al interno del desarrollo del proceso civil, existe solamente una oportunidad para plantear las denominadas “excepciones procesales”, amén de la cantidad de supuestos a los cuales el legislador les denomina excepciones (art. 446 del CPC), tornándose nuevamente, en este último sentido, a esa mezcolanza, la cual confunde lo que BÜLOW había separado y denominado como “presupuestos procesales” de las cuestiones que enervan las pretensiones materiales deducidas en juicio (*exceptiones*).

En ese sentido, teniendo en cuenta el ideario de BÜLOW, el de una relación procesal válida, sobre la cual debe pesar el hecho de verificación (*in limine litis*) de aquellos presupuestos procesales, entonces resulta lógico pensar que esta es un primer paso para entrar al análisis en el juicio de la cuestión material, pues validada una relación procesal, puede darse cabida a la verificación de la cuestión litigiosa (o de fondo).

Sin embargo, si caemos en cuenta, lo sancionado en nuestra codificación procesal civil (art. 446) muestra precisamente aquello que BÜLOW trató de superar y desenredar, es decir, identificar, tras la idea de una relación de tipo procesal distinta a la material, los presupuestos que la conforman.

Si esto es así, bajo la nominación de “excepción” se encontraban los presupuestos de la relación procesal los cuales implican un examen preliminar a efectos de iniciar el juicio sobre el fondo de la cosa deducida en juicio.

En ese sentido, si bien aceptamos que el análisis de los presupuestos procesales corresponde a una fase preliminar en el proceso civil, entonces ¿cómo podemos concordar con el artículo 447 del CPC, cuando de forma genérica nos establece un plazo y una única situación lógica, en las cuales, es posible deducir en juicio los vicios o defectos de la relación procesal, incluso, si dentro de lo que el código procesal sanciona como excepciones (art. 446 del CPC) se encuentran supuestos que atañen directamente a las cuestiones de fondo, y no a esa artificiosa “relación procesal”, a la cual BÜLOW pretende –al mismo estilo que en el concepto del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*)– identificarle sus presupuestos.

De lo antes mencionado, se puede deducir que el CPC ensombrece la naturaleza material de las excepciones, confundiéndolas con los presupuestos procesales o manteniendo una equívoca amalgama, pues los plazos para la deducción de las denominadas –por el código– “excepciones”, a manera de contradicción, están supeditadas a plazos para su interposición.

En principio, se debe tener en cuenta que si se trabaja con una teoría que tiene como piedra angular a la relación procesal –algo de lo que ni siquiera era consciente el legislador– habría que ser coherente en el modo de identificar a los presupuestos de esta y no envolverlos o juntarlos con los supuestos que atañen o afectan la validez de una relación jurídica material.

Esto último es lo que sucede en nuestra codificación procesal, de esa manera, se cree que un vicio o defecto de la relación procesal se trasparenta a través de una prescripción extintiva, de una caducidad argumentada en juicio o que, por otra parte, la legitimidad y el interés para obrar corresponden a la artificial creación de una relación de tipo procesal, cuando en verdad su sustrato gira en torno al derecho sustantivo y, por ende, una cuestión de fondo a decidirse tras la cognición del magistrado.

A nuestro entender, los artículos 446 y el 447 del CPC, contienen la confusión histórica, con la cual tuvo que lidiar BÜLOW para llegar a establecer los presupuestos de la relación procesal.

Teniendo en cuenta el esclarecimiento antes mencionado, el artículo 446 contiene efectivamente, en todo el sentido del instituto, algunas excepciones (prescripción caducidad, legitimidad para obrar [condición de la acción]), las cuales no tienen que someterse a una interposición temporalmente restringida como establece el artículo 447 para los procesos de conocimiento (inc. 3 del art. 478) y abreviado (inc. 3 del art. 491), cuando, en verdad, estas atañen únicamente al nivel sustantivo de lo deducido en los tribunales, y de ahí su carácter como medio de defensa amplio, que bien podría ser aprovechado para una contestación o reconvencción de la demanda y no quedar sometidos al examen para la validez de la “relación

jurídica procesal”, la cual, dicho sea de paso, ni siquiera se condice con la realidad, constituyendo un esfuerzo lógico-exponencial, quebrantable al tratar de trasladar un esquema lógico del negocio jurídico al plano procesal.

Así la cosas, pese al lenguaje confuso utilizado por el legislador se puede entender que en el artículo 446 son solamente excepciones las que atañen al sustrato material o las que evitan la eficacia material del derecho, en tanto las que no tienen esa funcionalidad, por obvias razones, son los presupuestos de aquella relación jurídica procesal.

En concordancia con lo desarrollado *supra*, entendemos que existen dos formas de poder interpretar el artículo 447 del CPC. La primera es teniendo en consideración lo que es un presupuesto procesal, lo que a su vez implica reconocer que el examen de estos ocurre en un momento anterior a la cognición del fondo del asunto en sede judicial, y separar del artículo 446 del CPC, al menos las excepciones de prescripción, caducidad y la legitimidad para obrar, y las restantes considerarlas como objeto de aquello que prescribe el artículo 447 del CPC, en cuanto al plazo, así como a efectos de ser considerado en el examen de la validez de la relación procesal, lo que ya, de por sí, constituye un esfuerzo cognitivo anterior al fondo del asunto.

De esa forma, bajo la nómina de excepciones, en la sistemática del Código Procesal Civil (arts. 446 y 447 del CPC), deben entenderse la reunión de los presupuestos procesales y las excepciones propiamente dichas.

El hecho que los artículos 446 y 447 del CPC, lleven consigo la expresión “excepciones” nada importa a efectos de reconducir la interpretación sistemática de la legislación por un cauce histórico-dogmático, el cual permita comprobar que el verdadero sentido de lo sancionado en esos artículos puede, por una parte, estar relacionado a los presupuestos de la relación procesal y, por otro, a las excepciones materiales, las cuales –hablamos de estas últimas– no son reducibles a una verificación *ex ante* del fondo del asunto, como si serían los presupuestos de una relación procesal. Esto último se refleja, por ejemplo, con un plazo para la interposición de excepciones en los procesos de conocimiento y abreviados (arts. 478 y 493 del CPC), algo que está reservado para verificar si los presupuestos de la relación procesal presenta vicios o defectos.

De lo antes mencionado, si el artículo 447 del CPC, contiene presupuestos procesales y excepciones, entonces, habría que inferir que las excepciones propiamente dichas (enervadoras de la eficacia del derecho material o de la pretensión *in iudicium deductae* [vide *supra*]) no pueden estar reducidas a ser interpuestas, en los procesos de conocimiento y abreviados dentro de un plazo más corto que el de la oportunidad para la contestación o reconvención de la demanda, toda vez

que van directamente a la afectación, no de la relación procesal, sino de lo que se va a decidir en juicio (resolver un conflicto o dilucidar una incertidumbre).

En el sentido expuesto precedentemente, es que el artículo 447 del CPC, debe ser comprendido, a fin de que solamente los presupuestos procesales, y no las excepciones materiales en los casos del proceso de conocimiento y abreviado, puedan ser deducidas dentro de ese plazo anterior al de una contestación o reconvencción de la demanda, desde que no atañen al fondo del asunto.

Sería grave, al respecto, que las excepciones se supediten a una oportunidad o plazo menor al de la contestación o reconvencción, si *prima facie* aceptamos su incidencia en el aspecto material o de fondo a resolver.

De esa forma, la única manera de mantener en vigencia del artículo 447 del CPC, sería interpretándolo en la medida de que, para las excepciones el plazo sancionado no sea clausurativo de la posibilidad para deducirlas en juicio; por ejemplo, si transcurrido el plazo del artículo 447 *las excepciones* –no los presupuestos procesales– no son interpuestas, aun quedaría la opción de que sean introducidas a través de la contestación o a modo de una reconvencción.

Así la cosas, el segundo modo de interpretación del artículo 447 del CPC, sería admitir la antigua clasificación de las *exceptiones* romanas durante el *ius commune* y, seguir literalmente la prescripción del artículo 446 del CPC para concordarla con la del artículo 447 del mismo cuerpo normativo, en el sentido de que, tanto los presupuestos de la relación procesal y excepciones materiales son los mismos y que, si bien, algunas tienen en consideración la litis y otras el proceso mismo, lo importante es deducirlas conforme al plan de los plazos sancionados por nuestro legislador, aun cuando se confunda el fondo del asunto con el medio para resolverlo.

En relación con lo expresado en el párrafo precedente, el legislador ha sancionado plazos dentro de los cuales se deben simplemente interponer, de forma lata, las “excepciones”, en ese sentido:

- Proceso de conocimiento (art. 478 del CPC): dentro de 10 días, contados desde la notificación con la demanda o la reconvencción.
- Proceso abreviado (art. 491 del CPC): dentro de 5 días, contados desde la notificación con la demanda o la reconvencción.
- Proceso sumarísimo (arts. 552 y 554 del CPC): conjuntamente con la contestación de la demanda, en el plazo de 5 días.
- Proceso de ejecución: (art. 690-D del CPC): dentro de 5 días de notificada la demanda (proceso de ejecución de garantías: dentro de 3 días).

El artículo 447, en una segunda parte, prescribe que ante la interposición de una de las excepciones (art. 446) el proceso seguirá su curso normal, sin que ello importe efecto suspensivo del proceso judicial.

Sin embargo, solamente con el auto consentido o ejecutoriado, que resuelve alguna excepción, se puede ver el verdadero sentido de lo que es esta institución, en el extremo de que, por ejemplo, a las excepciones de prescripción, caducidad y legitimidad para obrar –las cuales inciden en la eficacia de la pretensión deducida en juicio– en caso sean fundadas irán directamente a hacer notar que el demandante no posee el derecho o interés que pretende tutelar a través de una posible sentencia favorable.

Corolario natural de lo antes mencionado, es decir, de la comprobación de la naturaleza de la excepción, es lo prescrito en el artículo 427 del CPC, al establecer requisito de procedencia de una demanda la no caducidad del derecho material y las condiciones de la acción, cuestión esta última artificiosa –al igual que la relación jurídica procesal– toda vez que el interés y la legitimidad para obrar se comprueban deliberadamente en el juicio al estar relacionadas con las cuestión de fondo.

#### 4. CONCLUSIONES

De esa forma, se puede observar como el legislador, en lugar de haber llevado una solución, al menos simple y lógica, en torno a su aparente adhesión que había hecho de la teoría de la relación procesal, plasmo la confusión que reinaba en la tradición del Derecho común, al confundir o presentar a los presupuestos procesales como excepciones, cuando en realidad estas están vinculadas exclusivamente a la relación o situación jurídica material.

Proponemos en ese sentido, que una interpretación histórica y sistemática (normativa) debe llevar a esclarecer e interpretar los supuestos bajo la expresión de “excepciones” (arts. 446 y 447) a efectos de distinguir a las enervadoras de la eficacia material de los presupuestos de la relación jurídica procesal.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMELOTTI, Mario (1958): *La prescrizione delle azioni in Diritto romano*. Milano: Giuffrè; BÜLOW, Oskar von (2008): *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Lima: ARA; BÜLOW, Oskar (2001): *Legge e ufficio del giudice*, trad. it. Paolo Pasqualucci. En: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N° 30, tomo I. Milano: Giuffrè; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; NÖRR, Knut Wolfgang (1993): *Iudicium est actus trium personarum: Beiträge Zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*. Tübingen: Keip;

SCHULZ, Fritz (1960): *Derecho romano clásico*, trad. al español por José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona: Bosch.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO DEHO, Eugenia (2006): “Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*, vol. 16, N° 33, Lima; CAVANI, Renzo (2015): “Las “condiciones de la acción”. Una categoría que debe desaparecer”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 257. Lima: Gaceta Jurídica; CALAMANDREI, Piero (1943): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid: Reus; KASER, Max y HACKL, Karl (1996): *Das römischen Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck; MARINONI, Luiz G. (2008): *Curso de processo civil. Teoria geral do processo*, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 448 | Medios probatorios de las excepciones**

*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. arts. 189, 424 inc. 10, 446 inc. 13, 449; L.A. art. 16.*

*Luis Alejandro Luján Sandoval*

**1. INTRODUCCIÓN**

A nuestro modo de ver las cosas, si lo que se va a probar, aquí, es la formación defectuosa de la relación procesal, nuevamente se debe aseverar que, son los presupuestos procesales y no las excepciones propiamente dichas, los que se verán envueltos en el análisis del juzgador a fin de verificar si en verdad concurre algún vicio que sea capaz de tornar inválida aquella relación.

Ahora, concordando este artículo *in comento* con otro, como es el contenido en el 190 del mismo cuerpo normativo, se llega a una de los más vulgares errores en materia procesal, a nivel de nuestra codificación, pues, si por una lado se sanciona la pertinencia en virtud del fin que cumple el medio probatorio ¿cómo podemos explicarnos que las denominadas “excepciones” reguladas en el 446 del CPC, si tan solo tienen –en teoría– incidencia en la relación jurídica procesal, infundan, al ser probadas y fundadas, repercusión en el asunto litigioso de fondo?

Esto último, en el caso de las excepciones de prescripción, caducidad y legitimidad para obrar, nos lleva a postular la evidente confusión y el pésimo plan de codificación procesal, no porque se haya desconocido las teorías procesales, sino porque, en cierta medida, se ignora el aspecto sustantivo de las excepciones, pues, lo controversial con la admisión del medio probatorio de una excepción, en algunos casos como los enunciados *supra*, es que esta no se circunscribe a probar el vicio del presupuesto de la relación procesal, sino la cuestión litigiosa de fondo.

**2. SOBRE LA PRUEBA DOCUMENTAL**

En cuanto al resto del enunciado de la normativa procesal, es fácil establecer que es un aspecto meramente instructivo, en tanto señala las oportunidades para

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.



la presentación de los medios probatorios, sin embargo lo enmarañado del asunto es determinar qué se entiende por medios probatorios documentales y, conjuntamente con el artículo 552 del CPC, en el extremo de un proceso sumarísimo, cómo se podrían compatibilizar los medios probatorios de actuación inmediata con aquella –sancionada legislativamente– tipología documentaria.

Se puede entender al documento como la corporización a nivel caracteres de la exteriorización del pensamiento o de las manifestaciones espirituales (PAULUS, 2013: p. 156), esta definición se asemeja a la de CHIOVENDA en tanto entiende al documento como una plasmación de la manifestación del pensamiento (1925: p. 334), se contraponen, por ello, a la funcional concepción de LIEBMAN, quien entiende al documento como algo que representa un hecho o lo configura. Lo esencial aquí, es que el documento al ser un medio probatorio su generación es debida a la intervención del ser humano (BAPTISTA DA SILVA, 2003: p. 375). El paradigma de este medio es la prueba escrita (GALGANO, 2013: p. 945).

La definición y clasificación se encuentran sancionadas en los artículos 233 y 234 del CPC, respectivamente. Nuestro legislador menciona expresamente que son medios de pruebas documentales “todo escrito u objeto para acreditar un hecho”, algo que, en parte, se convierte en un modo de reproducción pleonástico de la noción de medio probatorio, en donde, de todas formas, la escritura ya es la configuración de algo tangible. Esto, a diferencia de la codificación procesal alemana, el Código Civil y Procesal Civil italiano, y el novísimo Código Procesal portugués, en los cuales el legislador ha omitido una definición a fin de caer en disquisiciones bizantinas.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta un poco entorpecedor tratar de presentar medios probatorios para fundamentar algunas de las denominada “excepciones” (prescripción, caducidad, legitimidad para obrar) a fin de poder resolver la cuestión sobre el establecimiento de una correcta relación procesal, pues en la mezcla entre los presupuestos y las excepciones propiamente dichas, la limitación de la prueba circunscribiéndola a la tipología documental, en tanto la vía no sea la sumarísima –en la cual, por obvias razones, se justificaría el estrechamiento de la facultad– se verifica lógicamente un defecto atentatorio contra el derecho a probar, en ese sentido preferiríamos la redacción del proyecto del CC, el cual establecía de forma genérica la presentación de los medios de pruebas, limitándose la documental para la probanza de la excepción relativa al convenio arbitral.

Por otra parte, salvo lo sancionado para el proceso sumarísimo (audiencia única - art. 552 del CPC), la presentación de medios documentales, no importa

de por sí una limitación a una posible audiencia de pruebas, en la medida que la complejidad fluye de los medios aportados al proceso o por haberse controvertido estos (tachas).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid: Reus; GALGANO, Francesco (2013): *Diritto Privato*, 16ª ed. Padova: Cedam; BAPTISTA, Ovidio A. da Silva (2003): *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*, vol. I, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; PAULUS, Christoph G. (2013): *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht*, 5ª ed. Berlin-Heidelberg: Springer.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; IRTI, Natalino (1969): "Sul concetto giuridico di documento". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán: Giuffrè; MUÑOZ SABATÉ, Luis (1967): *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Barcelona: Praxis; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1970): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía editor; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero (2009): *Manuale di Diritto Privato*, 19ª ed. Milano: Giuffrè.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 449**

**Contenido del auto que resuelve la excepción**

*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.*

---

*Jhoel Chipana Catalán*

---

**1. PRECISIÓN NECESARIA**

La norma objeto de comentario regula el tema del contenido del auto que resuelve la excepción interpuesta.

Sin embargo, y para entender su alcance, resulta oportuno tener en cuenta el contenido original del citado precepto normativo para, posteriormente, entender cuáles son los alcances y limitaciones del hoy vigente artículo 449 del CPC.

**2. EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 449 DEL CPC**

Hasta antes de la entrada en vigencia de la norma que modificó el contenido del artículo 449 del CPC (norma que se publicó el 29 de junio de 2007\*\*), dicho precepto tenía el siguiente texto:

*“Artículo 449.- Contenido del auto que resuelve la excepción*

*Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso.*

*De lo contrario, fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En esta se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del juez, para resolver la excepción.*

*Al final de la audiencia, el juez resuelve la excepción, luego de escuchar los informes orales de los abogados, si fueran solicitados. Si declara infundadas*

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

(\*\*) Nos referimos a la Ley N° 29057.

las propuestas, declara además saneado el proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451.

El juez puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de cinco días contado desde la conclusión de la audiencia de saneamiento”.

Podríamos esquematizar el contenido de esta norma (hoy derogada) de la siguiente manera:

- Una vez que se haya absuelto el traslado de la excepción interpuesta, o que haya transcurrido el plazo para hacerlo, el juez puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso.
- La decisión del juez debe estar debidamente motivada y es inimpugnabile.
- Si lo señalado no ocurre, el juez fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable.
- Los abogados podrán solicitar hacer uso de la palabra en dicha audiencia.
- En la audiencia de saneamiento se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del juez, para resolver la excepción.
- Al final de la audiencia, el juez resuelve la excepción.
- Si declara infundadas las excepciones propuestas, declara además saneado el proceso.
- Si declara fundadas las excepciones propuestas, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451.
- El juez puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de cinco días contado desde la conclusión de la audiencia de saneamiento.

Como se puede apreciar, el contenido del derogado artículo 449 del CPC era un tanto confuso en lo que a su redacción se refiere. La técnica legislativa no nos permitió tener una norma más clara.

Sin perjuicio de lo señalado, este numeral, en comparación al texto vigente de la norma bajo estudio, regulaba más materias que, desde nuestro punto de vista, eran innecesarias. Así, por ejemplo, creemos que era intrascendente hacer referencia a una serie de temas como los que a continuación mencionamos:

- La realización de una audiencia en donde se determine la postura que el juez vaya a adoptar en torno a las excepciones planteadas. Creemos que, teniendo en cuenta el principio de celeridad, resulta adecuado que se haya

suprimido la realización de esta audiencia, pues esta, en términos prácticos, resultaba innecesaria, y, por lo demás, no constituía un elemento fundamental a efectos de que el juez adopte una postura.

- Como consecuencia de lo anterior, la intervención de los abogados, quienes en dicha audiencia solían exponer sus puntos de vista en torno a la postura que defendían, resultaba también innecesaria. Debe recordarse que las partes tienen absoluta libertad de plantear sus defensas de manera escrita, y ello representa el respeto por el derecho a la defensa que todo sujeto de derecho tiene. Así, en términos prácticos, y sin poner en riesgo los derechos de las partes, resulta coherente que estos pasos hayan sido eliminados. Recuérdese que el justiciable quiere que se resuelva, con prontitud, pero también con responsabilidad e imparcialidad, su controversia.
- Resulta obvio que la decisión del juez debe estar debidamente motivada y es inimpugnable, razón por la cual es adecuado que en el texto vigente de este artículo dicha referencia haya sido eliminada.

Teniendo en cuenta lo señalado, creemos que la modificación que se ha producido ha sido positiva, por cuanto el texto derogado del artículo 449 del CPC no era del todo idóneo ni servía a los fines que su contenido persigue, esto es: resolver la excepción planteada.

### 3. EL TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 449 DEL CPC

El vigente artículo 449 del CPC regula el tema relativo al contenido del auto que resuelve la excepción.

Como se sabe mediante los autos el juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, la interrupción, la conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento (argumento del art. 121 del CPC).

De otro lado, 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 limite a impugnar la regularidad del procedimiento” (ALSINA, 1958: p. 17).

Así, la decisión que vaya a tomar el juez en torno a las excepciones planteadas resultan vitales a efectos de declarar saneado el proceso. Y está bien que ello sea

así, pues no tendría sentido continuar con las actuaciones procesales si se tienen pendientes por resolver dos o más excepciones planteadas por las partes, las que podrían ser estimadas. En ese sentido, y a diferencia de, por ejemplo, un proceso arbitral (en donde las excepciones interpuestas por las partes pueden, inclusive, resolverse al momento de emitir el laudo), resulta absolutamente necesario que el juez se pronuncie sobre estas defensas con el objetivo de que, a partir de ello y en caso las declare infundadas, tenga toda su atención en la discusión de fondo de la *litis* y no encuentre distracciones de ningún tipo que hagan que aboque su tiempo en otra cosa que no sea resolver la controversia planteada por el demandante (o demandado, si es que este planteó una reconvencción).

Por otra parte, no debe perderse de vista lo que importa estar frente a un proceso saneado. En términos latos, sanear importa asegurar la reparación del daño que podría venir, es decir, y aplicando dicho concepto al Derecho, el saneamiento procesal es la actividad judicial por la que se expugna 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 (LEDESMA, 2012: tomo II, p. 40).

Ahora bien, el juez, ante las excepciones planteadas, tiene tres alternativas por las que puede optar:

- i) Declarar que la relación jurídica procesal es válida, con lo que el proceso judicial continuaría con su trámite a efectos de que se emita una decisión sobre el fondo de la *litis*.
- ii) Establecer que la relación jurídica procesal no es válida pero es subsanable, otorgando un plazo para que la parte cumpla con subsanarla. En este escenario, subsanados los defectos, el juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida, o, en caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido (argumento del art. 465 del CPC).
- iii) Señalar que la relación jurídica procesal no es válida y es, además, insubsanable. En este supuesto, naturalmente, se da por concluido el proceso.

Teniendo en cuenta estas precisiones, el artículo bajo comentario establece tres temas de vital importancia.

El primero, referido al hecho de que absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Este extremo de la norma resulta coherente, pues puede ocurrir que el emplazado con la excepción planteada la absuelva o, simplemente, guarde silencio sobre el particular. Así, se tiene que la norma establece que el juez tiene el deber de resolver

dentro de los diez días siguientes o de absuelto el traslado (es decir, dentro de diez días de que la contraparte se haya pronunciado) o dentro de transcurrido el plazo para hacerlo (la parte no se ha pronunciado en torno al traslado conferido).

El segundo, relativo a que si el juez declara infundada la excepción, declara también el saneamiento del proceso. Ello resulta natural, ya que el juez, a partir de ese momento, solo se abocará a analizar y resolver el fondo de la controversia planteada ante él, lo que permitirá, por lo menos en el ámbito teórico, que no enfoque su actuar en resolver otros temas.

Finalmente, si el juez declara fundada la excepción, se aplicará lo dispuesto en dos normas procesales, según sea el caso:

- El artículo 450 del CPC, que hace mención al tema de las excepciones de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral, y establece que el juez, al declarar 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 artículo 451 del CPC, que regula el tema de los efectos que producen las excepciones declaradas fundadas.

Como se puede apreciar, esta norma, en su simpleza, regula un tema muy importante que constituye uno de los pasos más importantes para lograr el objetivo de todo proceso, que es resolver la controversia planteada ante el órgano jurisdiccional.

Las excepciones exigen una rápida, pero no por ello superficial, respuesta de parte del juzgador. Y está bien que el legislador haya optado por priorizar la celeridad sin sacrificar la prudencia y tiempo que exige un adecuado análisis que de estas se tienen que realizar. Así, eliminar la audiencia y demás, ha sido un paso importante, y es que creemos que el texto vigente del artículo 449 del CPC es mejor que el texto derogado, ya que, anteriormente, se solía dilatar la resolución de este hecho arguyendo, por ejemplo, que las partes o alguna de ellas no había asistido a la hoy inexistente audiencia. Recuérdese, siempre, que la dirección del proceso está a cargo del juez, y es él quien debe impulsar el proceso.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1958): *Defensas y excepciones*. Buenos Aires: EJEJA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

---

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

COUTURE, Eduardo (1971): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; COVIELLO, Nicola (2007): *Doctrina general del Derecho Civil*. Lima: ARA; PALACIO, Lino (2013): *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal*. Lima: Grijley; TICONA, Víctor (1996): *Análisis y comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Grijley; MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco (1999): *La litispendencia*. Barcelona: Bosch.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).



**Artículo 450** | **Decisión y recurso en las excepciones**

*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.*

---

*Jhoel Chipana Catalán*

---

El artículo 450 del CPC regula el tema relativo a la facultad que tiene el juez en caso declare fundada alguna excepción planteada y las consecuencias de que el superior revoque dicha decisión.

Dentro de la práctica procesal no es de extrañar que una parte pueda interponer varias excepciones con el objeto de no verse atado a la relación procesal. Se está, pues, ante una situación jurídica de ventaja activa, ya que se tiene el derecho a proceder de esta manera.

LEDESMA (2008: p. 448) sostiene que 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.

Ahora bien, la norma bajo estudio posee varios temas que procederemos a comentar por separado:

- i) Las excepciones se resuelven en un solo auto. Recuérdese que los autos sirven para que el juez resuelva la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento (argumento del art. 121 del CPC).

- ii) Si entre las excepciones planteadas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral y el juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás.

FAIRÉN GUILLÉN (1990: p. 247) sostiene que para verificar si el órgano jurisdiccional resulta competente, se deben analizar 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”, vale decir que dicho tribunal cubre en relación con los territorios de los demás del mismo orden. Asimismo, en relación con la litispendencia, se ha sostenido que esta se presenta cuando existe otro proceso que cumpla con la triple identidad en torno a los sujetos, objeto y causa, y tiene como objeto el archivamiento del segundo proceso. Finalmente, con relación al convenio arbitral, estaremos ante dicho supuesto cuando en la relación material se haya establecido, por acuerdo de las propias partes, que cualquier controversia será resuelta por un tribunal arbitral, renunciando así a la justicia administrada por el Poder Judicial.

Cabe tener en cuenta lo señalado por la profesora LEDESMA (2012: pp. 44-45), quien con razón ha señalado que: “(...) 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, la solución correcta es la contraria: el hecho de que la ley obligue acudir al Poder Judicial para lograr la ejecución forzosa del 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”.

Teniendo esto en cuenta, la norma bajo análisis establece de manera taxativa que solo estos tres tipos de excepciones podrán dar lugar a la consecuencia jurídica que la misma norma regula. En ese sentido, basta que el juez estime alguna de las tres excepciones contenidas en esta norma para que surja una potestad que le permitirá abstenerse de resolver las demás.

La razón de ser de este precepto radica, desde nuestro punto de vista, en alimentar el principio de celeridad del proceso y, consiguientemente,

resolver estos recursos lo más antes posible, y es que si se ha planteado más de una excepción, sería lógico pensar que, ante el análisis que el juez haga de una de ellas y su posterior estimación, no tendría sentido seguir analizando las demás excepciones planteadas.

Sin perjuicio de lo señalado, también podría pensarse en el hipotético (pero muy común) supuesto en el que existirán tantas apelaciones como excepciones estimadas se den, con lo que ese principio de celeridad que aparentemente se quiere proteger, en realidad se vería afectado.

La pregunta que surge es, pues, ¿por qué no se optó por establecer que el juez deberá resolver todas las excepciones (únicamente de estos tres tipos) en un solo acto, a efectos de que en el supuesto de que el superior las revoque no se tenga que volver a realizar el trámite de apelación y revisión de estas? De esta forma se estaría analizando y otorgando una respuesta, en un solo acto, a todas las excepciones planteadas, con lo que apelada dicha decisión, el superior, también en un solo acto, se pronunciaría sobre todas ellas.

En ese orden de ideas, y de los dos sistemas que existen para resolver estos pedidos, es claro que el peruano ha optado por regular aquel que, en principio, parecería más célere, pero que, en la práctica, podría no serlo.

- iii) Luego de que se notifique la resolución que declara fundada la excepción, pueden ocurrir dos cosas: que esta se deje consentida o que esta se apele. Si ocurre lo primero, resulta claro que el tema habrá quedado concluido, es decir, el proceso habría terminado.

Esto es así en virtud de lo establecido por el inciso 5 del artículo 451 del CPC, que establece que una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446 (dentro de las que se encuentran las tres excepciones a las que hace referencia la norma bajo estudio), el cuaderno de excepciones se agrega al principal y se produce, entre otros efectos, la anulación de lo actuado y la terminación del proceso.

- iv) Si lo señalado en el punto anterior no ocurre y se apela dicha resolución, y esta es concedida, el superior puede actuar de dos maneras. O confirmando la resolución emitida en primera instancia o revocándola. Si la confirma y dicha resolución obtiene el carácter firme, estaremos ante el supuesto en el que también el proceso habría terminado.
- v) Si el superior revoca la resolución emitida por el juez inferior, devolverá lo actuado para que este se pronuncie sobre las excepciones restantes

(esto, naturalmente, siempre y cuando hayan sido planteadas dos o más excepciones).

- vi. El auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo.

Este es, pues, el *iter* procesal que dibuja el artículo 450 del CPC. En realidad, se trata de una norma bastante clara que ha optado por un camino en lo que al pronunciamiento de las excepciones planteadas se refiere y este, pese a los comentarios contenidos en el punto ii., parecería ser adecuado.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

COUTURE, Eduardo (1971): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; COVIELLO, Nicola (2007): *Doctrina general del Derecho Civil*. Lima: ARA; PALACIO, Lino (2013): *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal*. Lima: Grijley; TICONA POSTIGO, Víctor (1996): *Análisis y comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Grijley; MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco (1999): *La litispendencia*. Barcelona: Bosch.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

**Artículo 451****Efectos de las excepciones**

*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 incompetencia. En el caso de la excepción de incompetencia territorial relativa, el juez competente continúa con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre y si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de pruebas 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. En los demás casos el juez debe proceder a emplazar nuevamente con la demanda. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 171, 320, 321 inc. 4, 446, 449 párr. 3; C. de P.P. art. 5 párr. 7.*

(\*) Texto del inciso según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

---

## *Martín Alejandro Sotero Garzón*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Con la promulgación del CPC se afirmó que este artículo *reivindicaba la acepción literal* de la clasificación de las excepciones entre: excepciones dilatorias y excepciones perentorias, en tanto prevería dos efectos jurídicos: i) o suspender la tramitación del proceso o ii) concluir el proceso ya sea con efectos “*perentorios simples*” o con “*efectos perentorios complejos*” (MONROY, 1994: p. 129).

Puede sostenerse que con la entrada en vigencia de la Ley N° 28544 del 2005 y posteriormente con la Ley N° 30293 del 2014, se ha incorporado un efecto adicional: *la remisión*; y con él, la posibilidad de: i) preservación o ii) anulación de los actos procesales. En lo que sigue precisaremos cada uno de los efectos mencionados.

### 2. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO: ¿HASTA CUÁNDO?

Al comentar el artículo 446 del CPC hemos indicado que el término excepciones es polisémico (DIDIER, 2009: p. 479) y lo mismo ocurre con su clasificación.

Respecto de las *excepciones dilatorias*, por ejemplo, se ha identificado que su interposición podrían implicar *postergar* la contestación de demanda (COUTURE, 2002: p. 92); o simplemente distinguirlas por su posibilidad de interponerlas antes y por separado a la contestación de demanda (ARIANO, 2011: pp. 82 y 83).

Para nuestro CPC la *excepción dilatoria* tiene un funcionamiento claramente distinguido: nunca aplaza la necesidad de que el demandado conteste la demanda y solo si se ampara la excepción deducida, se suspende el proceso. De tal modo, las excepciones *dilatorias* importan el otorgamiento de un plazo para que el demandante subsane los *vicios* que se denunciaron en vía de excepción y, luego de ello, se retome la marcha del proceso a fin de emitirse una decisión sobre el fondo de la controversia.

Efecto	Tipo de excepción	Requisito para reactivar el trámite del proceso
<b>Suspensión del proceso y requerimiento de subsanación</b>	Incapacidad del demandante	Que el demandante comparezca adecuadamente representado.
	Incapacidad del representante	Que se designe representante con capacidad (para ser parte y para actuar en juicio).
	Representación defectuosa o insuficiente del demandante	Que el demandante actúe por sí (si tuviera capacidad procesal) o que designe representante adecuado.
	Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda	Que se corrijan los términos expuestos en la demanda "en los términos expuestos" por el juez.
	Falta de legitimidad para obrar del demandado	Que se corrija la demanda y se indique al demandado que el juez haya dispuesto en resolución.

Tres aspectos importantes deben ser advertidos en torno a la actuación del juez cuando ampare las excepciones citadas.

Por un lado: el juez está en la obligación de otorgar un *plazo razonable* para que el demandado cumpla con subsanar los defectos que justificaron la excepción. Debe cuidar que el plazo no sea tan breve que provoque una *imposibilidad material* al demandante para subsanar lo requerido; pero también debe cuidar de no otorgar un plazo excesivo de modo que afecte al demandado y lo sujete a participar en un proceso (que aunque suspendido, lo afecta).

Por otro lado: el numeral 4) del artículo 451 establece que el auto resolutorio que ampara la excepción de falta de legitimidad pasiva debe disponer que el demandado establezca adecuadamente la relación procesal con las personas que el auto *ordene*. De allí que pueda alegarse un vacío legal en más de un caso en que si bien se sabe que quien excepcionó no *debía* ser demandado, no se sabe quién *debería* ser el demandado. No resultaría justificado, en tal hipótesis, que se concluya el proceso sino que también se suspenda emplazando al demandante para que él sea quien establezca a quién demandaría.

La última consideración exige mayor detalle. Exige acudir al artículo 121 del CPC, a través del cual se autoriza *excepcionalmente* al juez para que en su sentencia pueda pronunciarse sobre la *relación procesal*. En algunos procesos, en base a esta norma, el juez se reserva la dilucidación de la excepción de legitimidad para obrar para el momento de emitir sentencia.

En la hipótesis en que se hubiera excepcionado falta de legitimidad para obrar pasiva, y que el juez haya aplazado su decisión para el momento de la sentencia, y decide amparar la excepción (y, en estricto, esta o queda consentida o ejecutoriada), vemos que la suspensión ordenada por el numeral 4) del artículo 451 no tendría mayor sentido. Todos los actos procesales quedarían agotados y lo que correspondería, en estos casos excepcionales, a nuestro parecer, es que se declare la conclusión del proceso. Si el demandante juzga necesario, iniciará un nuevo proceso entablando adecuadamente la relación procesal.

De esto se deriva que, el artículo 451 del CPC en realidad optó por disponer la suspensión del proceso por ausencia de legitimidad para obrar pasiva cuando pudo haber optado por tratar esta hipótesis como una excepción *perentoria simple*.

### 3. LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: ¿CUÁNDO?

Existen hipótesis contempladas en el artículo 451 del CPC, distintas a las vistas *supra*, que generan la conclusión del proceso, que –como dijimos al inicio del comentario– también generaría distintos efectos frente al demandante.

Dependiendo del tipo de excepción que se trate, el demandado podrá: i) interponer una nueva demanda si superase los vicios que sustentaron la excepción (entonces la excepción generó efectos perentorios simples) o ii) no podría interponer con éxito la demanda (entonces la excepción generó efectos perentorios complejos) (MONROY, 1994: p. 129).

Efecto de ampararse la excepción	Tipo de excepción	Efectos de la conclusión del proceso
Conclusión del proceso	Representación defectuosa o insuficiente del demandado.	Efectos perentorios simples
	Falta de agotamiento de la vía administrativa.	
	Falta de legitimidad para obrar del demandante.	Efectos perentorios complejos
	Cosa juzgada.	
	Desistimiento de la pretensión.	
	Conclusión del proceso por conciliación o transacción.	
	Caducidad.	
	Prescripción extintiva.	
	Convenio arbitral.	

Este cuadro permite formular cuatro puntuales anotaciones.



### **3.1. El encuadramiento de los efectos que genera la fundabilidad de la excepción de litispendencia**

Es común que la litispendencia se coloque en el cuadro de los tipos de excepciones cuyo amparo generarían efectos perentorios complejos. Pero es pertinente hacer una reserva estrictamente práctica al respecto.

Y es que para nosotros la fundabilidad de una excepción de litispendencia sí generaría efectos perentorios complejos como regla general. Pero debe advertirse que esta *perención compleja* tiene un nexo indisoluble con el resultado del proceso idéntico, primeramente entablado, que configuró la litispendencia.

Para ser más precisos: imaginemos que en el proceso B se declara fundada la excepción de litispendencia ante la existencia de un proceso en trámite, entablado con anterioridad e *idéntico*: denominémoslo proceso A.

Si fuera que el proceso A, luego, concluyese por haberse amparado una excepción de representación defectuosa o falta de agotamiento de la vía previa, no podría asumirse –conceptualmente– que en el proceso B la resolución que decretó la conclusión del proceso por litispendencia genere *efectos perentorios complejos*: si bien los procesos A y B concluyeron, y de por medio se amparó la excepción de litispendencia, una vez relevados los impedimentos advertidos en el proceso A, el demandado podría solicitar tutela jurisdiccional (en un proceso C). Debe cuidarse entonces de que la noción de *perención compleja*, llevada al extremo, impida el acceso a la jurisdicción de forma ilegítima.

### **3.2. Los efectos que genera la fundabilidad de la excepción o de prescripción o de caducidad**

Cabe resaltar un aspecto también importante, ahora respecto de las hipótesis en que se ampara una excepción de caducidad o de prescripción.

Como también hemos advertido al comentar el artículo 446 del CPC, estas excepciones tienen naturaleza *sustantiva* (ARIANO, 2006: p. 198 y ss.) o dicho de otro modo: su análisis no se restringe o verificar si existen presupuestos procesales o condiciones de la acción. Su análisis tiene que ver con el derecho reclamado en la pretensión.

Es por ello que, en opinión que compartimos, debe advertirse cómo es que la decisión que ampara cualquiera de estas excepciones tiene un efecto *perentorio complejo* debido a que forma *cosa juzgada* y material (ARIANO, 2006: pp. 205-206) toda vez que la decisión judicial establece que el derecho reclamado es inexigible o inexistente por sanción del transcurso del tiempo.

La consecuencia práctica de asumir esto resulta interesante. Si en un proceso se estimó una excepción de prescripción o caducidad a favor del demandado, pero luego, el demandante intenta nuevamente la misma demanda contra el demandado: ¿sería válido que el demandado decida plantear la excepción de cosa juzgada y ya no la de prescripción o caducidad? Conceptualmente creemos que esto sería lo correcto, aun cuando en la práctica debiera deducirse ambas, de modo subordinado.

### 3.3. Los efectos parciales que puede generar la fundabilidad de estas excepciones

La claridad en la redacción del numeral 5) del artículo 451 del CPC podría tornar desapercibido un aspecto que, en la práctica, también es importante.

La regla que impone el artículo 451 del CPC es que, amparadas las excepciones analizadas en este punto, concluye el proceso. Pero debe considerarse que la literalidad de esta regla podría inaplicarse en hipótesis de acumulación de pretensiones o acumulación subjetiva (DIDIER, 2009: p. 544).

En esta hipótesis es muchas veces frecuente que el vicio denunciado en vía de excepción se dirija a una o algunas concretas pretensiones y deje a salvo algunas otras que se acumularon; o en lo que se refiere a la legitimidad para obrar activa, también puede que solo merezca la exclusión de algún o algunos demandantes cuando en dicha posición concorra más de un sujeto.

Nada obsta para que, en estas hipótesis, se excluya el objeto o el sujeto que se vea afectado por la excepción, continuándose la marcha del proceso a fin de otorgar una respuesta de mérito. El artículo 107 del CPC avala esta solución en lo que al aspecto subjetivo se refiere.

## 4. NI SUSPENSIÓN NI CONCLUSIÓN: REMISIÓN

La forma en que se regulan efectos de la resolución que declara fundada la excepción de incompetencia permite observar cómo, en el tiempo, el legislador procesal ha reformulado la marcha del proceso de forma ponderada y priorizando otorgar una respuesta de mérito al pedido de tutela.

En la dogmática –y como hemos visto al comentar el artículo 446 del CPC– la *competencia* ha sido concebida como una *condición de la acción*. Es un requisito fundamental para que cualquier órgano jurisdiccional conozca y se pronuncie válidamente sobre un pedido de tutela. En tal sentido, las reglas de competencia desarrollan la garantía constitucional del juez natural, predeterminado por ley.

Pero en el mismo plano en el que se encuentra la garantía del juez natural, también se hayan todos y cada una de las garantías procesales: el derecho de acceso

a la jurisdicción, el derecho al plazo razonable, el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, etc. Todas ellas hoy son concebidas como mandatos de optimización o principios que deben respetarse, en conjunto y en la mayor medida de las posibilidades jurídicas y fácticas (ALEXY, 2012: pp. 67-68).

La regla estipulada en la versión original del numeral 6) del artículo 451 del CPC no consideraba precisamente esto. Dicha versión establecía que, si se amparaba la excepción de incompetencia, se anulaba todo lo actuado en el proceso y se disponía su inmediata conclusión. Se priorizaba la garantía del juez natural, predeterminado por ley, sin duda. Pero se sacrificaban otras garantías, más aún en casos donde el justiciable acudió a un juez incompetente no por sacar provecho sino porque las reglas de competencia no le resultaron claras.

Por esa razón, progresivamente, la norma contenida en el numeral 6) citado se ha modificado en aras de garantizar la efectividad de la garantía del juez natural predeterminado por ley pero en términos estrictamente necesarios, es decir, procurando la menor afectación posible de otros derechos, como el acceso a la justicia o el plazo razonable. Estas garantías, en más de una ocasión, se veían resentidas ante una decisión tan radical como la que la primera versión del CPC estableció.

Una primera modificación —a partir de la Ley N° 28544 del 2005— mantuvo la regla de que la incompetencia generaba la conclusión del proceso pero se previó una excepción: si la incompetencia denunciada y amparada era de *competencia territorial relativa* (aquella que es prorrogable expresa o tácitamente), el juez incompetente remitía todo lo actuado al juez competente quien anularía lo actuado solo si lo estimase necesario. Se comprendía que anular todo y cerrar la puerta al demandado simplemente para que vuelva a tocarla e ingresar de nuevo al sistema judicial resultaba injustificado: menos lesivo —para demandante y demandado— era indicarle al demandante a dónde acudir y priorizar que su pedido de tutela obtenga una respuesta de fondo y pronto.

Con la entrada en vigencia de Ley N° 30293 del 2014 el cambio ha sido definitivo y se ha establecido, para todos los tipos de competencia, que si amparase una excepción de incompetencia, el juez que se resuelve carente de esta cualidad debe remitir el caso *siempre* al juez competente, quien debe reiterar el emplazamiento al demandado.

De tal modo, la excepción introducida en el 2005 hoy se ha hecho regla. Y siempre para el caso de la incompetencia territorial relativa, se establece que solo deberían renovarse las actuaciones procesales que estimase necesarias, siempre que se justifique en aras de respetar el derecho de defensa y contradicción de las partes y la intermediación que debe primar en todo proceso.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ARIANO, Eugenia (2011): *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. Lima: ARA; ARIANO, Eugenia: “Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*, N° 33; COUTURE, Eduardo J. (2002): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1942), 4ª ed. Buenos Aires: Euros; DIDIER, Fredie (2009): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento, 11ª ed. revisada, Salvador de Bahia: JusPodivum; MONROY GÁLVEZ, Juan: “Las excepciones en el Código Procesal Civil”. En: *Themis - Revista de Derecho* N° 27-28.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista editores; LEDESMA, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil* (2008), 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LOURICO, Ana María (2011): *La cosa juzgada: su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil española*. Coruña: Tórculo; PRIORI, Giovanni (2004b): “La competencia en el proceso civil peruano”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 22; MÁLAGA, Francisco (1999): *La litispendencia*. Barcelona: Bosch.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Las excepciones procesales pueden ser definidas como la facultad procesal comprendida en el derecho de contradicción en el juicio, que corresponde al demandado de pedir que los órganos jurisdiccionales declaren cierta existencia de un hecho jurídico que produce efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercitada por el actor (*Cas. N° 1216-2004-Loreto*).

**Artículo 452**

**Procesos idénticos**

*Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitório y el interés para obrar, sean los mismos.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 453.*

---

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

A pesar de ser muy breve el artículo 452 del CPC, su análisis resulta de suma importancia para las partes procesales y para el órgano jurisdiccional, a fin de proponer o dilucidar alguna de las excepciones procesales contempladas en el artículo 446 del CPC.

De esta forma, se analizará cada uno de los presupuestos *sine qua non* para la configuración del test de la triple identidad entre dos procesos judiciales, los cuales deberán tener perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal.

Además, se deberá tener en cuenta que, no existe uniformidad en la jurisprudencia nacional, a fin de saber si lo que se debe estimar como tercer presupuesto del mencionado test es la identidad del interés para obrar o el de la causa petendi, y ello debido a la errónea técnica legislativa de tomar en cuenta un presupuesto de la acción —como es el interés para obrar— y no la causa petendi, y los graves errores de confundir ambos conceptos.

**2. DEFINICIÓN Y UTILIDAD DEL TEST DE LA TRIPLE IDENTIDAD**

El test de la triple identidad puede ser definido como aquel método a través del cual se someten a análisis dos procesos judiciales, a fin de determinar ciertos estados o situaciones jurídicas —como el de la litispendencia, la cosa juzgada, la carga del desistimiento de la pretensión o la conclusión del proceso por transacción o conciliación, entre otras—, con el objeto de aplicarles los efectos jurídicos procesales correspondientes (por ejemplo, el archivo definitivo del proceso posterior, o la acumulación de procesos como es el caso de *la litispendencia por conexidad* —especial situación que solo se da en la legislación procesal española al catalogarse a la excepción de litispendencia como una excepción dilatoria, mas no perentoria como sucede en nuestro país) siempre y cuando concurra una

identidad perfecta en tres de sus elementos: a) en las partes procesales o de quienes de ellos deriven sus derechos (*identidad subjetiva*); b) en el petitorio (*identidad objetiva*); y c) en la causa petendi (*identidad causal*) (Obsérvese que no se toma en cuenta el interés para obrar, el cual es una condición de la acción y no requiere ser acreditado, mas no el del test de la triple identidad, como nuestro CPC lo ha regulado).

Por tanto, se someten a comparación dos procesos judiciales, cuyo análisis radicaría en la identidad de sus elementos subjetivos, objetivos y causales. Si bien es cierto, este test de la triple identidad –y tal como se ha definido– se aplicaría perfectamente a las excepciones de litispendencia (propia y debidamente dicha), excepción de desistimiento de la pretensión, excepción de conclusión del proceso por transacción o conciliación; no sucede lo mismo con la excepción de cosa juzgada o con la excepción de litispendencia por conexidad, por cuanto, se da prioridad a los principios de necesidad de evitar que se divida la continencia de la causa, evitar sentencias contradictorias y el deseo de resolver en justicia, por lo que se flexibiliza la exigencia de identidad. (CORDÓN MORENO, 1992: p. 58; SAAVEDRA DIOSES, 2012: pp. 156-177).

### **3. PRESUPUESTOS PARA DECLARAR DOS PROCESOS COMO IDÉNTICOS**

El análisis del test de la triple identidad radica en la concurrencia de tres presupuestos: a) Identidad de las partes procesales, b) Identidad del petitorio, y c) Identidad en el interés para obrar.

A continuación, se analizará cada uno de los presupuestos para declarar la identidad de dos procesos judiciales, haciendo énfasis en el hecho que no se comparte lo regulado en el dispositivo legal en comento respecto a la identidad en el interés para obrar.

#### **3.1. Identidad de las partes procesales**

Lo que se busca es determinar si existe una identidad subjetiva, analizando si entre los dos procesos han intervenido las mismas partes procesales (demandante y demandado) aunque haya variado su posición procesal, siendo irrelevante que los sujetos que intervengan en representación procesal de las partes (apoderados, tutores, curadores, sujetos procesales con representación especial, entre otros) o sucesores procesales, sean distintos en una y otra relación jurídica procesal.

Para algunos autores (MONROY, 1987: pp. 147-148), esta identidad subjetiva solamente se va a dar cuando las partes que intervienen en la segunda relación

jurídica procesal cumplen exactamente la misma función (demandantes o demandados) en la primera relación.

Sin embargo, no se comparte lo expresado por el mencionado autor, por cuanto, en la praxis, se dan situaciones en que el demandado alega una defensa de fondo o una reconvencción en el primer proceso; y posteriormente, siendo demandante en el segundo proceso, invoca esa misma defensa de fondo o pretensión como “demandante reconvenccional” (en el primer proceso); por lo que, pese a que aunque no ocupen las misma posición procesal, siguen siendo las mismas partes procesales.

### 3.2. Identidad del petitorio

De forma general, en el análisis de la identidad objetiva, lo que se comparan son los objetos procesales del primer con el posterior proceso judicial; entendiéndose por *objeto del proceso* a todo lo fáctico o material que se pone o está frente al órgano jurisdiccional y al litigante contrario (su objeto principal) que es donde se interpuso la excepción procesal (DE LA OLIVA SANTOS; FERNÁNDEZ, 1992: pp. 197-211).

Se debe tener en cuenta que, puede existir en un proceso judicial, dos objetos procesales: uno *principal*, y otro, *secundario o accesorio*; dependiendo si se ha alegado o no una excepción jurídico material o defensa de fondo, o incluso una reconvencción (aquí se darían dos objetos principales en el proceso judicial).

Además, se deberá observar que en el análisis de la excepción de cosa juzgada, esta tiene una característica principal en el análisis del elemento objetivo, pues lo que se compara es *el objeto de la cosa juzgada*, el cual comprende todo lo jurídicamente realizado por la actividad jurisdiccional de la sentencia firme del primer proceso, es decir, tanto el objeto principal del proceso (la pretensión en sí) como su objeto accesorio (el pronunciamiento respecto a alguna excepción material propuesta dentro del proceso); con *el objeto del proceso posterior* (SAAVEDRA DIOSES, 2014: pp. 269-278).

### 3.3. Identidad del interés para obrar

El artículo 452 del CPC expresamente establece como tercer presupuesto para declarar la identidad de dos procesos judiciales, la coincidencia del mismo interés para obrar entre el primer proceso y el proceso posterior que son los que se comparan.

El *interés para obrar* es básicamente un estado de necesidad del actor para acudir a la vía judicial, provocada por el hecho de que la persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que no sea recurrir al órgano jurisdiccional. Así este interés para obrar debe ser: a) actual (debe existir al momento de ejercitar la acción), b) concreto (debe referirse al interés solicitado para ser protegido en la demanda), y c) directo (el titular del derecho debe ser la misma persona, es decir, quien agotó todos los mecanismos posibles para lograr la tutela de ese derecho).

El estado de necesidad en que se encuentra el justiciable, se refiere a las circunstancias en que se encuentra el justiciable después de haber agotado todas las vías para lograr la satisfacción de su derecho, sin haber obtenido éxito; siguiendo esta línea, la prueba por excelencia es el requerimiento a través de la vía notarial (mecanismo más fidedigno). El interés para obrar sería, por tanto, la necesidad del justiciable de satisfacer su derecho. De tal forma que esta acción será su última posibilidad de actuación. No se requiere acreditar el interés para obrar, según la jurisprudencia actual (MONROY, 2007: pp. 492, 497).

Como se puede observar, el interés para obrar es una condición de la acción, por lo que se entiende que ante su ausencia no se podrá ejercitar el derecho de acción, sin embargo, cuando ya se tiene un proceso judicial que está siendo comparado con uno anterior: ¿acaso no se sobrentiende que el actor del proceso posterior tiene el mismo interés para obrar que el actor del primer proceso?, entonces, si siempre va a existir un mismo interés para obrar entre los dos procesos sometidos a comparación, ¿por qué tomarlo en cuenta como presupuesto para el test de la triple identidad?

Se podrá objetar diciendo que el interés para obrar puede ser moral o económico, los cuales deben coincidir entre ambos procesos, sin embargo, afirmar ello es desconocer el verdadero concepto de interés para obrar, esto es, la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales a fin de solicitar tutela judicial efectiva, y no los motivos morales o económicos que pueda tener el actor.

Por otro lado, también se podrá objetar diciendo que deberá analizarse el interés para obrar, por cuanto, lo que pretende el demandado, al interponer su excepción procesal, es que este nuevo proceso quede sin efecto, dado que el demandante está haciendo valer o ya hizo valer su interés para obrar en otro proceso iniciado con anticipación. Sin embargo, lo que se está haciendo no es analizar la identidad del interés para obrar del primer proceso con el posterior, sino analizar que en el proceso posterior deberá ser archivado (efecto perentorio) debido a la ausencia de interés para obrar, el cual es una condición de la acción, por lo que no está facultado para ejercitar su derecho de acción.



Es por ello que, el análisis del elemento causal no radica en el interés para obrar como *erróneamente* lo ha entendido la jurisprudencia nacional al pensar que este *es la causa que ha determinado el litigio y por lo tanto, es el fundamento de la pretensión* (Cas. N° 1188-2007-Ica; Cas. N° 724-2006-Lambayeque), sino que se le ha confundido con *la causa petendi* del objeto procesal, por lo que a cada elemento objetivo, ya sea principal o accesorio, le asiste una causa o fundamento; los cuales, al compararse con la *causa petendi* del proceso posterior se puede llegar a una identidad, la cual es justamente la que realmente se analiza en este punto.

#### 4. ¿IDENTIDAD O CONEXIDAD?

El propio dispositivo legal en comento establece que hay *identidad* de procesos cuando los tres elementos mencionados son los mismos. *No* hace distinción entre una *identidad absoluta* (todos los elementos son los mismos) o *relativa* (algunos de los tres elementos coinciden entre los dos procesos comparados), o de *procesos conexos* (enlazados o relacionados sustancialmente entre sí).

Por tanto, al aplicarse el test de la triple identidad se deberá exigir una *identidad absoluta* entre ambos procesos, es decir, una *perfecta identidad* subjetiva, objetiva y causal. Sin embargo, dicha exigencia se *flexibiliza* cuando se da prioridad a los interés públicos que se encuentran fundamentando los principios de necesidad de evitar que se divida la continenencia de la causa, evitar sentencias contradictorias y el deseo de resolver en justicia, por lo que se flexibiliza la exigencia de identidad.

Así puede darse –y como en la mayoría de los casos se da en la praxis–, una situación en que, a pesar de no existir una identidad absoluta entre ambos procesos, se da entre ellos una coincidencia “sustancial” o una “conexión cualificada”; por ejemplo, en el caso de una excepción de litispendencia: en un primer proceso, se solicita la declaración como únicos y universales herederos de varios y nulidad de una donación; mientras que, en el segundo, la declaración de heredero del actor exclusivamente y la validez de las mismas donaciones; la identidad de personas se da aunque estas no ocupen la misma posición en ambos pleitos, y respecto a la causa petendi, debe repararse solamente en la identidad fundamental, atendiendo más que al nombre que se dé a las acciones, a la finalidad que con ellas se persigue (CORDÓN MORENO, 1992: p. 59).

Para el maestro español CORDÓN MORENO –cuya postura comparto–, la regla de la identidad se ha roto, quedando sustituida por la de la conexión entre los procesos. Podría hablarse, quizás, de una flexibilización de la regla de la identidad (siendo inconveniente la expresión identidad sustancial, pues la identidad no es susceptible de calificativos), pero no del abandono de la misma a favor de la conexión (CORDÓN MORENO, 1992: p. 60).

## 5. FRENTE A LA PRESENCIA DE PROCESOS IDÉNTICOS: ¿PRONUNCIAMIENTO *EX OFFICIO* O PRINCIPIO DISPOSITIVO?

Tal como está regulado el artículo 452 del CPC, el test de la triple identidad solamente debe facultar, en virtud al principio dispositivo, al demandado a interponer la excepción procesal que crea conveniente y solicitándolo al órgano jurisdiccional alegando el cumplimiento del test de la triple identidad. Sin embargo, parece exagerado dejar a la exclusiva voluntad del demandado en el segundo proceso la facultad de impedir, a través de la alegación de la excepción de litispendencia, que en él se dicte una sentencia sobre el fondo, porque aunque la misma fundamente un derecho del demandado a no someterse a un doble litigio, existen en ella connotaciones de interés público que no cabe desconocer; máxime en aquellos casos en los que se aprecie que el planteamiento del segundo litigio sea contrario al principio de buena fe procesal, al existir un abuso manifiesto del derecho a la jurisdicción en la petición reconvenicional que reproduce el litigio e incluso fraude procesal al mantener vivos dos procesos sobre la misma cuestión. Pero igualmente parece que lo es el hacer recaer sobre el juez la responsabilidad última de velar por el interés público que subyace a la institución, atribuyéndole un poder omnímodo para apreciar de oficio la excepción, sin dar a las partes, en especial a la perjudicada por ella, la oportunidad de ser oídas (CORDÓN MORENO, 1992: p. 63).

Por tanto, comparto la postura de DE LA OLIVA y de FERNÁNDEZ, respecto a que es posible el *permitir* al juez que aprecie la existencia de cosa juzgada (o cualquier otra situación jurídica, ya sea litispendencia u otra) por identidad total del objeto, sin necesidad de instancia de parte y ordenarle que en tal caso no admita la demanda en virtud de la función negativa de la cosa juzgada, sin necesidad de excepción, y otra muy distinta es cargar al juez con la responsabilidad principal de apreciar la cosa juzgada e inadmitir la demanda sin instancia ni alegación de parte (DE LA OLIVA; FERNÁNDEZ, 1992: pp. 195-196).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORDÓN MORENO, Faustino: "La excepción de litispendencia". En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1552; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Araceros; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra; SAAVEDRA DIOSES, A. Flavio (2012): "La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva". En: *Ita Ius Esto*, N° 7; SAAVEDRA DIOSES, A. Flavio (2014): "¿Cómo distinguir la cosa juzgada formal de la material? Una propuesta de diez pasos a tener en cuenta". En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 13.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo: “Defensas y excepciones”. En: *Revista de Derecho Procesal*. N° VII; DEVIS ECHEANDÍA, Hernando: *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): “Los actos unilaterales de disposición y cosa juzgada”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 1; NIEVA FENOLL, Jordi (2006): “Precisiones sobre el concepto y estudio de la cosa juzgada. Esencia de la institución estudiada”. En: *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

No existe la incongruencia alegada, por lo contrario se advierte que el órgano superior al expedir la resolución, se ciñó a los principios de congruencia procesal y motivación, al determinar que no existe concurrencia de la triple identidad de las partes, petitorio y fundamentos, por cuanto en el caso la demanda se sustenta en la escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de prenda primera y preferente, mientras que en el otro proceso la acción se sustenta con la base en una proforma de financiamiento, en consecuencia el proceso deviene en improcedente (*Cas. N° 832-2012-Lima*).

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*).

**Artículo 453** | **Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción**

*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. arts. 121 párr. 3, 328, 340, 344, 452, 496 incs. 7, 8, 9 y 10; L.A. art. 16.*

*Sergio Natalino Casassa Casanova*

## 1. INTRODUCCIÓN

Como ya hemos podido advertir, las excepciones de *litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción* parten de la premisa de la imposibilidad (legal) de coexistir dos procesos idénticos a ser revisados ante un órgano jurisdiccional, sea porque se encuentren (ambos) en trámite, o bien porque ya ha finalizado uno, con pronunciamiento sobre el fondo o acuerdo entre las partes.

## 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO BAJO COMENTARIO

En principio recordemos que en el proyecto del CPC, Este artículo tuvo una redacción distinta. En efecto, no se contemplaba la posibilidad de conclusión por conciliación o transacción. El texto original del Decreto Legislativo N° 768 reprodujo dicho texto, y no fue sino hasta el Decreto Ley N° 25940 que en su artículo 1, en donde se incorporaron dichos dos supuestos (conciliación y transacción).

## 3. COMENTARIO

De hecho existen algunas precisiones que es necesario hacer, con relación al presente artículo. El primero se refiere a que el común denominador de estos cuatro supuestos es la existencia de un proceso “idéntico”. Por ello, nos deberos

de remitir a los comentarios que se habrán realizado en el artículo 452 del CPC, cuando se trató el tema.

Sin embargo, algo que hay que concordar es que si bien es cierto en los cuatro supuestos se requiere la existencia de “procesos idénticos”, véase que cada uno de ellos se refiere a una etapa o situación distinta en que se encontrarán los procesos “idénticos” contrapuestos, nos explicamos: En el primer caso (litispendencia) veremos que el segundo proceso (pues preexiste uno antes) se ha iniciado cuando el pre existente aún no ha sido resuelto, por ello, se encuentra pendiente de resolverse. En el segundo caso (cosa juzgada), encontramos que el primer proceso ya ha culminado (en todas sus instancias) y goza con una resolución firme. En el tercer supuesto (desistimiento de la pretensión), el primer proceso ha culminado –precisamente– porque el actual demandante se ha “desistido” y por ello ha generado el efecto de una sentencia infundada firme, por último, en el cuarto supuesto (conciliación y transacción) el primer proceso –también– ha fenecido por acuerdo entre los sujetos procesales que intervinieron. En segundo lugar, y como bien sabemos, las excepciones (procesales) están orientadas a cuestionar presupuestos procesales –tanto formales como materiales– motivo por el cual, veremos que los cuatro supuestos atacan al mismo “presupuesto procesal”: “Interés para obrar”.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

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*).

**Artículo 454 | Improcedencia de la excepción como nulidad**

*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.

*Martín Alejandro Sotero Garzón*

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 454 del CPC establece una sanción al demandado que no postuló cualquiera de las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC en el modo y tiempo establecidos por el artículo 447 del CPC y normas concordantes, es decir: dentro de los 10 días luego de emplazado para el proceso de conocimiento (art. 478 del CPC); dentro de los 5 días hábiles luego de emplazado (art. 491 del CPC) para el proceso abreviado; o conjuntamente con la contestación a la demanda para el proceso sumarísimo (art. 552 del CPC).

Una disposición semejante puede encontrarse en el artículo 102 del Código General del Proceso de Colombia donde se sanciona: “[l]os hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones”.

La estructura de la norma contenida en el artículo 454 del CPC (que se compone también por su sumilla) es típicamente el de una *regla*, es decir “una norma que exige que se haga exactamente lo que en ellas se ordena” (ALEXY, 2012: p. 68) a partir de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica claramente definidos o cerrados.

Pero en algunos casos concretos, la aplicación “todo o nada” de esta norma podría derivar en que el proceso se aleje de su finalidad como instrumento de protección efectiva de derechos. Es por esa razón que en primer lugar debemos considerar qué principios o valores justifican la norma objeto de comentario. Luego, establecer sus alcances de acuerdo a dichos principios y, delimitado aquello, establecer hipótesis concretas en las cuales la aplicación del contenido del artículo 454 del CPC podría flexibilizarse.

## 2. NOCIONES PREVIAS

La interpretación del artículo 454 del CPC involucra la materialización de institutos procesales cuya noción debemos delimitar al menos sintéticamente. A continuación anotaremos la noción de: i) la garantía constitucional de *efectividad de la tutela jurisdiccional* y como institutos procesales a fines a dicha garantía constitucional: ii) el *principio de formalismo*, iii) el denominado *principio de preclusión*.

### 2.1. El contenido esencial de la garantía de efectividad de la tutela jurisdiccional

En ausencia de norma constitucional que atribuya la exigencia de “efectividad” a la tutela jurisdiccional, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la exigencia de esta garantía, acogiendo la expresión de que “la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela” (STC Exp. N° 0987-2014-PA/TC; CHAMORRO BERNAL, 1994: p. 276; PRIORI, 2003: p. 280).

En la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional se ha establecido que: i) “el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139 inciso 3 de la Constitución” (STC Exp. N° 4119-2005-AA/TC) y –ampliando el espectro del artículo 4 del CPConst. como cláusula procesal general– que: ii) “se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten, de modo enunciativo su[s] derechos a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales (...)” (STC Exp. N° 01820-2011-PA/TC).

Téngase en cuenta entonces que la exigencia constitucional de *efectividad de la tutela jurisdiccional* requiere que el proceso sea *idóneo* y *oportuno* (PRIORI, 2014: p. 176). La efectividad del proceso, a la luz de la idoneidad puede sintetizarse a partir de la clásica lección *chiovendiana*; conforme la cual: “el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a conseguir” (PROTO PISANI, 2014: pp. 15-24).

La efectividad del proceso en términos de *oportunidad* hace referencia al tiempo en que debe darse respuesta del órgano jurisdiccional; en tal sentido, “(...) se parte de la idea que la tutela jurisdiccional debe llegar en el momento necesario como para no i) generar mayor lesión de la que ya se está produciendo o ii) evitar que ella se vuelva irreparable, e iii) incluso evitar que dicha lesión se produzca” (PRIORI, 2014: p. 177). La comprensión de la efectividad del proceso a la luz de su *oportunidad* es clave para nuestro análisis.

## 2.2. El principio de formalismo

Aquello que hoy conocemos en términos del Estado constitucional como garantía de *efectividad*, ya estaba presente en los *principios procesales* que sirvieron de base para el proceso civil. Los principios procesales y las garantías constitucionales del proceso serían las caras de una misma moneda (MONROY, 1996: p. 79).

El *principio de formalismo* puede ser leído a la luz de la garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional. Este principio agrupa el conjunto de reglas que ordenan la participación y el papel de los sujetos del proceso *a fin de garantizar la adecuada marcha del proceso como instrumento de protección de situaciones jurídicas* (DIDIER, 2009: p. 278).

Las formas que impone la legislación procesal son teleológicas: “el formalismo delimita el cauce y discurrir del proceso, con el exclusivo propósito que los fines de este sean concretados por una vía ordenada y con la garantía que todos deban someterse a aquella. En consecuencia, el formalismo no viene a ser otra cosa que un medio, un instrumento del proceso (...)” (CAVANI, 2014: p. 49). Las formas que impone la ley procesal están (o deberían estarlo) dispuestas para garantizar que el proceso sea *idóneo y oportuno*.

Nótese que el *formalismo* está expresamente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del CPC, norma en la cual se establece que las formalidades que se recogen en el Código Procesal son imperativas, reconociendo que el juez tiene el deber de adecuar (si fuese necesario) la aplicación de las formalidades establecidas en la ley para garantizar que el proceso funcione efectivamente como un mecanismo de protección de derechos.

Nótese además que dicho artículo establece que: “[c]uando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada”; lo que a contrario sensu prescribe que la inobservancia de una formalidad prestablecida en la ley para realizar un acto procesal, acarrearía la invalidez de este.

Si rechazásemos la aplicación del principio de *formalismo* correríamos el riesgo de contar con un proceso que “desembocaría en una disputa desordenada, sin límites o garantías para las partes, prevaleciendo o pudiendo prevalecer la arbitrariedad y parcialidad del órgano jurisdiccional o la chicana del adversario” (OLIVEIRA, 2007: p. 32; DIDIER, 2009: p. 278).

A quienes renegasen de este principio, CHIOVENDA les recordaría que incluso MONTESQUIEU “atacó vivamente las formalidades judiciales y más tarde se inclinó a reconocer en ellas el precio que cada ciudadano paga por su libertad” (CHIOVENDA, 1949: p. 125).



### 2.3. El principio preclusión

La preclusión es un instituto que se encuadra dentro de la *garantía de efectividad* de la tutela jurisdiccional y el principio del *formalismo procesal*.

CHIOVENDA fue el propulsor de esta *voz* y delimitó su significado a “la pérdida, o extinción, o consumación de una facultad procesal que se sufre por el hecho: a) de no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio (...) b) o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad (...) c) o de haber ejercitado ya válidamente una vez la facultad (consumación propiamente dicha)” (CHIOVENDA, 1949: p. 226).

Como la profesora ARIANO ha demostrado (2011: pp. 31-35) un sector de la doctrina asoció inescindiblemente el concepto de preclusión a la estructura del proceso en fases o etapas. En esa corriente, COUTURE, afirmaría que la preclusión alude al “hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas o momentos procesales ya extinguidos y consumados” (COUTURE, 2002: p. 159), configurándose así un concepto estático o rígido.

Frente a dicha noción, convenimos en que es adecuado definir a la preclusión desde la función que cumple respecto de los poderes de las partes del proceso (ARIANO, 2011). La preclusión alude a “la imposibilidad de cumplir determinado acto o el impedimento al ejercicio de un actividad” y que al interior del proceso se configura debido a “la inobservancia de las normas que regulan el orden y el tiempo de la actividad de la parte” (PISANI, 2012: pp. 1-3).

Colocando el énfasis en la actividad que les compete realizar a las partes y al juez, la preclusión expresa: “la pérdida de una situación jurídica activa procesal: sea la pérdida del poder procesal de las partes, ya sea la pérdida de un poder del juez” (DIDIER, 2009: p. 278) que se configura “o porque ya fue ejercitada la facultad procesal [dicho mejor, la situación jurídica procesal], en el momento adecuado, o porque la parte dejó pasar la fase procesal propia, sin hacer uso de su derecho” (THEODORO JÚNIOR, 2014: p. 230).

A partir de lo dicho puede apreciarse el nexo que existe entre *preclusión* y *formalismo* y, por consecuencia, advertir cómo es que tal instituto está orientado a la materialización de la *efectividad de la tutela jurisdiccional* desde la óptica de la *oportunidad* de la prestación jurisdiccional.

La *preclusión* reglamenta la actividad de las partes y de los órganos jurisdiccionales, resguardando que el proceso marche y concluya oportunamente. Para que los sujetos procuren que el proceso avance y no obstaculicen ese avance, el legislador

prevé tiempos y formas en los que deberían plantearse específicos actos procesales cuya inobservancia agotaría la posibilidad de ejercer dichos actos procesales.

DIDIER ha expresado en tal sentido que: “la preclusión es el instituto fundamental para el buen desenvolvimiento del proceso, siendo una de las principales técnicas para estructurar el procedimiento y para la delimitación de las reglas que componen el formalismo procesal. La preclusión se presenta entonces como un limitador del ejercicio abusivo de los poderes procesales de las partes, bien como impedimento de que las cuestiones ya decididas por el magistrado puedan ser reexaminadas, evitándose con eso el retroceso y la inseguridad jurídica” (DIDIER, 2009: p. 279).

Desde que se recibe un pedido de tutela, las partes y el juez deben guiar la marcha del proceso hacia delante, hacia la obtención de una respuesta que no solo sea justa sino también oportuna, ni rápida ni lenta: oportuna. Bajo esa visión, es legítimo que, en algunos casos, se establezcan reglas de preclusión de las situaciones jurídicas procesales.

### 3. EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 454 DEL CPC

A partir de las definiciones antes abordadas podemos explicar el contenido y alcance del artículo 454 del CPC en términos más amplios a los que nos llevaría un análisis literal de la norma,

#### 3.1. La preclusión de la oportunidad para alegar hechos constitutivos de excepciones

El primer significado que se le ha atribuido a esta norma es que materializaría *la preclusión* de la oportunidad para alegar los hechos constitutivos de las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC.

Así se puede deducir de la explicación del profesor MONROY cuando afirma: “(...) como todos los plazos previstos por el Código, el referido a la interposición de excepciones tiene el carácter de fatal, es decir, que transcurrido este ya no hay posibilidad de presentarlas (...)” (MONROY, 1994: p. 128) y que –conjuntamente con el sistema de multas y costos y costas previstos para el trámite de las excepciones– “desalienta el uso irregular en provecho de una lealtad y buena fe procesal necesaria para el nuevo modelo de proceso al que el Código aspira” (MONROY, 1994: p. 129).

En términos semejantes, LEDESMA también identifica el contenido del artículo 454 del CPC con el principio de preclusión: “cada etapa del proceso tiene un tiempo

para ser cumplida y se realiza en forma consecutiva, 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 procesa 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” (LEDESMA, 2012: pp. 54-55).

Desde una posición crítica, se ha descrito cómo el artículo 454 del CPC estaría encuadrado en el sistema de las “preclusiones atinentes a las cuestiones procesales” y por consecuencia reforzaría la noción (criticable) de que “el demandado solo puede plantear sus excepciones (art. 446 del CPC, incluso de la prescripción), todas juntas ‘en el mismo escrito’, dentro de los plazos señalados por la ley (art. 447 del CPC), pues de lo contrario no podrán deducirse nunca más (art. 454 del CPC)” (ARIANO, 2011: p. 41).

### 3.2. El contenido del artículo 454 del CPC a la luz del principio de formalismo

Asumiendo como válido *prima facie* someter a *preclusión* la facultad de alegar los hechos que configurarían las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC, conviene resaltar que la *preclusión* no solo se funda en el transcurso del plazo.

A partir de la vinculación entre el *principio de preclusión* y el *principio de formalismo* en los términos que hemos desarrollado, podemos apreciar que la lógica del artículo 454 del CPC también sustentaría que los hechos constitutivos de excepciones, además de plantearse en una oportunidad establecida específicamente por la ley, también deben ser sustanciados en el recorrido procedimental y los concretos efectos que la ley procesal civil provee (ex arts. 447, 448 y 449 del CPC).

Esta proposición que parece obvia es importante de resaltar para efectos prácticos.

El artículo 454 del CPC contiene una prohibición que se limita a establecer que aquellos hechos constitutivos de las excepciones no pueden ser denunciados a través del recurso de *nulidad*. Pero nada dice de la hipótesis en que el demandado denunciase los hechos constitutivos de excepciones en un pedido de *improcedencia* de la demanda o incluso de *infundabilidad* de la misma.

Tendríamos un aparente vacío. Pero si nos guiamos por el principio de *formalidad* (al cual coadyuva la preclusión), podríamos apreciar un significado complementario del artículo 454 del CPC, conforme el cual esta norma reforzaría la comprensión de las excepciones son un medio típico de defensa y por ende no solo sería improcedente la nulidad que se funde en los hechos constitutivos de aquellas defensas típicas. También lo sería cualquier pedido (atípico) de improcedencia u otro modo que postule el demandado.

### 3.3. El alcance reglamentario *prima facie* del artículo 454 del CPC

Bajo las consideraciones desarrolladas, guiados por el tiempo y el modo en el que deben plantearse las excepciones, el artículo 454 del CPC permite deducir las siguientes reglas:

- i) El demandado que, en los plazos previstos por el CPC, no postuló ninguna de las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC: tendría extinta la posibilidad de defenderse invocando, en vía de nulidad, hechos que configurarían cualquiera de dichas excepciones.
- ii) El demandado que, en los plazos previstos por el CPC, no postulo ninguna de las excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC: tendría extinta la posibilidad de defenderse invocando, en vía de improcedencia u otro modo, hechos que configurarían cualquiera de dichas excepciones.
- iii) El demandado que, en los plazos previstos por el CPC, postuló solo alguna de las excepciones que pudo denunciar: tendría extinta la posibilidad de defenderse invocando, en vía de nulidad, hechos que configurarían las demás excepciones que no postuló.
- iv) El demandado que, en los plazos previstos por el CPC, postuló solo alguna de las excepciones que pudo denunciar: tendría extinta la posibilidad de defenderse, en vía de improcedencia u otro modo, invocando hechos que configurarían las demás excepciones que no postuló.
- v) El demandado que postuló excepciones (algunas o todas las que cabían): luego de que las excepciones sean resueltas, no podrá volver a denunciar los hechos que las sustentaron en vía de pedidos de nulidad.
- vi) El demandado que postuló excepciones (algunas o todas las que cabían): luego de que las excepciones sean resueltas, no podrá volver a denunciar los hechos que las sustentaron en vía de pedidos de improcedencia u otro modo.

#### **4. LA NECESARIA FLEXIBILIDAD DE LAS REGLAS DERIVADAS DEL ARTÍCULO 454 DEL CPC**

Es imprescindible sin embargo delimitar el ámbito de aplicación de las reglas establecidas en el punto anterior. Estas reglas no pueden aplicarse a todas las *excepciones* reguladas en el artículo 446 del CPC.

Esta afirmación no es contradictoria con la argumentación vertida hasta este punto. A continuación veremos que tal afirmación: i) es avalada considerando los poderes de oficio del juez, ii) se deriva de la propia naturaleza de los tipos de excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC y iii) es coherente con el carácter teleológico de los principios de *preclusión* y *formalismo*.

##### **4.1. Los poderes de oficio del juez y la preclusión para alegar los hechos que constituyen excepciones**

Una lectura relativizada del artículo 454 del CPC es propuesta por la propia profesora LEDESMA. Luego de afirmar la preclusión que operaría sobre el demandado en virtud de esta norma, expresa que: “[la improcedencia de la nulidad del art. 454 del CPC] no implica que las nulidades no denunciadas en su momento [en vía de excepción] por el demandado no 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 BRICEÑO SERRA, ‘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’” (LEDESMA, 2012: p. 55).

El problema surge debido a que no solo el *despacho saneador* permitiría que el juez evalúe de oficio la validez de la relación procesal. En la práctica –como ha reseñado ARIANO– “A estar a estas disposiciones, desde que el CPC de 1993 entró en vigencia, se interpretó que, pese al auto de saneamiento (el que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida), el juez (el aquo, el ad quem o, incluso, el Supremo) podría, en la sentencia, volverse a pronunciar sobre la validez de la relación procesal, o sea, en buena cuenta podría siempre declarar improcedente la demanda” (ARIANO, 2011: p. 66).

De allí que la misma autora examine: ¿por qué le precluye a la parte deducir lo que el juez sí puede apreciar de oficio? (ARIANO, 2011: p. 64).

##### **4.2. La preclusión inmediata ex artículo 454**

En nuestra lectura del artículo 454 del CPC, resulta indiscutible que las reglas interpretativas que hemos expuesto en el punto 3.3. son aplicables cuando el

demandado omitió deducir excepciones dirigidas a denunciar vicios subsanables o dispositivos respecto de la relación procesal o material que el artículo 446 del CPC establece que deben denunciarse como excepciones; o que habiéndolas deducido, estas ya se hubieran resuelto. En dichos supuestos también estará supeditada a preclusión la facultad del juez (y de los jueces revisores) de pronunciarse al respecto.

Específicamente, todas y cada una de las reglas establecidas en el punto 3.3., resultarían plenamente aplicables a los siguientes casos:

- a) La excepción de ambigüedad y oscuridad en el modo de proponer la demanda.
- b) La excepción de incompetencia por razón del territorio.
- c) La excepción de convenio arbitral.
- d) E incluso, la excepción de prescripción extintiva.

Aquí, sea por voluntad del demandado, sea por su negligencia, dejó transcurrir el momento oportuno para ejercer una defensa favorable a sus intereses, pero que no invalidaría ni obstaculizaría necesariamente el proceso.

El demandado sería quien: a) asume entender los términos en que se planteó la demanda, b) prorrogaría la competencia del órgano jurisdiccional por razón del territorio, c) dejaría sin efecto el convenio arbitral al que el demandante también renunció y, d) aun cuando fuese más discutible, también renunciaría a valerse de la inexigibilidad de la pretensión demandada por el transcurso del tiempo en vía de prescripción extintiva.

Un supuesto más complejo sería el de la *excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa*. Aquí solo podría anotarse como posibilidad la interpretación conforme la cual, si no se excepcionó esta defensa, se estaría atribuyendo *plena jurisdicción* (art. 5, inc. 2, del TULO de la Ley N° 27584) al órgano jurisdiccional, permitiéndosele que se pronuncie sobre un conflicto que pudo haber sido previamente dilucidado por la administración.

En dicha línea interpretativa sin duda el juez civil deberá advertir que el agotamiento de la vía administrativa constituye un presupuesto dispensable del proceso, como lo acreditan el propio artículo 21 del TULO de la Ley N° 27584.

#### **4.3. La flexibilidad necesaria del artículo 454 del CPC en resguardo de la garantía de efectividad**

En el caso de todas las demás excepciones reguladas en el artículo 446 del CPC, la regla impuesta en el artículo 454 del CPC necesariamente debería

flexibilizarse. Solo sería aplicable la regla conforme la cual: *si el demandado postuló excepciones, y estas excepciones fueron resueltas, entonces no podrá volver a denunciar los hechos que las sustentaron en vía de pedidos de nulidad, improcedencia u otro modo*. Así tampoco lo podría hacer el órgano jurisdiccional alegando un poder de oficio.

#### **4.3.1. La procedencia de la nulidad (o pedidos de improcedencia u otros modos) ante hechos nuevos**

Dentro de este segundo grupo de excepciones (que tienen que ver con requisitos indispensables de validez de la relación procesal y/o material) la primera hipótesis de inaplicación del artículo 454 del CPC se configuraría ante la alegación de hechos nuevos; ya sean estos propios o impropios.

Como se sostenido: “[s]i bien las hipótesis son más teóricas que reales”, podríamos considerar un caso en que el demandado conoce, con posterioridad al vencimiento del plazo para excepcionar, que existe un proceso, iniciado anteriormente, donde se discute exactamente lo mismo (y en el que debió ser parte), o que incluso ya estuviera sentenciado, o en más, se hubiera visto favorecido con una declaración de prescripción (ARIANO, 2011: pp. 75-77).

Los procesos donde se demanda independientemente a deudores solidarios podría ser el ejemplo de esta hipótesis.

#### **4.3.2. La procedencia de la nulidad (o pedidos de improcedencia u otros modos) ante vicios esenciales y por consecuencia insubsanables**

Tanto más justificado resultaría atender –independientemente de que se funden en un hecho nuevo– las denuncias de: i) falta de legitimidad, ii) litispendencia, iii) cosa juzgada y iv) caducidad. Es imposible suponer que estos vicios desaparecen o se subsanan por el hecho de que el demandado no los hubiese denunciado en el tiempo y modo que prevé la ley para las excepciones.

Por el contrario, hacer oídos sordos a las denuncias sobre la ausencia de estos requisitos, solo por el hecho de que serían denuncias extemporáneas, implicaría olvidar los fundamentos de la regla impuesta en el artículo 454 del CPC.

Como hemos visto, los principios de *preclusión* y *formalismo* se encuadran dentro de la garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional, la cual exige que el proceso sea un mecanismo de tutela de derechos. Si se rechazasen (y en consecuencia, ni se discutiesen ni se amparasen) las alegaciones que acreditarían que la relación procesal es inválida, el proceso se distorsionaría.

El proceso se alejaría de su finalidad y podría concluir: dando algo a quien no lo merece o condenando a quien no lo merece (piénsese en los casos donde se denuncia la falta de legitimidad para obrar tardíamente pero con razón suficiente); dando más a quien ya no lo merece o condenando nuevamente a quien ya cumplió con la ley o con una sentencia (piénsese, en los casos donde existe cosa juzgada) o interfiriendo con la labor de otro órgano jurisdiccional (piénsese en la excepción de litispendencia).

Tal situación, ajena al proceso, solo puede ser evitada a partir de una aplicación flexible del artículo 454 y concordada con los principios que inspiran esta norma. La residual admisión de una denuncia de hechos que configuren una excepción, aun cuando extemporánea, permitiría evitar proseguir un proceso viciado o emitir una sentencia injusta.

Claro está. Esta residual admisión de una denuncia de hechos que configuren una excepción (ya sea a través del recurso de nulidad u otro tipo de alegación) debería proceder sin perjuicio de que se sancione a través de multas, al demandado (y a su abogado) que estando en condiciones de excepcionar oportunamente, decidió hacerlo fuera del modo y el tiempo que la ley impone.

## 5. CONCLUSIONES

La interpretación y aplicación del 454 del CPC debe ajustarse al derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional. Esta norma expresa o materializa el principio de preclusión, el cual a su vez es un principio orientado por la finalidad que persigue el *formalismo* procesal.

Esta norma procura guiar la conducta de las partes, imponiéndoles un modo y tiempo para ejercer su defensa alegando los hechos constitutivos de excepciones. Esta norma impidiendo que lo hagan tardíamente o que insistan en proponerlas reiteradamente. Esta norma evita que se dilate o entorpezca la marcha del proceso.

La interpretación del artículo 454 del CPC conforme a los principios que subyacen en ella permite afirmar que, así como es improcedente la nulidad que se funde en hechos que debieron ser fundar las excepciones, también es improcedente cualquier alegación atípica que se postule en el proceso.

Pero esto no equivale a decir que el artículo 454 contenga una cláusula absoluta. Si se denunciase extemporáneamente hechos que implicasen la ausencia de elementos imprescindibles para una relación procesal válida, debe flexibilizarse el contenido y alcance de la norma. Esta flexibilización es necesaria para garantizar precisamente la efectividad de la tutela jurisdiccional: evitando *oportunamente*



proseguir con un proceso inválido y evitando *adecuadamente* emitir una decisión que sea injusta.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2011): *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. Tesis para optar por el grado de magíster con mención en Derecho Procesal. Lima: PUCP. Disponible en: <[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4673/ARIANO\\_DEHOEUGENIA\\_PROCESO\\_FLEXIBLE.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4673/ARIANO_DEHOEUGENIA_PROCESO_FLEXIBLE.pdf?sequence=1)>; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela jurisdiccional efectiva*. Barcelona: Bosch; CHIOVENDA, Giuseppe (1949): “Las formas en la defensa judicial del derecho” (1901). En: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. 2. Buenos Aires: Bosch; CHIOVENDA, Giuseppe (1949): “La cosa juzgada y la preclusión” (1933). En: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. 3. Buenos Aires: Bosch; COUTURE, Eduardo J. (2002): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1942), 4ª ed. Buenos Aires: Euros; DIDIER, Fredie (2009): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 11ª ed. revisada. Salvador de Bahía: JusPodivum, trad. Libre; LEDESMA, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil* (2008), 4ª ed., tomo 2, Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan: “Las excepciones en el Código Procesal Civil”. En: *Themis - Revista de Derecho* N° 27-28; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Lima: Santa Fe de Bogotá: Temis - De Belaunde & Monroy Abogados; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (2007): *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo - valorativo)* (2004), trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra; PISANI, Carlo (2012): *Le preclusioni nel rito di lavoro*. Disponible en: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/248/Pisani.pdf>>; PRIORI, Giovanni (2003): “La efectiva tutela de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*, N° 26; PRIORI, Giovanni (2014): “Lineamientos para la tutela del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional”. En: Priori, Giovanni (coord.). *Proceso y Constitución 2014. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra; PROTO PISANI, Andrea (2014): “El principio de efectividad en el proceso civil italiano”. En: Priori, Giovanni (coord.) *Proceso y Constitución 2014. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra; THEODORO JÚNIOR, Humberto (2014): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento* (1985), 55ª ed. revisada. Río de Janeiro: Editora forense.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia: “Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*, N° 33; CAROCA, Alex (1998): *La garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch; LOURICO, Ana María (2011): *La cosa juzgada: su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil española*. Coruña: Tórculo; MAGARIAGA, Luis Eduardo: “Hacia un sistema

---

procesal unitario: ¿el fin de la superstición de las condiciones de la acción?”. En: *Temas de Derecho Procesal peruano*. Arequipa: Adrus; MARINONI, Luiz Guilherme (2009): *Curso de Proceso Civil*, vol. 1, *Teoria general do processo* (2006), 3ª ed. revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 455**

**Propuesta y trámite de las defensas previas**

*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. arts. 447, 700; D.S. 054-97-EF art. 38 lit. b).*

---

*Alexander Rioja Bermúdez*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El derecho de defensa constituye una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional y por qué no la materialización el derecho de contradicción que tiene todo demandado en un proceso. Así, el Tribunal Constitucional ha precisado que: “En virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” (STC Exp. N° 04587-2009-PA/TC).

No resulta pertinente en este espacio desarrollar las figuras del derecho de acción, el interés para obrar ni las teorías de la acción a fin de poder establecer en que se ampara procesalmente hablando el derecho de todo ciudadano de acudir a los órganos jurisdiccionales, en busca de tutela jurisdiccional efectiva (“...la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio”. STC Exp. N° 763-2005-PA/TC).

Es más, muchas veces al ciudadano no le interesa saber de estas teorías, el que si está obligado a saberlas es el abogado que las patrocina, porque el primero solo busca que el derecho que está recogido en una norma se materialice, es decir le sea reconocido por la autoridad; al segundo aplicar sus conocimientos y volcarlos en la elaboración de una demanda y luego en todo el proceso.

Sin embargo, aquel que se siente atacado por el llamado derecho de acción y sobre el cual recaería todo el accionar del aparato judicial, tiene entre sus manos

también la posibilidad de contrarrestar el derecho de acción, es decir defenderse frente al ataque de su demandante. Para ello, cuenta legalmente con diversos instrumentos que le franquea el derecho para hacerlo, el primero es la el derecho de contradicción que se materializa en la contestación, por ella se busca atacar la pretensión material entablada por su contraparte, es decir ataca el tema de fondo de lo que le pretende su demandante.

De igual forma, tiene otro mecanismo de protección como son las excepciones, que atacan cuestiones formales y buscan suspender el proceso, dilatarlo y en otras circunstancias concluir el mismo. De igual forma la norma regula la figura de las *defensas previas* como otro mecanismo de defensa del demandado frente a su demandante.

## 2. LAS DEFENSAS PREVIAS

### 2.1. Definición

LEDESMA señala que 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 (LEDESMA, 2009: p. 56).

Para CARRIÓN LUGO, las defensas previas constituyen medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el actor realice la actividad que el derecho sustantivo prevé como acto previo al planteamiento de la demanda (CARRIÓN LUGO, 2000: p. 504).

DE SANTO las define como las defensas reguladas en las leyes sustantivas que pueden plantearse como excepciones previas, que por su origen y naturaleza no extinguen la pretensión cuanto dilatan temporariamente su examen (DE SANTO, 1981: p. 239).

La consagración de las defensas previas constituye una institución “nueva” en el ordenamiento procesal civil peruano. Constituye una forma de manifestación del derecho de defensa que no se enmarca ni dentro de la defensa de fondo como lo es la contestación a la demanda, ni dentro de la llamada defensa de forma como lo resulta siendo la figura de las excepciones. Lo que busca es atacar la relación jurídico-procesal planteada por la parte demandante manifestando la existencia de un obstáculo o impedimento respecto de él, debiendo dirigirse previamente contra otro sujeto que sería parte de dicha relación jurídico sustantiva. Es como afirman algunos doctrinarios un obstáculo temporal de orden legal, ya que

se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico, y su finalidad es que el proceso no continúe hasta que no se subsane o se proceda a eliminar aquel obstáculo.

Para quienes definen la figura bajo comentario señalan que esta no se encuentra enmarcada en una defensa de fondo ni propiamente de forma, ya que no ataca ni el reclamo sustantivo de la pretensión ni la existencia de elementos que se refieran a los requisitos de la demanda. De tal forma que resulta siendo un impedimento para la continuación del proceso, quedando este en la etapa postulatoria del mismo.

Si se considera que las defensas previas implican la ausencia de necesidad de tutela o interés adjetivo, y por ende que el órgano jurisdiccional no debería responder aun al derecho que pretende hacer valer el demandante, porque permitir iniciar o llevar a cabo un proceso judicial en el cual existe pendiente de realización de determinados actos por parte del demandante para recién acudir al Poder Judicial. No constituye de una u otra forma las defensas previas una figura relativa a la de falta de interés para obrar. ¿Por qué encuadrarla como una figura de distinta naturaleza cuando legalmente se le tramita como una excepción?

Como se ha advertido, las defensas previas así como se encuentra regulada implican la ausencia de necesidad de tutela, por ello derogarlas de nuestro ordenamiento legal implicaría evitar su confusión teórica y el uso adecuado como es su naturaleza evitando de esta manera mayores confusiones y haciendo más práctico nuestro sistema de justicia.

De otro lado si se persiste en mantenerla regulada con figura “novedosa” en nuestro ordenamiento procesal, resulta entonces pertinente adecuarla a su naturaleza y que tenga un tratamiento completamente distinto a las excepciones, ya que su objetivo es completamente distinto a estas y lo que busca o su finalidad distan de la misma. Por ello, hemos considerado establecer un procedimiento que permitiría evitar la continuación de un proceso judicial en el cual no es posible su prosecución por la carencia de un requisito establecido contractual o legalmente y evitar que recién en una audiencia de saneamiento –o en el peor de los casos luego de transcurrido un proceso judicial– se llegue a determinar claramente lo que en los actos postulatorios del proceso se pudo claramente resolver.

De esta manera delimitaríamos de manera más precisa su naturaleza y ámbito de aplicación, reduciendo los trámites procesales y evitando el inicio de procesos judiciales carente de necesidad de tutela. Con ello evitamos se distraiga la labor de jueces en procesos judiciales que no tiene sustento de protección actual o vigente y de esta forma se embarcan en resolver aquellos casos en los que merezcan tutela y se evita mayores pérdidas de tiempo y horas hombre para destinarlo a aquellos procesos que merecen mayor atención del órgano jurisdiccional.

En tal sentido, consideramos que debería fijarse un nuevo tratamiento para esta figura o en su caso derogarla para que se incluya como una de las figuras de las excepciones ya que en la práctica no solamente no resulta aplicable, sino también no es acorde con su propia naturaleza. Por ello, más adelante de manera sucinta estableceremos una propuesta para su regulación.

## 2.2. Origen

Si bien nuestra norma procesal no regula esta circunstancia, las defensas previas pueden tener su origen contractual o convencionalmente y de origen legal.

En el primer caso puede existir un contrato en el cual se establezca un requisito previo para el inicio de la demanda sin que ello implique una falta de interés para obrar).

En el segundo caso es el ordenamiento jurídico que establece como por ejemplo la señalada en el artículo 918 del CC, referido al pago de mejoras necesarias.

## 2.3. Finalidad

Como ya se ha precisado, la figura de las defensas previas tiene por finalidad dilatar el proceso o la eficacia del mismo incluso de manera definitiva; sin embargo, dista mucho de otras formas de defensa ya que no atacan la pretensión procesal ni el derecho que la sustenta, tampoco cuestiona un presupuesto procesal como los que establece la norma referida a los requisitos de la demanda. Esta institución resulta ser un *híbrido*, tiene poca aplicación práctica en sede judicial, pese a que la norma sustantiva regula algunos supuestos muchas veces su falta de conocimiento hace que los abogados la interpongan no como una defensa previa sino como una de fondo.

Si bien las defensas previas buscan la suspensión del proceso hasta que el demandante cumpla con determinados requisitos establecidos convencional o legalmente, creemos que constituye uno de las consecuencias que establece la norma procesal para las excepciones, si bien se señala que esta (la defensa previa) constituye una manifestación del derecho de defensa que no ataca la pretensión procesal ni el derecho que la sustenta, creemos que ello no es tan cierto desde el momento en que el demandado manifiesta que la pretensión que se ha dirigido contra él no es correcta ya que o en principio no sería la persona contra la que se debe dirigir la demanda o en todo caso debió agotar un estamento previo para poder acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela.

Debe quedar claro también que no resulta ser válido cuando se señala que las defensas previas no constituye una condición de la acción ya que en el fondo ello es así, toda vez que el demandado está indicando que previamente a ser demandado debería haberse cumplido con el cumplimiento de determinadas formalidades pactadas.

Ahora bien, si esta defensa previa, constituye como su mismo nombre lo señala “previa” pero previa ¿a qué? Si ya se inició el proceso, se tramita como una excepción y el proceso continuo su curso hasta que es resuelta en la etapa del saneamiento procesal. Si resultaba ser una defensa previa no debería haber si ni siquiera proceso en trámite ni secuencia alguna para que este siga su decurso, ya que es “previa”. Por ello consideramos que debería existir una actuación previa con posterior a los actos postulatorios y luego de planteada la defensa previa a fin de que en ella se resuelva esta institución y que se determine o no la consecución del proceso

### 3. AUDIENCIA PREVIA

El instituto procesal de la audiencia previa (como trámite predominantemente oral) encuentra sus más remotos orígenes en la *erste Tagsatzung* de la Ordenanza Procesal Civil austríaca. Para GASCÓN-PALOMO, en España, ha sido la experiencia recogida tras largos años de deficiente y, sobre todo, frustrante desenvolvimiento de los juicios civiles el antecedente principal tenido a la vista a la hora de establecer esta audiencia previa al juicio ordinario (GASCÓN-PALOMO, 2007: p. 55).

La audiencia previa del modelo español, traída a nuestro sistema para los casos de propuesta de una defensa previa bajo la denominación de auto previo al proceso, podría configurarse como una fase procesal que tendría por finalidad retrasar el trámite del proceso civil y, como consecuencia, detener la respuesta de solicitud de tutela jurisdiccional por parte del demandante, hasta que no exista este auto que resuelve la defensa previa.

En este esquema, se evita la existencia de un trámite inoficioso en el proceso de la figura de la defensa previa la cual ya no tendría que resolverse en el saneamiento procesal o en el peor de los casos en la sentencia, dada la naturaleza propia de la institución y sobre todo en aras de encontrar una solución más rápida a los conflictos o evitar aquellos que no tiene sustento jurídico alguno.

### 4. PROPUESTA LEGISLATIVA

A criterio nuestro, las defensas previas deberían tener un trámite completamente distinto al fijado por el CPC. Así, consideramos que, una vez presentada y

admitida a trámite la demanda, la parte demandada, sin contestar la demanda, se encuentra en la posibilidad de interponer este medio de defensa dentro del quinto de día de notificada con la demanda. El juez, en atención a los argumentos fácticos y las pruebas propuestas por la parte emplazada dispondrá el traslado de dicha defensa previa, se debe disponer el traslado a la demandante para que la absuelva en un plazo no mayor de cinco días y mediante un auto, que será expedido dentro de igual plazo luego de absuelta, se determine la procedencia o no de la defensa previa planteada y en consecuencia el rechazo de la demanda o la continuación del proceso y dándole el plazo de ley para que conteste la demanda.

Este auto puede ser objeto de apelación y en caso el juez advierta que la defensa previa ha tenido por objeto dilatar el proceso y que no tiene sustento alguno, se encontrará facultado a fijar multa al abogado, no a la parte litigante sino al letrado, informando dicha conducta al Colegio de Abogados, a fin de que las registre en un Libro de Sanciones (que para este y otros casos deberá existir en cada Colegio de Abogados del Perú). De esta manera se sanciona a aquellos abogados que deslegitiman a la profesión del derecho aplicando dilaciones procesales y perjuicios para la administración de justicia.

Entonces, lo que buscamos es que el proceso no se vea perjudicado con una actividad procesal que en primer lugar no tiene sustento alguno y que bajo la regulación actual debería transcurrir por el inicio de un proceso que no tiene sentido alguno y que luego de haberle obligado al demandado a contestar la demanda (es decir ya cuestiona el fondo) proponga su defensa previa para que recién en la audiencia de saneamiento procesal se determine si debe o no continuar en el proceso.

Si buscamos la existencia de un proceso judicial más ágil y evitar las audiencias que en muchos casos son programadas con muchos meses de anticipación y dejan en incertidumbre al litigante, resulta perfectamente posible adecuar y establecer un trámite como el descrito para evitar mayores perjuicios al litigante a la administración de justicia y a la imagen del Poder Judicial.

Pero además, se evita que abogados inescrupulosos puedan hacer indebido uso de esta figura con el ánimo de dilatar el proceso y establecer sanciones que impidan este tipo de actos que perjudican la actividad jurisdiccional.

## **5. DEFENSAS PREVIAS. LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **5.1. España**

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece al respecto un trámite distinto pero interesante respecto a la figura materia de estudio. Una vez se ha personado



válidamente el demandado en el juicio de mayor cuantía, el juez dicta una providencia declarando la personación del demandado e intimando a este para que se oponga a la pretensión del actor, a cuyo fin le concede un plazo de veinte días para contestar a la demanda. Dentro del plazo que la ley otorga al demandado para contestar a la demanda existen plazos más breves para formular las denominadas defensas previas que, fundamentalmente, son las excepciones dilatorias. Entre estas no se encuadra la defensa previa denominada falta de adecuación del procedimiento. Dicha defensa previa podrá esgrimirse cuando el demandado no esté conforme con el valor dado a la cosa litigiosa o con la clase de juicio propuesto por el actor. El juez convocará a las partes a una comparecencia para obtener su conformidad sobre la clase de juicio a seguirse. Si no hay conformidad, se nombrarán peritos que dictaminen sobre el valor controvertido y el juez resolverá lo procedente.

Es de destacar que la defensa previa se podría equiparar o resulta compatible con la llamada excepción de falta de adecuación al procedimiento, (figura no regulada en nuestro ordenamiento procesal) de esta forma se convertiría en lo que en la realidad se da en nuestro proceso judicial, que prácticamente constituye una excepción, no solamente por la manera de su trámite sino por su contenido y forma.

## 5.2. Argentina

En el Derecho comparado las defensas previas responden al nombre de defensas temporarias. A ellas, DE SANTO las define como las defensas reguladas en las leyes sustantivas que pueden plantearse como excepciones previas, que por su origen y naturaleza no extinguen la pretensión cuanto dilatan temporariamente su examen (DE SANTO, 1981: p. 239).

Según PALACIO, algunas legislaciones proponen a las defensas previas como integrantes de la lista de excepciones proponibles. Así, el artículo 347 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina, coloca a las llamadas “defensas temporales que se consagran en las leyes generales, tales como el beneficio de inventario o el de excusión” (PALACIO, 2012: p. 156).

## 6. CLASES DE DEFENSAS PREVIAS

Conforme ya se ha precisado a lo largo del presente trabajo, la figura de la defensa previa es el medio procesal que, sin cuestionar la pretensión ni la relación procesal (en principio) es puesto de manifiesto en los actos postulatorios por el demandado para solicitar al órgano jurisdiccional la suspensión del proceso hasta que el demandante no cumpla con realizar el acto previo a la demanda que corresponda.

Nuestro CPC, en su artículo 455, señala las defensas previas que se encuentra facultado a plantear el demandado entre ellas encontramos al beneficio de inventario y al beneficio de excusión. Sin embargo existen otras que se encuentran reguladas en normas materiales, así tenemos: el beneficio de inventario (art. 661 del CC), el beneficio de excusión (art. 1879 del CC), el beneficio de división (art. 1887 del CC), el pago anticipado por el fiador (art. 1896 del CC), la excepción de incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas (art. 1426 del CC), la excepción de caducidad de plazo (art. 1427 del CC), la donación en favor de tutor o curador (art. 1628 del CC) y otras que estén expresamente facultadas por la norma y, que brevemente las desarrollaremos y que ya lo hemos anteriormente precisado (RIOJA, 2014).

### 6.1. Beneficio de inventario

Esta figura la encontramos en el artículo 661 del CC, el mismo que establece que: “el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcance los bienes de esta”.

Lo que se busca es que se solicite de manera previa se cancelen las cargas y obligaciones dejadas por el causante antes de la entrega al cónyuge de los bienes propios que han de quedar.

La finalidad de la norma busca que el acreedor o acreedores de la sucesión, deberán previamente a hacer efectivo su crédito, se determine a través de la figura del inventario el activo del patrimonio del causante y de esta manera se pueda satisfacer dicha deuda. Debe tenerse en consideración que este tema es netamente sucesorio teniendo en cuenta aquel principio que fija “que la herencia no debe perjudicar al heredero”; en consecuencia resulta perfectamente factible la facultad legal del heredero para que asuma las deudas y cargas de su causante sin que se vea afectado su patrimonio, es decir hasta el límite de esta.

### 6.2. Beneficio de excusión

Llamado también beneficio de orden corresponde su aplicación en los contratos de fianza, por ende solo es aplicable ante la existencia de este tipo contractual, por el cual el *fiador* se ha comprometido frente al acreedor a responder por la obligación contraída por su *fiado*, por lo que únicamente en el caso de que este incumpla con su deber, el *fiado* asume el cumplimiento de la acreencia.

En tal sentido, lo que se advierte es que mediante esta defensa previa lo que se busca es un carácter subsidiario de la acreencia, ya que el acreedor solamente

podrá hacer efectivo su derecho frente al *fiador*, cuando el patrimonio del fiando no alcance para cubrir con la deuda contraída.

Por ello, ya en el aspecto procesal, ante la existencia de una demanda de obligación de dar suma de dinero u otra modalidad de esta el fiador tiene el derecho de exigir al acreedor que previamente a exigirle a este el cumplimiento de la obligación, realice todos los mecanismos existentes a fin de que haga efectiva la obligación contra los bienes del fiado.

Sin embargo, hay quienes consideran que ello también puede ser expuesto en el proceso como una defensa de fondo a fin de que en ella se determine la inexistencia de una obligación por parte del fiador (demandado) ya que la exigencia legal es contra el fiado que es el deudor principal, y es contra el quien debería haberse emplazado con la demanda, pudiendo configurarse así la falta de legitimidad para obrar del demandado, más aún cuando este (fiador demandado) debe acreditar la existencia de bienes de su fiado y que no se han agotado los recursos para cobrar la deuda frente a este.

De otro lado existe el artículo 1883 del CC, establece los casos en que el beneficio de excusión es declarada improcedente, así, cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella, en el caso en que se ha obligado solidariamente con el deudor y finalmente en el supuesto de quiebra del deudor.

La Ley General de Sociedades también regula en su normatividad la figura del beneficio de excusión. Así, en los artículos 273, 295 y 303 inciso 8) de la Ley N° 26887 encontramos los supuestos normativos que amparan esta institución.

El artículo 273 correspondiente a la sociedad colectiva, establece que el socio requerido por el pago de deudas sociales puede oponer, aun en el caso que la sociedad se encuentre en liquidación, la excusión del patrimonio social, sustentando los bienes con los cuales el acreedor puede lograr el pago. En tal sentido, la norma mantiene el beneficio a favor de los socios de la sociedad colectiva, quienes solo pueden ser obligados al pago, con posterioridad de haber iniciado la gestión de cobranza y ejecutado los bienes de la sociedad.

El artículo 295, referida a las sociedades civiles, establece en su segundo párrafo lo siguiente: "La sociedad civil puede ser ordinaria o de responsabilidad limitada. En la primera los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales y lo hacen, salvo pacto distinto, en proporción a sus aportes. En la segunda, cuyos socios no pueden exceder de treinta, no responden personalmente por las deudas sociales".

En estos supuestos de la llamada sociedad civil ordinaria, estos responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones

sociales, correspondiéndoles el derecho de solicitar que previamente a la exigencia de pago de una obligación societaria con cargo a los bienes del socio, el acreedor agote todos los medios para exigir el pago de la obligación a la sociedad y no de manera individual al socio o socios.

El artículo 303 precisa que el pacto social debe señalar la forma cómo se ejerce el beneficio de excusión en la sociedad civil ordinaria.

En la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287) también encontramos regulada la figura bajo comento, así, en su artículo 61 primer párrafo: “Salvo que en modo expreso se haya señalado lo contrario, la fianza que conste en el mismo título valor o en el respectivo registro tiene carácter de solidaria y el fiador no goza del beneficio de excusión, aun cuando no se haya dejado constancia de ello en el título o en el respectivo registro del valor con representación por anotación en cuenta”. Se advierte, como bien sabemos, que la fianza se caracteriza por ser solidaria y en consecuencia el fiador no puede oponer el beneficio de excusión, salvo disposición expresa en contrario en el mismo título valor. En este punto la legislación cambiaria se aparta del sistema establecido en el CC, así lo señala BEAUMONT (2000: p. 280). En otras palabras en este beneficio el fiador no puede ser obligado a pagar al acreedor sin que previamente se haga excusión de los bienes del deudor, salvo en los siguientes casos: a) Cuando el fiador haya renunciado expresamente a utilizar el beneficio de excusión; b) Cuando la fianza fuese solidaria; c) Cuando se obligó como principal pagador; d) En caso de quiebra del deudor y e) Cuando los bienes del deudor principal, se hallasen fuera del territorio de la República.

### 6.3. Beneficio de división

Encontramos esta figura de la lectura del artículo 1887 del CC, se da en el caso de concurrencia de varios fiadores de una misma deuda. Todo fiador que sea demandado para pagar la deuda puede exigir, vía defensa previa, que el acreedor reduzca la acción a la parte que le corresponde, siempre y cuando se haya estipulado dicho beneficio, es decir se haya pactado.

El beneficio de división no opera de pleno derecho sino que tiene un origen eminentemente contractual, ya que si no es pactado por la partes no tendrá efecto alguno por lo tanto no podrá ser utilizado como defensa previa.

Esta se presenta en el caso en que existen varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y que al presentarse este beneficio el fiador demandado para el cumplimiento de la obligación puede exigir que el acreedor demandante reduzca la pretensión a la parte que le corresponde.

Es necesario que previamente se haya pactado en dicho sentido a fin de que pueda operar esta defensa previa, ya que en caso de no haberse pactado por las partes contratantes no habrá la posibilidad de deducirla.

El artículo 1887 del CC, señala que:

“Si se ha estipulado el beneficio de la división, todo fiador que sea demandado para el pago de la deuda puede exigir que el acreedor reduzca la acción a la parte que le corresponde.

Si alguno de los fiadores es insolvente en el momento en que otro ha hecho valer el beneficio de la división, este resulta obligado únicamente por esa insolvencia, en proporción a su cuota”.

Respecto del beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho, esta defensa previa es factible de ser deducida en los casos en los que se ha establecido que antes de iniciar un proceso judicial debe mediar un previo requerimiento mediante carta notarial para que cumpla con la prestación pactada y después de ella dentro del plazo establecido en el contrato, puede recién acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela.

Entonces, ante la omisión previa de este requerimiento y el otorgamiento del plazo respectivo para su cumplimiento podrá el demandado proponer el beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho.

#### **6.4. Beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho**

Esta defensa previa es factible de ser deducida en los casos en los que se ha establecido que antes de iniciar un proceso judicial debe mediar un previo requerimiento mediante carta notarial para que cumpla con la prestación pactada y después de ella dentro del plazo establecido en el contrato, puede recién acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela.

Entonces, ante la omisión previa de este requerimiento y el otorgamiento del plazo respectivo para su cumplimiento podrá el demandado proponer el beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho.

El artículo 1428 del CC, relativo a la resolución por incumplimiento, establece que:

“En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

De igual forma el artículo 1429 del mismo cuerpo legal establece que:

“En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios”.

### **6.5. Comunicación al deudor cedido de la cesión de derechos**

Esta defensa previa surge cuando el cedente transmite al cesionario mediante acto jurídico el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, y el cesionario interpone demanda de cumplimiento de la obligación al cedido (deudor), el demandado tiene abierta la posibilidad de deducir esta defensa previa con la finalidad de que se suspenda el proceso hasta tanto y en cuanto no se le comunique mediante documento indubitable la cesión de derechos.

El artículo 1210 del CC, referido a la ineficacia de la cesión, establece que:

“La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.

El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.

El artículo 1215 del CC regula que: “La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que este la acepta o le es comunicada fehacientemente”.

### **6.6. Aprobación de cuentas previa a donación a favor del tutor o curador**

Surge esta figura en el caso en el cual se plantee en los procesos que se instaure el tutor o curador para que se le haga entrega del bien recibido en donación por sus representados, disponiéndose la suspensión del proceso por parte del juez hasta tanto y en cuanto no se prueben las cuentas y se cancele el saldo que resulte de la administración de los mismos.

El artículo 1628 del CC, referido a la donación a favor de tutor o curador, precisa que: “La donación en favor de quien ha sido tutor o curador del donante está sujeta a la condición suspensiva de ser aprobadas las cuentas y pagado el saldo resultante de la administración”.

### 6.7. Comunicación al donatario o a sus herederos de la revocación de la donación

Puede ser interpuesta en el caso en que el donante interponga una demanda contra el donatario, si el donante previamente no ha comunicado al donatario o a sus herederos, en forma indubitable su deseo de revocatoria, en un plazo de sesenta días de realizada la misma.

El artículo 1640 del CC, señala que: “No produce efecto la revocación si dentro de sesenta días de hecha por el donante, no se comunica en forma indubitable al donatario o a sus herederos.

De igual forma es concordante el artículo 1641 del CC, que a la letra dice: “El donatario o sus herederos pueden contradecir las causas de la revocación para que judicialmente se decida sobre el mérito de ellas. Quedará consumada la revocación que no fuese contradicha dentro de sesenta días después de comunicada en forma indubitable al donatario o a sus herederos”.



### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. Lima. Gaceta Jurídica; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley; DE SANTO, Víctor. (1981): *La demanda y la defensa en el proceso civil*. Buenos Aires: Universidad; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; PALOMO VÉLEZ, Diego (2007): “La audiencia previa al juicio en el modelo procesal civil español”. En: *Revista Hispano-Chilena de Derecho Procesal Civil*, N° 1; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): “La postulación del proceso en el Código Procesal”. En: *Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil*. *Revista de Derecho*, N° 289, publicación oficial del Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, diciembre 1993; PALACIOS PAREJA, Enrique (2012): *Código Procesal Civil comentado*, tomo III. Arequipa: Adrus; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Adrus.



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

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*).

La defensa previa constituye un obstáculo temporal, de orden legal, para la prosecución del proceso (*Exp. N° 809-95, Segunda Sala Civil*).

**Artículo 456****Efectos del amparo de una defensa previa**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 177, 320.*

---

**Alexander Rioja Bermúdez**

---

Cualquier acto jurídico procesal realizado en el proceso tiene una finalidad o una consecuencia que las partes buscan y que la norma lo regula claramente. Ello no escapa a la figura que venimos analizando (defensas previas) la cual es interpuesta por la parte demandada con la finalidad ya descrita en su oportunidad, sin embargo, la norma procesal ha precisado cuál es el resultado de la misma en el caso que sea amparado por el órgano jurisdiccional.

Como ya se indicó anteriormente, las defensas del demandado en el proceso civil pueden ser clasificadas en defensas de fondo, de forma y las defensas previas.

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.

Las defensas previas se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal así, en el proceso de conocimiento se interpone dentro de diez días y en el proceso abreviado es dentro de cinco días, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvenición, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

En los procesos sumarísimos, las defensas previas se interponen al contestar la demanda, por lo que no es necesaria la formación de cuaderno separado, en el mismo escrito en el cual se contesta la demanda, en un otrosídiglo se ha de proponer las defensas previas que la parte demandada considere.

En los procesos de ejecución estas pueden ser propuestas dentro de quinto día de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios correspondientes la cual se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios respectivos. El juez citará a audiencia para dentro de diez días de realizada la absolución o sin ella, la que se sujetará a lo dispuesto en el artículo 555, en lo que fuese aplicable. Esta figura no es procedente en los procesos no contenciosos.



Si bien nuestra norma procesal señala que la proposición y el trámite de las defensas previas se regula bajo el imperio de la figura de las excepciones, y en el caso de estas el artículo 451 establece como efectos de las mismas la suspensión, anulación y concusión del proceso, lo que en doctrina conocemos como efectos dilatorios y perentorios, la figura bajo comento no se regula bajo este supuesto normativo.

El artículo 456 de la norma procesal de manera clara precisa que, 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. Es decir, que en principio esta figura es una de carácter dilatoria y que su único objetivo es la no continuación del proceso hasta que la parte demandante realice el acto a que se encuentra obligado para poder ejecutar válidamente su derecho de acción o transcurra el tiempo para su ejercicio.

MONROY, al definir a las defensas previas, señala que “constituye el medio a través del cual el demandado solicita se suspenda la tramitación de un proceso hasta que el demandado no realice una actividad previa que la ley sustantiva la tiene regulada como tal, antes de interponer una demanda” (MONROY, 1993: p. 363). Es decir que la única consecuencia en el proceso de las defensas previas estaría dada por la suspensión del proceso hasta que se cumpla con el requisito de la norma sustantiva. El tiempo, se ha de determinar en cada caso y a criterio del juez, quien determinará en el caso en concreto el plazo que tendrá el demandante para subsanar tal deficiencia, encontramos en giro un proceso judicial el cual no tendrá actividad hasta que no se venza el plazo o hasta que vencido el mismo y en caso ello suceda se solicite su abandono.

La pregunta estaría dada por el hecho de saber vencido el plazo es posible poder solicitar una ampliación al mismo y por cuantas veces y finalmente preguntar si existe un límite máximo que el juez puede fijar para suspender el proceso. Es decir establecer un plazo judicial improrrogable y evitar un proceso en trámite que en la práctica no lo está.

Al respecto, LEDESMA señala que, “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 la defensa previa, el derecho de acción aún no era expedito para ejercitarlo, 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 cuento a un requisito enunciado en las normas sustantivas, a fin de demandar en el caso concreto” (LEDESMA, 2009: p. 58).

Ello permite una vez más tener en claro que la defensa previa no es más que una forma de excepción de carácter dilatoria y que debería estar regulada como tal en nuestro ordenamiento procesal civil como lo es en el caso de la legislación argentina ya que en el fondo ataca el derecho de acción del demandante y que si bien la norma pretende hacernos creer que resultaría ser un híbrido como lo hemos precisado, es nuevamente lo recalcamos una excepción más.

En la práctica resultaría pro probable que un juez pueda establecer un plazo para la suspensión de un proceso más aun cuando se tiene en ciernes un tema complejo de inventario de bienes o determinar la cantidad de bienes que deben ser excluidos en un proceso. Para ello se ha de requerir órganos de auxilio judicial como peritos u otros especialistas que puedan determinar a ciencia cierta lo que se solicita.

Esta circunstancia implica que exista “en trámite” un proceso judicial cuando en la realidad se encuentra suspendido hasta la realización de un acto que no corresponde a las partes sino a terceros ajenos al mismo y que a la larga muchas veces implica que el mismo caiga por abandono. En tal sentido, esta regulación escapa de ser lo más práctica posible y sobre todo adecuada a la realidad de nuestro sistema judicial.

Creemos que, tal como se ha señalado, esta figura debería ser analizada en los actos postulatorios del proceso, en una fase previa en la que se establezca si el proceso se encuentra en la posibilidad de desarrollarse o no y por ende la consecuencia que podría darse en el proceso es su conclusión o rechazo (sin desarrollar el fondo) por la ausencia de un requisito que no cumplió el demandante para la realización del proceso, en caso se ampare la defensa previa. Caso contrario determinar su continuación.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. Lima. Gaceta Jurídica; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley; DE SANTO, Víctor (1981): *La demanda y la defensa en el proceso civil*. Buenos Aires: Universidad; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; PALOMO VÉLEZ, Diego (2007): “La audiencia previa al juicio en el modelo procesal civil español”. En: *Revista Hispano-Chilena de Derecho Procesal Civil*, N° 1; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): “La postulación del proceso en el Código Procesal”. En: *Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil. Revista de Derecho*, N° 289, publicación oficial del Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, diciembre 1993; PALACIOS PAREJA, Enrique (2012): *Código Procesal Civil comentado*, tomo III. Arequipa: Adrus; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Adrus.

**Artículo 457**

**Costas, costos y multas de las excepciones y defensas previas**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. VIII, 412.*

---

*Alexander Rioja Bermúdez*

---

La norma procesal establece, que las costas, costos y multas del trámite de las 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.

Consideramos que estando a que tanto las defensas previas como las excepciones constituyen una defensa técnica del abogado, por lo que las multas que pueda fijar el juez en atención a haber advertido que estas eran intrascendentes, no tenían argumento válido y tenían un ánimo dilatorio, correspondería la aplicación de la sanción al abogado y no a la parte vencida, y que sea esta la que paga los honorarios de un abogado que en principio conoce el derecho y estaría utilizando debidamente los mecanismos procesales que concede la ley para defender a su patrocinado. Y que estos no constituyen una herramienta de dilación procesal o entorpecimiento del proceso.

Se debe llegar hacer entender a los abogados la función que tiene en el proceso y si no se aplican sanciones claras por actitudes dilatorias o de entorpecimiento del proceso no vamos a poder cambiar no solo la imagen del abogado litigante sino también el descrédito que tiene el Poder Judicial. La aplicación de las multas en nuestro sistema jurídico debe estar destinada al mal abogado litigante y que se ha advertido el ánimo con el que participa en el proceso judicial, no resultando por tanto descabellado que el juez en atención al trámite de lo actuado y ante la actividad del abogado le aplique a este la sanción que le corresponde por su ineficiente o indebido actuar, es tiempo ya de ser drásticos con quienes teniendo el título de abogados lo utilizan únicamente con un afán de lucro y no con el principio que nos impone la toga.

---

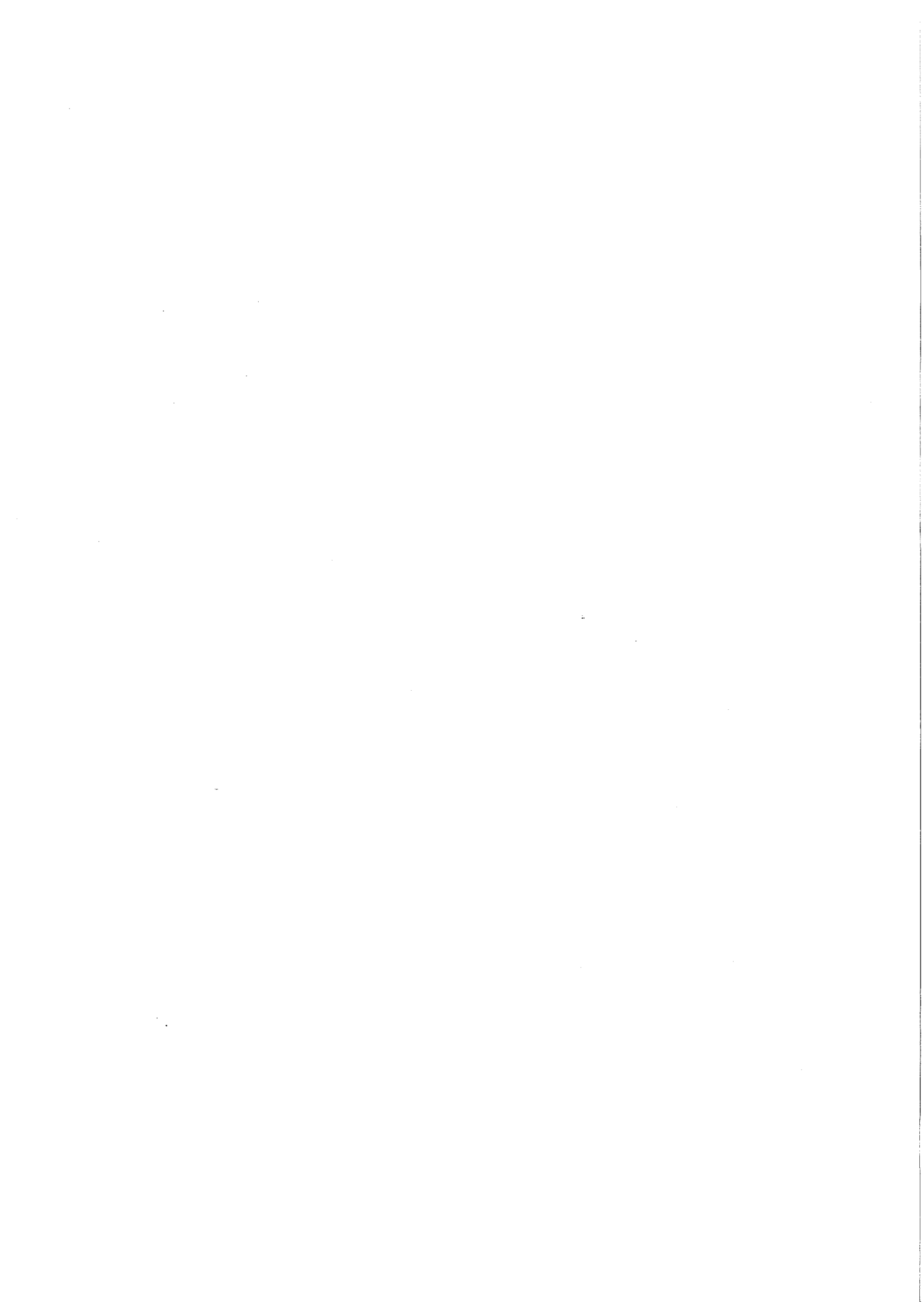
 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. Lima. Gaceta Jurídica; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley; DE SANTO, Víctor. (1981): *La demanda y la defensa en el proceso civil*. Buenos Aires: Universidad; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; PALOMO VÉLEZ, Diego (2007): “La audiencia previa al juicio en el modelo procesal civil español”. En: *Revista Hispano-Chilena de Derecho Procesal Civil*, N° 1; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): “La postulación del proceso en el Código Procesal”. En: *Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil*. *Revista de Derecho*, N° 289, publicación oficial del Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, diciembre 1993; PALACIOS PAREJA, Enrique (2012): *Código Procesal Civil comentado*, tomo III. Arequipa: Adrus; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Adrus.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

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*).



## TÍTULO IV REBELDÍA

### Artículo 458

#### Presupuesto para la declaración de rebeldía

*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:

*C.P.C. arts. 79, 465, 524; L.P.T. art. 43 inc. 1.*

*Nadia Castillo Bravo*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La activación del órgano jurisdiccional mediante la interposición de la demanda, la que contiene una o varias pretensiones que el demandante exige sean satisfechas por el demandado, implica que luego de admitida a trámite, estas sean puestas en conocimiento del demandado, como sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, a fin de que este pueda contestar la demanda, esgrimiendo sus argumentos de su defensa frente a la(s) pretensión(es) del actor o, eventualmente, postular sus propias pretensiones procesales mediante la reconvención. No obstante, puede suscitarse una situación de inercia del demandado frente a las pretensiones del demandante, la misma que de ser verificada por el juzgador, acarreará la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el dispositivo legal en comento, esto es, su declaración como *rebelde*, desatándose con ello, una serie de efectos jurídicos que repercutirán en su situación jurídica procesal, los que serán materia de un análisis posterior.

### 2. LA REBELDÍA ANALIZADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LOS HECHOS JURÍDICOS PROCESALES

Ahora bien, a fin de entender cómo se desenvuelve la mecánica del proceso, es imprescindible partir por establecer su concepción como una realidad dinámica, afirmándose así que el proceso se encuentra sujeto a una doble consideración:

como procedimiento, es decir, la totalidad de las actuaciones de los sujetos procesales ejecutadas sucesivamente; como relación jurídica, esto es, la totalidad de las relaciones procesales producidas entre el juez y las partes (DIDIER Jr.; NOGUEIRA, 2015: p. 153, citando a ROSENBERG).

En dicho contexto, los sujetos procesales se hallan posicionados en situaciones jurídicas procesales específicas, según se susciten los hechos jurídicos procesales, cuya existencia se encuentra de antemano prevista en la norma procesal, evidenciándose así que se encuentran en una relación de causa y efecto. Estas situaciones jurídicas, a su vez, pueden variar en función de los efectos que se producen en la esfera jurídica de los sujetos procesales, pudiendo ser estos *uniposicionales* y *relacionales* (DIDIER Jr.; NOGUEIRA, 2015: p. 135). En el primer caso, los efectos se producen en la esfera jurídica de la parte prescindiendo de cualquier vínculo o relación con otros sujetos; en el segundo caso, ocurre lo opuesto, los efectos procesales se dirigen a sujetos diferentes, en relación de correspondencia, como sucede en la relación derecho/deber.

Para la figura jurídica que nos interesa, tenemos que postulada la pretensión —sea mediante la demanda o la reconvenición— se coloca al demandado/reconvenido en una situación jurídica activa y de ventaja, confiriéndosele el *poder procesal* para poder influenciar de modo efectivo en el resultado final del procedimiento (DIDIER Jr.; NOGUEIRA, 2015: p. 135). Es así que surge para el demandado/reconvenido la *carga* de contestar la demanda o reconvenición, concibiéndose esta como un imperativo del propio interés, toda vez que de incumplirse la carga, se acarrea un perjuicio para su propio titular, es decir, surgiría un perjuicio, una consecuencia negativa solo para dicha parte procesal.

En ese sentido, la rebeldía viene a ser un *acto-hecho jurídico procesal caducificante* (DIDIER Jr.; NOGUEIRA, 2015: p. 61), en el cual la voluntad humana carece de relevancia para el Derecho, encontrándose predeterminada su consecuencia jurídica en la norma procesal. Su constitución como acto-hecho jurídico está constituida por dos elementos: i) transcurso de determinado lapso del tiempo (plazo legal concedido al demandado/reconvenido para contestar la demanda/reconvenición, luego de su debido emplazamiento); ii) la inacción del titular de la carga procesal, la que se verifica con su omisión de contestar la demanda/reconvenición, sin importar si esta parte tuvo o no la voluntad de no cumplir con dicha carga procesal.

Especial consideración debe dársele al acto de emplazamiento puesto que con dicho acto procesal, en primer lugar, se pone en conocimiento del demandado/reconvenido que ya cuenta con el poder jurídico, y la consecuente, carga procesal para contestar la demanda/reconvenición; y en segundo lugar, es a partir de la fecha de la efectiva y válida notificación del demandado/reconvenido, que el juez debe verificar si se ha dado el cumplimiento de la referida carga procesal dentro

del plazo previsto por la ley, dependiendo de la vía procedimental establecida para tramitar la pretensión.

### **3. LA REBELDÍA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 458 DEL CPC**

En el punto anterior, hemos desarrollado el primer supuesto para la declaración del rebeldía, es decir, el que se refiere al sujeto que, no obstante haber sido notificado válidamente con la demanda/reconvención, no cumplió con contestarla dentro del plazo legal que tuviera para hacerlo. Sin embargo, tenemos que la segunda parte de la norma procesal en comentario regula la declaración de rebeldía para el litigante (entiéndase, demandante o demandado) 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. Este último dispositivo legal establece en su segundo párrafo que en caso de finalización de representación que tenga su origen en la decisión del apoderado, cualquiera fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro de sus apoderados, bajo *apercebimiento* de continuar el proceso en rebeldía. Nos preguntamos si el segundo párrafo constituye, en estricto, un supuesto para la declaración de rebeldía.

Consideramos que la declaración de rebeldía es solo respecto a la parte a quien se le opone determinada pretensión, es decir, para aquel que no cumplió con la carga procesal de contestar la demanda/reconvención, por lo que no estamos de acuerdo que el segundo párrafo del artículo en comentario haga referencia genéricamente al "litigante", lo que puede significar que se refiera tanto al demandante como al demandado. Asimismo, advertimos que dicha disposición legal hace referencia a una falta de comparecencia de aquella parte que pudiendo actuar por sí misma, a sabiendas del cese de representación de su apoderado (por propia decisión de este último), no lo hace dentro del plazo de cinco días establecido por el citado artículo 79, siendo de destacar que la consecuencia jurídica prevista, esto es, la declaración de rebeldía es concebida como una sanción, situación que no se condice con la explicación brindada en el acápite anterior, referida a la rebeldía como una consecuencia lógica al incumplimiento de la carga de contestar la demanda, la que en modo alguno se puede considerar como un deber, cuyo incumplimiento acarrea una sanción.

### **4. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PUEDEN SURGIR A PROPÓSITO DE LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA**

En primer lugar, nos preguntamos si resulta procedente un pedido de abandono del proceso en caso que luego de emplazarse con la demanda, existe inactividad



procesal por más de cuatro meses. Consideramos que no por ningún motivo podría hablarse de un supuesto de abandono del proceso luego de emplazamiento, puesto que la situación de rebeldía no solo tiene que ser *acusada* por el demandante sino que también debe ser declarada de oficio por el juzgador, verificándose el supuesto previsto en el inciso 5) del artículo 350 del CPC.

Otra situación que puede surgir, es si la omisión de la declaración de rebeldía no efectuada por el juez ni *acusada* por el demandante acarrearía la declaración de nulidad de las actuaciones procesales posteriores. Sostenemos que así no se haya producido una declaración expresa de rebeldía, aquella omisión es posible de ser subsanada en un acto procesal posterior, dejándose subsistentes los efectos jurídicos de las actuaciones posteriores, siempre que se precisen los efectos de dicha declaración respecto a la situación procesal del demandado.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIDIER Jr. Fredie; Pedro Henrique NOGUEIRA (2015): *Teoría de los hechos jurídicos procesales*, trad. Renzo Cavani Brain. Lima: ARA.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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, en el presente caso, conforme a lo señalado por la citada norma, no correspondía que se declare rebeldes a los demandantes que no asistieron a la audiencia de saneamiento conforme lo pretende el recurrente y menos aún que se le notifique, en consecuencia, la denuncia también debe desestimarse (*Cas. N° 530-2014-Ica, 30/06/2014*).

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*).

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*).

**Artículo 459** | **Notificación de la rebeldía**

*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.*

***Nadia Castillo Bravo***

Continuando la secuela del proceso, tenemos que una vez verificada por el juez la situación jurídica de rebeldía a la que se refiere el artículo 458 del CPC, la resolución donde consta expresamente dicha declaración será puesta en conocimiento de la parte rebelde por cédula (art. 158 del CPC), en caso el demandante haya señalado su domicilio o por edictos (art. 165 del CPC).

Asimismo, el segundo párrafo del artículo en comento establece que de la misma manera será puesto a conocimiento de la parte declarada en rebeldía, los siguientes actos procesales: el saneamiento del proceso, la citación para audiencia, la citación para la emisión de sentencia, la sentencia y el requerimiento para su cumplimiento. Con esta disposición normativa se pretende que el rebelde tenga conocimiento de los actos procesales más relevantes del proceso para que se encuentre en condiciones para reincorporarse y hacer ejercicio de los recursos permitidos por ley.

Como puede observarse, si bien la rebeldía acarrea una situación jurídica de desventaja para su titular, la norma procesal preserva su derecho de defensa y contradictorio para que pese a haber precluido la etapa postulatoria, el rebelde pueda comparecer al proceso en cualquier y ejercer su derecho, conforme lo señala el artículo 462 del CPC. Consideramos que en el supuesto en que, por ejemplo, la sentencia emitida sin que el juzgador haya declarado la rebeldía de alguno de los demandados, y por ende, haya omitido cumplir realizar la notificación a dicha parte de los actos procesales señalados en el artículo 459, acarrearía indefectiblemente su declaración de nulidad, por cuanto se habría dejado en indefensión al referido demandado (rebelde), puesto que no se le habría dado la oportunidad de apersonarse al proceso y ejercitar su derecho al contradictorio.

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DIDIER JR. Fredie; Pedro Henrique NOGUEIRA (2015): *Teoría de los hechos jurídicos procesales*, trad. Renzo Cavani Brain. Lima: ARA.

**Artículo 460**

**Proceso y rebeldía**

*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.*

*Nadia Castillo Bravo*

---

Prosiguiéndose con la descripción del trámite del proceso luego de efectuada la declaración de rebeldía, se tiene que el artículo 460 del CPC, establece que el acto procesal que corresponde es el saneamiento procesal, y luego de declarado este, el juzgador procederá a expedir sentencia, salvo que considere que en el proceso se verifique alguna de las excepciones del artículo 461.

Sobre este punto, es interesante destacar la distinción entre los efectos en el trámite procesal del allanamiento y la declaración de rebeldía. Para empezar, tenemos que, contrariamente a la rebeldía, en el allanamiento hay una manifestación de voluntad expresa por parte del demandado de aceptar la pretensión formulada por el demandante, por ello, es que no habiendo debate procesal entorno al objeto litigioso del proceso, el juez inmediatamente de aceptar el allanamiento debe expedir sentencia.

Ahora bien, para el caso de la rebeldía, evidentemente, no existe manifestación de voluntad del demandado/reconvenido frente a la pretensión planteada sino que por el contrario, al no haber esta parte cumplido con la carga procesal de contestar la demanda o reconvenición, como regla general, surge una presunción legal relativa de tener por verdaderos los hechos expuestos en la demanda. Si bien, luego de declarado el saneamiento del proceso, el artículo 460 del CPC dispone una especie de juzgamiento anticipado del proceso, debiendo el juez de emitir sentencia, tal cuestión no opera en forma automática e inmediata como sucede en el caso del allanamiento. Como se explicó anteriormente, pese a que la declaración de rebeldía acarrea una situación de desventaja para el rebelde, ello no significa que esta parte vaya a ver recortada la posibilidad de defenderse en las etapas posteriores a la postulatoria, prueba de ello es que la norma procesal impone al juzgador el deber de poner en conocimiento del rebelde los actos procesales señalados en el artículo 459 del CPC y que en el artículo 462 establezca que el rebelde puede comparecer al proceso en cualquier momento; agregándose a ello las excepciones

---

previstas en el artículo 461 que el juez debe evaluar, siendo tales circunstancias un condicionante a la expedición inmediata del fallo.

Si evaluamos las excepciones del artículo 461, que a su vez, condicionan la eficacia de la presunción legal relativa de veracidad de los hechos expuestos en la demanda, notamos que aquellas están relacionadas directamente con la carga de la prueba de los hechos que sustentan la pretensión, prevista en el artículo 196. Es decir, que de verificarse la situación jurídica de rebeldía del demandado, no significa que el juez debe declarar, sin más, fundada la demanda sino que debe evaluar si el actor ha presentado un caudal probatorio suficiente para causar convicción al juzgador de la fundabilidad de su pretensión.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DIDIER JR. Fredie; Pedro Henrique NOGUEIRA (2015): *Teoría de los hechos jurídicos procesales*, trad. Renzo Cavani Brain. Lima: ARA.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 460 del Código Procesal Civil permite al juez, declarada la rebeldía y saneado el proceso expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el artículo 461 del Código acotado; (...) como el proceso se encontraba en la excepción prevista en el inciso cuarto del artículo 461 antes referido (esto es, la falta de convicción en el juez sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda), el juez no podía expedir sentencia, sino realizar la audiencia de prueba (*Cas. N° 532-95-Lima*).

La declaración de rebeldía causa, entre otros, presunción de verdad relativa sobre los hechos expuestos en la demanda. Si el juez opta por expedir la 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 aquella (*Cas. N° 3062-2002- Lima*).

**Artículo 461**

**Efecto de la declaración de rebeldía**

*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.*

---

*Juan Jesús Wong Abad*

**1. INTRODUCCIÓN**

El principio de contradicción como derecho fundamental supone que nadie puede ser condenado sin previamente tener la oportunidad de haber ejercido su defensa; sin embargo, qué hacer cuando quien ha sido válidamente notificado con una demanda no la contesta en el plazo establecido por ley.

En un principio se asumió que la contestación a una demanda resultaba ser una obligación y por tanto la presencia del demandado podía ser requerida aún de grado o fuerza; sin embargo, hoy se asume que más que una obligación, el contestar o no una demanda, es una carga de la cual el demandado podrá o no cumplir según sea su parecer, pero en caso de no hacerlo deberá asumir las consecuencias que el ordenamiento ha previsto por tal omisión. En tal sentido MONTERO AROCA nos señala: "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 lo más conveniente" (MONTERO, 2001: p. 203).

Ante esta situación nuestro ordenamiento procesal ha determinado aplicar la figura de la rebeldía, la cual no es sino en palabras de LEDESMA, "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" (LEDESMA, 2008: p. 534).

Por otro lado, como muy bien apunta MORALES GODO, se advierte una noción estricta y una noción amplia de la rebeldía. En el primer caso, se trata de la situación de desobediencia del litigante por no acudir a la citación efectuada por el juez para que se apersona o conteste la demanda. En cambio en el segundo caso, se trataría de aquella situación de desobediencia del demandado o del demandante, ante la citación por parte del juez, para determinados actos procesales (MORALES, 2008: p. 96).

Esta distinción resulta importante, pues los efectos de ser declarado rebelde de un proceso serán muy distintos de aquel que no absuelve un determinado acto procesal.

Finalmente, tengamos presente en todo momento que las consencuencias que le impone nuestro ordenamiento al rebelde se sustentan en su falta de cooperación y en el hecho comprobado de que a pesar de encontrarse válidamente notificado con la demanda, no la absolvió dentro del plazo legal.

## **2. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE HABER SIDO DECLARADO REBELDE?**

Se entiende que el efecto inicial de toda declaración de rebeldía, en nuestro ordenamiento procesal, es la conclusión de de la etapa de contestación de la demanda, dándose por cerrado cualquier posibilidad al demandado para que pueda señalar, fundamentar y probar que lo alegado por el actor en su demanda resulta falso; además, nuestro ordenamiento procesal también ha considerado pertinente premunir de manera general a la declaración de rebeldía el gozar de una presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; en tal sentido nuestro CPC en su artículo 277 ha definido a la presunción como el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado.

Asimismo, al referirse a la presunción legal relativa, en su artículo 279, el mismo cuerpo legal, la distingue como aquella cuando la ley presume una conclusión de carácter relativo, siendo que la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción; sin embargo, anota, este deberá acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

En tal sentido, aplicando tales reglas a nuestro artículo bajo análisis, tenemos entonces que en caso el demandado sea declarado rebelde, se entenderá que la etapa de contestación de la demanda como el de ofrecimiento de pruebas por parte del demandado ha terminado, que el magistrado deberá como regla general concluir que lo alegado por el actor, es relativamente cierto y, además que la carga de la prueba se ha invertido a beneficio del actor.

Por otra parte, el hecho que lo alegado por el actor en la demanda resulte ser relativamente cierto da lugar a que pueda ser desvirtuado por el demandado; sin embargo cabe preguntarnos, si este ha sido declarado rebelde ¿cómo se supone que podrá desvirtuarla?; no olvidemos que la declaración de rebeldía determina la conclusión de la etapa de contestación de la demanda como también por cierto la del ofrecimiento de pruebas.

¿Esto significa que el juez podrá resolver la causa sin necesidad de actuar las pruebas ofrecidas por el actor?

Para MORALES GODÓ, el hecho que la presunción legal relativa de verdad sea una presunción *iuris tantum*, determina que el demandante aún continúe con la carga probatoria, por tal motivo es que debe de llevarse a cabo la actuación de los medios probatorios ofrecidos por el actor (MORALES, 2008: p. 103); en tal sentido, podemos mencionar casaciones tales como la N° 868-99/Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* 19/08/1999, p. 3245, que señala: “(...) si la presunción legal sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, cuando esta ha sido contestada en rebeldía de la emplazada es relativa, requiere ser corroborada con otros medios probatorios (...)”, o la N° 3314-2001-Arequipa, Lima, 12/02/2002. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 15, Trujillo, 2002, pp. 38-39), donde se indica: “(...) la presunción relativa es *iuris 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”.

Sin embargo, consideramos que tales conclusiones no son correctas, pues como ya lo habíamos señalado el artículo 297 del CPC, si establece que la presunción legal relativa implica la inversión de la carga probatoria, lo cual determina que el demandado deba demostrar la falsedad de lo alegado en la demanda, pero ello no será posible pues como nunca contestó la demanda ni tampoco ofreció pruebas, no le será posible revertir tal presunción.

Por otro lado, estimamos que sería contradictorio que un juez que haya premunido a la declaración de rebeldía con todo lo que significa la presunción legal relativa de verdad, disponga luego la actuación de los medios probatorios del actor o con mayor razón las de oficio; pues, en todo caso, si lo alegado en la demanda no le resultó convincente, simplemente el juez debió aplicar el inciso 4 del presente artículo en análisis y, declarar la rebeldía del demandado, pero con la salvedad que no que causa la presunción legal relativa de verdad, de esta manera no habría contradicción alguna cuando disponga se actúen las pruebas del actor y también porque no, las pruebas de oficio.

Además, no olvidemos que nuestro ordenamiento permite que en los procesos donde haya operado la presunción legal relativa de verdad por motivo de la

declaración de rebeldía, el juez pueda llevar a cabo el juzgamiento anticipado del proceso, es decir sin necesidad que se lleve a cabo la actuación de los medios probatorios del actor.

En este punto cabe preguntarnos qué tan frecuente nos encontramos en situaciones donde solo lo alegado en una demanda nos pueda producir una convicción de verdad. ¿No hubiese sido preferible que nuestro CPC señale expresamente que únicamente cuando de manera motivada el juez declare que lo alegado en la demanda le produce convicción de verdad, la declaración de rebeldía puede dar lugar a la presunción relativa de verdad y por ende a la inversión de la prueba?

Al respecto, sería bueno tomar en cuenta que en otros ordenamientos procesales, la declaración de rebeldía si bien trae consigo la preclusión de contestar la demanda ello no significa que necesariamente no se deba de llevar a cabo la actuación de los medios probatorios; es así que en España se señala en el artículo 492.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, que la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de hechos de la demanda; en cambio en Chile los efectos de no haber contestado la demanda trae consigo a) la preclusión para contestar la demanda, b) Se entiende la inactividad como negación de los hechos afirmados por la demandante, razón por la cual se deberá actuarse las pruebas contenidas en la demanda, c) Solo la sentencia se le notifica al menos por cédula.

### **3. SUPUESTOS DONDE NO PROCEDE LA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA DE VERDAD**

#### **3.1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda**

Se entiende que este supuesto se aplica en los casos que uno de los litisconsortes necesarios pasivos conteste la demanda; como se recuerda, la figura del litisconsorcio necesario pasivo se configura cuando en un proceso la parte demandada está conformada por varios sujetos que comparten un interés común debido a un mandato legal o un pacto o negocio, siendo que el resultado del proceso los beneficiará o perjudicará por igual.

Por otro lado, la comunidad de objeto que comparten todos los litisconsortes determina como muy bien señala MATHEUS que "(...) ningún acto de ninguno de ellos puede perjudicar a los demás, y, sí, en cambio, favorecerle, de manera que la rebeldía de uno o varios de ellos no producirá la de los demás si estos se aperciben, lo cual no significa que la actividad del litisconsorte diligente elimine la rebeldía de los no diligentes, así como las consecuencias de ella, pues, no puede considerarse que la comparecencia de unos litisconsortes impliquen la de todos" (MATHEUS, 2009: p. 459).



Siendo, ello así, se explica que cuando al menos uno de los que conforman el litisconsorcio necesario pasivo no es declarado rebelde, esto traerá consigo que se deba llevar a cabo la actuación de los medios probatorios que ha ofrecido en su contestación, siendo además que con respecto a él, tampoco resulte posible se extienda los efectos de la presunción legal relativa de verdad, ni tampoco los de la inversión de la carga de la prueba que pesan sobre los demás codemandados rebeldes. Eso sí, si el demandado diligente logra obtener una sentencia favorable esto repercutirá a favor de todos los demás.

### **3.2. La pretensión se sustenta en un derecho indisponible**

Como se recuerda los derechos indisponibles son aquellas condiciones básicas o esenciales inherentes a toda persona, los mismos que son reconocidos como atributos inalienables. Siendo ello así, no procederá la presunción legal relativa de verdad como tampoco la inversión de la carga de la prueba, en aquellos procesos donde se diluciden estos derechos, a pesar de la declaración de rebeldía dispuesta por el juez de la causa; esto determina como es de suponerse que la actuación de los medios probatorios ofrecidos en la demanda deberá llevarse a cabo obligatoriamente.

Por otro lado, a nuestro entender, dado la naturaleza de los derechos en discusión y al caso concreto, bien se podría darle la oportunidad al demandado de poder ofrecer sus pruebas y por ende actuarlas, en tal sentido es conveniente tener presente lo señalado en la regla establecida como precedente judicial vinculante en el Tercer Pleno Casatorio Civil: “En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado Democrático y Social de Derecho” (Tercer Pleno Casatorio Civil, Corte Suprema de Justicia de la República, Cas. N° 4664-2010-Puno).

### **3.3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda**

En este caso, si el juez al evaluar la demanda verifica que la pretensión del actor debe ser comprobada por medio de un documento y este no se encuentra,

deberá solo declarar la rebeldía del demandado, pero sin otorgarle la presunción legal relativa de verdad y por ende tampoco el de la inversión de la carga. Entendemos que en este caso, el juez deberá proceder a la actuación de los medios probatorios del actor y estará a su consideración la actuación de oficio de tan importante documento como también se cumpla con el requisito que el actor haya cumplido al menos con citar la fuente de donde proviene en la demanda, tal como lo dispone el artículo 194 del CPC, referido a las pruebas de oficio.

Por otro lado, consideramos que en la medida que el rebelde se haya apersonado al proceso se le deberá correr traslado de la disposición del medio probatorio de oficio como el de su actuación, a fin de brindarle la oportunidad de contradecirla y presentar porque no, sus pruebas al respecto.

#### **4. EL JUEZ DECLARE, EN RESOLUCIÓN MOTIVADA, QUE NO LE PRODUCEN CONVICCIÓN**

Como ya lo habíamos adelantado, este supuesto permite al juez en los casos que los hechos alegados en la demanda no le cause convicción, declarar la rebeldía del demandado pero sin premunirlo de la presunción legal relativo de verdad y, por tanto, tampoco el de invertir la carga probatoria.

A nuestro parecer este supuesto resulta muy importante, pues a pesar de aparentar ser una excepción, resulta en la práctica ser la regla general, pues no son muchos los casos donde de la sola lectura de los hechos se pueda asumir como cierta la demanda.

En tal sentido, lo propio es que todo magistrado al declarar la rebeldía deba señalar en su resolución que esta no goza de la presunción de legal relativa de verdad, de esta manera permite que su decisión de llevar a cabo la actuación de los medios probatorios del actor, e incluso de las pruebas de oficio que crea por conveniente, discurra sin ninguna contradicción; además permite también que tanto la presunción legal relativa de verdad como la regla de la inversión de la carga probatoria, sean tratados con la importancia que se merecen en la solución de determinados procesos.

#### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MATHEUS, Carlos (2009): "Tratamiento procesal del litisconsorte necesario". En: *Derecho Procesal Civil. Estudios. Ius et Veritas*. Lima: Jurista Editores; MONTERO, Juan (2001): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Tirant lo Blanch; MORALES, Juan (2008): "La rebeldía y sus consecuencias procesales". En: *Actualidad Jurídica*, N° 177. Lima: Gaceta Jurídica.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CARLOS, Atilio (1979): *Silencio y rebeldía en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, tomo VI. Lima: Jurista Editores; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO, Juan (2001): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Tirant lo Blanch; MORALES, Juan (2008): “La rebeldía y sus consecuencias procesales”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 177. Lima: Gaceta Jurídica; ORELLANA TORRES, Fernando; PÉREZ RAGONE, Alvaro (2007): “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”. En: *Ius et Praxis*, 13 (2). Recuperado en 25 de febrero de 2015, de <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200002&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122007000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200002&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122007000200002)>; VERGER, Joan. “La rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: *Revista Jurídica Galega*. Disponible en: <<http://www.rexurga.es/pdf/COL168.pdf>> acceso (15/03/2015).

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

(...) 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 *iuris 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, setentitres 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*).

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*).

**Artículo 462 | Ingreso del rebelde al proceso**

*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; L.P.T. art. 43 inc. 1.*

*Juan Jesús Wong Abad*

**1. INTRODUCCIÓN**

Una vez declarada la rebeldía del demandado se da por concluido la etapa de la contestación de la demanda como también la de ofrecimiento de pruebas, esto en aplicación del principio de preclusión que acoge nuestro ordenamiento procesal. Esto significa que el demandado una vez que sea declarado como rebelde no podrá señalar ni sustentar los fundamentos de su defensa que puedan contradecir la pretensión del actor; sin embargo, esto no significa que el rebelde si lo desea pueda luego incorporarse y participar del proceso, lo que si no podrá de ninguna manera, es poder absolver la demanda y ofrecer sus pruebas.

**2. ¿QUÉ DERECHOS LE ASISTE AL REBELDE LUEGO DE APERSONARSE AL PROCESO?**

Desde el momento en que el demandado, que fue declarado como rebelde, se apersona al proceso, podrá gozar de sus derechos que le asisten como parte, ejerciendo su defensa sin ninguna limitación, presunción o carga en su contra; sin embargo, si bien el demandado asume todos sus derechos debemos advertir que estos en líneas generales no le serán de mucha utilidad en cuanto a defenderse de la pretensión del actor, pues ya no le será posible revertir lo expresado o, tachar u oponerse a los medios probatorios contenidos en la demanda, como tampoco ofrecer sus medios probatorios, dado cuenta que nuestro ordenamiento acoge el principio de preclusión procesal. Al respecto, MORALES GODÓ, indica que: “la declaración de rebeldía determina la preclusión de la etapa de contestación de la demanda, así como de los actos procesales por los cuales se citó a las partes para que expresen sus puntos de vista o para que designen apoderado o abogado. Ello no implica que el rebelde no pueda incorporarse al proceso. Lo podrá hacer en cualquier momento, pero sujetándose al estado en que se encuentran sin que sea posible retrotraerlo a etapas anteriores” (MORALES, 2008: p. 101).

Ante esta situación, las esperanzas del que fue declarado como rebelde estarán centradas en la posibilidad que el actor haya planteado de forma deficiente su demanda o, en la que el juez crea por conveniente la actuación de medios probatorios de oficio.

Por otro lado, cabe mencionar que el apersonamiento del demandado, le permite impugnar o solicitar la variación de la medida cautelar que fue concedida en su contra, en el tiempo que fue considerado como rebelde, en tal sentido LEDESMA nos señala: “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” (LEDESMA, 2008: p. 544).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MORALES GODÓ, Juan (2008): “La rebeldía y sus consecuencias procesales”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 177. Lima: Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARLOS, Atilio (1979): *Silencio y rebeldía en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, tomo VI. Lima: Jurista Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO, Juan (2001): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Tirant lo Blanch; MORALES GODÓ, Juan (2008): “La rebeldía y sus consecuencias procesales”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 177. Lima: Gaceta Jurídica; ORELLANA TORRES, Fernando; PÉREZ RAGONE, Alvaro (2007): “Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil”. En: *Ius et Praxis*, 13 (2). Recuperado el 25 de febrero de 2015, de <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200002&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122007000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200002&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122007000200002)>; VERGER, Joan. “La rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: *Revista Jurídica Galega*. Disponible en: <<http://www.rexurga.es/pdf/COL168.pdf>> acceso (15/03/2015).

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El hecho de que el codemandado haya sido declarado rebelde no obsta para que en virtud del principio de adquisición, se incorpore como válido el documento que presentó y que a criterio del órgano jurisdiccional pueda servir para resolver la litis (*Cas. N° 555-2007-Junín*).

**Artículo 463 | Rebeldía y medidas cautelares**

*Declarada la rebeldía, pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado para asegurar el resultado del proceso, o contra el demandante en caso de reconvención.*

**CONCORDANCIAS:**  
*C.P.C. arts. 608, 445.*

***Nadia Castillo Bravo***

Este dispositivo legal pretende establecer una vinculación entre la rebeldía y la concesión de una medida cautelar. Desde ya sostenemos que se trata de un artículo del CPC que puede prescindirse.

Si nos remitimos a las reglas generales para la concesión de medidas cautelares, tenemos que el artículo 611 del CPC, conmina a que el juez al calificar lo expuesto en la solicitud cautelar y la prueba adjuntada a ella, aprecie los siguientes elementos:

- 1) La verosimilitud del derecho invocado.
- 2) La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
- 3) La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

¿Cómo vinculamos a la rebeldía como institución jurídica en la concesión de las medidas cautelares? Precisamente con la presunción legal relativa de tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda surgida a raíz de la declaración de rebeldía, situación que se evaluaría cuando se analiza el requisito relativo a la verosimilitud del derecho invocado.

En tal sentido, cuando el artículo 463 del CPC, establece que “[d]eclarada la rebeldía, pueden concederse medidas cautelares contra el emplazado”, tiene que concordarse dicho dispositivo legal con el aludido artículo 611, siendo deber del juzgador evaluar además de la verosimilitud del derecho, requisito que no se puede concebir como satisfecho con la aludida presunción legal relativa sino que también con la prueba aportada por el solicitante; también debe verificarse y emitir pronunciamiento sobre los requisitos referidos al peligro en la demora y razonabilidad de la medida.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DIDIER JR. Fredie; Pedro Henrique NOGUEIRA (2015): *Teoría de los hechos jurídicos procesales*, trad. Renzo Cavani Brain. Lima: ARA.

**Artículo 464**

**Costas y costos de la rebeldía**

*Son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 410, 411, 412.*

*Nadia Castillo Bravo*

---

Sobre este último punto, resulta imprescindible interpretar el artículo 464 del CPC en forma concordada con la regla general que regula la condena al pago de las costas y costos procesales prevista en el artículo 412, que establece que la imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida.

En dicho contexto, no resulta un problema mayor si tenemos el supuesto en que el demandado, declarado rebelde, pierde el proceso, puesto que la consecuencia inmediata es que el juez le ordene a su vez, a pagar a favor del demandante las costas y costos del proceso, atendiendo a que este es un *resarcimiento* que procede siempre que se declare judicialmente un derecho, esto es, tiene carácter accesorio al derecho declarado (CHIOVENDA, 1927: p. 232).

Sin embargo, nos planteamos el supuesto en que pese a ser declarado en rebeldía, el demandado resulta ganador del juicio al haberse desestimado la demanda. ¿Procederá condenar al demandado vencedor al pago de las costas y costos causados por su rebeldía? Si concebimos a las costas y costos del proceso como una compensación por el hecho de haber tenido que litigar, entonces resulta coherente que su concesión está motivada al vencimiento, siendo este un parámetro objetivo, prescindiéndose así evaluar si hubo mala fe o temeridad por alguna de las partes procesales.

En tal virtud, sostenemos, en concordancia a lo expresado anteriormente, esto es, que la declaración de rebeldía no es una sanción sino una desventaja al propio interés de quien tenía la carga de contestar la demanda, motivo por el cual el rebelde que ha resultado vencedor no debería ser condenado al pago de tales conceptos. Consiguientemente, reiteramos que la aplicación del artículo 461 del CPC no puede efectuarse aisladamente sin tener en consideración la regla general prevista en el 412 del citado cuerpo legal.



**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

CHIOVENDA, José (1927): *La condena en costas*, trad. Juan A, De la Puente y Quijano. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado.

---

## TÍTULO V

### SANEAMIENTO DEL PROCESO

#### Artículo 465 | Saneamiento del proceso

*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:

*C.P.C. arts. 321 inc. 8, 371, 449, 458, 460, 461, 468, 478 inc. 8, 493; L.O.P.J. art. 184 inc. 5, 24 DF.*

*Jorge Luis Alvarado Giraldo*

---

#### 1. INTRODUCCIÓN

Si bien el proceso judicial resulta el vehículo proporcionado por el ordenamiento al ciudadano para la tutela de un determinado interés y, como tal, una herramienta beneficiosa para la concretización del derecho material, lo cierto es que el solo inicio de un proceso genera una serie de cargas para las partes (y eventuales terceros integrados a la relación procesal), quienes tendrán que exponer sus argumentos durante su tramitación, ofrecer medios probatorios, contratar abogados, etc.

En ese sentido, es tarea del legislador generar una estructura lo suficientemente adecuada para la consecución de los fines del proceso de manera eficaz, garantizando el menor perjuicio para los involucrados. En la línea de lo anterior, el profesor brasileño GALENO LACERDA, comentaba acertadamente que el hecho



de disminuir el pasivo que representa la tramitación del proceso (por las energías gastadas, dinero invertido, emociones, etc.) sin perjudicar el acierto de la decisión proferida es parte de caminar hacia un ideal de justicia (LACERDA, 1953: p. 5).

Es justamente el saneamiento procesal (y en general el análisis previo a sentencia respecto de la validez del procedimiento) una fórmula destinada a alcanzar ese objetivo. Como es conocido, a través de este se procura un análisis de validez procedimental destinado a la corrección de vicios subsanables y la extinción de procesos que adolecen de defectos irremediables o que habiendo sido remediables no fueron subsanados oportunamente. Solamente luego de haberse declarado el saneamiento procesal, será posible que el juzgador se ocupe del mérito o fondo de la discusión.

Si bien es posible hablar de un sistema de división del proceso para el tratamiento inicial de cuestiones de orden procesal para luego pasar al mérito desde el imperio romano (ALCÁNTARA, 2004: p. 21 y ss.), el saneamiento procesal tal como hoy en día se conoce resulta una figura importada del derecho procesal luso y brasileño. Su primera regulación –en términos similares a los existentes contemporáneamente, bajo el nombre “despacho regulador del proceso”– data del Decreto N° 3 del 29 de mayo de 1907 de Portugal y, desde entonces, ha sido posible verificar una constante evolución en su tratamiento (que pasa por la previsión legislativa de diversas figuras relacionadas como providencias o decisiones preliminares, la audiencia de saneamiento o preliminar, etc.), pero manteniendo en todos los casos la esencia principal: despejar el proceso de vicios y procurar la emisión de una sentencia sobre el mérito (al respecto PIMENTA, 2003: p. 19 y ss. y DA SILVA: 1989, p. 215 y ss.).

En el Perú, la primera regulación de la decisión saneadora, denominada por algunos “despacho saneador” en virtud de la antigua nomenclatura utilizada en Portugal y Brasil –abandonada por no ser del todo precisa (al respecto ver: LACERDA, 1953: pp. 11-12 y BUENO, 2012: pp. 252-253)– se dio con el CPC de 1993. El artículo 465, bajo comentario, no ha sufrido modificación desde su promulgación, pero sí se ha variado la fórmula prevista para la declaratoria de saneamiento en caso del planteamiento de excepciones, toda vez que el artículo 448 establecía la facultad del juez para convocar a una “audiencia de saneamiento” en la que podía emitir su decisión sobre estas. Dicha audiencia ya no existe más en el proceso civil peruano.

El saneamiento se realiza en el momento procesal más idóneo, cuando el objeto del litigio, en principio, se encuentra determinado y corresponde el inicio de una fase dedicada a la probanza de lo expresado. Justamente, no tendría ningún sentido llegar al fin del proceso, luego de la actuación de los medios probatorios

ofrecidos (lo cual, como sabemos, puede tardar mucho tiempo) para determinar que no se podrá expedir un pronunciamiento sobre el mérito o fondo de lo discutido.

En el sentido de lo anterior, el profesor portugués PAULO PIMENTA menciona: “Como se sabe, ciertas irregularidades pueden alcanzar a todo el proceso, impidiendo al juez emitir una decisión sobre el mérito. (...) En esos casos, es evidente que toda y cualquier actividad procesal posterior al saneamiento sería en vano, pues el desenlace sería siempre el mismo, esto es, el juez tendría que abstenerse de conocer el mérito de la causa. Por tanto, se impone sea llevada a cabo esta verificación de regularidad con la finalidad de garantizar que solo avancen los procesos que reúnan las condiciones formales para ello. En los casos en que ello no suceda, el proceso debe culminar ahí” (PIMENTA, 2003: p. 246).

Podemos decir entonces que la institución del saneamiento procesal tiene íntima relación con los principios de celeridad y economía procesal. A través del saneamiento se busca obtener procesos judiciales más eficientes, determinándose la culminación de aquellos que no tienen la posibilidad de obtener una sentencia de mérito, por no haberse cumplido los requisitos mínimos para ello (que no son otros que los llamados “presupuestos procesales” y las “condiciones de la acción”).

## **2. LOS DENOMINADOS “PRESUPUESTOS PROCESALES” Y “CONDICIONES DE LA ACCIÓN”. ALGUNAS CONSIDERACIONES NECESARIAS**

La estructura del proceso conforme ha sido concebida en nuestro ordenamiento procesal y cuya aceptación es prácticamente unánime en doctrina nacional y comparada, prevé una primera etapa (que va desde la interposición de la demanda hasta la emisión del auto de saneamiento propiamente dicho) destinada a la eliminación de los vicios eventuales que pudieran existir, a efectos de que la autoridad jurisdiccional pueda, finalmente, emitir una sentencia de mérito.

En la línea de lo anterior, no podrá existir –por lo menos en la teoría– sentencia de mérito, si no se ha constatado previamente el cumplimiento de los denominados presupuestos procesales y condiciones de la acción. Una tesis alternativa, según la cual podrá emitir sentencia de mérito en algunos casos incluso cuando no se cumple un “presupuesto procesal”, ha sido desarrollada por destacados procesalistas como Miguel Teixeira DE SOUSA (DE SOUSA, 1991: p. 74 y ss.) y Luiz Guilherme MARINONI (MARINONI, 2007), pero se trata de una posición minoritaria y poco difundida en nuestro país.

Ahora bien, los alcances, clasificación, denominación y pertinencia de los “presupuestos procesales” y “condiciones de la acción” no resultan materias exentas de controversia.

En primer lugar, como es lógico, la denominación “presupuestos procesales” resulta equivocada si se tiene en cuenta que el análisis sobre su cumplimiento se realiza dentro del proceso. Así, este existirá independientemente de ellos y será justamente durante su tramitación que se verifique si las partes cuentan con capacidad para obrar, si el juez es competente y si la demanda cumple con los requisitos legales para continuar con su tramitación.

Asimismo, existen diversas posiciones respecto de la clasificación de los presupuestos procesales. Por ejemplo, es bastante difundida en doctrina la distinción entre los denominados “presupuestos de existencia” y “presupuestos de validez” de la relación jurídica procesal (nos referimos al planteamiento –aunque con diferencias de clasificación– de WAMBIER, 2004: pp. 38-51, DIDIER JR., 2010: p. 105 y ss., BUENO: 2012, p. 443 y ss. por ejemplo), la cual no ha sido materia de mayor desarrollo en nuestro país (al respecto CAVANI, 2011). En el Perú es comúnmente aceptada la nomenclatura “presupuestos procesales” y su clasificación en: i) competencia; ii) capacidad para obrar; y, iii) requisitos de la demanda tanto desde un plano doctrinario (MONROY, 2004: p. 228 y ss.) como jurisprudencial (Cas. N° 1736-2003-Lima del 7 de abril de 2004).

Por otro lado, la denominación “condiciones de la acción” tampoco resulta correcta si tenemos en cuenta que el derecho de acción no se encuentra condicionado al cumplimiento de dichos requisitos. Una persona siempre podrá interponer una demanda ante el Poder Judicial, a pesar de que no se verifiquen las “condiciones de la acción”.

El mencionado nombre deriva de la clásica lección de Enrico Tulio Liebman, quien defendía una teoría ecléctica sobre la naturaleza del derecho de acción, según la cual “(...) la acción consiste en el derecho (o poder subjetivo) a obtener una sentencia de mérito, pero el juzgamiento de este, que se fundamenta en el petitório del demandante, está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos denominados “condiciones de la acción” (FREIRE, 2001: p. 52). En ese sentido, si bien desde una consideración abstracta del derecho de acción la imposición de “condiciones” no sería sostenible, lo cierto es que esta denominación deriva de una concepción particular sobre el derecho de acción, desde la cual resulta plenamente lógica la nomenclatura utilizada.

En adición a la crítica mencionada anteriormente, es también cierto que su aplicación como elementos necesarios para la llamada “validez de la relación jurídica procesal” no es menos cuestionable. En efecto, el análisis de las condiciones de la acción (interés para obrar, legitimidad para obrar y la posibilidad jurídica del pedido), en puridad, no se relaciona con un requisito procedimental propiamente dicho, sino con el mérito de la causa (al respecto, MONROY, 2007: pp. 185-197, DIDIER, 2010: pp. 212-219 y CAVANI: 2013).

Algunos ejemplos permiten dejar el tema más claro. En un proceso de responsabilidad civil extracontractual en el que se comprueba que el demandado no era ni propietario ni conducía el automóvil con el que se atropelló a la víctima, lo que se estaría determinando es que este carecía de legitimidad para obrar, toda vez que no formaba parte de la relación material que dio origen al proceso. Sin embargo, ¿no se trata más bien de un aspecto de fondo del proceso?, ¿no es acaso que lo que en buena cuenta se ha declarado es que el demandante no tiene derecho para exigir el pago de una suma de dinero de parte del demandado? Claramente se trata de un aspecto que en nada atañe a la validez del procedimiento instaurado, sino más bien al mérito.

De la misma forma, si una persona pretende judicialmente el cobro de una deuda cuya fecha de vencimiento para el pago se verifica un año después de interpuesta la demanda, ¿no tendrá el juzgador que analizar la relación material para determinar que, por lo menos en ese momento, el demandante carece de derecho para exigir el pago? Nuevamente, no se analiza un elemento de validez del procedimiento, sino un aspecto del mérito.

Algo similar ocurrirá en el caso que se pretenda un imposible jurídico en un proceso judicial. Para ello, el juez debe revisar la pretensión formulada y su correlato con el ordenamiento jurídico. Claramente, no hay relación entre lo procedimental y aquello que será analizado.

En esa medida, aquello que es materia de estudio a través de las “condiciones de la acción” no es más que el mérito del proceso, razón por la que su incumplimiento de lugar a un pronunciamiento sobre la invalidez del procedimiento resulta conceptualmente errado.

Sin embargo, no deja de ser correcto que continuar con un proceso hasta la emisión de sentencia para que finalmente se determine aquello que podía haber sido advertido desde el saneamiento procesal (e, incluso, desde la calificación de la demanda), implicaría atentar contra la economía y celeridad procesal. Es en esa línea que el profesor José Dos Santos Bedaque, reconociendo que las “condiciones de la acción” se relacionan con el mérito del proceso (salvo, a su parecer, el caso de la imposibilidad jurídica) defiende desde un punto de vista práctico –no estrictamente conceptual– el mantenimiento de las “condiciones de la acción” como requisitos para la determinación de invalidez del procedimiento establecido. Así, concluye que cuando el análisis pueda ser realizado con la simple revisión de la demanda estaremos frente a una cuestión de validez del procedimiento, mientras que si es necesario el análisis de la relación material y la actuación de pruebas, estaremos frente a un tema que atañe al mérito.

Expresamente concluye: "Sin perjuicio de que las condiciones de la acción y el mérito se encuentran próximos, no se confunden. Aquellas constituyen el enlace necesario y posible entre estas categorías fundamentales del proceso: acción y mérito. Pero ese puente no puede ser muy estrecho, pues acabaría llevando a una identificación entre ambos.

Por eso, la cognición del juez debe limitarse a un análisis hipotético de lo afirmado en la demanda. La dilación probatoria implica, pues, un análisis de la relación material deducida en la demanda, que existirá o no. Eso es mérito" (BEDAQUE, 1991: p. 59).

Consideramos que si bien la propuesta descrita tiene una intención práctica bastante clara, la naturaleza de la materia bajo análisis (validez procedimental o mérito) no varía por el grado de profundidad de la cognición necesaria para su determinación. En esa medida, un pronunciamiento sobre la ausencia de una de las "condiciones de la demanda" debería tener la validez de una sentencia sobre el mérito.

Sin perjuicio de ello, nuestro ordenamiento jurídico procesal no recoge dicha opción, sino más bien determina la improcedencia de la demanda para estos casos. Dicha posición se justificaría en otorgar al demandante la posibilidad de un nuevo planteamiento de la demanda, dado que no existiría sentencia sobre el mérito. En esa línea, el demandante podría "corregir" el defecto de su demanda y volver a proponerla.

La mencionada justificación, en realidad, tampoco resulta necesaria, toda vez que la demanda luego de la "corrección" efectuada será una nueva y no podría ser alcanzada por una eventual cosa juzgada (Assis, 1989: p. 109 y ss.). En ese sentido, somos de la opinión que todo pronunciamiento previo sobre el cumplimiento de una de las "condiciones de la acción" atañe al mérito y, como tal, no debería dar lugar a una resolución de invalidez del procedimiento, sino más bien a una sentencia terminativa que, como tal, genera cosa juzgada.

### 3. LOS ALCANCES DE LA DECISIÓN DE SANEAMIENTO

Como se ha dicho, la actividad saneadora realizada por la autoridad jurisdiccional tiene por objeto eliminar cualquier vicio que imposibilite la emisión de una sentencia sobre el mérito. Sin embargo, esta no se circunscribe únicamente o agota con la emisión del auto de saneamiento procesal, pues si bien es el momento más idóneo para la corrección de defectos o eliminación de procesos que no podrán tener una sentencia sobre el mérito, el juez de la causa debe ejercer su deber "saneador" a lo largo de todo el proceso (básicamente al calificar la demanda, al saneamiento en estricto sentido y, excepcionalmente, al sentenciar). Así, el auto de saneamiento

puede haber estado precedido de actos destinados a corregir determinados vicios, como es lo que sucede con una declaración de inadmisibilidad.

De acuerdo con lo mencionado hasta aquí, podemos afirmar que, más allá de las diversas posiciones en doctrina sobre el concepto, clasificación y alcances de los “presupuestos procesales” y “condiciones de la acción”, bajo nuestro esquema procesal únicamente se podrá emitir una sentencia sobre el mérito del proceso una vez que se haya verificado su cumplimiento.

En la línea de lo anterior, el juez al momento de emitir el auto de saneamiento, podrá: i) declarar la existencia de una “relación jurídica procesal válida”, es decir que se encuentra exenta de vicios; ii) la nulidad de todo lo actuado y conclusión del proceso al constatarse un vicio de carácter insubsanable; o, iii) conceder un plazo para que se subsanen los vicios pasibles de serlo. En este caso, de producirse la subsanación se declarará el saneamiento y, en el supuesto contrario, se declarará la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.

Tal como lo hemos mencionado, aquello que debe ser objeto de constatación en este momento procesal es el cumplimiento de los denominados “presupuestos procesales” y “condiciones de la acción”, siendo que nuestro CPC prevé el planteamiento de excepciones y defensas previas como la vía idónea para cuestionar cualquier los defectos o vicios relacionados con ellos. En efecto, todas las excepciones taxativamente reguladas en el artículo 446 del CPC y las defensas previas mencionadas en el artículo 455 del mismo cuerpo legal representan vías para el cuestionamiento de parte del incumplimiento de cualquiera de los requisitos (en el sentido lato) antes mencionados.

Sin embargo, es una práctica común en la judicatura peruana considerar que el simple hecho de no haberse planteado excepciones o defensas previas determina la indefectible declaración de “validez de la relación procesal”. Ello resulta un grave error por dos aspectos concretos: i) el juez tiene la obligación de analizar el cumplimiento de los “presupuestos procesales” y “condiciones de la acción” de oficio; y, ii) porque los artículos 426 y 427 del CPC prevén supuestos de inadmisibilidad e improcedencia de la demanda que no necesariamente se pueden denunciar a través del planteamiento de una excepción (falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, falta de interés para obrar, etc.).

De acuerdo con lo anterior, el juez debe realizar una tarea más profunda que la simple constatación de la no interposición de excepciones o la resolución de estas a efectos de declarar el saneamiento procesal. Es luego del análisis del cumplimiento de los requisitos antes descritos que el juez podrá adoptar alguna de las opciones descritas en este artículo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCÁNTARA, André Antonio da Silveira (2004): *Saneamento do processo*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito; BEDAQUE (1991): “Pressupostos processuais e condições da ação”. En: *Justitia*. São Paulo, s/ed., oct/dic, N° 53; BUENO, Cassio Scarpinella (2012): *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Teoria geral de Direito Processual Civil*, 6ª ed. revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Saraiva; CAVANI, Renzo (2011): “Los ‘presupuestos procesales’ vistos desde la ineficacia procesal. Críticas a una clásica lección”. En: Cavani, Renzo (coord). *Manual del Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; CAVANI, Renzo (2013): “Las ‘condiciones de la acción’: una categoría que debe desaparecer. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 1, Lima: Gaceta Jurídica; DA SILVA, Flávio Pancaro (1989): “O saneamento do proceso”. En: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; DE ASSIS, Araken (1989): “Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada”. En: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; DE SOUZA, Miguel Teixeira (1991): “Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais”. En: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 63; DIDIER JR., Freddie (2010): *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*, 1ª ed., 3º tiraje, São Paulo: Saraiva; LACERDA, Galeno (1953): *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina; MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Curso de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; MONROY GÁLVEZ, Juan (2004): “Conceptos elementales de proceso civil”. En: *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. Lima: Palestra; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (2001): *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*, 2ª ed. revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. MONROY PALACIOS, Juan (2007): “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Jus - Doctrina & Práctica*, N° 5, Lima: Grijley; PIMENTA, Paulo (2003): *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2004): *Nulidades do processo e da sentença*, 5ª ed. revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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, 1ª Sala Civil Permanente Suprema*).

**Artículo 466 | Efectos de la declaración de la existencia de una relación procesal válida**

*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.*

*Jorge Luis Alvarado Giraldo*

**1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El artículo 466 del CPC trae consigo una afirmación que parecería bastante categórica: una vez que el auto de saneamiento ha quedado consentido o ejecutoriado, desaparece la posibilidad de realizar cualquier petición relacionada –directa o indirectamente– con la “validez de la relación jurídica procesal”. En pocas palabras, parecería recoger la eficacia preclusiva del auto de saneamiento procesal, incluso, respecto de temas que no han sido materia de pronunciamiento expreso.

Sin embargo, sobre este tema particular la regulación contenida en nuestro CPC permite interpretaciones que podrían llegar a ser hasta contradictorias. Ello toda vez que, en adición a lo previsto en el artículo 466, tenemos el artículo 121, según el cual la sentencia es la resolución que “(...) pone fin a la instancia o al proceso en definitiva –definición no exenta de críticas de orden conceptual (al respecto véase WAMBIER, 2004: p. 27)–, 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”.

De la lectura de ambos dispositivos normativos surge necesariamente la siguiente pregunta: si toda discusión relativa a la denominada validez de la relación procesal precluye cuando el auto de saneamiento queda consentido o ejecutoriado, ¿por qué puede existir un pronunciamiento *excepcional* en sentencia sobre este aspecto?, ¿es acaso que la preclusión solo se aplica a las partes y no al juez?

Como veremos más adelante, nuestra Corte Suprema ha adoptado diversas posiciones sobre este mismo tema, las cuales van desde la imposibilidad de existencia de un pronunciamiento sobre la “validez de la relación procesal” luego del saneamiento procesal (sustentada en la necesidad de otorgar seguridad jurídica a los litigantes) hasta la existencia de una facultad irrestricta de la autoridad



jurisdiccional para manifestarse sobre estas materias, incluso, cuando ya ha existido una decisión previa sobre el particular (sustentada en la trascendencia del vicio –materia de orden público– para el desarrollo del proceso).

En párrafos siguientes nos referiremos a los aspectos más relevantes de la materia bajo comentario.

## **2. LA PRECLUSIÓN PROCESAL COMO ELEMENTO PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SUS ALCANCES PARA LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL**

Como hemos visto, el artículo 466 determina la existencia de preclusión para *toda petición referida, directa o indirectamente* a la validez de la relación procesal. En esa medida, es pertinente manifestarnos sobre el concepto de preclusión y su importancia en el proceso judicial.

El maestro brasileño J.J. CALMON DE PASSOS en su aclamado estudio sobre las nulidades procesales define, desde un punto de vista estructural, al proceso como un acto complejo de formación sucesiva del tipo procedimiento (CALMON DE PASSOS, 2009: p. 88). Así, el proceso judicial se compone de una serie de actos que guardan un orden específico y para cuya realización se prevé un momento procesal especial. Una vez transcurrida determinada etapa procesal –bajo circunstancias normales– no será posible volver a ella.

En relación con lo anterior, a la regulación del proceso judicial trasciende el denominado principio de eventualidad, según el cual existen “(...) dentro de la cadena procedimental, momentos específicos para la práctica de los diversos tipos de actos que las partes deben perpetrar, imposibilitando que, pasado el momento correcto, puedan ser realizados o repetidos” (KLIPPELL Y BASTOS, 2011: p. 188 y ss.). La referida imposibilidad para la realización de determinado acto es conocida como preclusión.

La preclusión, es definida por el profesor Fredie DIDIER JR. como: “(...) la pérdida de una situación activa procesal: sea la pérdida de procesal de las partes, sea la pérdida de un poder del juez” y, como tal, representa “(...) un limitador del ejercicio abusivo de los poderes procesales de las partes y también impide que cuestiones ya decididas por el magistrado puedan ser reexaminadas, evitando con eso el retroceso y la inseguridad jurídica” (DIDIER JR., 2012: pp. 305-306) y tiene una gran importancia en la regulación del proceso civil, toda vez que no solamente repercute en el orden y secuencia lógica de este, sino que dota a las partes de seguridad respecto de que aquello que ha sido decidido no será modificado, generando confianza sobre la proscripción de conductas contradictorias o de mala fe que atenten contra el desarrollo del proceso.

Basados en la lección de CHIOVENDA (inspirada en la obra de BÜLLOW), podemos clasificar la preclusión en tres tipos específicos (al respecto, ver MONIZ DE ARA-GÃO, 1989: p. 142 y ss.; GARCÍA MEDINA Y WAMBIER, 2011, pp. 148-149 y otros):

- i) **Preclusión temporal:** Es aquella que se presenta cuando el plazo establecido para la realización de un determinado acto procesal transcurre sin que este haya sido efectivamente ejecutado. Es el caso típico del vencimiento del plazo para la interposición de un medio impugnatorio, una vez que ello sucede, el acto a ser impugnado se tornará en inmutable y no será posible volver atrás.
- ii) **Preclusión lógica:** Es el tipo de preclusión que se verifica cuando la parte realiza un acto claramente incompatible con aquel que correspondería ejercitar. Se presenta, por ejemplo, en el caso que la parte vencida en un proceso cumpla con el mandato expedido en la sentencia en lugar de formular un medio impugnatorio contra esta.
- iii) **Preclusión consumativa:** Consistente en la pérdida de la facultad procesal derivada de ya haberla ejercido anteriormente. Así, por ejemplo, el emplazado con la demanda que ha cumplido con contestarla dentro del plazo no podrá hacerlo nuevamente o ampliar sus fundamentos (incluso en el caso en que se encuentre aún dentro del plazo de contestación).

De acuerdo a lo anterior, la preclusión juega un papel de vital relevancia para la concreción de un proceso judicial: i) realmente eficaz, pues limita la posibilidad de volver a etapas procesales previas; y, ii) en el que se tutele la seguridad jurídica al impedir la nueva revisión de materias decididas.

Ahora bien, mención aparte merece la discusión en el ámbito doctrinario referida a la supuesta imposibilidad de extender la institución de la preclusión a la actuación de la autoridad jurisdiccional. En efecto, es idea predominante considerar que el poder del juez no puede ser limitado por la vía de la preclusión (ver, por ejemplo, GARCÍA MEDINA Y WAMBIER, 2011: p. 149).

El profesor Antonio do Passo CABRAL, explica que dicho entendimiento partiría de una comprensión inexacta de la tesis Chiovendana sobre la preclusión. Se trata de una interpretación literal del concepto de preclusión como extinción o consumación de una facultad (lo cual atañe a las partes del proceso) y no de un poder (como con el que cuenta la autoridad jurisdiccional) (CABRAL, 2010: p. 252). Ciertamente coincidimos en que se trata de una lectura incorrecta no solo de la lección del maestro CHIOVENDA, sino de la finalidad de la preclusión en el proceso judicial.

Eximir al juez de los alcances de la preclusión implica reconocer que la autoridad jurisdiccional, a diferencia de las partes, sí se encuentra autorizada para adoptar

decisiones, incluso, en perjuicio de la celeridad procesal y seguridad jurídica. Se trata de una posición que podría terminar perjudicando gravemente el desarrollo del proceso. Así, “(...) si a las partes le son trazadas reglas impeditivas de conductas que causen confusión y atraso a la prestación jurisdiccional, aun con más razón debe existir también reglas para el juez” (NEVES, 2002: p. 24).

En esa medida, consideramos errado sostener que cuando el artículo 466 del CPC declara la preclusión de *toda petición referida, directa o indirectamente* a la validez de la relación procesal, lo hace únicamente para las partes procesales, toda vez que se refiere a una petición y no al poder de la autoridad jurisdiccional. En efecto, la comprensión de un sistema de preclusiones considerando la finalidad perseguida con estas, nos permite sostener que el juez de la causa también encuentra una serie de límites para su actuación, sobre todo, cuando ya ha emitido decisión sobre un tema específico.

### 3. LAS DIVERSAS POSICIONES AL RESPECTO. EL CASO BRASILEÑO (BAJO EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1973)

La materia bajo comentario es objeto de debate en diversos ordenamientos procesales, encontrando respuestas que van desde la rigidez absoluta de la preclusión generada con la emisión del auto de saneamiento, hasta la plena posibilidad de revisar lo decidido al respecto en cualquier momento del proceso.

Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil brasileño de 1973 (vigente aún hasta marzo de 2016) contiene en su artículo 267 una norma que, en principio, parecería bastante clara y contundente. En efecto, el párrafo tercero de este señala expresamente:

“El juez conocerá de oficio, en cualquier tiempo y grado de jurisdicción, en tanto no se haya emitido sentencia sobre el fondo, la materia referida en los numerales IV, V y VII de este artículo (que no son otros que los “presupuestos procesales” y las “condiciones de la acción”) (...).

A pesar de la supuesta claridad de esta norma, existen voces autorizadas en el derecho procesal brasileño que expresan la imposibilidad de revisión de lo decidido en el auto de saneamiento. Así tenemos José Joaquim CALMON DE PASSOS (CALMON DE PASSOS, 2004: p. 500 y ss.), José Carlos BARBOSA MOREIRA (BARBOSA, 2002: p. 54), Freddie DIDIER JUNIOR (DIDIER, 2010: p. 86 y ss.), José Frederico MARQUES (MARQUES, 1974: p. 166 y ss.), etc.

Por su parte, la posición contraria es defendida por una porción muy grande de estudiosos brasileños de no menos prestigio: Daniel Amorim (NEVES, 2002: p. 233), Galeno LACERDA (LACERDA, 1953: p. 162 y ss.), Nelson NERY JR. (NERY, 2008: p. 708), Humberto THEODORO JR. (THEODORO JR., 2012: p. 529), Donald ARMELIN

(ARMELIN, 1979: p. 155), Luiz RODRIGUES WAMBIER (RODRIGUES WAMBIER, 2008: p. 235), José Miguel GARCÍA MEDINA (GARCÍA MEDINA Y WAMBIER, 2011: pp. 234-235), etc.

Su argumentación no solo se basa en el texto expreso de la norma sino en reconocer a las materias a ser decididas en el auto de saneamiento como de orden público, por lo que los vicios que pudieran presentarse al respecto tendrían la calidad de “insubsanables” y, como tales, podrían ser reconocidos en cualquier momento, decretando la nulidad.

En general –no solo en el caso brasileño– quienes niegan la preclusión del auto de saneamiento parten de la premisa de la existencia de “nulidades absolutas” (LACERDA, 1953: p. 160). Así, señalan que tratándose de vicios derivados de la infracción de una norma de orden público se justifica su conocimiento de oficio (MONTERO, 1999: pp. 243-244, COUTURE, 1962: p. 112, VÉSCOVI, 1999: pp. 80-81) e, incluso, la posibilidad de volver a decidir aquello antes resuelto.

Conforme se aprecia, el tema no es pacífico, incluso, bajo un ordenamiento procesal regido por una norma, en principio, más clara que la peruana.

#### **4. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA AL RESPECTO**

Lamentablemente, sobre este tema controvertido la Corte Suprema de la República ha expresado posiciones de lo más diversas. Es más, es posible encontrar pronunciamientos de una misma Sala (incluso con un mismo colegiado) en los que resuelven de manera diametralmente distinta. Solamente a manera de ejemplo citamos algunos:

- i) Cas. N° 3140-2010-Lima del 1 de agosto de 2011: La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República determinó que en tanto no se formulen excepciones ni se deduzca la nulidad del auto admisorio o del auto de saneamiento, habrá operado convalidación tácita.

“Cuarto.- Que, notificada la empresa demandada con arreglo a Ley no aparece que haya impugnado en su oportunidad la calificación efectuada por el Juzgado, ni menos que haya formulado las excepciones que tengan por objeto cuestionar la validez de la relación jurídica procesal (...), ha precluido cualquier petición referida directa o indirectamente a la validez de la relación procesal.

Quinto.- Que, además debe tenerse en cuenta que en atención al Principio de Convalidación contemplado en el artículo 172 del CPC, existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo, apreciándose

en el presente caso, que al no haber la empresa demandada cuestionado en su oportunidad la calificación de la demanda ni la validez del auto de saneamiento procesal ha operado la convalidación de dichos actos procesales, por lo que este Tribunal Supremo no puede amparar el recurso de casación interpuesto, pues de hacerlo se afectaría gravemente la preclusión procesal que debe resguardarse”.

- ii) Cas. N° 4537-2009-Madre de Dios del 19 de agosto de 2010: La Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República determinó que la validez de la relación jurídica procesal puede ser materia de análisis en cualquier momento.

“Undécimo.- Que, con relación a la causal denunciada, debe establecerse en el caso de autos, si la Sala Superior con la emisión de la sentencia inhibitoria que declara improcedente la demanda ha vulnerado o no el principio de preclusión del proceso. Sobre el particular, debe tenerse presente que el devenir del proceso de acuerdo a lo regulado por el ordenamiento procesal importa, evidentemente que para llegar a la etapa resolutive, en que se dicta sentencia, se debe haber transitado, entre otras, por la fase del saneamiento procesal, en que el juzgador se pronuncia sobre la validez de la relación jurídica procesal, conforme establece el artículo 449 del CPC. No obstante, conforme el artículo 121 del CPC, el juez en sentencia, de manera excepcional puede pronunciarse sobre la validez jurídica de la relación procesal, lo que comporta que tal pronunciamiento de improcedencia de la demanda puede hacerse aun cuando en la etapa de saneamiento procesal se ha declarado la validez de la relación procesal, ello por cuanto la expedición de la sentencia, al ser el acto que, en principio, pone fin al proceso, implica aún antes de hacer el examen sobre las pretensiones, los hechos probados y las pruebas aportadas al proceso, un nuevo juicio sobre la validez de la relación jurídica procesal, dictando una sentencia inhibitoria cuando corresponda, lo que no constituye una vulneración el principio de preclusión procesal”.

- iii) Cas. N° 2259-2009-Lima del 19 de enero de 2010: La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República determinó la existencia de preclusión para el análisis de la validez de la relación jurídica procesal.

“Segundo: Que, asimismo, por el principio de preclusión procesal el proceso se va desarrollando por etapas, de modo que si se supera una etapa o fase procesal, se pasa a la siguiente y no existe posibilidad de retroceder. En el presente caso, la etapa procesal para sanear el proceso ha precluido en la primera oportunidad en que la sala superior examinó el proceso y emitió sentencia de vista (...)”.

- iv) Cas. N° 1643-2009-Lambayeque del 3 de octubre de 2009: La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señaló que el juicio de admisibilidad y procedencia de la demanda corresponde ser realizado al momento de la

calificación, al resolver las excepciones propuestas y durante el saneamiento procesal, siendo que el artículo 121 contiene una excepción que puede ser utilizada por el juzgador siempre que emita una decisión expresa, precisa y motivada al respecto.

“Cuarto: Que, el CPC sistemáticamente impone al juez utilizar tres filtros o diques en el decurso del proceso para verificar la existencia y desarrollo válido de la relación jurídica procesal, así como para elaborar y emitir juicios de admisibilidad y de procedibilidad sobre la demanda y la pretensión en las oportunidades correspondientes; dichos filtros son: a) la calificación de la demanda, en el que el juez examina si esta cumple con los requisitos de forma o extrínsecos requeridos para su interposición, pudiendo ejercer la facultad de rechazarla liminarmente si se encuentra incurso en cualquiera de las causales específicas contenidas en el artículo 427 del CPC; b) la resolución de excepciones, en el que el juez absuelve la denuncia respecto a la carencia o defecto de los presupuestos procesales, o la falta manifiesta de las condiciones de la acción; c) el saneamiento del proceso en el que el juez examina todos los demás presupuestos procesales y condiciones de la acción que no hayan sido cuestionados vía excepción, así como que no existan otras causales de nulidad insubsanales que afecten el debido proceso; todo ello sin perjuicio que el juez, al efectuar el juicio de fundabilidad en la sentencia respectiva, pueda pronunciarse excepcionalmente sobre la validez del proceso, en atención a lo normado en la parte final del artículo 121 del Código Procesal citado. La potestad excepcional a que se refiere la última norma citada, exige que la decisión así expedida sea expresa, precisa y motivada, y en tal circunstancia, que se funde en una causal expresamente prevista por ley; y si esto es así, debe concluirse que la facultad del juzgador para emitir una resolución inhibitoria se circunscribe a criterios de razonabilidad debidamente justificados y motivados en cada caso concreto”.

Conforme se aprecia, la Corte Suprema de la República no ha fijado una posición institucional (o, por lo menos, un criterio fijo por cada sala que la integra) sobre este tema particular. En algunos casos se ha decidido a favor de la preclusión del saneamiento procesal—incluso respecto de materias que no han sido objeto de pronunciamiento expreso—y, en otros, se ha permitido el reexamen de la validez de la relación procesal, aún cuando se tratase de una materia previamente conocida.

En esa medida, no consideramos posible afirmar que existe un criterio previsible de resolución para esta materia concreta. Ciertamente, si la propia llamada a fijar los criterios interpretativos del ordenamiento jurídico no cuenta con una posición adoptada, en el caso de los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía el tema es aún menos predecible.

## 5. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA AL RESPECTO

Desde nuestro punto de vista, resulta necesario conciliar la aparente contradicción que podría existir si aplicamos literalmente el texto de los artículos 121 y 466 del CPC.

En efecto, interpretar que la “excepción” a la que hace referencia el artículo 121 permite al juez –so pretexto de que se trata de una materia de orden público– pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, incluso, cuando ya antes emitió una decisión sobre un aspecto específico de ella, genera una inseguridad jurídica que únicamente perjudica al sistema de solución de conflictos (al respecto, compartimos la posición de CAVANI, 2012: pp. 288-296).

Asimismo, si, por lo contrario, entendemos que el artículo 466 representa un punto de quiebre en el proceso, luego del cual no existe posibilidad de análisis o pronunciamiento sobre cualquier aspecto relativo a la “validez de la relación procesal” (validez del procedimiento), terminaremos avalando situaciones en las que un vicio que no ha sido materia de evaluación sea “saneado” sin más. Es decir, se consagraría una suerte de pronunciamiento implícito sobre todos y cada uno de los presupuestos, requisitos y condiciones necesarias para la “validez de la relación procesal”, lo cual consideramos inaceptable.

En esa medida, es necesario interpretar el ordenamiento procesal como un todo inescindible, evitando que la aplicación de una norma vacíe de contenido a otra del mismo cuerpo legal.

De esta forma, coincidimos con ARIANO (ARIANO, 2006: pp. 163-172) en la necesidad de delimitar el campo de la excepcionalidad referido en el artículo 121, pues bajo el pretexto de aplicar esta norma se han terminado dando casos donde, a pesar de existir un pronunciamiento de infundabilidad sobre una excepción particular en primera instancia, el juzgado ha declarado improcedente la demanda, basándose en un vicio que antes ya había declarado que no existía. El artículo 121 no puede servir como pretexto para que la autoridad jurisdiccional pueda manifestarse varias veces (e incluso contradictoriamente) sobre un mismo tema.

Sin embargo, no compartimos su propuesta de considerarla únicamente aplicable para aquellos supuestos en que se trate de un vicio sobrevenido a la relación procesal. Es decir, por ejemplo, para un caso de pérdida de interés para obrar presentado luego del saneamiento o que sea conocido después de este. Restringir el pronunciamiento excepcional en sentencia para vicios posteriores al saneamiento, significa también sostener que puede existir un pronunciamiento implícito sobre materias de orden público que obtenga inmutabilidad.

Desde nuestro punto de vista, sí debe hacerse valer la preclusión respecto de todos aquellos vicios que hayan sido materia de pronunciamiento expreso por parte de la autoridad jurisdiccional. Así, si por ejemplo el juzgado declaró infundada una excepción de falta de legitimidad para obrar o incompetencia y dicha decisión no fue materia de impugnación o, siéndolo, fue confirmada por el superior jerárquico, no cabrá la declaratoria de improcedencia de la demanda al momento de emitir sentencia.

Se debe tener en cuenta que el hecho de tratarse de una materia de orden público, no justifica que lo que fuere decidido respecto de cierto presupuesto, requisito o condición de “validez de relación jurídica procesal” pueda ser variado innumerables veces. Toda decisión adoptada por el juez a lo largo del proceso debe ser emitida luego de un estudio suficiente y responsable de la materia. Si existe decisión sobre un tema particular, eso supone que se han revisado y analizado los argumentos de ambas partes (o, por lo menos, se ha constatado que tuvieron la oportunidad de manifestarse), adoptándose determinada posición al respecto por considerarla correcta. En ese sentido, si ha existido un análisis y pronunciamiento específico sobre un presupuesto, requisito condición de “validez de relación procesal”, la decisión que se adopte –como cualquier otra dentro del proceso– estará sujeta a preclusión. No existe motivo para otorgar un tratamiento diferenciado.

Ahora bien, considerar que también operó preclusión sobre aquellas materias que no fueron objeto de pronunciamiento expreso, desde nuestro punto de vista, contraviene el inciso 5 del artículo 139 de nuestra Constitución Política de 1993. Toda resolución judicial –a excepción de los decretos– debe ser motivada “(...) con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. En esa línea, no pueden haber pronunciamientos implícitos, sobre todo, respecto de materias de orden público como las que son materia del auto de saneamiento procesal. La motivación de las resoluciones judiciales representa un deber de la autoridad jurisdiccional y un derecho plenamente exigible por el litigante, tal como en innumerables oportunidades lo ha expresado el Tribunal Constitucional peruano.

En el sentido de lo expuesto, TALAMINI menciona: “(...) debe rechazarse la tesis de la decisión implícita. En ninguna hipótesis, una materia no examinada por la decisión declaratoria de saneamiento (o cualquier otra) puede considerarse implícitamente rechazada. La idea de decisión implícita es incompatible con la garantía constitucional de motivación de las decisiones (art. 93, IX). Si es absolutamente nula la decisión que no ha sido motivada, qué se puede decir del rechazo de una materia sin cualquier apreciación sobre esta?” (TALAMINI, 1997: pp. 102-103). En la misma línea se manifiestan DIDIER JR., 2012: p. 565 y NEVES, 2002: pp. 226-232.



En resumen, consideramos que la preclusión referida en el artículo 466 del CPC, también alcanza al juez de la causa, pues lo contrario representaría una grave afectación a la seguridad jurídica. La autoridad jurisdiccional debe tener el mismo grado de responsabilidad para la emisión de cualquiera de sus decisiones a lo largo del proceso. En esa medida, si rechazó la existencia de un vicio que atañe a la “validez de la relación procesal”, no podrá contradecirse luego, por ejemplo, al momento de emitir sentencia.

La excepción prevista por el artículo 121 del CPC no es de ninguna manera una carta abierta para que el juez pueda volver decidir aquello sobre lo que ya se pronunció. Desde nuestro punto de vista, la excepción será aplicable únicamente en dos supuestos: i) cuando se trate de vicios sobrevinientes a la declaración de saneamiento; y, ii) para aspectos de validez de la relación procesal que no han sido expresamente decididos, pues, como hemos mencionado, en el proceso judicial no pueden existir decisiones implícitas, más aún, si se trata de materias de orden público.

Nótese que el texto del artículo 121 en ningún momento prevé una facultad judicial para volver a pronunciarse sobre un aspecto que ya fue objeto de decisión, sino más bien una excepción. Dicha excepción, desde nuestro punto de vista, debe restringirse a los casos comentados en el párrafo anterior.

Ahora bien, es preciso resaltar que la posibilidad de que un juez pueda manifestarse sobre vicios sobrevinientes al saneamiento o respecto de aquellos que no han sido objeto de pronunciamiento anterior, no implica que pueda hacerlo sin que previamente haya dado la oportunidad a las partes para expresar su posición al respecto. No es posible que el juez pueda decretar la existencia de un vicio que atañe a la “validez de la relación procesal” de manera intempestiva e inconsulta (al respecto ver CAVANI 2014: pp. 482-493).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIANO, Eugenia (2006): “Sobre el ‘inagotable’ poder del juez de pronunciarse sobre la (llamada) “validez de la relación jurídica procesal”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 90, Lima: Gaceta Jurídica; ARMELIN, Donald (1979): *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais; BARBOSA, Jose Carlos (2002): *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed., vol. 5. Río de Janeiro: Editora Forense; CABRAL, Antonio do Passo (2010): *Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Río de Janeiro: Editora Forense; CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim (2009): *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, 1ª ed., 4º tiraje. Río de Janeiro: Editora Forense; CAVANI, Renzo (2012): “Combatiendo las ‘nulidades-sorpresa’: el derecho fundamental al contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal”. En: *Gaceta Constitucional*, N° 58,

Lima: Gaceta Jurídica; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; COUTURE, Eduardo (1962): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DIDIER JR., Freddie (2010): *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*, 1ª ed., 3º tiraje. São Paulo: Saraiva; DIDIER JR., Freddie (2012): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*, 14ª ed. São Paulo: Jus Podivm; GARCÍA MEDINA, José Miguel y WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2011): *Processo civil moderno*, vol. 1, *Parte geral e processo de conhecimento*, 2ª ed. revisada y actualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais; KLIPPELL, Rodrigo y BASTOS, Antonio Adonias (2011): *Manual de proceso civil*, volumen único, 2ª ed. Río de Janeiro: Lumen Juris; LACERDA, Galeno (1953): *Despacho saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina; MARQUES, José Frederico (1974): *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2. São Paulo: Saraiva; MONIZ DE ARAGÃO, E.D. (1989): "Preclusão (Processo Civil)". En: Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; MONTERO AROCA, Juan (1999): *Introducción al Derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce; NERY, Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa María (2008): *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (2002): *Preclusão pro iudicatio e preclusão judicial no processo civil brasileiro*. Disertação apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São para obtenção do título de mestre; PASSOS, Jose Joaquim (2004): *Comentários ao Código de Processo Civil*, 9ª ed., vol. 3, Río de Janeiro: Editora Forense; TALAMINI, Eduardo (1997): "Saneamento do proceso". En: *Revista de Processo*, vol. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais; THEODORO JUNIOR, Humberto (2012): *Código de Processo Civil anotado*, 16ª ed. Río de Janeiro: Editora Forense; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis; WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo y DE ALMEIDA, Flávio Correia (2008): *Curso avançado de processo civil*, 10ª ed., vol. 1. São Paulo: Editora dos Tribunais; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2004): *Nulidades do processo e da sentença*, 5ª ed. revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARMELIN, Donaldo (1979): *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais; BARBOSA, Jose Carlos (2010): *O novo processo civil brasileiro*. 28ª ed. Río de Janeiro: Editora Forense; DA COSTA, Susana Henriques (2005): *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin; TESHEINER, José Maria (2000): *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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*).

**Artículo 467**

**Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. art. 321 incs. 4 y 8.*

---

***Jorge Luis Alvarado Giraldo***

---

Conforme ha sido explicado al momento de comentar los artículos 465 y 466, el saneamiento procesal tiene por finalidad eliminar todo y cualquier vicio que determine la invalidez del procedimiento establecido, ya sea ordenando su remediación o, en los casos en que no fuera posible, decretando la conclusión del proceso.

El caso referido por el artículo 467 está referido a los supuestos en los que el vicio de invalidez decretado no fue corregido o no era pasible de serlo. En esas circunstancias, el juzgador no tendrá otra opción que dar por concluido el proceso.

Como hemos mencionado anteriormente, la función del saneamiento procesal se traduce en la eliminación en esta etapa de procesos que no podrán ser materia de una sentencia sobre el mérito. Es justamente lo que sucede en el supuesto regulado por el artículo 467, toda vez que se dispone la conclusión del proceso luego de que la declaración de invalidez procedimental se torna inmutable.

Ahora bien, el citado artículo también prevé la condena al pago de costas y costos para el demandante en caso el proceso concluya en estas condiciones. Consideramos que, tal como muchos aspectos de la regulación del pago de costas y costos en nuestro ordenamiento, el tratamiento que se pretende otorgar a este caso puede resultar errado.

En efecto, hemos mencionado anteriormente, que el vicio determinante de la conclusión del proceso puede sobrevenir a la interposición de la demanda, presentarse antes del saneamiento procesal y no ser imputable a la parte demandante. En dicho caso, la imposición de pago de costas y costos no se explicaría del todo.

Si bien la normativa contenida en el CPC sobre esta materia particular ha llevado a interpretaciones disímiles en la judicatura sobre las condiciones necesarias para la condena al pago de costas y costos, lo cierto es que prever una sanción de este tipo sin analizar el caso concreto, podría resultar excesiva.

---

Por ello, consideramos que dicha regla debe ser interpretada de manera conjunta con los artículos 412 y 414 del CPC, no siendo indefectible la condena de pago de costas y costos en los casos en los que el proceso culmine por la existencia de un vicio insubsanable (o no subsanado oportunamente) que afecte la validez de la llamada “relación jurídica procesal”.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DIDIER JR., Freddie (2012): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 14ª ed. São Paulo: Jus Podivm.  
MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Curso de processo civil*, vol. 1. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

---



# TÍTULO VI

## AUDIENCIA CONCILIATORIA, O DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

### Artículo 468

#### Oportunidad de la audiencia conciliatoria

*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; D.LEG. 1075 art. 57.*

*Jorge Luis Alvarado Giraldo*

El artículo bajo comentario tiene su origen en la modificación parcial del CPC introducida con el Decreto Legislativo N° 1070 del 28 de junio de 2008.

En efecto, la regulación primigenia del CPC preveía que para el proceso judicial ordinario en las vías de conocimiento y abreviado, podían existir hasta tres audiencias previas a la emisión de la sentencia. Se trataba de las siguientes: i) audiencia de saneamiento; ii) audiencia conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio; y, iii) audiencia de pruebas.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.

La primera de las audiencias mencionadas fue eliminada con la modificación producida con la Ley N° 29057, publicada el 29 junio 2007. A partir de la entrada en vigencia de la citada norma, la única audiencia obligatoria a lo largo del proceso era la audiencia conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, pues la audiencia de pruebas se verificaba (como hasta hoy) solo en el caso que existieran medios probatorios que requirieran de actuación.

Así, con la modificación vigente a partir del año 2008 se eliminó la audiencia conciliatoria, o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, lo cual determinó que pudieran existir procesos en los que se emita sentencia sin que fuera necesaria la realización de audiencia alguna.

En efecto, el artículo bajo comentario en primer lugar establece que, luego de declarado el saneamiento procesal, el juez solicitará a las partes una propuesta para la fijación de los puntos controvertidos. Es decir, las partes tendrán la oportunidad de sugerir al juzgador cuáles son las cuestiones que deben ser materia de probanza por existir posiciones contrarias entre las partes sobre el particular.

Luego de presentada la propuesta de las partes (o transcurrido el plazo para ello sin que hayan formulado alguna sugerencia), el juez determinará cuáles son los puntos controvertidos. Dicha decisión, contenida en el auto al que se refiere el artículo 468, es pasible de ser impugnada por las partes.

En la misma resolución, el juez –quien ya ha analizado y determinado cuál o cuáles serán las materias sobre las que deberá pronunciarse– deberá realizar el denominado “saneamiento probatorio”, es decir admitir a trámite los medios probatorios que a su criterio resultan pertinentes para acreditar los hechos invocados por las partes y poder resolver los puntos controvertidos. En este acto, el juez debe identificar la pertinencia del medio probatorio y el cumplimiento de los requisitos especiales para cada caso concreto (p.e. haber acompañado traducción oficial de los documentos que se encuentran en idioma extranjero), estableciendo cuáles de ellos resultan adecuados para probar lo alegado. Se trata de un pronunciamiento que no implica el análisis del valor probatorio del medio ofrecido, sino una consideración basada en la descripción realizada al momento del ofrecimiento.

Es importante tener en cuenta que una vez admitido el medio probatorio, este deja de ser considerado de “titularidad” la parte que lo ofreció, sino que pasa a ser considerado del proceso. En esa medida, desde que la autoridad jurisdiccional admite el medio probatorio, no es posible que la parte oferente se desista de su actuación, correspondiendo al juzgado prescindir o no de este analizando la posición de las partes y la conveniencia del medio probatorio para los fines del proceso.

En el supuesto en que los medios probatorios admitidos no requieran de actuación, el juzgado podrá prescindir de la realización de una audiencia de pruebas, disponiendo el denominado juzgamiento anticipado, es decir un la emisión de una

sentencia sobre el mérito. Así, se expedirá una sentencia basada en una cognición plena de la autoridad jurisdiccional que ha considerado suficientes los medios probatorios documentales que fueron aportados por las partes.

En ese sentido, el profesor Freddie DIDIER JR. afirma con certeza que el juzgamiento anticipado “(...) es una técnica de abreviación del proceso. Es una manifestación del principio de adaptabilidad del procedimiento (...) pues el magistrado ante las peculiaridades de la causa, acorta el procedimiento, dispensando la relación de toda una fase del proceso” (DIDIER JR., 2012: pp. 550-551).

Es por esta razón que se señala que hay una “anticipación” en el juzgamiento, pues se prescinde de una etapa procesal (la de actuación de medios probatorios) y se procede a la emisión de sentencia sobre el mérito, previamente habiendo dado oportunidad a las partes para que informen oralmente.

Consideramos que la opción adoptada con la modificación del artículo 468 –y la previa eliminación de la audiencia de saneamiento– representa un cambio trascendente en el esquema del proceso civil peruano. El objetivo de una audiencia para determinar el saneamiento procesal, la fijación de puntos controvertidos o la admisión de pruebas es recoger las posiciones de las partes, lo cual podría enriquecer o perfeccionar la decisión que finalmente se adopte (MARINONI, 2007).

Sin embargo, la experiencia práctica demostró que la presencia de las partes en la audiencia no necesariamente contribuía a una mejor decisión y determinaba una mayor duración del proceso judicial, toda vez que –considerando la carga procesal– las audiencias eran programadas para varios meses después de la resolución que fijaba su fecha, periodo en el cual en proceso no podía avanzar. Por dicha razón se optó por la eliminación de audiencias preliminares, manteniendo únicamente la de pruebas para los casos en que existieran medios probatorios que requirieran de actuación o cuando la autoridad lo considere necesario.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIDIER JR., Freddie (2012): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, *Introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 14ª ed. São Paulo: Jus Podivm.  
MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Curso de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DIDIER JR., Freddie (2012): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, *Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7ª ed. revisada, actualizada y ampliada, ampliada e actualizada. São Paulo: Jus Podivm; DINAMARCO, Cândido Rangel (2009): *A instrumentalidade do processo*. São Paulo. 14ª ed. Malheiros Editores Ltda.



**Artículo 469**

**Finalidad de la audiencia (DEROGADO)**

*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. (\*)*

**Artículo 470**

**Audiencia con conciliación (DEROGADO)**

*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. (\*)*

**Artículo 471**

**Audiencia sin conciliación (DEROGADO)**

*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 472**

**Regulación supletoria (DEROGADO)**

*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. (\*)*

---

(\*) Los artículos 469 al 472, del Título VI, fueron derogados por el Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008, que introduce diversas modificaciones a la Ley de Conciliación N° 26872. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder 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.

# TÍTULO VII JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

## CAPÍTULO I JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

### Artículo 473

#### Juzgamiento anticipado del proceso

*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.*

*Marianella Ledesma Narváez*

---

### 1. PRECLUSIÓN Y ETAPA DECISORIA

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; 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.

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.

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. JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO Y CELERIDAD PROCESAL**

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 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.

Hay que precisar que el juzgamiento anticipado no necesariamente se realiza para favorecer al demandante, sino para cumplir con una exigencia de celeridad y economía procesal. Otro aspecto a contemplar es que quien no impugna la decisión judicial que ordena el juzgamiento anticipado, no puede luego cuestionar la sentencia en ese extremo. “Si la recurrente, pese a habersele notificado con la audiencia de conciliación no asistió a ello; razón por la cual no puede prosperar los vicios que denuncia; tanto más si aparece del acta respectiva que quienes concurren a la audiencia no impugnaron el hecho referido a la conciliación ni a la declaración del juzgamiento anticipado del proceso” (Cas. N° 1391-99-Callao. Res. del 23 de noviembre de 1999).

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

(...) 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 setentitrés 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).

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).

## CAPÍTULO II CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

### Artículo 474

#### Conclusión del proceso

*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.*

*Marianella Ledesma Narváez*

---

### 1. CONCLUSIÓN DEL PROCESO Y CONCLUSIÓN DEL CONFLICTO

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. CONCILIACIÓN Y TRANSACCIÓN

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 CPC, 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 supuesto que quien renuncia debe ser la parte que ha obtenido una sentencia favorable; en caso contrario, no tendría ningún derecho sobre qué renunciar.

### 3. CONCLUSIÓN DEL PROCESO Y ARBITRAJE

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.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.



# ÍNDICE GENERAL

## TÍTULO X

---

### INTERRUPCIÓN, SUSPENSIÓN Y CONCLUSIÓN DEL PROCESO

<b>Artículo 317</b>	Interrupción del plazo o diferimiento del término para realizar un acto procesal	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	11
<b>Artículo 318</b>	Suspensión del proceso o del acto procesal	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	14
<b>Artículo 319</b>	Suspensión convencional	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	17
<b>Artículo 320</b>	Suspensión legal y judicial	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	19
<b>Artículo 321</b>	Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo	
	<i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	27
<b>Artículo 322</b>	Conclusión del proceso con declaración sobre el fondo	
	<i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	40



## TÍTULO XI

---

### FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

#### CAPÍTULO I

---

#### CONCILIACIÓN

<b>Artículo 323</b>	Oportunidad de la conciliación <i>F. Martín Pinedo Aubián</i> .....	47
<b>Artículo 324</b>	Formalidad de la conciliación <i>F. Martín Pinedo Aubián</i> .....	56
<b>Artículo 325</b>	Requisito de fondo de la conciliación <i>F. Martín Pinedo Aubián</i> .....	70
<b>Artículo 326</b>	Audiencia de conciliación <i>(DEROGADO)</i> .....	78
<b>Artículo 327</b>	Conciliación y proceso <i>F. Martín Pinedo Aubián</i> .....	79
<b>Artículo 328</b>	Efecto de la conciliación <i>F. Martín Pinedo Aubián</i> .....	88
<b>Artículo 329</b>	Protocolo de la conciliación <i>(DEROGADO)</i> .....	96

#### CAPÍTULO II

---

#### ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO

<b>Artículo 330</b>	Allanamiento y reconocimiento <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	97
<b>Artículo 331</b>	Oportunidad del allanamiento <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	102

<b>Artículo 332</b>	Improcedencia del allanamiento <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	104
<b>Artículo 333</b>	Efecto del allanamiento <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	114

**CAPÍTULO III**  
**TRANSACCIÓN JUDICIAL**

<b>Artículo 334</b>	Oportunidad de la transacción <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	119
<b>Artículo 335</b>	Requisitos de la transacción <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	123
<b>Artículo 336</b>	Transacción del Estado y otras personas de Derecho Público <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	131
<b>Artículo 337</b>	Homologación de la transacción <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	137
<b>Artículo 338</b>	Normatividad supletoria <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	145
<b>Artículo 339</b>	Acto jurídico posterior a la sentencia <i>Manuel Muro Rojo</i> .....	148

**CAPÍTULO IV**  
**DESISTIMIENTO**

<b>Artículo 340</b>	Clases de desistimiento <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	151
<b>Artículo 341</b>	Aspectos generales del desistimiento <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	155
<b>Artículo 342</b>	Oportunidad <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	158

<b>Artículo 343</b>	Desistimiento del proceso o del acto procesal <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	162
<b>Artículo 344</b>	Desistimiento de la pretensión <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	165
<b>Artículo 345</b>	Desistimiento de pretensión no resuelta <i>Álvaro Tord Velasco</i> .....	172

## CAPÍTULO V

---

### ABANDONO

<b>Artículo 346</b>	Abandono del proceso <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	174
<b>Artículo 347</b>	Medidas cautelares <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	179
<b>Artículo 348</b>	Naturaleza del abandono <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	181
<b>Artículo 349</b>	Paralización que no produce abandono <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	184
<b>Artículo 350</b>	Improcedencia del abandono <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	186
<b>Artículo 351</b>	Efectos del abandono del proceso <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	194
<b>Artículo 352</b>	Validez de pruebas actuadas en proceso abandonado <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	196
<b>Artículo 353</b>	Recurso de apelación <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	197
<b>Artículo 354</b>	Abandono y prescripción extintiva <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	199

---

## TÍTULO XII

---

### MEDIOS IMPUGNATORIOS

#### CAPÍTULO I

---

#### DISPOSICIONES GENERALES

<b>Artículo 355</b>	Medios impugnatorios <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	201
<b>Artículo 356</b>	Clases de medios impugnatorios <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	206
<b>Artículo 357</b>	Requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	210
<b>Artículo 358</b>	Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	213
<b>Artículo 359</b>	Incumplimiento de los requisitos <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	215
<b>Artículo 360</b>	Prohibición de doble recurso <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	217
<b>Artículo 361</b>	Renuncia a recurrir <i>Óscar A. Fernández Chávez</i> .....	218

#### CAPÍTULO II

---

#### REPOSICIÓN

<b>Artículo 362</b>	Procedencia <i>Hernán Gómez Pretto</i> .....	220
<b>Artículo 363</b>	Trámite <i>Hernán Gómez Pretto</i> .....	220

**CAPÍTULO III**

**APELACIÓN**

<b>Artículo 364</b>	Objeto <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	226
<b>Artículo 365</b>	Procedencia <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	238
<b>Artículo 366</b>	Fundamentación del agravio <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	246
<b>Artículo 367</b>	Admisibilidad e improcedencia <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	251
<b>Artículo 368</b>	Efectos <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	256
<b>Artículo 369</b>	Apelación diferida <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	260
<b>Artículo 370</b>	Competencia del juez superior <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	268
<b>Artículo 371</b>	Procedencia de la apelación con efecto suspensivo <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	282
<b>Artículo 372</b>	Procedencia de la apelación sin efecto suspensivo <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	284
<b>Artículo 373</b>	Plazo y trámite de la apelación de sentencias <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	286
<b>Artículo 374</b>	Medios probatorios en la apelación de sentencias <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	292
<b>Artículo 375</b>	Vista de la causa e informe oral <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	303
<b>Artículo 376</b>	Plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	308

<b>Artículo 377</b>	Trámite de la apelación sin efecto suspensivo <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	311
<b>Artículo 378</b>	Actos contra la sentencia expedida en segunda instancia <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	315
<b>Artículo 379</b>	Cumplimiento de la sentencia de segunda instancia <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	320
<b>Artículo 380</b>	Nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	322
<b>Artículo 381</b>	Costas y costos en segunda instancia <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	324
<b>Artículo 382</b>	Apelación y nulidad <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	326
<b>Artículo 383</b>	Devolución del expediente <i>Eugenia Ariano Deho</i> .....	331

#### CAPÍTULO IV

#### CASACIÓN

<b>Artículo 384</b>	Fines de la casación <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	333
<b>Artículo 385</b>	Resoluciones contra las que procede el recurso <i>(DEROGADO)</i> .....	339
<b>Artículo 386</b>	Causales <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	340
<b>Artículo 387</b>	Requisitos de admisibilidad <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	346
<b>Artículo 388</b>	Requisitos de procedencia <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	352

ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 389</b>	Casación por salto <i>(DEROGADO)</i> .....	357
<b>Artículo 390</b>	Inadmisibilidad del recurso <i>(DEROGADO)</i> .....	357
<b>Artículo 391</b>	Trámite del recurso <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	358
<b>Artículo 392</b>	Improcedencia liminar del recurso <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	360
<b>Artículo 392-A</b>	Procedencia excepcional <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	362
<b>Artículo 393</b>	Suspensión de los efectos de la resolución impugnada <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	367
<b>Artículo 394</b>	Actividad procesal de las partes <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	369
<b>Artículo 395</b>	Plazo para sentenciar <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	371
<b>Artículo 396</b>	Sentencia fundada y efectos del recurso <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	373
<b>Artículo 397</b>	Sentencia infundada <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	376
<b>Artículo 398</b>	Multa por recurso inadmisibile, improcedente o infundado <i>(DEROGADO)</i> .....	378
<b>Artículo 399</b>	Costas y costos por recurso inadmisibile, improcedente o infundado <i>(DEROGADO)</i> .....	378
<b>Artículo 400</b>	Precedente judicial <i>Omar Sumaria Benavente</i> .....	379

**CAPÍTULO V**

**QUEJA**

<b>Artículo 401</b>	Objeto	
	<i>Ricardo Carrillo Garrath</i> .....	395
<b>Artículo 402</b>	Admisibilidad y procedencia	
	<i>Ricardo Carrillo Garrath</i> .....	399
<b>Artículo 403</b>	Interposición	
	<i>Ricardo Carrillo Garrath</i> .....	402
<b>Artículo 404</b>	Tramitación del recurso	
	<i>Ricardo Carrillo Garrath</i> .....	404
<b>Artículo 405</b>	Efectos de la interposición del recurso	
	<i>Ricardo Carrillo Garrath</i> .....	407

**TÍTULO XIII**

**ACLARACIÓN Y CORRECCIÓN  
DE RESOLUCIONES**

<b>Artículo 406</b>	Aclaración	
	<i>David Ibarra Delgado</i> .....	409
<b>Artículo 407</b>	Corrección	
	<i>David Ibarra Delgado</i> .....	416

**TÍTULO XIV**

**CONSULTA**

<b>Artículo 408</b>	Consulta	
	<i>David Ibarra Delgado</i> .....	423
<b>Artículo 409</b>	Trámite de la consulta	
	<i>David Ibarra Delgado</i> .....	428



## TÍTULO XV

---

### COSTAS Y COSTOS

<b>Artículo 410</b>	Costas	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	431
<b>Artículo 411</b>	Costos	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	433
<b>Artículo 412</b>	Los principios de la condena en costas y costos	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	435
<b>Artículo 413</b>	Exención y exoneración de costas y costos	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	438
<b>Artículo 414</b>	Pluralidad de sujetos y condena en costas y costos	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	440
<b>Artículo 415</b>	Acuerdo sobre reembolso de las costas y costos en la transacción y conciliación	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	442
<b>Artículo 416</b>	Condena en costas y costos en el desistimiento y el abandono	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	444
<b>Artículo 417</b>	Liquidación de las costas	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	446
<b>Artículo 418</b>	Procedencia de cobro de los costos	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	448
<b>Artículo 419</b>	Reembolso de las costas y costos	
	<i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	450

## TÍTULO XVI

---

### MULTAS

<b>Artículo 420</b>	Declaración judicial y destino de la multa	
	<i>César Augusto de la Cuba Chirinos</i> .....	453

<b>Artículo 421</b>	Unidad de pago aplicable a la multa <i>César Augusto de la Cuba Chirinos</i> .....	466
<b>Artículo 422</b>	Liquidación y procedimiento <i>César Augusto de la Cuba Chirinos</i> .....	473
<b>Artículo 423</b>	Pago de multa <i>César Augusto de la Cuba Chirinos</i> .....	477

## SECCIÓN CUARTA POSTULACIÓN DEL PROCESO

### TÍTULO I

#### DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

<b>Artículo 424</b>	Requisitos de la demanda <i>Jorge Carrión Lugo</i> .....	485
<b>Artículo 425</b>	Anexos de la demanda <i>Jorge Carrión Lugo</i> .....	495
<b>Artículo 426</b>	Inadmisibilidad de la demanda <i>Martín Alejandro Sotero Garzón</i> .....	499
<b>Artículo 427</b>	Improcedencia de la demanda <i>Roger Casafranca García</i> .....	510
<b>Artículo 428</b>	Modificación y ampliación de la demanda <i>Nerio González Linares</i> .....	523
<b>Artículo 429</b>	Medios probatorios extemporáneos <i>Nerio González Linares</i> .....	536
<b>Artículo 430</b>	Traslado de la demanda <i>Nerio González Linares</i> .....	548

ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 431</b>	Emplazamiento del demandado domiciliado en la competencia territorial del juzgado	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	556
<b>Artículo 432</b>	Emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del juzgado	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	565
<b>Artículo 433</b>	Emplazamiento fuera del país	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	570
<b>Artículo 434</b>	Emplazamiento de demandados con domicilios distintos	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	574
<b>Artículo 435</b>	Emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	578
<b>Artículo 436</b>	Emplazamiento del apoderado	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	590
<b>Artículo 437</b>	Nulidad de emplazamiento defectuoso	
	<i>Miguel Espejo Rosell</i> .....	596
<b>Artículo 438</b>	Efectos del emplazamiento	
	<i>Karla Vilela Carbajal</i> .....	603
<b>Artículo 439</b>	Ineficacia de la interrupción	
	<i>Karla Vilela Carbajal</i> .....	609
<b>Artículo 440</b>	Hechos no invocados en la demanda	
	<i>Nerio González Linares</i> .....	612
<b>Artículo 441</b>	Sanción por juramento falso	
	<i>Nerio González Linares</i> .....	620

## TÍTULO II

### CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

<b>Artículo 442</b>	Requisitos y contenido de la contestación a la demanda <i>Beatriz A. Franciskovic Ingunza</i> .....	631
<b>Artículo 443</b>	Plazo de la contestación y reconvencción <i>Beatriz A. Franciskovic Ingunza</i> .....	641
<b>Artículo 444</b>	Anexos de la contestación a la demanda <i>Beatriz A. Franciskovic Ingunza</i> .....	643
<b>Artículo 445</b>	Reconvencción <i>Beatriz A. Franciskovic Ingunza</i> .....	645

## TÍTULO III

### EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

<b>Artículo 446</b>	Excepciones proponibles <i>Martín Alejandro Sotero Garzón</i> .....	649
<b>Artículo 447</b>	Plazo y forma de proponer excepciones <i>Luis Alejandro Luján Sandoval</i> .....	663
<b>Artículo 448</b>	Medios probatorios de las excepciones <i>Luis Alejandro Luján Sandoval</i> .....	671
<b>Artículo 449</b>	Contenido del auto que resuelve la excepción <i>Jhoel Chipana Catalán</i> .....	674
<b>Artículo 450</b>	Decisión y recurso en las excepciones <i>Jhoel Chipana Catalán</i> .....	680

## ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 451</b>	Efectos de las excepciones <i>Martín Alejandro Sotero Garzón</i> .....	684
<b>Artículo 452</b>	Procesos idénticos <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	692
<b>Artículo 453</b>	Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	699
<b>Artículo 454</b>	Improcedencia de la excepción como nulidad <i>Martín Alejandro Sotero Garzón</i> .....	701
<b>Artículo 455</b>	Propuesta y trámite de las defensas previas <i>Alexander Rioja Bermúdez</i> .....	714
<b>Artículo 456</b>	Efectos del amparo de una defensa previa <i>Alexander Rioja Bermúdez</i> .....	727
<b>Artículo 457</b>	Costas, costos y multas de las excepciones y defensas previas <i>Alexander Rioja Bermúdez</i> .....	730

## TÍTULO IV

---

### REBELDÍA

<b>Artículo 458</b>	Presupuesto para la declaración de rebeldía <i>Nadia Castillo Bravo</i> .....	733
<b>Artículo 459</b>	Notificación de la rebeldía <i>Nadia Castillo Bravo</i> .....	737
<b>Artículo 460</b>	Proceso y rebeldía <i>Nadia Castillo Bravo</i> .....	738
<b>Artículo 461</b>	Efecto de la declaración de rebeldía <i>Juan Jesús Wong Abad</i> .....	740

<b>Artículo 462</b>	Ingreso del rebelde al proceso <i>Juan Jesús Wong Abad</i> .....	747
<b>Artículo 463</b>	Rebeldía y medidas cautelares <i>Nadia Castillo Bravo</i> .....	749
<b>Artículo 464</b>	Costas y costos de la rebeldía <i>Nadia Castillo Bravo</i> .....	750

## TÍTULO V

### SANEAMIENTO DEL PROCESO

<b>Artículo 465</b>	Saneamiento del proceso <i>Jorge Luis Alvarado Giraldo</i> .....	751
<b>Artículo 466</b>	Efectos de la declaración de la existencia de una relación procesal válida <i>Jorge Luis Alvarado Giraldo</i> .....	759
<b>Artículo 467</b>	Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal <i>Jorge Luis Alvarado Giraldo</i> .....	770

## TÍTULO VI

### AUDIENCIA CONCILIATORIA, O DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

<b>Artículo 468</b>	Oportunidad de la audiencia conciliatoria <i>Jorge Luis Alvarado Giraldo</i> .....	773
<b>Artículo 469</b>	Finalidad de la audiencia <i>(DEROGADO)</i> .....	776
<b>Artículo 470</b>	Audiencia con conciliación <i>(DEROGADO)</i> .....	776

ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 471</b>	Audiencia sin conciliación <i>(DEROGADO)</i> .....	776
<b>Artículo 472</b>	Regulación supletoria <i>(DEROGADO)</i> .....	776

**TÍTULO VII**

---

**JUZGAMIENTO ANTICIPADO  
DEL PROCESO**

**CAPÍTULO I**

---

**JUZGAMIENTO  
ANTICIPADO DEL PROCESO**

<b>Artículo 473</b>	Juzgamiento anticipado del proceso <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	777
---------------------	---	-----

**CAPÍTULO II**

---

**CONCLUSIÓN ANTICIPADA  
DEL PROCESO**

<b>Artículo 474</b>	Conclusión del proceso <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	780
Índice general.....		783