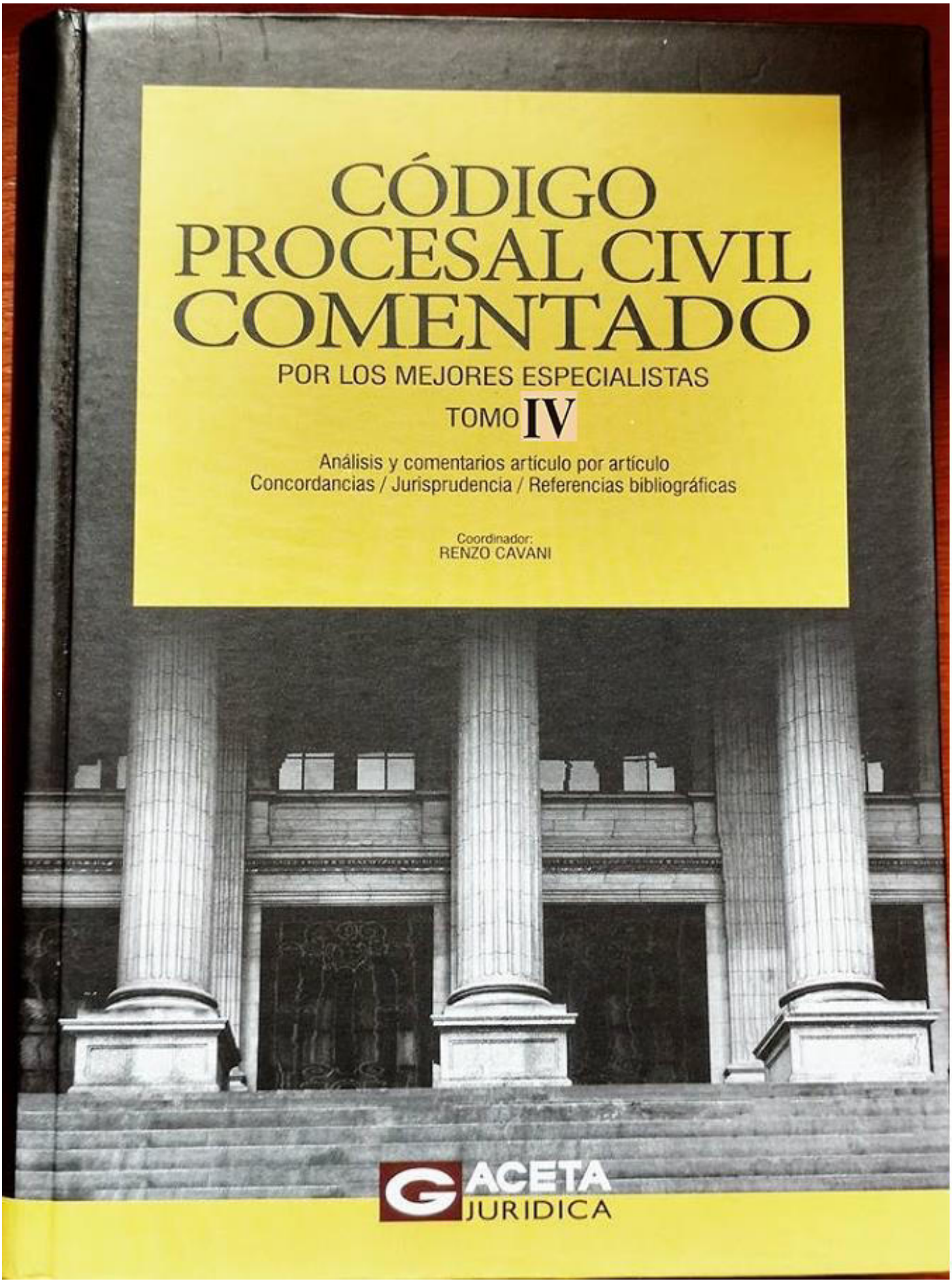
Visítanos en ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM



CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

TOMO IV

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO IV

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

Coordinador:
RENZO CAVANI

Luis Aliaga / Eugenia Ariano / Manuel Bermúdez / Héctor Campos / Juan Carlos del Aguila / David Florián / J. María Elena Guerra / David Ibarra / Eder Juárez / Marianella Ledesma / Gilberto Mendoza / Roger Merino / Manuel Muro / Fort Ninamancco / F. Martín Pinedo / Giovanni Priori / Percy Sevilla / Reynaldo Tantaleán / Manuel Valverde

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526 Urb. Miraflores
Miraflores, Lima-Perú / ☎ (01) 710-8900
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. Titulo

BNP: 2016-371

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO
Por los mejores especialistas
Tomo IV

© Gaceta Jurídica S.A.
© Luis Aliaga / Eugenia Ariano / Manuel Bermúdez / Héctor Campos / Juan Carlos del Aguila / David Florián / J. María Elena Guerra / David Ibarra / Eder Juárez / Marianella Ledesma / Gilberto Mendoza / Roger Merino / Manuel Muro / Fort Ninamancco / F. Martín Pinedo / Giovanni Priori / Percy Sevilla / Reynaldo Tantaleán / Manuel Valverde

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 IV: 978-612-311-376-6
Registro de proyecto editorial
31501221600941

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera

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 / 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. **F. Martín Pinedo Aubián**

   Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). 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.

2. **Reynaldo Mario Tantaleán Odar**

   Abogado, magíster en Derecho Civil y Comercial, y doctor por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC). Conciliador Extrajudicial por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y árbitro por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC). Docente en la UNC, Universidad Privada del Norte (UPN) y Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo (UPAGU). Presidente de la Comisión Adscrita a la Oficina Regional del Indecopi - Cajamarca.

3. **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 (CAL). Coautor de las obras *Los contratos modernos*, *Código Civil comentado*, *La práctica contractual*.

4. **Luis Alberto Aliaga Huaripata**

   Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (UL). Docente de la Facultad de Derecho de la UL. Docente de la Sección de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

5. **Gilberto Mendoza del Maestro**

   Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Doctorando en Derecho en la PUCP (ganador de la Beca Huiracocha). Profesor en la Maestría con mención en Derecho Civil y en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Investigador visitante del Instituto Max Planck - Institute für Auslandisches und Internationales Privatrecht im Hamburg. Ha llevado el XI Curso Iberoamericano de Derecho Registral organizado por el Colegio de Registradores de España y la Universidad Autónoma de Madrid.

6. 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.

7. Roger Merino Acuña

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), donde también obtuvo el Máster (Mg.) en Derecho Civil y Comercial. Máster (M.Sc.) en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por la Universidad Internacional de Turín, Italia. Ph.D. en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath, Reino Unido, donde obtuvo el Grado de Máster (M.Sc.) en Políticas Públicas Internacionales y Globalización. Profesor a tiempo completo (*faculty*) de Políticas Públicas, Teoría Legal, Regulación y Responsabilidad Socio-ambiental en la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico. Consultor legal y de políticas públicas en Derecho Ambiental, Interculturalidad y Derechos Económicos y Sociales.

8. Marianella Ledesma Narváez

Abogada y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesora en 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.

9. 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 PUCP y en la Universidad de Lima (UL).

10. Juan Carlos del Aguila Llanos

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial en la misma casa de estudios. Gerente general del Estudio Del Aguila Llanos Abogados S.A.C., estudio jurídico especializado en temas de Derecho de Familia, y encargado del Área de Familia y Sucesiones del Estudio Corcel Abogados S.A.C.

11. Manuel Bermúdez Tapia

Abogado y magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor del posgrado de la UNMSM, UPAO, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG), Universidad San Antonio de Abad del Cusco (UNSAAC) y Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG).

12. Fort Ninamancco Córdova

Abogado y magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Teoría Legal y Derecho Civil en la UNMSM, en la Universidad Ricardo Palma (URP) y en la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL). Profesor asociado de la Academia de la Magistratura (AMAG).

13. Giovanni F. Priori Posada

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster por la Università degli Studi di Roma - Tor Vergata. Profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP. Director de la Maestría con mención en Derecho Procesal de la PUCP. Socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados.

14. David Florián Vigo

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil Empresarial y estudios concluidos de Doctorado con mención en Derecho Constitucional por la UPAO. Profesor de Derecho Procesal Civil en pregrado y posgrado de la UPAO desde 1999. Profesor en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad desde 2009.

15. J. María Elena Guerra Cerrón

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (UL). Doctora en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y del Instituto Peruano de Derecho Mercantil (IPDM). Docente en la UNMSM y en la UL. Fiscal Superior Civil.

16. Percy Howell Sevilla Agurto

Abogado por la Universidad Tecnológica del Perú (UTP). Egresado del Postítulo de Derecho Procesal Civil organizado por el Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP. Egresado del III Curso de Especialización en Derecho Procesal Constitucional organizado por el Centro de Educación Continua de la PUCP y del Programa de Especialización de Arbitraje Comercial en la Cámara de Comercio de Lima (CCL). Socio principal del Estudio Sevilla & Parrilla Abogados.

17. Héctor Augusto Campos García

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato a magíster con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de los cursos de Instituciones del Derecho Privado II y Seminario de Integración de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP. Estudios a nivel de posgrado en Contratos y Responsabilidad Civil por la Universidad de Salamanca (España). Integrante de la delegación peruana del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL). Actualmente se desempeña como abogado del Área Prevención y Solución de Conflictos en Materia Civil y Comercial del Estudio Linares Abogados.

18. Manuel Enrique Valverde Gonzáles

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM, así como curso de Maestría en Magistratura por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Ha sido Secretario de Confianza en la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) del Poder Judicial, asesor integrante del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, secretario general de la Corte Suprema de Justicia de la República, entre otros. También desempeñó el cargo de secretario técnico del Tribunal de Disciplina Policial del Ministerio del Interior. Actualmente, integra la Segunda Sala de Segunda Instancia del Tribunal de Disciplina Policial. Ejerce la docencia universitaria desde el 2009 hasta la fecha.

19. Eder Juárez Jurado

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y candidato a Magíster en Derecho Procesal por la UNMSM. Estudios culminados de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la UNMSM. Magistrado titular del Quinto Juzgado Comercial de Lima.

SECCIÓN QUINTA
PROCESOS CONTENCIOSOS

SECCIÓN QUINTA
PROCESOS CONTENCIOSOS

TÍTULO I
PROCESO DE CONOCIMIENTO

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 475 | **Procedencia**

Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los juzgados civiles, los asuntos contenciosos que:

1. *No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considere atendible su tramitación;*
2. *La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal;*
3. *Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el juez considere atendible su procedencia;*
4. *El demandante considere que la cuestión debatida solo fuese de derecho; y,*
5. *Los demás que la ley señale. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 104, 106, 122, 200, 281, 542, 664, 865; C.P.C. arts. 447, 477, 480, 824, 1 DM, 2 DM; L.G.S. arts. 139, 146, 150, 151, 326, 422; L.T.V. art. 18.2.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la cual se materializa al interior de un proceso con el derecho de acción (para el caso del

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

demandante, que interpone su demanda en un verdadero ejercicio de su derecho de acción, y que busca tutela jurídica de sus derechos) y el de contradicción (para el caso de ser demandado, que se ve forzado a contestar la demanda incoada en su contra). Este derecho supone que toda persona tiene la aptitud de poder recurrir ante el órgano jurisdiccional para la defensa de sus derechos, solicitando un acto de solución a la controversia que es impuesto por el juez, prescindiendo de la voluntad de las partes, lo que significa un sometimiento de las partes a la autoridad del magistrado, el cual compara el conflicto de intereses con criterios de solución contenidos principalmente en la norma positiva y declara el derecho de una de ellas al final de un proceso judicial en el que respetando las más elementales normas que garantizan el derecho a un debido proceso se actúan los medios probatorios que finalmente le causan certeza de lo afirmado o negado por los sujetos procesales (PINEDO, 2015).

MONROY (2003: pp. 663-664) precisa que el propósito de un ordenamiento procesal es hacer efectivos los derechos materiales de los que son titulares las personas dentro de una sociedad. Cuando como producto de estas relaciones civiles o comerciales se producen conflictos de intereses distintos y contrapuestos sobre un mismo bien jurídico tutelado, surge la necesidad de que estos sean resueltos por un tercero, distinto a los protagonistas del conflicto. Esta función se llama *función jurisdiccional* y está a cargo con exclusividad del Estado, más exactamente de órganos especializados del Estado, concretamente los jueces y las cortes civiles.

En palabras de PRIETO-CASTRO (1989):

> "El proceso civil supone la existencia de dos o más personas en posición contrapuesta, llamadas precisamente por esto, desde antiguo y en los diversos sistemas jurídicos, partes, de las cuales, una ejercita la acción pidiendo al órgano jurisdiccional el otorgamiento de justicia o tutela jurídica, frente a la otra, distinguiéndose su respectiva posición por el nombre que se le asigna a cada una: demandante, actor, o parte actora es la que toma la iniciativa de la incoación del juicio o proceso; demandado o parte demandada es aquella contra la cual se dirige la acción".

Así, el proceso civil existe porque en la realidad se presentan conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, que urge sean resueltas o despejadas para que haya paz social en justicia (MONROY, 1996: pp. 199-200). Por ello, socialmente hubo la necesidad de que los conflictos fueran solucionados por un tercero ajeno a aquel y el devenir histórico fue el que determinó que este tercero fuera parte de un poder del Estado que es quien se ha hecho cargo con exclusividad de esta actividad mediante el empleo de la función jurisdiccional.

En palabras de BRAVO (1991), durante el transcurso de la relación entre el juez y el Derecho, en el que están en juego más que la controversia entre las personas,

su protección frente al poder, se pueden diferenciar tres situaciones fundamentales que se definen ante todo por la actitud del propio juez ante el Derecho, es decir, por el modo en que él mismo entiende y desempeña su papel. Estas situaciones pueden ser caracterizadas como *arbitrariedad judicial*, *arbitrio judicial* y *legalismo judicial*.

Estamos en presencia de la *arbitrariedad judicial* siempre que el juez tenga una indefinida latitud para fallar, ni siquiera limitada por recursos como la apelación. En el *arbitrio judicial* la latitud del juez aparece regulada por el Derecho, como sucedió antes de la codificación, en el Derecho de juristas. Por último, existe *legalismo judicial* cuando el juez se limita a aplicar la ley, según ocurre actualmente en el Derecho legislado. En la actualidad, vemos que el modelo adoptado por la mayoría de legislaciones procesales al momento de orientar el procedimiento es el denominado *proceso por audiencia*, en el que la audiencia es el elemento central del proceso. Así, la audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso como son el juez y las partes –demandada y demandante–, realizándose los actos del proceso en forma conjunta, y culminando a través de la expedición de la sentencia que no es otra cosa que el acto del juzgador en el que emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el Derecho, y, en consecuencia, decide estimarla o desestimarla poniendo fin al proceso en un acto de decisión motivada contenida en una resolución.

Esta relación jurídica procesal se va a dar como consecuencia del ejercicio del derecho de acción por parte del demandante, quien invocando la tutela jurisdiccional de un derecho subjetivo que considera vulnerado, va a dirigir una pretensión en contra del demandado, quien a su vez se encuentra expedito para ejercer su derecho de contradicción. Queda claro que será el juez quien se encuentra investido de facultades para resolver esa situación de conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, mediante la actuación de la voluntad de la ley contenida en el derecho objetivo.

Así, la llamada jurisdicción o función jurisdiccional antes mencionada es el *poder-deber* del Estado destinado a solucionar un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica en forma exclusiva y definitiva a través de órganos (el Poder Judicial) y funcionarios (los jueces y magistrados) especializados que aplican el derecho correspondiente al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible. Decimos que es poder porque es exclusivo ya que no hay otro órgano estatal y mucho menos particular encargado de tal tarea; y es deber porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento bastando que lo solicite un titular de derechos para que se encuentre obligado a otorgarlo.

En este orden de ideas, una vez interpuesta la demanda (como ejercicio del derecho de acción) corresponde al juez ser el gran director del proceso, en tanto lo dirige, dicta las resoluciones y realiza los actos procesales que sean necesarios, así como decide el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica de manera debidamente motivada y razonada, previa actuación y valoración de la actividad probatoria de las partes, y así cumple con el deber de velar por la rápida solución de la controversia; siendo que lo decidido a través de la sentencia tiene que ser cumplido obligatoriamente por las partes una vez que recae en la decisión judicial la autoridad de cosa juzgada. Pero la demanda es el punto inicial de un sinuoso camino que transcurre hasta el momento en que se pueda obtener un pronunciamiento definitivo en una sentencia y, en consecuencia, hacer efectivo ese derecho reconocido por la sentencia. Ese camino se encuentra compuesto de una serie de acciones que se describen a continuación.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES: DE COGNICIÓN, EJECUTIVAS Y CAUTELARES

CHIOVENDA (1925: pp. 62-63) señala que el acto constitutivo de la relación procesal es la *demanda judicial*; el momento en que existe una demanda judicial es también el momento en el cual aquella relación tiene vida, y la demanda judicial existe en el momento en el cual es comunicada regularmente a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal, siendo que las partes se encuentran envueltas en la relación procesal por el solo hecho de la demanda, quiera o no el demandado.

Siguiendo a LEDESMA (2009: p. 87), podemos afirmar que cuando se postula un conflicto de intereses a la jurisdicción, este discurre por diversos caminos para su satisfacción. En un primer momento se va a orientar a conocer quién tiene la razón y quién no la tiene; luego de ello se procederá a hacer efectivo el derecho definido. En tanto puede concurrir la actividad cautelar, dirigida a asegurar y garantizar el eficaz desenvolvimiento de la jurisdicción con el derecho a declarar, siendo que junto con la *cognición* y la *ejecución*, la jurisdicción cumple un ciclo entero de funciones principales, a las que se agrega una tercera actividad, la *cautelar*.

LIEBMAN (1980: pp. 119-120) precisa que en el sistema del Derecho Procesal, la única clasificación legítima e importante es aquella que hace referencia a la especie y a la naturaleza de la providencia que se pide. Desde este punto de vista, las acciones se distinguen en tres categorías:

a) Las *acciones de cognición*, que es el derecho al juicio, conduciendo al pronunciamiento de una decisión del juez sobre el fondo de la pretensión contenida en la demanda.

En palabras de LIEBMAN (1980: pp. 121-122):

> "Las acciones de cognición son aquellas que instauran un proceso de cognición y conducen al pronunciamiento de una decisión, que tienen por lo general la forma de una sentencia. Tienen por finalidad y función específica provocar el juicio en el sentido propio y más restringido de su término: con su proposición, el órgano jurisdiccional está llamado a juzgar, esto es, a ejercitar la actividad más característica de su función, la de declarar entre dos contendientes –con la solemnidad y con los efectos de la sentencia– quién tiene la razón y quién no la tiene.
>
> La acción de cognición es el derecho al juicio sobre el fondo de la demanda, no, en cambio, a un juicio de determinado contenido, y por eso favorable. El ordenamiento positivo del proceso concurre en modo seguro a identificar de esta manera el derecho de acción, porque la demanda admite por su propia esencia la posibilidad de las dos soluciones opuestas del acogimiento y del rechazamiento, independientemente del comportamiento que asume en concreto el demandado. Así, si el actor no consigue demostrar fundada en hecho y en derecho su demanda, el juez deberá rechazarla, aun cuando el demandado haya permanecido inactivo o ausente, y tal sentencia estará provista de la plena y acostumbrada eficacia. Esto demuestra que el actor, aun careciendo de razón, estaba provisto de acción idónea para provocar el pleno ejercicio de la jurisdicción".

b) Las *acciones ejecutivas*, que es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica, siendo que la ejecución forzada modifica la situación de hecho existente (LIEBMAN, 1980: pp. 149-159).

c) Las *acciones cautelares*, que están dirigidas a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el resultado de la cognición y la ejecución, siendo que la cautela que se pide tiene la finalidad de garantizar el resultado de la acción principal, poseyendo una característica adicional de que es una acción autónoma (LIEBMAN, 1980: pp. 161-164).

ROSENBERG (2007: pp. 41-42) señala que la tutela del ordenamiento jurídico no se produce sino en último término mediante la *realización* de los derechos que otorga, y debe precederla la *declaración* de los derechos a realizarse, y como esto exige tiempo, a consecuencia de las formas de presentación de la demanda, la audiencia oral y su preparación, la recepción de la prueba, etc., se pide con frecuencia una intervención inmediata de los órganos jurisdiccionales para alejar las amenazas y proteger contra las violaciones; se necesita, por tanto, una *aseguración* provisional. Así, se ofrecen tres tareas a la jurisdicción civil, a las que corresponden tres procedimientos:

a) El *procedimiento de resolución o de sentencia, proceso de cognición,* que tienen por objeto la resolución, *la sentencia* que declara la existencia o inexistencia del derecho (relación jurídica) afirmado o negado por la demanda, a lo que añade: en la demanda de *prestación (condenatoria)* prospera el pronunciamiento de que el demandado debe hacer o dejar de hacer algo; y en la *demanda* próspera *de constitución,* la reconstitución de la relación jurídica controvertida; mientras en la *demanda de declaración* y en las sentencias que rechazan la acción, el único contenido de la sentencia es la declaración.

b) El *procedimiento de realización, proceso de ejecución,* tiene por objeto la realización de las pretensiones reconocidas, mediante ejecución forzosa.

c) El *proceso de embargo* tiene por objeto el *aseguramiento* provisional de los derechos (relaciones jurídicas) amenazados, mediante el embargo u otras medidas provisionales, que se toman con solo acreditar en forma fehaciente, sin comprobar definitivamente, el derecho que necesita ser asegurado.

MONROY GÁLVEZ (1996: pp. 136-141) afirma que si bien en sentido estricto el proceso judicial es unitario, es posible, atendiendo al propósito que se persigue con su uso o al derecho material que se pretende hacer efectivo con él, establecer criterios clasificatorios del proceso, siendo que por su función –tomando en cuenta el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso– los procesos pueden ser clasificados en tres tipos: *declarativo o de conocimiento, de ejecución* y *cautelar.*

a) El *proceso declarativo* o *de conocimiento* tiene como presupuesto material la constatación de una *inseguridad* o *incertidumbre* en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Así, tales opiniones contrarias requieren ser expresadas, probadas, alegadas y finalmente resueltas a través de un proceso judicial en donde el juez, al final, haciendo uso del sistema jurídico vigente, decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declara extinguida esta y crea una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial.

b) El *proceso de ejecución* tiene un singular punto de partida, una situación fáctica inversa a la anteriormente descrita, esta vez en lugar de *incertidumbre,* lo que hay es una *seguridad* en un sujeto de derechos, respecto de la existencia y reconocimiento jurídico de un derecho material (que está

contenido en un *título*). A pesar de lo expresado, la necesidad de utilizar este proceso se presenta porque no obstante la contundencia del derecho, este no es reconocido –expresa o tácitamente– por el sujeto encargado de su cumplimiento.

c) El *proceso cautelar* es el instrumento a través del cual una de las partes litigantes, generalmente el demandante, pretende lograr que el juez ordene la realización de medidas anticipadas que garanticen la ejecución de la decisión definitiva, para cuando esta se produzca.

Adicionalmente, afirma que el actual CPC reduce el número de procedimientos, aun cuando en el fondo hay tal identidad entre ello, que bien podría decirse que hay un solo tronco común y variantes –refiriéndose a los procesos de conocimiento, abreviado, sumarísimo así como a los procesos cautelares y de ejecución– señalando que el proceso tiene cuatro principios procesales orientadores: el *principio de dirección judicial del proceso*, por el cual el juez es la autoridad máxima del proceso; el *principio de inmediación*, que establece que el juez, las partes y quienes tengan que informarle al primero sobre lo ocurrido en aquella parte de la realidad que es materia del conflicto deben estar en contacto directo, en otras palabras, se exige la presencia del juez; el *principio de concentración*, que proclama que los actos procesales deben realizarse en actuaciones –llamadas *audiencias*– en donde se reúna la mayor cantidad de actividad procesal posible; y el *principio de economía procesal*, que debe entenderse como la obtención de un ahorro de gasto, esfuerzo y tiempo (MONROY GÁLVEZ, 1996: pp. 136-141).

3. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES DE COGNICIÓN

Podríamos concluir de manera genérica que las *acciones de cognición* o *de conocimiento* tienen por finalidad que las partes obtengan una declaración de naturaleza jurisdiccional respecto de una controversia que ha sido sometida de manera previa a *conocimiento* del juez, el cual de manera previa evaluará las pretensiones y los medios probatorios aportados en los que se sustentará su decisión, la que tendrá que amparar o rechazar dicha pretensión. Ahora bien, doctrinariamente existen múltiples posiciones respecto del tipo de declaración que se puede lograr obtener al finalizar un proceso de cognición, las cuales analizaremos muy brevemente.

3.1. Según LIEBMAN: acciones de declaración de certeza, acciones de condena y acciones constitutivas

La clasificación expuesta por LIEBMAN (1980: pp. 132-140) establece que las acciones de cognición se distinguen por la diversidad de la providencia, en particular por el diverso tipo de sentencia que se pide por el actor, distinguiéndose tres categorías:

a) Acciones de declaración de certeza.

b) Acciones de condena.

c) Acciones constitutivas.

Las *acciones de declaración de certeza* se proponen al objeto de eliminar la falta de certeza en torno a la existencia, inexistencia o modalidad de una relación jurídica. Todas las sentencias que deciden el fondo de una causa contienen también una declaración de certeza en torno a la relación jurídica deducida en juicio, porque esta es la premisa necesaria para cualquier providencia ulterior (de condena o constitutiva). En otras palabras, "tiene la específica función y única finalidad de declarar la certeza de cuál sea la situación jurídica existente entre las partes".

En las *acciones de condena* el actor no pide una simple declaración de certeza sino la condena de la otra parte, así, "la sentencia de condena además de declarar la certeza respecto de la relación controvertida, posee eficacia ejecutiva", esto es, vale como título ejecutivo, siendo que esta sentencia tiene efectos dobles: declara la existencia de un derecho a una prestación y su cumplimiento, y confiere al titular del derecho una nueva acción, la acción ejecutiva.

La *acción constitutiva* es aquella que tiende a una sentencia que constituya, modifique o extinga una relación jurídica. Contiene una declaración de certeza, propiamente la declaración de la existencia de las condiciones queridas por la ley para que pueda producirse el cambio jurídico, y a ella se agrega el pronunciamiento del cambio mismo, produciendo efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento en que pasan en autoridad de cosa juzgada.

3.2. Según Carnelutti: Proceso de mera declaración de certeza, proceso de declaración de certeza constitutiva y proceso declarativo de condena

Carnelutti (1997: pp. 68-74) prefiere aglutinar los procesos de cognición en *procesos de declaración de certeza*, distinguiéndolos en:

a) Proceso de mera declaración de certeza.

b) Proceso de declaración de certeza constitutiva.

c) Proceso declarativo de condena.

Así, en términos generales, la jurisdicción se resuelve en la verificación de los datos de derecho y de hecho relevantes en orden a una relación jurídica, esto es, de los preceptos y de los hechos de los cuales depende su existencia o inexistencia; según los resultados de esa verificación, el juez declara que la situación existe o bien no existe. Dicha verificación, cuando la hace el juez con carácter

oficial y con eficacia imperativa, toma el nombre de *declaración de certeza*, que consiste en "la declaración imperativa de que ha ocurrido un hecho al cual vincula la norma jurídica un efecto jurídico".

El *proceso de mera declaración de certeza* se da en los casos en que pueda ocurrir que sea suficiente para componer la *litis* la declaración de que de un determinado hecho jurídico se sigue una determinada relación jurídica.

El *proceso de declaración de certeza constitutiva* se da cuando, según la ley, de un hecho jurídico no se siga la relación sino en cuanto ese mismo hecho sea declarado cierto por el juez.

El *proceso declarativo de condena* supone que, para componer la *litis* no baste la declaración de una relación jurídica, sino que sea necesaria la aplicación de una sanción.

3.3. Según ROSENBERG: Demanda y sentencia de prestación o de condena, de declaración y constitutivas

ROSENBERG (1997: pp. 19-41) precisa que con la demanda se inicia el procedimiento de resolución o de cognición; con la sentencia, termina. Entre la demanda y la sentencia se desenvuelve el procedimiento que puede denominarse *de demanda*, por su finalidad. La demanda es la *solicitud de tutela jurídica mediante sentencia*, decide sobre el contenido y extensión del procedimiento por ella iniciado, así como a la sentencia que lo cierra; da nacimiento al proceso y a la relación jurídica procesal, y provoca la litispendencia de la pretensión reclamada; contiene el programa de litigio y, por tanto, determina la *clase* y la *medida* de la tutela jurídica que se haya de otorgar. La sentencia debe corresponder a la demanda, y se determina por ella en su especie y medida, siendo que la tutela jurídica solicitada por la demanda y otorgada por la sentencia es fundamentalmente distinta según el actor aspire a la *satisfacción* de la pretensión de derecho material que le pertenece de acuerdo con sus afirmaciones, a la simple *declaración* de una relación jurídica controvertida, afirmada por él como existente o inexistente, o a la *constitución* de su relación jurídica concreta con el adversario. De acuerdo con esto, se diferencian los tres grupos principales de distintas clases de sentencias y demandas:

a) Las demandas y sentencias de *prestación* (exigida del demandado) o de *condena* (de acuerdo con el acto de tutela jurídica del tribunal).

b) Las demandas y sentencias de *declaración.*

c) Las demandas y sentencias *constitutivas* (o de formación).

Las *demandas y sentencias de prestación o de condena*, sirven para la realización de una pretensión, afirmada como existente en la demanda y a declararse tal por la sentencia, estando dirigidas a condenar al demandado a la prestación debida dentro de un plazo pues la sentencia es un titulo ejecutivo.

Las *demandas y sentencias de declaración* exigen y contienen solamente una *declaración*; por lo regular, la de una *relación jurídica,* la de su existencia, llamada *positiva* (afirmante) o la de su inexistencia, llamada *negativa* (que niega o rechaza); y, en forma excepcional, también la declaración de la autenticidad o falsedad de un documento.

Las *demandas y sentencias constitutivas o de formación* quieren producir o hacer notable un efecto que hasta entonces no se ha producido o no era notable; quieren, así, crear una consecuencia jurídica que hasta ese instante no existía o no existiría sin la sentencia, en el sentido de crear, modificar o extinguir una relación jurídica; pronuncian lo que *será*; son constitutivas o formadoras de derecho.

3.4. Posición de Monroy

Monroy Gálvez (1996: pp. 138-139) hace una crítica al señalar que, si bien es cierto ha tenido bastante difusión la clasificación de los procesos en *declarativos*, *constitutivos* y *de condena*, no participa de tal criterio en tanto los procesos de cognición acaban siempre en una *declaración*, y dicha clasificación está referida a las sentencias y no a los procesos. En todo caso, la intervención del juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, dependiendo de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al juez y a las partes, sea en lo que se refiere a facultades o a plazos, lo que determina la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento. A los más amplios se les suele denominar *plenos o de conocimiento propiamente dichos*, los intermedios –en donde la capacidad y tiempo se ha reducido–reciben el nombre de *plenarios rápidos o abreviados*, y finalmente aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *plenarios rapidísimos o sumarísimos*. Este es el criterio adoptado por el legislador peruano y plasmado en el CPC.

4. ESQUEMA DEL PROCESO DE COGNICIÓN

Chiovenda (1925: pp. 143-146) afirma que la formación de los distintos procesos se basa en la diversidad de principios (oralidad, concentración de las actividades, intervención del juez en el pleito, etc.), lo que originó un proceso *ordinario* y un proceso *sumario*. Así, los procesos de las diferentes épocas, y aun los distintos procesos de una misma época y de un mismo lugar, se distinguían entre

sí por la diversidad de los principios que los informan, pero si son considerados en su fisonomía general, sus diferencias fundamentales se reducen a pocos puntos procesales:

a) Predominio de la oralidad o de la escritura; con las diferencias que suelen acompañar a esta primera diferencia fundamental (concentración de las actividades procesales en una audiencia o dispersión, en varias audiencias o varios términos; injerencia del juez en el pleito o pasividad; prueba formal o legal o apreciación libre).

b) Tanto en los procesos orales como escritos, puede haber un estadio autónomo consagrado a la resolución de las cuestiones nacidas durante la tramitación del proceso, y más especialmente de las cuestiones concernientes a la existencia de la relación procesal (nulidad de citación, competencia, etc.) o también pueden llevarse a una decisión única todas las cuestiones.

c) En los procesos, especialmente en los escritos, puede dominar el principio de la *preclusión* o el de la *libertad.* El principio de la preclusión consiste en que para cada actividad procesal destinada a un determinado objeto, se establece un periodo en el proceso, transcurrido el cual la actividad ya no puede realizarse. El principio de la libertad señala que cualquier actividad puede realizarse en cualquiera de los periodos procesales.

d) El proceso escrito está dividido en dos grandes estadios. En un primer estadio deben hacerse todas las deducciones y las demandas de pruebas para cada afirmación de hecho y en un segundo estadio se deben realizar o cumplir las pruebas admitidas en la sentencia con que termina el primer periodo y se decide virtualmente el pleito *(sentencia probatoria).*

Finalmente, concluye que las características más importantes del procedimiento ordinario son: i) la comparecencia de las partes se hace en la *audiencia,* ii) las instancias de las partes, las contestaciones, los actos relativos al pleito, se proponen por medio de escritos; y, iii) el proceso se desmembra en un número indefinido de audiencias (1925: pp. 160-161).

REDENTI (1957: pp. 93-95) precisa que, esquemáticamente, el procedimiento ordinario de cognición civil se abre con un acto de citación que debe contener la *editio actionis* (publicación de la acción) y la *vocatio in ius* (llamamiento a juicio) hecha por quien propone la demanda, a quien se denomina *actor,* contra quien se propone la demanda *(demandado),* y luego de la notificación, el demandado se puede oponer mediante la contestación. Estas primeras deducciones *hinc et inde* (de una y otra parte) se llevan a conocimiento del juez mediante oportunos mecanismos procesales y abren una primera fase de introducción *(instrucción preparatoria),*

bajo la dirección del juez. Luego de ello viene la segunda fase *(instrucción probatoria)* en la que el juez admite los medios de prueba que haya de ensayar con su intervención, ejerciendo en ambas fases *poderes instrumentales*, es decir, ordenatorios y provisionales, adquiriendo los materiales que servirán luego para su decisión. La última fase es la *fase decisoria*, que supone el pronunciamiento que ponga término a la causa en forma de sentencia. Seguirá una *impugnación* continuando el juicio, pero cambiando de juez y en otra instancia superior.

En sentido idéntico se pronuncia LIEBMAN (1980: pp. 209-210), al señalar que el proceso de cognición ante el tribunal se considera como el proceso típico y, por eso, está regulado minuciosamente en todos sus aspectos, en sus varias fases y en los diversos posibles incidentes, sirviendo de modelo también en cuanto a los otros procedimientos, y se desarrolla a través de tres fases: *de la introducción*, *de la instrucción* y *de la decisión de la causa*, luego de la cual se puede proponer *impugnaciones* a fin que el proceso prosiga en instancia superior.

En términos generales, se acepta pacíficamente que el proceso de cognición se encuentra compuesto de varias etapas (MONROY GÁLVEZ, 1996: p. 106), a saber:

> "La primera etapa denominada *postulatoria*, corresponde al inicio de la relación procesal mediante la interposición de la respectiva demanda conteniendo las pretensiones formuladas por el demandante en contra del demandado, aparejada de los respectivos medios probatorios y la posterior respuesta del emplazado a través del ejercicio de defensas de forma y fondo, la contestación de la demanda y eventual formulación de reconvención. En esta etapa hay exigencia de que el juez verifique el cumplimiento de los requisitos de una relación jurídica procesal válida, se sanee el proceso y se precisen los puntos controvertidos, siendo que la realización de la conciliación judicial tiene el carácter de facultativa".

Luego viene la etapa *probatoria* en la que corresponde al juez actuar los medios probatorios ofrecidos por las partes y, eventualmente podría ordenar la actuación de medios probatorios adicionales (incluyendo los medios probatorios de oficio) que le permitan lograr certeza respecto de los puntos controvertidos y pueda, en consecuencia, fundamentar su decisión.

Sigue a esta la etapa *decisoria* por la que corresponde al juzgador expedir sentencia decidiendo la controversia. El juez debe resolver la totalidad de los puntos controvertidos y dirimir el conflicto de intereses o eliminar la incertidumbre jurídica, aplicando el derecho que corresponde al caso concreto, a través de una adecuada motivación jurídica de la sentencia. En este sentido, "La motivación de las resoluciones judiciales es un principio con garantía constitucional a tenor del artículo ciento treinta y nueve inciso quinto de la Constitución Política del Estado (...) por las que se establece la obligación del juzgador de señalar en forma expresa

la ley que aplican al razonamiento jurídico aplicado, así como los fundamentos fácticos que sustentan su decisión respetando el principio de jerarquía de las normas y de congruencia, lo que significa que el principio de motivación garantiza a los justiciables que las resoluciones jurisdiccionales no adolecerán de defectuosa motivación" (Cas. N° 4452-2006, Piura).

Finalmente, queda abierta la posibilidad de que la parte que no haya obtenido sentencia favorable pueda hacer uso de su facultad de solicitar un nuevo examen de la sentencia por parte del superior jerárquico a través de la interposición de medios impugnatorios, dando inicio a la etapa *impugnatoria*. Este es una especie de control de la actuación de un juez solicitando al superior jerárquico que anule o revoque la decisión del magistrado de primera instancia y que tiene sustento constitucional en el principio de *pluralidad de la instancia* consagrado en el artículo numeral 6 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993. Así, "El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía consustancial del derecho al debido proceso jurisdiccional. Mediante dicho derecho se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. La exigencia constitucional de establecerse funcional y orgánicamente una doble instancia de resolución de conflictos jurisdiccionales está directamente conectada con los alcances que el pronunciamiento emitido por la última instancia legalmente establecida es capaz de adquirir: la inmutabilidad de cosa juzgada" (Cas. N° 420-2006, Tumbes).

Agotadas todas las fases señaladas, y adquiriendo la sentencia la autoridad de cosa juzgada recién quedará en condiciones de poder hacer efectivos los derechos declarados ingresando a una etapa *ejecutoria* mediante el inicio de un proceso de ejecución.

5. EL PROCESO DE COGNICIÓN EN EL CPC

Desde el 28 de julio de 1993 entró en vigencia el actual CPC que reemplaza al anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912. En el ordenamiento procesal derogado encontrábamos al denominado *proceso ordinario* (la tercera disposición complementaria de las disposiciones finales del CPC establece que el proceso de conocimiento reemplaza al proceso ordinario), mientras que en el actual cuerpo adjetivo encontramos la regulación del *proceso de cognición* que se desarrolla a través de las vías procedimentales del proceso *de conocimiento*, *abreviado* y *sumarísimo*, aparte de la regulación de los procesos *cautelares* y *de ejecución*.

En este orden de ideas, debemos considerar al proceso de conocimiento como una especie de proceso de cognición, siendo que cierto sector de la doctrina sostiene

que existiría equivalencia en las denominaciones *cognición* y *conocimiento* por lo que debió emplearse otra denominación como por ejemplo proceso solemne, lato o extenso. Lo cierto es que los Títulos I, II y III de la Sección Quinta del CPC regulan la actividad del *proceso de cognición* que se desarrolla a través de las vías procedimentales del proceso de conocimiento, abreviado y sumarísimo. La vía del *proceso de conocimiento* es el proceso de mayor duración de todos los que contempla el vigente CPC, y orientado al trámite de controversias de gran complejidad, importancia social o económica y trascendencia jurídica y que, por lo mismo, requieren de una mayor dedicación y abundancia de actividades procesales que se traduce en una mayor duración del tiempo de duración del proceso en su conjunto.

LEDESMA (2009: p. 88) precisa que, como características de los procesos de cognición tramitados bajo la vía procedimental de conocimiento podemos enumerar las siguientes:

a) Son definidos por la competencia objetiva (materia y cuantía) y por la funcional.

b) El modelo a través del cual se realiza la actividad procesal permite una mayor amplitud en los plazos, la reconvención y una amplia actividad probatoria, aun en segunda instancia.

Debemos señalar que el proceso de conocimiento contiene diversas instituciones del Derecho Procesal como jurisdicción, acción, competencia, sujetos del proceso, actividad procesal y postulación del proceso que son aplicables a todos los tipos de procesos sin excepción.

6. REGLAS PARA FIJAR LA VÍA PROCEDIMENTAL DE CONOCIMIENTO

CALAMANDREI (1986: pp. 135-193) afirmaba que negar la jurisdicción quiere decir negar que exista entre los jueces ordinarios del Estado un órgano cualquiera que pueda decidir la causa; pero, por el contrario, una vez que se ha establecido que un determinada acción ha entrado en la jurisdicción de los jueces ordinarios del Estado, esa solución quedaría en sí destituida de toda utilidad práctica si no se llegara a reconocer, en la multitud de la organizada jerarquía de jueces, cuál es el juez a quien se puede acudir, más en concreto, para que provea sobre dicha causa. Esta interrogante debe ser absuelta por la parte demandante, pues si quiere hacer valer un derecho, tiene que proponer la demanda "al juez competente", valiéndose de los distintos criterios según los cuales se tendrá que determinar cuál es el juez a quien compete el poder de decidirla en concreto. Es decir, *la cuestión de competencia surge posteriormente a la cuestión de jurisdicción, respondiéndose en concreto cuáles son los tipos de causas sobre los cuales un juez está llamado*

a proveer, la que se puede asignar a través de diversos criterios como el criterio *objetivo* (materia y valor), el criterio *territorial* y el criterio *funcional.*

Así, en el caso del criterio *objetivo*, se toma en consideración los caracteres *cualitativos* atinentes a la naturaleza jurídica de la relación controvertida o de la providencia requerida (competencia *por razón de la materia*), y otras veces se considera como relevantes, independientemente de la naturaleza jurídica de la relación, los caracteres *cuantitativos* de la causa, es decir, el importe económico del objeto del cual se contiende (competencia *por razón del valor*). En el caso del criterio *funcional*, la competencia del juez se determina de acuerdo a la naturaleza de las funciones del juez que actuará en primera instancia y, en consecuencia, poder determinar quiénes serán los jueces competentes ulteriormente.

LEDESMA señala que el artículo 475 del CPC, hace referencia a las siguientes reglas para fijar qué materias se tramitan en proceso de conocimiento, ante los juzgados civiles (2009: pp. 88-90):

a) El inciso 1 establece que se tramitan en la vía de conocimiento *los asuntos contenciosos que no tengan una vía procedimental propia, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales* (como ocurre por ejemplo en los procesos de cambio de nombre o de mejor derecho de propiedad) *y*, además, *cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considere atendible su tramitación* (como podría ocurrir por ejemplo en los procesos de extinción de hipoteca y en los de excesiva onerosidad de la prestación), dejando a la discrecionalidad del juez asumir dicho procedimiento cuando la complejidad de la pretensión lo justifique, a través de resolución inimpugnable.

   Es conveniente señalar que "El artículo 475, inciso 1 del CPC (...) permite al juez de la causa tramitar en vía de conocimiento aquellos asuntos contenciosos que no tengan una tramitación propia, ello cuando el juez considere atendible tal tramitación de acuerdo a la complejidad de la materia controvertida, permitiendo en consecuencia el propio Código Formal que en circunstancias determinadas pueda tramitarse en la vía de conocimiento ciertas pretensiones siempre que el juez considere atendible su empleo" (Cas. N° 519-2008, Ica).

b) El inciso 2 señala que se tramitan en la vía de conocimiento *los asuntos contenciosos en donde la estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal.* En este caso, el criterio para determinar la vía procesal es de orden patrimonial, estableciendo la competencia objetiva por cuantía, debiendo tenerse en cuenta el criterio del cálculo de la cuantía establecido en el artículo 11 del CPC. La URP es

el equivalente al 10 % de la UIT, y la redacción original de este inciso 2 establecía trescientas URP, y por Ley N° 29057 publicada en el diario oficial se amplió a mil URP la cobertura de la vía procedimental de conocimiento, así solo los conflictos de mayor significación económica se verían beneficiados por el empleo del proceso de conocimiento, siendo que los casos con cuantía inferior se subordinan a ser tramitados en vía de proceso abreviado o sumario.

c) El inciso 3 establece que se tramitan en la vía de proceso de conocimiento *los asuntos contenciosos que son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el juez considere atendible su procedencia.* En este caso, corresponde al demandante señalar en su escrito de demanda que la materia controvertida no puede ser apreciada de manera patrimonial, aunque existirá la posibilidad de que el juez al momento de calificar la demanda dicte mediante resolución inimpugnable las medidas pertinentes para que se tramite bajo los alcances de la vía procedimental debida.

d) El inciso 4 señala que se tramitan en la vía de proceso de conocimiento *los asuntos contenciosos que el demandante considere que la cuestión debatida solo fuese de derecho.* Este supuesto se da cuando el demandante requiere darle certeza a los estados jurídicos mediante la aplicación obligatoria de las normas, encontrándonos frente a una *acción declarativa* por medio de la cual se persigue la declaración de un derecho en una relación jurídica concreta, siendo de aplicación lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 473 del CPC, respecto al juzgamiento anticipado del proceso.

e) El inciso 5 señala que se tramitan en la vía de proceso de conocimiento *los demás que la ley señale.* En este sentido, por disposición legal expresa, se tramitan en la vía de proceso de conocimiento las siguientes materias (LEDESMA, 2009: p. 90; CASTILLO QUISPE; SÁNCHEZ BRAVO, 2012: p. 448; DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA, 2014: pp. 602-603):

- Separación de cuerpos o divorcio por causal (arts. 480- 485 del CPC).
- Nulidad de actos celebrados por los administradores de las fundaciones (art. 104, inc. 9 del CC).
- Desaprobación de cuentas o balances y responsabilidad por incumplimiento de deberes de los administradores de las fundaciones (art. 106 del CC).
- Desaprobación de cuentas en caso de liquidación de comité (art. 122 del CC).
- Ineficacia de actos onerosos (art. 200 del CC).

- Invalidez de matrimonio (art. 281 del CC).
- Desaprobación de cuentas del tutor (art. 542 del CC).
- Petición de herencia y de declaración de heredero (art. 664 del CC).
- Desaprobación de cuentas del albacea (art. 794 del CC).
- Nulidad de partición de herencia en caso de preterición de algún sucesor (art. 865 del CC).
- Nulidad de acuerdos de junta general de accionistas (art. 150 de la LGS).
- Pago de acreencias posterior a la extinción de la sociedad (art. 422 de la LGS).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRAVO LIRA, Bernardino (1991): "Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación". En: *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile; CALAMANDREI, Piero (1986): *Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1997): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro; CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edwar (2012): *Manual de Derecho Procesal Civil.* Lima: Jurista; CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Reus; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Guía actualizada de casaciones.* Lima: Jurista; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil.* Bogotá: Temis; MONROY GÁLVEZ, Juan (2003): *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos.* Lima: Comunidad; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (2015): "La conciliación extrajudicial y el derecho de acceso a la justicia como formas de resolución de conflictos". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Nº 25. Lima: Gaceta Jurídica; PRIETO-CASTRO, Leonardo (1989): *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed. Madrid: Tecnos; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Ángela Romero Vera. Lima: ARA; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, trad. Ángela Romero Vera. Lima: ARA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 476 | Requisitos de la actividad procesal

El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 424 474, 489, 548.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

La Sección Cuarta del CPC regula todo lo referente a la postulación del proceso. Los siete títulos en los que se divide esta sección regulan temas que van desde la demanda y emplazamiento (Título I), pasando por la contestación y reconvención (Título II), excepciones y defensas previas (Título III), rebeldía (Título IV), saneamiento del proceso (Título V), audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio (Título VI) y finalmente trata sobre el juzgamiento anticipado del proceso (Título VII).

Cuando el artículo 476 del CPC establece que el proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, precisando que se sujeta a los requisitos que se establecen en dicha sección para cada acto, debemos entender que todo acto procesal realizado dentro de un proceso de conocimiento debe cumplir con todos los requisitos establecidos en dicha sección, los cuales pasaremos a explicar de manera genérica.

2. REQUISITOS

2.1. Demanda y emplazamiento

Respecto de la demanda, para su presentación se exige el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 424 y 425 del CPC, bajo sanción de ser declarada inadmisible o improcedente.

Recordemos que el artículo 128 del CPC, que regula la admisibilidad y la procedencia señala que "el juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es un requisito de fondo". 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)*.

Si la demanda es declarada inadmisible, el juez ordenará al demandante que subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días, y si no lo hiciere rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

Si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente la declarará así de plano fundamentando su decisión y devolverá los anexos al demandante. Esta decisión es apelable.

Las causales de declaración de improcedencia de una demanda están reguladas en el artículo 427 del Código adjetivo: falta de legitimidad del demandante, falta de interés para obrar del demandante, caducidad del derecho, falta de competencia del juez, inexistencia de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, petitorio física o jurídicamente imposible o la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Curiosamente, la declaración de improcedencia de una demanda por no cumplir con el requisito de procedibilidad previo de la conciliación extrajudicial es un mandato procesal para el juez que no lo encontramos en el texto del Código adjetivo, sino en el artículo 6 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, que establece que "si 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". 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 la demanda es calificada positivamente y da por ofrecidos los medios probatorios, entonces el juez confiere traslado de la demanda al demandado a fin de que este sea notificado adecuadamente para que comparezca al proceso.

2.2. Contestación y reconvención

Al contestar la demanda, el demandado debe observar los requisitos previstos para la demanda en lo que corresponda, debiendo pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda, reconocer o negar la autenticidad de los documentos ofrecidos, exponer los fundamentos de su defensa y los medios probatorios correspondientes.

El plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo. Este plazo se computa desde la fecha en que se notifica la demanda. Asimismo, de acuerdo al artículo 445 del CPC, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, la reconvención se debe proponer en el mismo escrito en que se contesta la demanda, siendo admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.

Si la pretensión reconvenida versa sobre materia conciliable obligatoria, el juez para admitirla deberá verificar la concurrencia de tres requisitos de manera copulativa: i) la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación (extrajudicial), ii) que conste la descripción de la o las controversias planteadas por este en el acta de conciliación extrajudicial presentada anexa a la demanda como requisito de procedibilidad; y, iii) la formulación de la reconvención en el proceso judicial solo se admitirá si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado por su propia inasistencia, o por retirarse antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta conciliación (este último requisito se exige sobre la base de lo prescrito en el art. 15 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación).

2.3. Excepciones y defensas previas

Según el artículo 446 del CPC solo se pueden proponer las siguientes excepciones: incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral.

El plazo para proponer excepciones y defensas previas en el proceso de conocimiento es de diez días, contados desde la fecha de notificación de la demanda o de la reconvención, y solo se admitirán los medios probatorios documentales que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o se absuelven.

2.4. Rebeldía

Transcurrido el plazo de treinta días que tiene en un proceso de conocimiento el demandado para contestar la demanda, y a pesar de estar debidamente notificado no lo hace, se le declarará rebelde, causando presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo las excepciones de ley reguladas en el artículo 461 del Código adjetivo. La misma regla opera para absolver el traslado de la reconvención.

La declaración de rebeldía debe ser realizada de oficio, no debiendo esperar los jueces que la parte demandante lo solicite, conforme lo dispuesto por Resolución Administrativa N° 371-2014-CE-PJ del CEPJ.

2.5. Saneamiento del proceso

El juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida. Existe la posibilidad de que también expida resolución declarando la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos. Si hubiese defectos subsanables, el juez concederá un plazo de diez días para subsanarlos, vencido el cual si se han subsanado los defectos procederá a declarar saneado el proceso por existir una relación procesal válida, caso contrario lo declarará nulo y concluido.

2.6. Audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio

El artículo 468 del CPC señala que expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer 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 lo requiera, el juez señalará día y hora para la realización de la audiencia de pruebas o su prescindencia, debiendo en este último caso proceder al juzgamiento anticipado.

2.7. Juzgamiento anticipado del proceso

Según el artículo 473 del CPC el juez comunicará a las partes su decisión de proceder al juzgamiento anticipado del proceso y expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral cuando advierte que la cuestión debatida es solo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno; o 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.

Por su parte, el artículo 474 del CPC señala que el juez declarará concluido el proceso si durante su tramitación se presentan cualquiera de los casos previstos en el artículo 321 (conclusión del proceso sin declaración de fondo) y los incisos 2 (las partes concilian), 4 (las partes transigen) y 5 (el demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión) del artículo 322 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edwar (2012): *Manual de Derecho Procesal Civil.* Lima: Jurista; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 2ª 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. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si la ejecutada en su apelación precisa que la obligación ha sido cancelada, para lo cual acompaña un documento expedido por la ejecutante que da por cancelada la integridad de la deuda que es materia del proceso, el juez en ejecución de sentencia debe merituar dichos documentos y establecer su eficacia como un instrumento de pago, a efectos de verificar si la ejecutada, finalmente ha cumplido o no con su obligación ***(Exp. N° 261-1997-Lima)***.

Artículo 477 | **Fijación del proceso por el juez**

En los casos de los incisos 1 y 3 del artículo 475, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 475 incs. 1 y 3.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

Cuando la parte demandante interpone su demanda ante el órgano jurisdiccional debe cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley procesal, incluyendo la indicación de la vía procedimental que corresponde a la misma (requisito previsto en el inc. 9 del art. 424 del CPC), pudiendo señalar que deberá tramitarse bajo las reglas que se establecen para los procesos de conocimiento, abreviado o sumarísimo. Empero este señalamiento de la vía procedimental no es más que una propuesta que el actor hace al juzgador, quien al momento de calificar la demanda podría aceptarla o prescindir de dicho elemento y pasar a determinar de manera definitiva e inimpugnable la vía procedimental que estime pertinente atendiendo a una serie de factores que se encuentran señalados en la norma adjetiva.

Esta situación es totalmente distinta a la ausencia de indicación de la vía procedimental de la demanda, que generará que el juez proceda a efectuar una declaración de inadmisibilidad de la demanda y consecuente obligación de subsanación de la misma, obligándose al demandante a que precise dicha vía y, posteriormente realizado ello, sea el juez el que confirme o varíe la vía procedimental propuesta en vía de subsanación por el demandante.

2. CASOS DE SUSTITUCIÓN DE LA VÍA PROCEDIMENTAL POR EL JUEZ

El artículo bajo comentario es claro al señalar expresamente que únicamente en dos supuestos (contenidos en los incs. 1 y 3 del art. 475 del CPC) declarará aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al proceso distinto –abreviado o sumarísimo– propuesto por el demandante:

a) El inciso 1 del artículo 475 del CPC, prescribe que se tramita en proceso de conocimiento ante los jueces civiles los asuntos contenciosos que *no*

tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el juez considere atendible su tramitación.

Es decir, cuando la norma procesal no establezca una vía procedimental de manera expresa para determinados casos, o no se haya fijado su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales especializados, o cuando estos temas justiciables presenten una naturaleza o complejidad que, a criterio del juez, amerita un debate y actividad procesal mucho más amplio garantizado únicamente por la secuencia procesal propia del proceso de conocimiento, sustituirá la vía procesal propuesta por el demandante.

b) Por su parte, el inciso 3 del mismo artículo señala que se tramitan en proceso de conocimiento los asuntos contenciosos que *son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el juez considere atendible su procedencia.*

Si bien es cierto que existe un criterio cuantitativo para establecer la vía del proceso de conocimiento contenida en el inciso 2 del artículo 475 del CPC, que señala que se tramitan en proceso de conocimiento los asuntos contenciosos cuya estimación patrimonial sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal, el inciso 3 es un supuesto en el que existe duda de la adecuada cuantificación de la controversia efectuada por la parte actora y que la remite al empleo de una vía procedimental abreviada o sumarísima, siendo que el juez puede advertir esta situación y considerar que la controversia requiere mayores garantías de un adecuado debate procesal imponiendo la vía de proceso de conocimiento.

En estos dos supuestos en particular, la fijación de la vía procedimental del proceso de conocimiento la efectúa el juez ante quien se propone la demanda, y sustituye la vía procedimental que hubiera sido propuesta por el demandante.

En palabras de LEDESMA (2009: p. 93):

> "(...) la fijación de la vía procedimental por el juez se explica por qué es el juez, no las partes, quien fijará el escenario a través del cual ellas debatirán sus pretensiones, bajo un escenario no reducido y tampoco limitado, todo lo contrario un medio amplio que permite en mejor forma el ejercicio del derecho de acción y de contradicción. Nótese que las partes no son dueñas del proceso ni de los mecanismos para la dirección de estos. Bajo un sentido publicístico, hay un fin social en el proceso, que permite al juez fijar el contexto a través del cual debatirán y demostrarán las afirmaciones que sustenten sus pretensiones".

Recordemos que esta sustitución de la vía procedimental por parte del juez no es un acto arbitrario sino que de acuerdo al artículo 51, inciso 1, del CPC, el juez cuenta con facultades genéricas para adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación.

3. RESOLUCIÓN MOTIVADA E INIMPUGNABLE

Esta resolución por la que se determina la vía procedimental adecuada debe ser fundamentada de manera adecuada amparándose en cualquiera de las dos situaciones antes señaladas que prevé la norma procesal contenidas en los incisos 1 y 3 del artículo 475 del CPC.

Debemos entender, además, que este pronunciamiento estará contenido en el auto admisorio por el que corre traslado de la demanda al demandado y, obviamente, también se le comunica de la vía procedimental de la misma, a efectos de que comparezca al proceso y pueda ejercer de manera adecuada su derecho de contradicción dentro de los plazos y formalidades que se establecen para el proceso de conocimiento.

Lo que sí resulta evidente es que ni el demandante ni el demandado podrán cuestionar la vía procedimental determinada por el juzgador, debido a que su decisión de variación de la vía procedimental propuesta por el demandante tiene el carácter de ser inimpugnable y no requiere del acto previo de citación a la parte demandada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si una acción no tiene una vía procedimental específica, la decisión del a quo de tramitar la causa en la vía de conocimiento no acarrea nulidad procesal alguna. Es más, la vía de conocimiento, por su naturaleza, permite un mejor ejercicio del derecho de acción y contradicción a las partes, siendo inclusive que existe resolución firme de saneamiento, por lo cual precluyó toda discusión referida a la validez de la relación procesal ***(Cas. N° 3570-2002-Ucayali)***.

En los procesos destinados a determinar el mejor derecho de propiedad nos encontramos ante dos o más propietarios que acreditan derechos sobre un mismo bien, por lo que es tarea del órgano jurisdiccional establecer cuál de todos los propietarios detenta un derecho preferente y oponible al de los demás, lo que importa en el fondo desconocer el derecho de propiedad de estos últimos, aunque haya sido válidamente adquirido, en aras de dar solución al conflicto de intereses que se presenta ***(Cas. N° 2490-06-Apurímac)***.

Artículo 478

Plazos

Los plazos máximos aplicables a este proceso son:

1. *Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.*
2. *Cinco días para absolver las tachas u oposiciones.*
3. *Diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención.*
4. *Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.*
5. *Treinta días para contestar la demanda y reconvenir.*
6. *Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, conforme al artículo 440.*
7. *Treinta días para absolver el traslado de la reconvención.*
8. *Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al artículo 465.*
9. *Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al artículo 468* **(DEROGADO).** *(*)*
10. *Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471.*
11. *Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.*
12. *Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al artículo 211.*
13. *Diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208 párr. 2, 211, 265, 270, 300, 301, 303, 373, 440, 443, 445, 447, 455, 465, 468, 471 párr. 2.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

Como parte importante de la estructura del proceso de conocimiento se debe prestar atención no solo a la secuencia de los actos procesales sino también a los

(*) Inciso derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.

plazos que se establecen para su realización. Los plazos señalados en el artículo bajo comentario son los más amplios que se van a encontrar en la regulación adjetiva si los comparamos con los procesos abreviados y sumarísimos y van a determinar en definitiva la duración aproximada de todo proceso de conocimiento, y aunque este es el proceso más largo que contempla la relación procesal siempre existirá una abismal diferencia entre la expectativa de su duración aproximada y lo que ocurre en la realidad, sobre todo por factores como la ya conocida sobrecarga procesal y por las variables articulaciones procesales que pueden darse en cada proceso en particular.

Nuestro país al igual que otros Estados de la comunidad internacional se encuentra abrumado por la gran cantidad de causas sometidas al Poder Judicial que, por lo mismo, presenta un exceso de carga procesal en los juzgados que hacen en la práctica imposible cumplir a cabalidad con los plazos previstos en la norma adjetiva para la realización de los procesos. Como dice MONROY: "Un sistema judicial que privilegia las formalidades inútiles, un sistema que fue diseñado por legisladores medievales, un sistema que dice reformarse y solo perfecciona sus defectos, es para el ciudadano actual una aventura terrorífica" (2003: p. 663).

2. EL PLAZO

Procesalmente podemos definir al *plazo* como todo lapso o tiempo que se concede a los sujetos procesales (principalmente jueces, demandantes y demandados) para realizar determinados actos dentro del proceso. El objetivo fundamental en el establecimiento de los plazos es brindar cierta predictibilidad a los justiciables respecto de la realización de las actuaciones procesales al interior de un juicio, las que deben realizarse únicamente en un determinado periodo de tiempo y, en consecuencia, prever que el proceso en su conjunto se desarrolle en un determinado lapso y no de manera indefinida, tendiendo a su avance y conclusión.

ROMERO (1914: pp. 233-234) indicaba:

> "(...) Toda regla de procedimiento resultaría ineficaz, y todo principio de justicia burlado, si las actuaciones judiciales, bajo sus diversas formas, no debieran ejecutarse dentro de determinados plazos, y si por la ley no se concediera a los jueces la facultad de hacer cumplir sus mandatos, empleando requerimientos destinados a apremiar para que el responsable entregue la cosa que no debe estar en su poder, o para que cumpla con lo ordenado dentro del término que, según los casos y con anterioridad se fije, por la misma ley, por convenio de partes, o por disposición del juez. (...) si así no se hiciera, lo que jamás ha sucedido, bien se comprende, repetimos, que todas las fórmulas de enjuiciamiento pasarían a convertirse en letra muerta, y los juicios sometidos en su curso al capricho de la autoridad, podrían quedar tramitados con dañosa precipitación, o prolongados con exceso, a pretexto de que fuera necesario hacer

> más esclarecimientos, o inútil verificarlos; realizándose así alternativamente, el hecho previsto por un gran jurisconsulto de que se perjudicara en los procesos, a una de las partes con daño de la otra, por falta de examen, o se arruinará a las dos por examinar demasiado".

Pero, parafraseando a COUTURE (1988: p. 174), si bien es cierto que los plazos son lapsos dados para la realización de los actos procesales, debemos añadir que durante ellos deben satisfacerse las cargas si no se desea soportar las consecuencias enojosas del incumplimiento, pues el tiempo crea, modifica y extingue también los derechos procesales concretos.

3. CLASES DE PLAZOS

Existen diversas formas en las que teóricamente podemos clasificar los plazos:

- Por su origen, los plazos pueden ser *legales* (cuando son establecidos expresamente por una ley), *judiciales* (cuando son señalados por el juez al interior del proceso en uso de sus facultades discrecionales) y *convencionales* (cuando son establecidos de común acuerdo por las partes, y aunque se suele decir que únicamente operan en el ámbito de los contratos, podríamos hablar de una especie de plazo convencional en la suspensión acordada por las partes procesales –aunque con un límite máximo de tiempo señalado legalmente– al amparo del artículo 319 del CPC).

- Por sus efectos, los plazos pueden ser *comunes* o *individuales*, dependiendo que sus efectos abarquen a diversos sujetos procesales de manera indistinta o solo a alguna de las partes procesales que ha de realizar un acto procesal de manera específica.

- Por su extensión, los plazos pueden ser *prorrogables* o *improrrogables*, dependiendo de la posibilidad de ampliar o no su duración para la realización de ciertas actuaciones judiciales. En el caso de los primeros (prorrogables) el pedido de ampliación del periodo se debe efectuar ante el juez de la causa antes del vencimiento del plazo y alegando un motivo perfectamente atendible, dependiendo del juez si acepta dicho pedido o no. En el caso de los plazos improrrogables su efecto es perentorio lo que significa que vencido el plazo se genera la caducidad de la facultad procesal concedida a las partes durante la vigencia del plazo al operar la preclusión, no pudiendo ampliarse dicho plazo ni por voluntad del juez ni por acuerdo de las partes.

- Por la forma en que el plazo surte sus efectos, podemos hablar de plazos *perentorios* y *no perentorios*, que algunos autores denominan *fatales* y *no fatales*, o plazos *preclusivos* y *no preclusivos*. Los plazos perentorios

son aquellos que, producido su vencimiento producen también la caducidad del derecho, la que opera de manera automática por mandato de la ley y sin necesidad alguna ni del juez ni de la parte contraria. Los plazos no perentorios requieren de un acto de la parte contraria para producir la caducidad del Derecho Procesal.

4. VINCULACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA Y CELERIDAD PROCESAL

El artículo V del Título Preliminar del CPC, cuando se refiere a los principios de economía y celeridad procesales, señala que el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran *(economía)* y que la actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica *(celeridad)*. Como vemos, lo que se persigue en definitiva es que el proceso se desarrolle de manera rápida y que se logre su finalidad en la menor cantidad de actuaciones procesales.

En este sentido, respecto del principio de *economía procesal*, MONROY (1996: pp. 98-100) precisa que el tiempo cumple un rol esencial y envolvente en el proceso. Casi no es posible encontrar algún proceso en donde, adicionalmente al conflicto que tienen las partes, no exista otro referido a la urgencia que una de ellas tiene de acabar pronto el proceso, necesidad que es inversamente proporcional a la misma urgencia de la otra, pero de prolongarlo. El cumplimiento de los actos con prudencia, es decir, ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie al cumplimiento de formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio. En cuanto al principio de *celeridad procesal*, nos dice que este se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes.

5. PERENTORIEDAD E IMPRORROGABILIDAD DE LOS PLAZOS

PEYRANO (1978), al analizar el principio de economía procesal y el principio consecuencial de celeridad, establece que con la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos procesales el legislador contemporáneo ha incorporado dos preciosos instrumentos "aceleradores" de la habitualmente pesada tramitación de

los procesos civiles, siendo que los tipos de impulso procesal, la perentoriedad de los plazos y las modalidades de la caducidad de la instancia se encuentran íntimamente relacionados y condicionados entre sí.

En este sentido, afirma que la *perentoriedad de los plazos* consiste en que, mediando esta se extingue automáticamente la posibilidad de ejercer las facultades que en el caso conceda la ley al litigante; pérdida que, para que se produzca, no requiere pedido de parte interesada ni declaración judicial alguna; mientras que un plazo improrrogable ocurre cuando el juez está imposibilitado legalmente para alongarlo.

Continúa citando a LASCANO:

> "La improrrogabilidad y la perentoriedad de los términos obedecen a criterios distintos: mientras la primera afecta a la facultad del juez, la segunda hace al derecho de las partes. Cuando los términos son improrrogables, el juez no puede alargarlos, y cuando son perentorios, las partes pierden el derecho que han dejado de usar por el solo transcurso del término".

Finalmente, señala que ambas modalidades (perentoriedad e improrrogabilidad) concurren de modo distinto, pero igualmente eficaz, para una más pronta administración de justicia, debiendo quedar en claro que perentoriedad no supone improrrogabilidad ni viceversa. Nuevamente, en palabras de LASCANO:

> "Generalmente se acepta que la improrrogabilidad no supone la perentoriedad, pero no es común el criterio de que la perentoriedad no implica la prorrogabilidad. Se suele creer que los términos perentorios sean necesariamente improrrogables; sin embargo, puede no ser así si el legislador entiende que el juez debe tener como órgano del Estado, atribuciones suficientes para ampliar en circunstancias especiales los términos legales, siempre, naturalmente, que se fije el término ampliatorio antes de vencer el legal. Para las partes siempre serán perentorios, solo que en lugar de tener la extensión establecida por la ley, tiene la fijada por el juez".

En este sentido, el artículo 146 del CPC, precisa que los plazos establecidos en él son perentorios y no pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados plazos procesales.

Por su parte, el artículo 147 del CPC, señala que los plazos deben computarse desde el día siguiente de notificada cada resolución, por cuando estos plazos son perentorios; lo cual significa que el plazo se empieza a contar desde el día siguiente de la fecha en que se produce la notificación, siendo diferente a la fecha en que se produce su vencimiento, *dies ad quem*, es decir el día en que se concluye un plazo o se produce su vencimiento.

6. PLAZOS MÁXIMOS APLICABLES AL PROCESO DE CONOCIMIENTO

El artículo 478 del CPC, establece como plazos máximos aplicables al proceso de conocimiento, los siguientes:

a) Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos

Recordemos que, de acuerdo al artículo 300 del CPC, las tachas se pueden interponer contra los testigos, documentos y medios de prueba atípicos. Las oposiciones se pueden formular a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial o a un medio de prueba atípico. El plazo máximo para interponer las tachas u oposiciones es de cinco días contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos.

Por otro lado, el artículo 302 del CPC, se constituye en una excepción a este plazo de cinco días al señalar que, excepcionalmente, cuando se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad al plazo para interponerla, se informará al juez, por escrito, acompañando el documento que lo sustente, y él sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar.

b) Cinco días para absolver las tachas u oposiciones

Debe entenderse que este plazo operará siempre y cuando la parte demandada las haya planteado –lo que a veces no ocurre– y que comenzará a computarse desde la notificación de la resolución que admite dichas cuestiones probatorias.

c) Diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención

Según el artículo 446 del CPC, solo se pueden 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.
13. Convenio arbitral.

Las excepciones se pueden clasificar en perentorias y dilatorias, dependiendo de la finalidad que persigan, ya sea intentar provocar una conclusión del proceso o el cumplimiento de un requisito formal previo respectivamente.

En el caso de las defensas previas, se pueden interponer las siguientes:

1. Beneficio de inventario (art. 661 del CC).
2. Beneficio de excusión (art. 1879 del CC).
3. Beneficio de división (art. 1887 del CC).
4. Beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho (art. 1429 del CC).

El plazo se computa desde la notificación de la demanda o de la reconvención.

d) Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas

Dicho plazo empieza a computarse desde la fecha en que se produce el referido traslado.

Debe considerarse como un plazo adicional el señalado en el artículo 449 del CPC, que establece que absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes.

e) Treinta días para contestar la demanda y reconvenir

Este plazo se computa desde la fecha en que se notifica la demanda. Asimismo, de acuerdo al artículo 445 del CPC, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, la reconvención se debe proponer en el mismo escrito en que se contesta la demanda, siendo admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.

Otro aspecto a considerarse es que si la pretensión reconvenida versa sobre materia conciliable obligatoria, el juez para admitirla deberá verificar la concurrencia de tres requisitos de manera copulativa: i) la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación (extrajudicial), ii) que conste la descripción de la o las controversias planteadas por este en el acta de conciliación extrajudicial presentada anexa a la demanda como requisito de procedibilidad; y, iii) la formulación de la reconvención en el proceso judicial solo se admitirá si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado por su propia inasistencia, o por retirarse antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta conciliación (este último requisito se exige sobre la base de lo prescrito en el art. 15 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación).

f) Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, conforme al artículo 440 del CPC

En este caso, el referido artículo señala que 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 a diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho. Dicho plazo se computa desde la notificación de la contestación de la demanda que, además, puede contener una eventual reconvención.

g) Treinta días para absolver el traslado de la reconvención

Este plazo se computa desde la fecha en que se realiza el traslado de la reconvención.

h) Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al artículo 465 del CPC

Recordemos que el artículo 465 del CPC, señala que el juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando: i) la existencia de una relación jurídica procesal válida; o ii) la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, iii) 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.

i) Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al artículo 468 del CPC (Numeral derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28 de junio de 2008)

PINEDO precisa que el Decreto Legislativo N° 1070 modificó tanto el texto de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, así como parte del articulado del CPC, y esta reforma del proceso civil eliminó la obligatoriedad de la realización de la audiencia de conciliación procesal, transformándola en un sistema facultativo, con lo que tenemos que no se elimina totalmente su realización, sino que se faculta a las partes a solicitarla si es que ellas lo desean conforme a lo señalado en el artículo 324 del CPC (PINEDO, 2010: pp. 301-315).

En este sentido, si bien es cierto se derogó el numeral bajo comentario que establecía un plazo para la realización de la audiencia de conciliación procesal obligatoria al tener ahora carácter facultativo, se debe tener en cuenta que se sigue aplicando la pauta procesal contenida en el artículo 468 del Código adjetivo que señala que expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer 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.

j) Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471 del CPC

Acá resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 468 del CPC, que prescribe que 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 impugnable 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.

k) Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso

Conforme lo señala el antepenúltimo párrafo del artículo 208 del CPC, cuando las circunstancias lo justifiquen, el juez en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.

De igual manera, el artículo 265, *in fine* del CPC, establece que, por excepción, cuando la complejidad del caso lo justifique, el dictamen pericial será fundamentado en audiencia especial. Lo mismo ocurre en el supuesto regulado en el artículo 270 del CPC, que señala que los peritos que, sin justificación, retarden

la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas, al margen de ser subrogados y sancionados con multa, justificándose la realización de una audiencia especial.

Existen otros supuestos para la realización de una audiencia complementaria:

Por ejemplo, el artículo 50, *in fine* del CPC, señala que el juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado, siendo que en este caso el juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

Otro caso lo tenemos de lo prescrito en el artículo 96 del CPC, que prescribe que si al momento de la integración del litisconsorte necesario a la relación jurídica procesal ya se hubiere realizado la audiencia de pruebas y alguno de los incorporados ofreciera medios probatorios, el juez fijará día y hora para la realización de una audiencia complementaria de pruebas que debe realizarse dentro de un plazo que no excederá de veinte días.

El artículo 480 del CPC, precisa que el juez puede citar a una audiencia complementaria cuando en las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio haya menores de edad, siendo que el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto de las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos, y una vez evaluadas estas propuestas por el juez, atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, oirá en esta audiencia complementaria a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.

l) Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al artículo 211 del CPC

El artículo 211 del CPC prescribe que antes de dar por concluida la audiencia de pruebas, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará.

En este sentido, "cuando un juez distinto del que ha tramitado el proceso debe expedir sentencia, es preciso que se avoque al conocimiento de la causa y comunique tal estado a los justiciables, para que estos sepan quién va a ser su juez natural que va a resolver la controversia y, de considerarlo pertinente, solicitar ser escuchados por aquel o, de lo contrario, cuestionar su jurisdicción solicitando se aparte del proceso" (Cas. N° 2230-2002, La Libertad).

Asimismo, debe considerarse lo señalado en el artículo 212 del CPC, que determina que en los procesos de conocimiento y abreviado los abogados tienen un plazo de cinco días desde la conclusión de la audiencia de pruebas para

presentar alegato escrito, siendo esta actividad facultativa y su no presentación en nada afecta la validez del trámite del proceso.

m) Diez días para apelar sentencia, conforme al artículo 373 del CPC

De acuerdo al artículo 373 del CPC, concedida la apelación se elevará el expediente al superior jerárquico dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición legal distinta, siendo responsable de la elevación del expediente el auxiliar jurisdiccional. Se debe considerar, además, que en los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días, y 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.

7. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS

Como hemos visto, el incumplimiento de los plazos procesales por parte del demandante o del demandado genera inmediatamente la caducidad de la facultad procesal concedida a las partes durante la vigencia del plazo al operar la *preclusión*, es decir, vencido el plazo conferido a las partes ya sea por ley o por resolución judicial, se produce la pérdida de las facultades procesales las mismas que ya no pueden ser ejercidas válidamente y, en consecuencia, debe continuarse con la secuencia del proceso.

MONROY GÁLVEZ (1996: pp. 106-108), al tratar el principio de preclusión, nos dice que:

> "Este principio plantea la exigencia de que los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes. De no hacerlos, se perderá el derecho a realizarlos o, en cualquier caso, su ejecución no tendrá ningún valor. Como el transcurso del plazo cancela la oportunidad de realizar el acto procesal válidamente en fecha posterior, se dice que el momento ha precluido".

En otras palabras, el incumplimiento de los plazos procesales origina una sanción efectiva a las partes procesales las cuales se ven imposibilitadas de obtener un pronunciamiento válido del juez respecto del acto procesal ejercido extemporáneamente ya que debe ser considerado como una verdadera inacción al no haberse realizado aquel durante el plazo legal o judicialmente establecido y que tiene el carácter de perentorio e improrrogable.

Por otro lado, a pesar de que existen disposiciones legales que obligan a los jueces a cumplir con los plazos procesales, lo cierto es que estas no se cumplen en la realidad.

Por ejemplo, el artículo II del Título Preliminar del CPC consagra el *principio de impulso del proceso* al señalar que el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, salvo los casos expresamente señalados. Por su parte, el numeral 3 del artículo 50 del CPC, prescribe que son deberes de los jueces en el proceso dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada. La LOPJ establece que los escritos presentados por las partes deben de proveerse dentro de las 48 horas de su presentación (art. 153) o que las sentencias se expiden dentro de los 30 días de quedar expedita la causa, dando prioridad a las causas más antiguas y a las demás que la ley señale, respetando los casos en que la ley señale casos menores (art. 154), aunque sabemos que estos plazos no se cumplen debido a una serie de factores que se aglutinan en la ya conocida *excesiva carga procesal.*

El hecho es que, aunque muchos pudieran pensar que el incumplimiento de los plazos procesales por parte del juez pudiera significar algún tipo de nulidad del proceso, lo cierto es que de acuerdo a lo señalado en el artículo 145 del CPC, solo incurre en *falta grave* el juez que, sin justificación, no cumple con realizar la actuación judicial en la fecha señalada o dentro del plazo legal respectivo, lo que es un factor que propicia y mantiene la excesiva morosidad judicial.

En este sentido, "el exceso del plazo para la realización de las citadas audiencias, no es causal de nulidad sino que constituye una falta por parte del juez conforme lo dispone el artículo ciento cuarenticinco *(sic)* del acotado" (Cas. N° 1126-2005-Arequipa).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COUTURE, Eduardo J. (1988): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil.* Bogotá: Temis; MONROY GÁLVEZ, Juan (2003): *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos.* Lima: Comunidad; PEYRANO, Jorge (1978): *El proceso civil: principios y fundamentos*, 1ª ed. Buenos Aires: Astrea; PINEDO AUBIÁN, F. Martín (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. Publicación mensual de Normas Legales.* N° 108. Lima: Gaceta Jurídica; ROMERO, J. Guillermo (1914): *Estudios de legislación procesal*, tomo I. Lima: Tipografía El Lucero.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar implicante para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esa conducta ***(Exp. N° 1123-1999).***

Artículo 479 | Plazo especial del emplazamiento

Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos serán de sesenta y noventa días, respectivamente.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 435 párr. 3, 478 inc. 5.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

MONROY GÁLVEZ (1996: pp. 82-83) nos recuerda que en aplicación del *principio de bilateralidad*, todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, siendo que de manera más específica todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria, independientemente de si decide presentarse o no al proceso. Concluye afirmando que en una sociedad civilizada una sentencia solo produce efecto respecto de las personas que han participado en el ejercicio de sus derechos o pudiendo haberlos ejercido, y un proceso solo será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne y alegue igual que el demandante, durante el transcurso de todo el proceso. Esta lógica que se aplica a todos los actos procesales cobra mayor vigencia cuando se trata de poner en conocimiento del demandado la pretensión incoada en su contra a efectos de que pueda ejercer de mejor manera su derecho de defensa.

LEDESMA (2009: p. 99) precisa que el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, y que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte), pues con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa y eventualmente ejercer la contradicción si lo desea, buscándose brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa. Esta es una garantía importantísima dentro de la secuencia de todo proceso y que se configura en el derecho del emplazado a conocer con exactitud lo señalado por el demandante en su demanda a fin de poder expresar en sede jurisdiccional lo más conveniente a su propio derecho, ejerciendo con la mayor seguridad posible su derecho de contradicción.

2. PLAZO ORDINARIO Y PLAZO ESPECIAL DE EMPLAZAMIENTO

Como ya hemos visto, dentro del proceso de conocimiento una vez conferido el traslado de la demanda para que el demandado comparezca al proceso mediante la notificación del auto admisorio, el plazo ordinario que tiene aquel para que ejercite su derecho de contradicción y proceda a contestar la demanda es de 30 días (art. 478, inc. 5 del CPC). El acto de notificación al demandado supone que su domicilio procesal ha sido fijado con meridiana claridad por el demandante en su escrito de demanda y que corresponde a la competencia territorial del juzgado.

Pero qué sucede cuando el demandado no puede llegar a ser determinado o ubicado con meridiana certeza. Obviamente el panorama se complica para el demandante, pues al hecho de solicitar tutela judicial para la protección de sus derechos, debe además cumplir con tratar de que su demanda pueda llegar a ser de conocimiento de la parte emplazada a fin de no vulnerar su derecho de contradicción.

Pero cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados, vamos a encontrar una variación a este plazo de manera excepcional, pudiendo presentarse las dos situaciones que se encuentran descritas en el tercer párrafo del artículo 435 del CPC:

a) La primera, si el demandado se halla en el país, el plazo máximo será de sesenta días.

b) La segunda, si el demandado se halla fuera del país o se trata de una persona indeterminada o incierta, el plazo máximo no podrá exceder los noventa días.

El artículo 435 señala, además, que el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y el acto de notificación se hará por edicto, bajo apercibimiento de nombrárseles un curador procesal.

3. INEXIGENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Recordemos, además, que en este supuesto de desconocimiento del domicilio del demandado, no resulta exigible el cumplimiento del requisito de procedibilidad de acreditar ante el juzgado el intento previo de la conciliación extrajudicial para los casos en que se traten de materias conciliables obligatorias, al existir prohibición legal expresa contenida en el artículo 7-A, literal a) de la Ley N° 26872, que prescribe que *no procede la conciliación cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada*, obviamente porque no se va a poder realizar la audiencia de

conciliación y la exigencia de transitar por el procedimiento se volvería una barrera para poder acceder a la tutela jurisdiccional efectiva.

En estos casos, el demandante tendrá que indicar que no adjunta el acta de conciliación como requisito de procedibilidad al desconocer el domicilio del demandado, debiendo solicitar la designación de un curador procesal, de conformidad a lo prescrito en el artículo 61 del Código adjetivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil.* Bogotá: Temis.

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. Publicación mensual de Normas Legales*, Nº 116. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El argumento que la accionarte 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. Nº 21342-98)***.

CAPÍTULO II
DISPOSICIONES ESPECIALES

SUBCAPÍTULO 1
SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO POR CAUSAL

Artículo 480 Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo.

Estos procesos solo se impulsarán a pedido de parte.

Cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. El juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria conforme lo establece el artículo 326 del Código Procesal Civil, en la cual oirá a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.

El juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones. (*)

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 333 incs. 1 a 12; C.P.C. arts. IV, 475.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

El artículo bajo comentario se refiere a la obligación legal de tramitar bajo la vía procedimental de proceso de conocimiento, los procesos de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del artículo 333

(*) 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.

del CC. Así, estos procesos versan sobre la posibilidad de poner cesar los efectos de un vínculo matrimonial ya sea de manera temporal o definitiva.

En palabras de CORNEJO (1991: p. 323):

> "(...) el matrimonio persigue una doble finalidad: la procreación y subsiguiente educación de la prole, por una parte; y el mutuo auxilio entre los cónyuges a través de una plena comunidad de vida, por otra.
>
> Ahora bien, la consecución de estos fines puede verse seriamente obstaculizada en la práctica por una serie de factores adversos, provenientes unas veces de causas ajenas a la voluntad de los cónyuges, y derivadas otras de la conducta de uno de ellos o de los dos.
>
> En el primer caso, difícilmente podría justificarse el decaimiento, y menos aun la ruptura, de un vínculo libremente creado entre el varón y la mujer por su propia voluntad; pero en el segundo, esto es, cuando los graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio reconocen su origen en las pasiones y debilidades de uno de los cónyuges se puede llegar a una desarticulación tan profunda de la vida conyugal que no solo puede ser lícita una supresión de la misma, sino que incluso llegue a ser necesaria y obligatoria".

Entendemos que la disolución del vínculo matrimonial se concibe como un proceso de dos tramos, en el que se obtiene en un primer momento la declaración de separación de cuerpos (divorcio relativo) y luego la de disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio (divorcio absoluto) estando cualquiera de los excónyuges en condiciones de contraer nuevo matrimonio.

2. LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

El artículo 332 del CC señala que por la separación de cuerpos se suspenden los deberes relativos al lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Por la separación de cuerpos cesa en los cónyuges la obligación de hacer vida en común, es decir, se suspenden los deberes de mesa, lecho y habitación, y se pone fin en su caso a la sociedad de gananciales; pero queda subsistente el vínculo matrimonial, lo que impide a los cónyuges contraer nuevas nupcias con distinta persona. La separación de cuerpos no significa el olvido del interés público, ni la supeditación de este a la conveniencia privada, sino una razonable conciliación de ambos en cuanto ella es posible; deja abierta la vía hacia el restablecimiento de la normalidad conyugal, si los cónyuges, después de un periodo de separación, liman sus diferencias y llegan al convencimiento de que la cohabitación les ofrece ventajas que no habían apreciado suficientemente bajo la influencia de resquemores (CORNEJO, 1991: pp. 323-325).

3. CAUSALES DE SEPARACIÓN DE CUERPOS

a) El adulterio

El adulterio o infidelidad es el trato carnal o actividad sexual de uno de los cónyuges con persona distinta del cónyuge. Si los cónyuges se deben fidelidad, el adulterio vulnera este deber.

b) La violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias

Esta causal supone una conducta intencional de uno de los cónyuges hacia el otro con el propósito de causarle daños físicos o psicológicos.

c) El atentado contra la vida del cónyuge

Esta causal supone que nos encontramos frente a un castigo a la intención criminal de un cónyuge que ha querido acabar con la vida del otro y ha visto frustrado su objetivo, y el castigo que se va a dar en sede penal respecto de esta tentativa de homicidio habilita al cónyuge perjudicado a accionar, al haberse querido afectar sin éxito el mayor valor de un ser humano que es su derecho a la vida.

d) La injuria grave, que haga insoportable la vida en común

Esta causal supone que un cónyuge injuria al otro cuando lo ataca, ultraja, daña su integridad psíquica, la dignidad y sus sentimientos. Consiste en ofender el honor, la dignidad o la calidad de ser humano que realiza un esposo contra el otro.

e) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años

En esta causal es indispensable acreditar la intención maliciosa de abandono del hogar conyugal que hace un cónyuge, por un periodo ininterrumpido de dos años o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda dicho plazo. Esta intención maliciosa y manifiesta de sustraerse de la obligación conyugal de cohabitación debe ser injustificada.

f) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

Consisten en conductas continuas que tengan por objetivo atentar contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges y sean productoras de perturbación y hagan imposible la vida en común. Consiste en someter a vergüenza al otro esposo por los actos de uno de ellos participando en escándalos, alcoholismo, delincuencia, frecuentar personas o sitios de dudosa reputación, etc.

g) El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía

El empleo de drogas de manera habitual e injustificada por parte de uno de los cónyuges pone en riesgo físico y moral a los demás miembros del grupo familiar, por las consecuencias negativas que se producen en su esfera personal y que trascienden y deterioran su calidad de persona. El requisito es que este empleo se dé bajo dos supuestos concurrentes: la habitualidad del uso (con lo cual se descarta el uso esporádico) y que ese uso sea injustificado (caso contrario, no podrá penarse el empleo de ciertas sustancias de drogas por prescripción médica).

h) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio

A la ley le interesa mantener mecanismos adecuados de protección a los miembros de la familia, y en este caso impedir la convivencia de un cónyuge sano con uno que adolezca de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

i) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio

No solamente se sanciona la actividad sexual con persona distinta del cónyuge, sino el acto de desprecio por el género del cónyuge ofendido al mantener relaciones sexuales con persona del mismo sexo. La actividad sexual con persona del mismo sexo debe ser realizada con posterioridad a la celebración del matrimonio.

j) La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio

La imposición de una pena privativa de libertad efectiva mayor de dos años a uno de los cónyuges le impide a este cumplir con sus deberes conyugales a la vez que se rompe la armonía del grupo familiar por la comisión de la conducta dolosa sancionada en sede penal, que además impacta negativamente en la totalidad de integrantes de la familia, razón por la cual se habilita al cónyuge inocente a que, una vez declarada la responsabilidad penal y quedar esta consentida, pueda iniciar las acciones para solicitar la disolución del vínculo matrimonial al verse afectada su buena imagen por la conducta dolosa de su cónyuge.

k) La imposibilidad de hacer vida en común

Consiste en demostrar ante el juzgado que hay hechos más o menos continuos y durante un tiempo más o menos prolongado de fallas y errores en la relación, problemas de incompatibilidad de caracteres, etc.

l) La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, o cuatro años si hay hijos menores de por medio

Esta causal, introducida por la modificación realizada por Ley N° 27495, es la única de todas en las que se puede alegar hecho propio. En el caso de que no existan hijos menores, el plazo para invocar esta causal es de dos años.

Cuando hay hijos menores de por medio y la causal sea invocada por el cónyuge culpable el plazo se duplica a cuatro años y, de conformidad al artículo 345-A del CC, el demandante deberá acreditar además que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo, y el juez deberá señalar una indemnización a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación, además de ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal.

m) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio

El proceso de separación convencional y divorcio ulterior no se tramita bajo las reglas del proceso de conocimiento, sino bajo las pautas procesales que regulan el proceso sumarísimo (arts. 573 al 580 del CPC).

Por otro lado, con la promulgación de la Ley N° 29227, "Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías", se abre la posibilidad de formalizar un problema tan complejo en el Derecho de Familia como lo es la ruptura de la relación matrimonial; para ello, se deja de lado la tradicional concepción de que el trámite de separación convencional y divorcio ulterior debía ser efectuado ante el Poder Judicial, con su esquema típicamente adversarial, lento y oneroso, para pasar al empleo de un procedimiento no contencioso ante municipalidades y notarías y que ofrece la posibilidad de preservar relaciones útiles a futuro.

Debemos señalar que los requisitos que exige la ley a los cónyuges para verse amparados por sus efectos son:

i) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto a los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad, y

ii) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la escritura pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

Pero si bien es cierto el trámite de separación se realiza ante municipalidades y notarías bastando el cumplimiento de determinados requisitos de tipo administrativo, debemos advertir que dicho trámite presenta un obstáculo en los casos en que existan hijos menores de edad o mayores con incapacidad, puesto que se exige la regulación de la patria potestad, alimentos, tenencia y régimen de visitas mediante sentencia judicial firme, lo que supone transitar por un proceso judicial para cumplir con este requisito. Pero, la misma "Ley de divorcio rápido" abre la posibilidad de regular estas materias mediante un acta de conciliación expedida dentro de un procedimiento de conciliación extrajudicial, el mismo que se encuentra regulado por Ley N° 26872, y se desarrolla ante centros de conciliación extrajudicial debidamente autorizados por el Ministerio de Justicia.

Asimismo, es pertinente recordar que en las conciliaciones efectuadas por las partes, en asuntos relacionados con el Derecho de Familia, podrán ser integradas a la propuesta de convenio de separación convencional que las partes puedan presentar con posterioridad al juez, de acuerdo con el artículo 575 del CPC. Tratándose de una pretensión de divorcio la copia certificada del acta de conciliación podrá anexarse a la demanda. Solamente en los casos de que se efectué la liquidación de sociedad de gananciales, el inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada requerirá firma legalizada de los cónyuges.

4. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

Existen varios efectos de la declaración judicial de separación de cuerpos que se encuentran regulados en los artículos 340 al 345-A del CC.

Con relación a los cónyuges, la declaración judicial de separación de cuerpos determina la suspensión de los deberes de cohabitación y de *débito conyugal*. Asimismo, origina el fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales y la entrada en vigencia *ipso iure* del régimen de separación de patrimonios. Si se diera el caso, el juez debe fijar una pensión de alimentos de un cónyuge hacia el otro. También supone la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge culpable de la separación respecto del cónyuge inocente, quien la conserva. Finalmente, el juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho debiendo señalar una indemnización a su favor o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Con relación a los hijos, la declaración judicial de separación de cuerpos exige la regulación de los regímenes de la patria potestad y de los alimentos, librada a la prudencia del juez. Si la separación es unilateral, la tenencia se otorga al cónyuge inocente, aunque el juez puede disponer lo contrario o entregárselo a un tercero.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre, y todos los demás a cargo de la madre. El régimen alimentario para los hijos será de cargo de los cónyuges, de acuerdo a sus posibilidades y rentas. En la separación convencional, el juez fija el régimen de la patria potestad y alimentos, de acuerdo con el convenio regulador propuesto por los cónyuges.

5. FIN DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

CORNEJO (1991: pp. 141-143) señala que el estado de separación de cuerpos, legalmente establecido por la sentencia respectiva, puede terminar de dos modos: por la renormalización de la vida conyugal, o por la completa ruptura del vínculo.

En el primer supuesto estamos hablando de la reconciliación entre los cónyuges, regulada en el artículo 346 del CC. La reconciliación conyugal no solo supone el perdón de la ofensa, sino la reanudación de la vida en común entre los cónyuges, cesando los efectos de la separación de cuerpos y restituyéndose el estado normal del matrimonio. Cesan también los efectos relativos al fenecimiento de la sociedad de gananciales entre los cónyuges y los esposos continuarán en el régimen que tenían antes de interponer la respectiva demanda. Finalmente, reconciliados los cónyuges, pueden demandarse nuevamente solo por causas nuevas o recién sabidas.

En el segundo caso, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 354 del CC, después de dos meses de notificada la sentencia, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al juez que declare disuelto el vínculo del matrimonio.

6. EL DIVORCIO

El divorcio consiste en que los cónyuges, después de un trámite más o menos lato, obtienen la declaración de que su matrimonio ha terminado y, habiéndose destruido el vínculo matrimonial, cualquiera de ellos pueden, en consecuencia, iniciar una nueva relación matrimonial o simplemente convivencial. Este tipo de divorcio, denominado *divorcio absoluto* o *vincular* se encuentra regulado en el artículo 348 del CC, que señala que *el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.*

El *divorcio sanción* persigue la sanción al cónyuge culpable por el incumplimiento de sus deberes conyugales y que se configuran en causal para que su contraparte (inocente) solicite el divorcio invocando cualquiera de las causales debidamente tipificadas en la ley.

El *divorcio remedio* se basa en el acto meditado de los cónyuges de reconocer el fracaso de la relación matrimonial lo que hace imposible su continuación,

optando por el divorcio como remedio para salir de tan profunda situación de crisis que les impide cumplir con la finalidad para la cual fue instituido.

7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DIVORCIO

El efecto más importante de la declaración judicial de divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial *ex nunc*. Asimismo, se pone fin a la obligación alimentaria entre cónyuges. Además, el cónyuge culpable pierde los gananciales que procedan de los bienes del otro. Otra consecuencia es que la mujer pierde el derecho de llevar el apellido del marido. Además, fenece el vínculo de afinidad que el matrimonio creó entre cada uno de los cónyuges y sus parientes consanguíneos.

8. JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DEL PROCESO

De acuerdo a la regla procesal contenida en el artículo 24, inciso 2, del CPC, concordado con el artículo 475, numeral 1, del mismo Código, resultan competentes para conocer de los procesos de separación de cuerpos y divorcio por causal, a elección del demandante, los jueces civiles del lugar del último domicilio conyugal.

9. IMPULSO A PEDIDO DE PARTE

PEYRANO (1978: pp. 35-48), citando a ALSINA, señala que "el proceso es un organismo sin vida propia que avanza al tiempo que se construye", precisando que "el impulso procesal no es otra cosa que el soplo de vida que se le insufla con miras a su progreso y desenlace".

Prosigue señalando que:

> "(...) corolario asociado a toda recepción intransigente del principio dispositivo es la concesión monopólica a las partes de la facultad de activar el desarrollo del proceso. Atribución exclusivista, expresada desde antiguo por el axioma *ne procedat iudex ex officio*, cuya consecuencia necesaria es la consagración de la no perentoriedad de los términos".

Ahora bien, recordemos que de acuerdo al último párrafo del artículo II del Título Preliminar del CPC que consagra el *principio de impulso del proceso*, se señala como regla general que *el juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia*. Constituyen excepciones a esta regla del *impulso de oficio* los casos expresamente señalados en el Código adjetivo, como ocurre en los casos señalados en el artículo 480 (separación de cuerpos y divorcio por causal), artículo 504 (título supletorio, prescripción adquisitiva y delimitación de áreas o linderos) y artículo 509 (responsabilidad civil de los jueces).

10. MODIFICACIÓN INCORPORADA POR LA LEY N° 30293

La Ley N° 30293, publicada en el diario oficial el 28 de diciembre de 2014, modificó varios artículos del CPC. El artículo 480 del CPC fue modificado incorporándose los dos últimos párrafos, quedado redactado en los siguientes términos:

> **Artículo 480.- Tramitación**
>
> "Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento, con las particularidades reguladas en este subcapítulo.
>
> Estos procesos solo se impulsan a pedido de parte.
>
> Cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. El juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria conforme lo establece el artículo 326 del Código Procesal Civil, en la cual oirá a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.
>
> El juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones".

Según PINEDO (2015), los párrafos incorporados establecen una serie de disposiciones procesales:

a) En los procesos de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los numerales 1 al 12 del artículo 333 del CC, en donde se encuentren involucrados hijos menores de edad, se establece la obligación al demandante y al demandado de anexar a su demanda o contestación una *propuesta* respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos. Como la norma lo dice expresamente, este requisito es exigido de manera obligatoria, aunque no sanciona gravemente su falta de presentación, por lo que debemos asumir que es un requisito de admisibilidad que puede ser subsanado en caso de no ser presentado. Por otro lado, esta exigencia de formular propuesta no impediría la interposición de cualquiera de las medidas cautelares sobre alimentos, tenencia y cuidado de los hijos reguladas en el artículo 485 del CPC.

b) Existe una obligación legal para que el juez evalúe las posibles coincidencias de las propuestas presentadas por las partes y, atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, de manera facultativa se encuentra habilitado para poder citar a ambas partes una *audiencia complementaria* conforme

a lo establecido en el artículo 326 del CPC, en la cual oirá a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo.

c) En un esquema de *divorcio remedio* se podría explicar la realización de una audiencia de conciliación facultativa, pero es muy difícil que su realización prospere en un esquema de *divorcio sanción*.

d) Un punto importante a considerar es que el artículo 326 del CPC se encuentra derogado desde el año 2008 por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1070, por lo que deberíamos asumir que las pautas que contenía deberían ser consideradas únicamente de manera referencial como pautas para el desarrollo de la *audiencia complementaria* que podrá convocarse de manera facultativa, ya que no podemos aplicar una norma que ha sido derogada. En este sentido, el juez escuchará a ambas partes y las razones que ellas expongan y luego podrá proponer una fórmula conciliatoria, la que podrá ser aceptada o no por las partes.

   El derogado artículo 326 del CPC, señalaba lo siguiente:

   Artículo 326.- Audiencia de conciliación

   "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 un 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".

e) Otro aspecto es el relacionado a la conveniencia de la participación de los menores en dicha audiencia complementaria. Asumimos que esta presencia deberá ser discrecional, aunque los artículos 9 y 85 del CNA, aprobado por Ley N° 27337, establecen el derecho a la libertad de opinión de los niños y adolescentes que estuviesen en condiciones de formarse sus propios juicios, teniendo derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, así como se establece que el juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

f) Se establece que el juez deberá evaluar las coincidencias de las propuestas formuladas por las partes atendiendo a un criterio de razonabilidad, aunque estimamos que, en tanto hay menores involucrados, también deberá considerar el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos.

g) Se dice también que el juez debe tomar en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio. Si la lógica es aplicar referencialmente el artículo 326 del CPC, pues deberá considerarse que la falta de aceptación de la propuesta conciliatoria del juez y el reconocimiento en la posterior sentencia de igual o menor derecho del que se propuso en la audiencia complementaria de conciliación generaría la obligación de imponer una sanción, aunque resultará discutible si un juez pueda imponer una multa en mérito de una norma derogada. Situación similar podría ocurrir en caso de inconcurrencia de alguna de las partes que imposibilite realizar la audiencia de conciliación. En todo caso, estas conductas procesales sí deberán considerarse al momento de expedir sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1991): *Derecho familiar peruano*, tomo I, Sociedad Conyugal, 8ª ed. Lima: Studium; PEYRANO, Jorge (1978). *El proceso civil: principios y fundamentos,* 1ª ed. Buenos Aires: Astrea; 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.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2011): *Procesos de separación de cuerpos y divorcio.* Lima: Jurista.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Para efectos del presente proceso, esta Sala de Casación estima que debe detenerse en el segundo de los requisitos; que, en efecto, este último significa que la conducta de la que uno de los cónyuges está siendo víctima por parte del otro ha llegado a un punto en el que no puede ser soportada por la víctima, convirtiendo la vida en común en insostenible; lo que significa que el resultado final de la conducta deshonrosa es el quebrantamiento de la vida en común que es propia, lógicamente, del matrimonio, de conformidad con el artículo 234 del CC; empero, si entre cónyuges ya no existe vida en común es decir, si no se realiza uno de los fines del matrimonio, sino que por el contrario, están separados de hecho, resulta evidente que no puede configurarse la causal en análisis; vale decir, un hecho no puede convertir en insoportable una vida en común que ya no existía ***(Cas. N° 4362-2006-Lima)***.

Artículo 481 | Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 113 inc. 1, 115, 117, 118, 480, 574.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

Según el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. N° 52) el Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. Esto es coincidente con lo señalado en el artículo 159, numeral 1, de la Constitución Política del Perú que prescribe que corresponde al Ministerio Público promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial de defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho.

La justificación de la participación del Ministerio Público en un proceso que culminará en la disolución del vínculo matrimonial se fundamenta en la aludida defensa de la familia, ya que su disolución afectará el interés de la sociedad, además de defender a los menores que podrían verse afectados por el divorcio.

El artículo 96 de la LOPJ establece que son atribuciones del fiscal provincial en lo civil intervenir como parte, ejercitando los recursos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados (entiéndase separación de cuerpos) y de divorcio. Por su parte el artículo 96-A de la misma LOMP señala que son atribuciones del fiscal provincial de familia intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes en los procesos de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos y de divorcio.

2. FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UN PROCESO CIVIL

Conforme lo establece el artículo 113 del CPC, el Ministerio Público puede intervenir en un proceso civil de tres maneras: 1) como parte, 2) como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite, y 3) como dictaminador.

3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UN PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL

HINOSTROZA (2011: p. 381), citando a AZPIRI, señala que la intervención del ministerio fiscal en el proceso de *divorcio consensual* tiene por misión no evitar la colusión sino la de custodiar el cumplimiento de la ley o el proceso legal debido. La ley no limita la intervención del fiscal en los juicios de divorcio a la misión de impedir el acuerdo de partes, ya que interviene en todos los asuntos que afectan el orden público; que sus atribuciones consistirán en comprobar la existencia de los requisitos que legitimarán la presentación de los cónyuges, la validez de la partida respectiva, la asistencia personal de los esposos a las audiencias y su celebración ante el juez y que el contenido de la sentencia se ajustase al régimen legal impuesto en la materia.

El artículo 574 del CPC señala que en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, el Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen alguno. Esto es coincidente con el inciso 1 del artículo 96-A de la LOMP, que señala que son atribuciones del fiscal de familia provincial intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los procesos de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos y de divorcio.

4. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UN PROCESO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO POR CAUSAL

Sostiene AZULA CAMACHO, citado por HINOSTROZA (2011: pp. 156-157), que en los procesos de separación de cuerpos por causal el Ministerio Público es parte principal y forzada, siempre que existan hijos menores, a cuyo efecto se le ordena citar en el auto admisorio de la demanda. En palabras de LAGOMARSINO Y URIARTE –citados por HINOSTROZA (2011: pp. 156-157)– "la doctrina mayoritaria y la práctica judicial constante de los tribunales habían mantenido respecto del juicio contradictorio de separación la obligatoriedad de intervención del agente fiscal. Esta situación no ha experimentado cambios".

En el caso del artículo 481 del CPC, en el proceso de separación de cuerpos por causal, el representante del Ministerio Público debe constituirse como parte (interviniendo en esa calidad en el referido proceso), por lo que no emite dictamen alguno, entendiéndose que en su condición de parte procesal puede contestar la demanda, ofrecer medios probatorios e interponer recursos impugnatorios a fin de cumplir con su finalidad de defender a la familia, a los menores que se vieran involucrados y, en definitiva, a defender a la sociedad que se verá afectada por la disolución del vínculo matrimonial.

Al contestar la demanda, el representante del Ministerio Público debe velar que los términos propuestos por los cónyuges en la propuesta que hayan adjuntado a su demanda o contestación respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos de acuerdo a lo exigido por el artículo 480 del CPC, sean aceptables desde el punto de vista del interés familiar y el interés superior del niño, al haber hijos menores de por medio, pudiendo inclusive observar el contenido de dicha propuesta.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2011): *Procesos de separación de cuerpos y divorcio.* Lima: Jurista.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2001): *Divorcio: reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los procedimientos sobre autorización para disponer derechos de incapaces, el Ministerio Público es parte en los procesos, solo en los casos en que no haya consejo de familia constituido con anterioridad ***(Exp. N° 0514-1997-Lima).***

Artículo 482 | Variación de la pretensión

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 357, 358, 428.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

De ordinario, al momento de interponerse una demanda el actor solicita al órgano jurisdiccional que resuelva un conflicto de intereses, siendo que el juez tiene que ceñirse a lo señalado en la pretensión contenida en el petitorio y, en consecuencia, debe resolver únicamente lo peticionado en la demanda; ni más, ni menos, ni de manera distinta. Recordemos que el artículo 428 del CPC, prescribe que tanto el demandante como el reconviniente pueden modificar la demanda y la reconvención antes de que esta sea notificada.

Para MONROY (1987: p. 222), el juez únicamente debe atenerse de manera forzosa al petitorio contenido en la demanda, esto en cumplimiento del principio de congruencia judicial que, inspirado en el aforismo *ne eat judex ultra petita partium* o que "el juez no puede darle a una parte más de lo que esta pide", tiene vigencia plena en el proceso civil, siendo que, si bien es cierto las normas que regulan el proceso son de carácter público, el derecho que declara el juez en cuanto a contenido es de naturaleza privada, por lo tanto el juez no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del demandante y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda, por lo que se exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez otorga menos de lo demandado, cuando estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión.

Adicionalmente, el autor hace el distingo de las incongruencias que pueden presentarse, como son: la incongruencia *citra petita*, que es la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones; la incongruencia *extra petita*, que ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a persona ajena al proceso; y la incongruencia *ultra petita*, que es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido.

2. OPORTUNIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN

De acuerdo a lo prescrito en los artículos 357 del CC, "el demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación".

El artículo 428 del CPC precisa como regla general el momento procesal hasta donde puede realizarse la modificación y variación de una demanda, al señalar que "el demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada precisando además que iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvención".

Empero el artículo 482 del CPC contiene una regla procesal específica respecto de la *variación de la pretensión* en un proceso de separación de cuerpos y divorcio por causal, al señalar que "en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos".

Debemos entender entonces que, en cualquier estado del proceso de divorcio por causal, y siempre que no se haya emitido aún la sentencia de primera instancia, tanto el demandante como el reconviniente están facultados para variar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos. Esto constituye una excepción a la regla general señalada en el artículo 428 del CPC, por la cual solo se puede modificar la demanda y la reconvención hasta antes de que sean notificadas.

Como afirma LEDESMA (2009: p. 108):

> "(...) la norma en comentario permite que en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia, se modifique la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos; esto implica que la preclusión que aborda el artículo 428 del CPC para la modificación de la demanda, es superada por el artículo 482 del CPC en comentario, al permitir que la originaria pretensión de divorcio, sobre la que ha recaido toda la actividad probatoria, pueda ser modificada por una diversa a la planteada con la demanda o en la reconvención. Como se aprecia de la norma, esta variación solo puede obrar de una pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos, mas no a la inversa".

Es decir, el término *en cualquier estado del proceso* señalado en el artículo 357 del CC, debe ser considerado de manera no tan irrestricta sino que supone que la oportunidad de la variación de la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos únicamente podrá realizarse *en cualquier estado del proceso, antes de la expedición de la sentencia en primera instancia*, a la luz de la disposición procesal específica del artículo 482 del CPC, que es a su vez excepción a la regla general contenida en el artículo 428 del CPC.

3. OTROS CASOS DE VARIACIÓN DE PRETENSIÓN DE OFICIO

Existen otros casos de variación de la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos que pueden operar *de oficio*; así, según lo dispuesto por el artículo 358 del CC, aunque la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.

Podríamos considerar este caso de variación de oficio como una excepción al principio de *congruencia procesal* que impide al magistrado, entre otras cosas, resolver en forma *extra petita*, lo cual sucede cuando el pronunciamiento versa sobre algo ajeno a las pretensiones de las partes, para el caso concreto, cuando una de las pretensiones invocadas (divorcio) es sustituida por otra (separación de cuerpos).

Las disposiciones contenidas en los artículos 357 y 358 del CC, y 482 del CPC, *se fundan en la importancia que reviste la institución matrimonial para la sociedad en su conjunto y en la necesidad imperiosa de tratar de preservar el vínculo matrimonial a como dé lugar para evitar los efectos nocivos de su ruptura definitiva, favoreciendo la reconciliación de los cónyuges* (DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA, 2014: p. 651).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): *Temas de proceso civil.* Lima: Studium.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1991): *Derecho familiar peruano*, tomo I. Sociedad conyugal, 8ª ed. Lima: Studium; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2011): *Procesos de separación de cuerpos y divorcio.* Lima: Jurista.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal a una de separación convencional, en la audiencia de conciliación deben acordar los otros puntos de la propuesta de convenio como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales ***(Exp. N° 2577-1996-Lima)***.

El allanamiento no significa acuerdo de ambas partes como para que se convierta en separación convencional, menos que el juzgador varíe la demanda. Más bien prevalece una sola pretensión cual es la disolución del matrimonio por la causal propuesta ***(Exp. N° 2265-1995-Lima)***.

Artículo 483 | **Acumulación originaria de pretensiones**

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

No es de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1 y 3 del artículo 85.

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 83, 85, 87, 484 párr. 1.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

La institución de la acumulación se encuentra regulada en el Capítulo V del Título II de la Sección Segunda del CPC. Por ella se persigue evitar el inicio de diversos juicios que pudieran dar origen a su vez a pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios sobre pretensiones que, teniendo conexidad, se desarrollen en diversos procesos paralelos.

En términos generales, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 83 del CPC, la acumulación puede ser *objetiva* (cuando se trate de más de una pretensión) o *subjetiva* (cuando se trate de más de una persona). En cualquiera de ambos casos, la acumulación –sea objetiva o subjetiva– puede ser *originaria* (cuando es propuesta al momento de interponer la demanda) o *sucesiva* (cuando se propone después de iniciado el proceso).

El artículo 85 del CPC establece cuáles son los requisitos para que proceda la *acumulación objetiva*, a saber:

i) Que sean de competencia del mismo juez.

ii) Que no sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa.

iii) Que se tramiten en la misma vía procedimental.

Se establece, además, que quedan exceptuados del cumplimiento de estos requisitos los casos expresamente señalados en la norma procesal, como ocurre en el supuesto del artículo 483 del CPC, bajo comentario.

El artículo 87 del CPC elabora una clasificación de la *acumulación objetiva originaria*, en *subordinadas*, *alternativas* y *accesorias*:

i) Son subordinadas, cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada.

ii) Son alternativas, cuando el demandado elige cual de las pretensiones va a cumplir. Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

iii) Son accesorias, cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también todas las demás.

Si no se demandan pretensiones accesorias solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento procesal. Además, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

Finalmente, el artículo 88 del CPC señala en qué casos se presenta la *acumulación objetiva sucesiva*:

i) Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones.

ii) Cuando el demandado reconviene.

iii) Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos.

2. ACUMULACIÓN ORIGINARIA DE PRETENSIONES EN EL PROCESO DE SEPARACIÓN DE CUERPOS O DE DIVORCIO

El artículo 483 del CPC contempla la exigencia para el actor de que a la pretensión principal de separación de cuerpos o de divorcio por causal se acumulen de manera originaria las pretensiones de:

a) Alimentos.

b) Tenencia y cuidado de los hijos.

c) Suspensión o privación de la patria potestad.

d) Separación de bienes gananciales.

e) Las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

Estas pretensiones tendrían la calidad de ser *pretensiones originarias accesorias* respecto de la pretensión originaria principal de separación de cuerpos o de divorcio.

Si bien es cierto que el artículo 85 del CPC establece los requisitos para que proceda la *acumulación objetiva*, queda claro que por mandato legal expreso los requisitos contenidos en los incisos 1 y 3 de dicho artículo (que sean de competencia del mismo juez, o alternativa y que se tramiten en la misma vía procedimental) no se exigen para este caso de acumulación originaria de pretensiones al ser un caso de excepción de su aplicación señalado expresamente en la norma procesal.

El requisito que exige la norma procesal para que proceda dicha acumulación originaria de pretensiones es que no exista decisión judicial firme respecto de estas pretensiones, caso contrario, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

Como precisa LEDESMA (2009: p. 110):

> "(...) esta acumulación procede cuando no hubiere sentencia firme, caso contrario, no resulta procedente buscar nuevos pronunciamientos sobre lo ya declarado; sin embargo, señala literalmente la norma 'si las pretensiones accesorias tuvieren decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación'. Frente a esta redacción adviértase que la procedencia de la acumulación de pretensiones accesorias a la principal está dada por la existencia de la 'decisión judicial firme', lo que no implica la concurrencia de la cosa juzgada, pues, lo que se busca es que se haya logrado una decisión en la que se hubiere agotado el impugnatorio, mas no, que hubiere generado cosa juzgada material pues tratándose de temas de familia, como los alimentos o la tenencia, por citar, no recae sobre lo decidido la inmutabilidad de cosa juzgada".

Es decir, el supuesto de la parte final del artículo 483 precisa que si hubiere decisión judicial consentida en las pretensiones accesorias a acumularse, esta acumulación tendrá la característica de una variación. Entonces, dentro del proceso de separación de cuerpos o de divorcio se buscará con la acumulación que el juez de la causa proceda a variar lo ya decidido en otro proceso respecto de esas pretensiones accesorias. Recordemos que en temas de alimentos y tenencia lo decidido no tiene carácter inmutable pues existe la posibilidad de revisar dichos derechos y proceder a la variación de los términos y condiciones fijados para su ejercicio ya sea por sentencia o acuerdo conciliatorio, atendiendo a las nuevas circunstancias que puedan acontecer de manera posterior.

3. PRECEDENTE VINCULANTE CONTENIDO EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

Es pertinente señalar que el Tercer Pleno Casatorio Civil (Cas. N° 4664-2010-Puno) señala, en su numeral 5, respecto a la flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia que:

(...)

"16. Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso (...) en consecuencia, el juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales (...)".

Por ello se estableció como precedente vinculante, entre otros, la siguiente regla:

"1. 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".

Es decir, en el supuesto contenido en el artículo 345-A del CC, en la acción de divorcio por causal de separación de hecho, además de resolver las pretensiones acumuladas señaladas en el artículo 483 del CPC (alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales, etc.) el juez deberá señalar una indemnización a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación, además de ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2011): *Procesos de separación de cuerpos y divorcio.* Lima: Jurista Editores.

Artículo 484 | Acumulación sucesiva

Los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias citadas en el artículo 483 se acumulan al proceso principal a pedido de parte.

La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente, debiendo el juez ordenar se remita este dentro del tercer día, bajo responsabilidad. El juez resolverá su procedencia en decisión inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 83, 88 inc. 3, 90, 483.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

En términos generales, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 83 del CPC, la acumulación *objetiva* es cuando en un proceso se trata de más de una pretensión, siendo que esta acumulación puede ser *originaria* (cuando es propuesta al momento de interponer la demanda) o *sucesiva* (cuando se propone después de iniciado el proceso).

Recordemos que el artículo 88 del CPC señala en qué casos se presenta la *acumulación objetiva sucesiva*:

i) Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones.

ii) Cuando el demandado reconviene.

iii) Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos.

Por su parte, el artículo 90 del CPC, referente a los requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos, señala que esta debe pedirse antes que uno de ellos sea sentenciado, siendo que el solo pedido de acumulación impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva el pedido de acumulación. Este pedido de acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los jueces, anexando copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que realizó el primer emplazamiento. De dicha solicitud de acumulación se confiere traslado por tres días y con la contestación o sin ella, el juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido, siendo que dicha decisión es apelable sin efecto suspensivo.

2. EL PEDIDO DE ACUMULACIÓN SUCESIVA EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y DE DIVORCIO

El artículo 484 del CPC señala que en los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias citadas en el artículo 483 del CPC, se acumulan al proceso principal de separación de cuerpos o de divorcio por causal, a pedido de parte.

Las pretensiones accesorias a que se ha hecho referencia son:

a) Alimentos.

b) Tenencia y cuidado de los hijos.

c) Suspensión o privación de la patria potestad.

d) Separación de bienes gananciales.

e) Las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

En otras palabras, nos encontramos frente a procesos pendientes de sentencia que vienen tramitándose de manera autónoma y distinta al proceso de separación de cuerpos o de divorcio, en su correspondiente vía procedimental. Al versar sobre pretensiones accesorias, la norma habilita a solicitar su acumulación al proceso de separación de cuerpos o de divorcio que tendría el carácter de ser el principal y, en consecuencia, subsumir el pronunciamiento del tema de fondo de dichas pretensiones por parte del juez que conoce de la separación de cuerpos o el divorcio.

La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente que verse sobre cualquiera de las pretensiones accesorias, debiendo el juez ordenar se remita este dentro del tercer día bajo responsabilidad.

El juez que conoce del proceso de separación de cuerpos o de divorcio resolverá la procedencia del pedido de acumulación sucesiva en decisión inimpugnable, es decir, que dicha resolución no podrá ser objeto de la interposición de recursos impugnatorio por cualquiera de las partes.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2011): *Procesos de separación de cuerpos y divorcio*. Lima: Jurista; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 485 | Medidas cautelares

Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 608, 610, 674, 677, 678, 680.

F. Martín Pinedo Aubián

1. INTRODUCCIÓN

MONROY (1996: pp. 136-141) afirma que si bien en sentido estricto el proceso judicial es unitario, es posible, atendiendo al propósito que se persigue con su uso o al derecho material que se pretende hacer efectivo con él, establecer criterios clasificatorios del proceso, siendo que por su función –tomando en cuenta el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso– los procesos pueden ser clasificados en tres tipos: *declarativo o de conocimiento*, *de ejecución* y *cautelar*.

a) El *proceso declarativo* o *de conocimiento* tiene como presupuesto material la constatación de una *inseguridad* o *incertidumbre* con relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo. Así, tales opiniones contrarias requieren ser expresadas, probadas, alegadas y finalmente resueltas a través de un proceso judicial en donde el juez, al final, haciendo uso del sistema jurídico vigente, decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declara extinguida esta y crea una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial.

b) El *proceso de ejecución* tiene un singular punto de partida, una situación fáctica inversa a la anteriormente descrita, esta vez en lugar de *incertidumbre*, lo que hay es una *seguridad* en un sujeto de derechos, respecto de la existencia y reconocimiento jurídico de un derecho material (que está contenido en un *título*). A pesar de lo expresado, la necesidad de utilizar este proceso se presenta porque no obstante la contundencia del derecho, este no es reconocido –expresa o tácitamente– por el sujeto encargado de su cumplimiento.

c) El *proceso cautelar* es el instrumento a través del cual una de las partes litigantes, generalmente el demandante, pretende lograr que el juez ordene la realización de medidas anticipadas que garanticen la ejecución de la decisión definitiva, para cuando esta se produzca.

En el caso de las medidas cautelares, estas gozan de autonomía y están destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión teniendo por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Como señala LEDESMA (2009: p. 118):

> "Tanto la medida cautelar como la medida anticipada pertenecen a la jurisdicción asegurativa; sea a través de las cautelares o sea por medio de la satisfacción de la pretensión, van a buscar garantizar de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia. La medida anticipada o llamada por nuestro Código temporal sobre el fondo, requiere de los siguientes elementos para su procedencia. De una casi certeza del derecho que se reclama, no es suficiente la simple apariencia, la verosimilitud, sino la casi certeza. Por otro lado, es urgente brindar dicha tutela por una necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama, ello hace que sea innecesaria su privación".

2. PRETENSIONES SOBRE LAS QUE PUEDEN RECAER MEDIDAS CAUTELARES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 485 del CPC, después de interpuesta la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por causal, procedería el pedido cautelar sobre las siguientes pretensiones:

a) Separación provisional de los cónyuges.

b) Alimentos.

c) Tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales.

d) Administración y conservación de los bienes comunes.

3. MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

El artículo 674 del CPC, referente a las medidas temporales sobre el fondo, señala que excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia,

sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales de esta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecte el interés público.

4. MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES

El artículo 677 del CPC, relativo a asuntos de familia e intereses de menores, señala que cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente a los intereses de los menores afectados con ella. Precisa además que si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53 del CPC, referente a las facultades coercitivas del juez de imposición de multa y disponer la detención de quien resiste su mandato.

Un asunto adicional lo tenemos con lo dispuesto en el artículo 675 del CPC, referente a la asignación anticipada de alimentos, que prescribe que en el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del CC. El juez debe señalar el monto de la asignación anticipada que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de las que se establezca en la sentencia definitiva.

5. MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LOS CÓNYUGES

El artículo 680 del CPC, referente a la separación y divorcio, señala que en cualquier estado del proceso de separación o divorcio, el juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilio separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (2003): *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2011): *Procesos de separación de cuerpos y divorcio*. Lima: Jurista.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Violencia Familiar, puede solicitarse a los juzgados de familia, medidas cautelares que se tramitarán como medidas anticipadas fuera de proceso cuando la seguridad de la víctima o su familia requiera de una decisión jurisdiccional. Procede una medida anticipada de alimentos ***(Exp. N° 1998-48-Lima)***.

Los padres no obstante estar separados de hecho, conservan la patria potestad respecto de sus menores hijos. No existe suspensión de la patria potestad. Todo progenitor tiene obligación, y a la vez, facultad de visitar a sus hijos en forma irrestricta con la salvedad de los horarios a respetar por razones de estudio y de descanso ***(Exp. N° 1187-1997-Lima)***.

El régimen de visitas, más que un derecho de los padres resulta ser de los hijos, en tanto estas visitas contribuyan con su desarrollo integral. Está sujeto a variación, según las necesidades de los hijos. La patria potestad es una institución que establece los deberes y derechos que adquieren los padres, con el nacimiento de los hijos matrimoniales, y con el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los cuales se ejercen, en tanto que esta no haya sido objeto de suspensión o pérdida ***(Exp. N° 1015-1997-Lima)***.

El padre que no ejerce la patria potestad tiene derecho a mantener relaciones personales con el menor. Resulta conveniente para el menor mantener un régimen de visitas, que permita fortalecer la relación con el padre, si existe entre el actor y su hijo una buena relación afectiva y la figura paterna se encuentra en un nivel de madurez y responsabilidad ***(Exp. N° 5114-1994-Lima)***.

TÍTULO II

PROCESO ABREVIADO

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 486 | **Procedencia**

Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

1. *Retracto;*
2. *Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos;*
3. *Responsabilidad civil de los jueces;*
4. *Expropiación;*
5. *Tercería;*
6. *Impugnación de acto o resolución administrativa;*
7. *La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal;*
8. *Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el juez considere atendible su empleo; y,*
9. *Los demás que la ley señale. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 16, 26, 28, 31, 92, 96, 104, 106, 108, 109, 292, 297, 329, 463, 465, 471, 539, 542, 562, 751, 796 inc. 5, 850, 854, 855, 875, 952, 984, 1076, 1079; C.P.C. arts. 487, 490, 4 DF, 1 DM, 5 DM; D. LEG. 822 art. 195; L.G.S. arts. 35, 76, 139, 140, 142, 143, 275, 293, 326, 343, 365, 366, 390, 424; L.T.V. art. 18.2; L.P.A.G. art. 218; L.O.P.J. arts. 33 inc. 3, 192.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 33). Este acceso a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho que nuestra Carta Magna ha recogido en el inciso 3 de su artículo 139, el cual se encuentra estrechamente ligado al debido proceso.

Fruto del debido proceso y de la tutela judicial, procesalmente siempre ha existido una diferenciación al interior de los procesos de cognición. Es decir, sabiendo que los procesos pueden ser de diversos tipos según la finalidad perseguida o las causas que los generan (por ejemplo, cautelares, de ejecución, no contenciosos, etc.), en los procesos de cognición o conocimiento se busca que el juez conozca la causa y se pronuncie sobre la pretensión de fondo del justiciable. Estos procesos de cognición o más exactamente procesos contenciosos de cognición (CARNELUTTI, 1959: p. 1) se suelen dividir, al interior de los ordenamientos, cuando menos en dos carriles, uno ordinario o común, de extensión regular para las vías más complejas, y otro sumario o de trámite corto para los temas más urgentes o de poca complicación.

Nuestro actual modelo procesal civil ha optado por trabajar con tres carriles: uno largo al que impropiamente llama de conocimiento, otro de extensión regular al que se denomina abreviado y uno corto al que ha designado como sumarísimo.

Todos estos procesos de cognición se caracterizan por tener fases mínimas encaminadas a un mismo fin, las cuales según CARNELUTTI (1959: p. 3) son: la introducción, la instrucción y el pronunciamiento. En la introducción se tiende a poner a los sujetos procesales en la situación recíproca necesaria para el cumplimiento del proceso, en la instrucción se busca suministrar al juez los elementos necesarios para la decisión, y en el pronunciamiento se tiende a formar y a dar a conocer la decisión final del caso; haciendo hincapié en que la distinción lógica entre tales fases no siempre se corresponderá exactamente con la sucesión cronológica.

Conforme a lo dicho, los tres tipos de procesos (lato, abreviado y sumarísimo), acorde al avance de la disciplina procesal, deben contar con los espacios mínimos para el ejercicio correcto de un debido proceso. En efecto, un proceso bien llevado cuenta, cuando menos, con un espacio para demandar, un espacio para contradecir, una audiencia de discusión y evaluación y la sentencia del caso.

Las causas ventiladas en un proceso lato (de conocimiento) suelen referirse a temas complicados, en donde se necesita de una actuación completa de las fases, dando oportunidad a los justiciables para una adecuada defensa, justamente debido a la complejidad de lo discutido (vide LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 626). Entre tanto, la cortedad del proceso sumarísimo se debe a que las materias contenidas bajo su carril obedecen o a su urgente atención y/o a su relativa ausencia de complejidad del contenido de fondo de la *litis*.

Por su parte las causas analizadas en un proceso abreviado, según el esquema de nuestro legislador, no son causas tan complejas como las conocidas en el proceso extenso de conocimiento, pero tampoco se trata de causas muy simples o urgentísimas como las ventiladas en el proceso sumarísimo. Las materias examinadas en el proceso abreviado requieren de algunas pruebas que necesitan algo más de tiempo para su consecución, por lo que la elaboración de la demanda y su contestación también necesitan de algo más de detenimiento, motivo por el cual los plazos requieren ser más extendidos que los fijados para la vía sumarísima.

A continuación procedemos a hacer una breve revisión de las causas bajo el manto procesal abreviado.

2. RETRACTO

El derecho de retracto, sustitución o tanteo es un atributo jurídico a través del cual se concede a determinados sujetos una situación jurídica preferente, de modo tal que es posible subrogarse en la situación jurídica de un sujeto que ha adquirido la propiedad de un determinado bien, usualmente a través de la compraventa (cfr. GONZÁLES GONZÁLES, 186: p. 8 y ss.). El efecto será que el tercero ajeno a la relación obligacional nacida del contrato de compraventa, por mandato legal, pueda reemplazar al comprador original asumiendo su posición contractual, es decir beneficiándose con los derechos pero asumiendo también todos los deberes, resultado del pacto original (vide AMAYA AYALA, 2006: p. 339).

La figura del retracto se encuentra regulada a partir del artículo 1592 del CC, y allí se dice que es un derecho que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, para lo cual el retrayente debe reembolsar al adquiriente el precio, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados.

Los titulares del derecho de retracto están plasmados de forma ordenada en el artículo 1599 y son: el copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas; el litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente; el propietario, en la venta del usufructo y a la inversa; el propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos; los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor; y el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad. Este orden plasmado en nuestra codificación es de suma importancia porque si hubiere diversidad en los títulos

de dos o más que tengan derecho de retracto, se respetará este orden de preferencia (art. 1600).

Este derecho irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos (art. 1595) debe ejercerse dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho, por lo que, evidentemente, si se presenta la demanda fuera de dicho plazo, será declarada improcedente, tal y como manda el artículo 497 del CPC.

Se explica la tramitación del retracto bajo la vía abreviada porque su complejidad no es mayor como para acogerse a plazos sumamente extensos, sin embargo, debido a que es menester proceder a cancelar el precio en el corto lapso concedido por la ley tampoco se lo puede reducir de modo que se perjudique a quien debería salir beneficiado con esta institución. Evidentemente, una vez presentada la demanda, los plazos del proceso abreviado nos parecen suficientes para una evaluación adecuada de la causa.

3. TÍTULO SUPLETORIO, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y RECTIFICACIÓN DE ÁREAS O LINDEROS

El *título supletorio* es la denominación que se le ha dado al proceso a través del cual el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, pide a su inmediato transferente o a los anteriores a este, o sus sucesores, la obtención del otorgamiento del título de propiedad correspondiente (art. 504, inc. 1 del CPC).

Por su parte, la *usucapión* o prescripción adquisitiva es concebida como el mecanismo a través del cual se adquiere el dominio (u otro derecho real poseíble), por la posesión continuada durante el plazo y las demás condiciones fijadas legalmente, de manera que el estado de hecho del poseedor, se convierte en una situación de derecho (ALBALADEJO, 1994: pp. 166-167).

Esta institución se regula sustantivamente desde el artículo 950 del CC, donde se afirma que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, pero cuando medien justo título y buena fe, se adquiere a los cinco años. Y cuando el bien sea mueble se requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay (art. 951). Aunque es necesario indicar que la usucapión también procede, en nuestro ordenamiento para el caso de las servidumbres, tal y como se manda en el artículo 1040 del CC.

Es menester precisar que por mandato del artículo 952 quien adquiere un bien por prescripción debe entablar el proceso judicial para que se le declare propietario,

siendo que la sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

La diferencia con el título supletorio salta a la vista, pues en el título supletorio, el propietario ya lo es y lo único que pide es la emisión del documento que lo acredite como tal, en cambio en la usucapión todavía no se es propietario, sino un poseedor, y por ello el objetivo de la demanda es que se lo declare como propietario.

En lo referente a la última pretensión como es la de *rectificación se áreas y linderos*, se ha dicho que los dos elementos descriptivos fundamentales de un predio son los linderos y la cabida; la descripción del inmueble comprende normalmente la designación literaria de los linderos y la determinación de una extensión superficial (ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 1986: p. 64); en este sentido se espera que el área y los límites formales coincidan con los materiales. Sin embargo, no siempre la realidad se ve reflejada de modo correcto en los documentos, es por ello que se consagra dentro de la vía abreviada el proceso a través del cual se persigue la rectificación de áreas y linderos, a fin de que se logren homogeneizar los datos verdaderos con los obrantes en las documentales que acreditan el derecho real. Con lo dicho, con algo más de propiedad la pretensión podría ser más bien la de determinación o rectificación de áreas y linderos.

Como se puede observar, las tres pretensiones no requieren de plazos excesivos para su tramitación, pero el haber sido acogidas bajo el carril abreviado obedecería a que como refieren derechos sobre bienes, es saludable llevar a cabo diligencias sobre tales, lo cual exige una amplitud mayor que la de los procesos sumarísimos.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

La indemnización por daños y perjuicios opera como resultado de incurrir en responsabilidad de naturaleza civil. Y para ello es menester evaluar absolutamente todos los componentes de la responsabilidad civil caso por caso, partiendo de que estamos ante una responsabilidad del tipo contractual, pues al interponer la demanda existe un pacto tácito impuesto por la ley entre el justiciable y el magistrado, quien administra justicia, generando deberes mutuos, de tal modo que ambos deben colaborar para la mejor solución del caso. Avala esta postura, en primer término, el artículo 509 donde se señala como factor atributivo de responsabilidad a la culpa inexcusable, pues en la esfera extracontractual, propiamente no se labora con la división de la culpa en inexcusable y leve, tal y como se puede ver en los artículos 1319, 1320 y 1969 del CC. Pero, además, por mandato del artículo 515 del Código adjetivo, el monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas sustantivas referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables.

En este punto hay que resaltar que si bien en sede extracontractual el plazo de prescripción es de dos años y en la esfera contractual es de diez años (cfr. art. 2001, incs. 1 y 4 del CC), en el caso de la responsabilidad civil de los jueces, por la naturaleza de la institución y conforme al artículo 514 del CPC, la demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño. Este recorte temporal, basado en la seguridad jurídica de las actuaciones judiciales, sería, a su vez, el sustento para colocar esta tipo de pretensiones en el carril abreviado.

Respecto de la *imputabilidad*, se sabe que si el agresor es un sujeto capaz no habrá problema en reprocharle su conducta. Pero tratándose de un incapaz, si actúa con discernimiento responderá él con su representante por mandato de los artículos 458 y 1975 del CC, pero si actúa sin discernimiento responderá solo su representante, a menos que el dañado no encuentre respuesta por parte del representante por insolvencia, caso en el cual hasta el incapaz sin discernimiento será responsable, según el artículo 1977. En el caso puntual como el responsable es el juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional, queda en claro que estamos ante un sujeto totalmente imputable (art. 509 del CPC). Por último, en el rubro de la imputabilidad hay que tener presente que también se aplica a las personas jurídicas, y por mandato del artículo 516 del CPC, también será responsable solidariamente el Estado, junto al juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.

En lo atinente al *hecho ilícito* o conocido también como antijurídico, es evidente que se refiere a una actuación judicial que contraría el ordenamiento jurídico. Por ello, en el artículo 509 del CPC se precisa como conductas generadoras de la responsabilidad si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia, al igual que cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Para complementar el tema del hecho antijurídico, tenemos que en el artículo 513 del CPC se prescribe que la demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño.

En cuanto al *factor atributivo* de la responsabilidad, en el artículo 509 del CPC se especifica que la responsabilidad opera o por dolo o por culpa inexcusable, siendo que la conducta será dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia, mientras que incurrirá en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Con lo dicho, y como ya se anticipó, se corrobora que estamos ante una responsabilidad civil de tipo contractual, pues en materia

extracontractual propiamente no existe la variante de culpa inexcusable, cosa que sí opera en sede contractual (cfr. arts. 1319 y 1969 del CC). Complementando el asunto del factor atributivo, por el artículo 510 se presume que el juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando la resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio; o cuando resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles. Por último, siempre dentro del rubro de los factores de atribución, tenemos que opera el factor garantía, puesto que es evidente que por responsabilidad vicaria será responsable también el Estado, por lo que, de conformidad con el artículo 516 del CPC, el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio serán responsables de manera solidaria.

En cuanto al *nexo causal*, sabemos que debe vincular al hecho ilícito del magistrado con el daño generado al litigante, y se puede romper a través de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la víctima. Si bien el caso fortuito o la fuerza mayor son supuestos poco probables de materialización en este tipo de responsabilidad, es totalmente viable que por el hecho determinante de un tercero (por ejemplo un perito o testigo con actuar fraudulento) o por el hecho de la propia víctima (por ejemplo por un actuar negligente de parte suya), el juez yerre en la resolución; con lo cual su responsabilidad se desvanecería.

Finalmente, en lo atinente al *daño*, en el artículo 515 del CPC se señala que el monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas del CC referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables. Por tanto, será viable la indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales irrogados (cfr. arts. 1321 y 1322 del CC).

Para ir terminando, CALAMANDREI (1973: p. 139) enseña que la finalidad última a la cual tiende la garantía jurisdiccional es la de operar en la vida de las relaciones humanas en forma de conseguir (prescindiendo de la voluntad del obligado) el mismo resultado práctico –o uno equivalente– que se habría obtenido si la norma jurídica hubiera sido observada de modo voluntario. Por tanto, es natural que los medios con los que la jurisdicción actúa se adapten y se conformen al diverso contenido de las normas jurídicas, para garantizar su observancia así como la satisfacción de los intereses de los justiciables. Justamente, una de las funciones de la responsabilidad civil, es la satisfactiva, a la cual se pretende alcanzar con la indemnización por los daños y perjuicios irrogados. Y anotamos esto por cuanto en el artículo 517 del Código instrumental se precisa, de modo sumamente discutible, que la sentencia que declara fundada la demanda solo tendrá efectos patrimoniales, pues en ningún caso se afectará la validez de la resolución que produjo el agravio.

5. EXPROPIACIÓN

Hoy en día queda en claro que ningún derecho tiene la característica de ser absoluto, en el sentido en que no cuenta con limitación alguna (y no tanto en el sentido de la posibilidad de defensa o ejercicio *erga omnes*). Todos, incluso los derechos a la vida y a la libertad, considerados los derechos supremos, tienen límites como sucede, verbi gracia, con la pena de muerte o la pena privativa de libertad, respectivamente.

El derecho de propiedad, aquella potestad que un privado ejerce sobre los bienes, encuentra sus principales limitantes en la vida de la comunidad, pues en caso de conflicto entre un bien jurídico privado y uno colectivo, se prefiere, evidentemente, al segundo, tal y como se prescribe en el artículo 70 de nuestra Constitución Política, donde se señala que si bien el derecho de propiedad es inviolable y el Estado lo garantiza, su ejercicio debe hacerse en armonía con el bien común y dentro de los límites legales.

La expropiación (que en sede procesal cuenta con otra acepción cfr. CARNELUTTI, 1971: pp. 337-338), justamente es el mecanismo a través del cual el Estado priva total o parcialmente de la propiedad a un particular, basado exclusivamente en un interés o utilidad de la sociedad. Obviamente, dicha privación requiere algunas garantías mínimas, ya que estamos en una relación de Derecho Público, o sea, donde el Estado ingresa con sus potestades exorbitantes. Y como con tales potestades se genera un desnivel en la relación Estado-privado, es menester conceder estas garantías mínimas al particular, a fin de evitar algún ejercicio abusivo por parte de la Administración Pública.

Al respecto se ha dicho que en el campo de las afecciones de los derechos patrimoniales de los ciudadanos, la figura de la expropiación se sitúa como las más incisiva de la prerrogativas administrativas y, a su vez, como una de las más sensibles al sistema de garantías que consagra el Estado de Derecho (LÓPEZ MENUDO, CARRILLO DONAIRE y GUICHOT REINA, 2006: p. 19).

Justamente por ello es que hay que colocar unas garantías mínimas a favor del particular perjudicado por un proceso expropiatorio. En esa senda, de conformidad con el artículo 70 de nuestra Carta Magna, a nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya la compensación por el eventual perjuicio, permitiendo al privado accionar ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. Como se puede ver, en este artículo se colocan como garantías a favor del privado que la expropiación debe estar señalada en la ley, teniendo como fundamento la seguridad nacional o la

necesidad pública, pero, además, el pago del justiprecio se debe efectuar de modo previo y en efectivo, además de la posibilidad de cuestionar la tasación hecha al bien por parte de la Administración Pública.

El tema de la expropiación, además de su reglamentación especial, se regula en el CPC a partir del artículo 522. Y entre lo más saltante tenemos que es posible la reconvención, la cual –en virtud del artículo 523– solamente podrá sustentarse en la pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros, es decir en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta. Igualmente podrá sustentarse la reconvención en la pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente.

También se consagra la figura de la contradicción en el artículo 523-A, por la cual se puede discutir el justiprecio; así como la caducidad del derecho de expropiación hacia el artículo 531, por el cual el derecho de expropiación caduca cuando no se ha iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de seis meses desde la publicación o notificación de la norma que inicia la ejecución de la expropiación; o cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los siete años contados desde la publicación de la resolución suprema correspondiente. Esta caducidad se produce de pleno derecho de modo que el juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de un año de dicho vencimiento.

Por último, la reversión se regula en el artículo 532, en virtud del cual, si dentro del plazo de doce meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado, siendo que este derecho a solicitar la reversión caduca a los tres meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo antedicho.

Como se puede ver, aunque se trata de una materia compleja, que bien se podría evaluar bajo el carril amplio de conocimiento, el codificador ha decidido incluirla dentro de la vía abreviada, porque, como contraparte, se trata de la privación de bienes que beneficiarán a la colectividad, lo que implica un cierto grado de urgencia en su atención.

6. TERCERÍA

La tercería puede ser, según la división plasmada en el artículo 534 del Código adjetivo, de propiedad o de derecho preferente, por lo que solo puede fundarse, respectivamente, en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes, entendiéndose en ambos casos con el demandante y el demandado. Excepcionalmente puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación (art. 533).

La tercería de dominio o de propiedad propiamente no es un proceso definitorio del dominio con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino más bien se la entiende como un incidente de la ejecución, encaminado directamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo; ergo, se fundamenta en el dominio o titularidad de los bienes embargados y persigue solo el levantamiento de la traba sobre ellos, debiendo el tercerista acreditar su derecho de propiedad (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2002: p. 99).

Por su parte, la tercería de prelación o de mejor derecho y de preferencia para el pago es la oposición formulada por un tercero que adviene al proceso de ejecución, que, aduciendo, la calidad de acreedor del ejecutado, reclama mejor derecho para pagarse con el producto de la subasta, pidiendo que se le pague preferentemente con el producto de la realización de los bienes embargados a instancia del ejecutante (NAVARRETE VILLEGAS, 1990: p. 31).

La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes de iniciado el remate del bien, en cambio, la de derecho preferente debe interponerse antes de la realización del pago al acreedor, según el mandato del artículo 534 del Código instrumental.

Como requisito especial se exige que el tercerista en su demanda pruebe su derecho con documento público o privado de fecha cierta, o en su defecto, que otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar (art. 535).

En fin, como es previsible el efecto principal de la tercería de propiedad es la suspensión del proceso si estuviera en la etapa de ejecución, salvo que los bienes estuviesen sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa, caso en el cual el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería (art. 536). Entre tanto, el efecto de la tercería de derecho preferente será el de suspender el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas (art. 537).

Aunque estamos ante temas de relativa urgencia (pues nos enfrentamos a situaciones en vía de ejecución), que bien pudieron encajarse bajo el manto procesal sumarísimo, el codificador decidió ubicar estas causas en la vía abreviada, quizás porque propiamente los temas patrimoniales no suelen ser tan urgentes, pero, además, porque la materia exige un nivel mediano de detenimiento en su evaluación.

7. IMPUGNACIÓN DE ACTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

El instituto de la llamada pretensión contencioso-administrativa encuentra su basamento en el artículo 148 de nuestra Constitución Política; allí se expresa que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

Al respecto precisaremos que las resoluciones administrativas que causan estado son aquellas que dan por agotada o culminada la vía administrativa, siendo susceptibles de cuestionamiento en sede judicial, aunque no está de más señalar que en el artículo 19 de la Ley N° 27584 se precisan algunos pocos supuestos en los que no es exigible el agotamiento de la vía administrativa.

Hoy en día el instituto de la acción contencioso-administrativa se regula ya no en el CPC sino en la Ley N° 27584, donde en su artículo 1 de dice que esta pretensión prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, siendo su denominación al interior del texto legal la de proceso contencioso-administrativo. Y es en el artículo 4 de la anotada ley donde se precisan las actuaciones susceptibles de cuestionamiento mediante esta pretensión.

Ahora bien, en el texto original de la ley existía un subcapítulo donde se regulaba el tema de la vía procedimental. En dicho rubro se consagraba la vía sumarísima para algunos casos y la vía abreviada para otros (arts. 24 y 25). Pero luego tal regulación fue modificada a través del artículo único del Decreto Legislativo N° 1067, del 28 de junio de 2008, de manera que ahora en el artículo 24 se regula el proceso urgente, cuya tutela se concede si concurrentemente existe un interés tutelable cierto y manifiesto, una necesidad impostergable de tutela, y que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado. En este caso –como se dispone el artículo 24-A– los plazos son muy breves: 3 días para la contestación de la demanda, 5 días para que el juez dicte sentencia, y 5 días para apelar la sentencia.

Entre tanto en el artículo 25 se regula el procedimiento especial, donde encajan todas las causas no previstas en el artículo 24, y donde se consagra la improcedencia de la reconvención, siendo sus plazos similares a los del proceso abreviado:

3 días para interponer tacha u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos; 5 días para interponer excepciones o defensas, contados desde la notificación de la demanda; 10 días para contestar la demanda; 15 días para emitir el dictamen fiscal o devolver el expediente al órgano jurisdiccional; 3 días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en el estado de dictar sentencia; 15 días para emitir sentencia, contados desde la vista de la causa o desde la notificación a las partes del dictamen fiscal o de la devolución del expediente por el Ministerio Público; y 5 días para apelar la sentencia.

8. CAUSAS CON CUANTÍA MAYOR DE CIEN Y HASTA MIL UNIDADES DE REFERENCIA PROCESAL

Originalmente el inciso 7 del artículo en estudio establecía que correspondía al trámite abreviado la pretensión cuyo petitorio tuviese una estimación patrimonial mayor de 20 y hasta 300 Unidades de Referencia Procesal. Pero posteriormente, a través del artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29 junio de 2007, se modificó este inciso precisando que se tramitaba vía proceso abreviado la pretensión cuyo petitorio tuviese una estimación patrimonial mayor de 100 y hasta 1000 Unidades de Referencia Procesal.

Al respecto, se sabe que la URP es la Unidad de Referencia Procesal y siempre se la ha trabajado a base de la Unidad Impositiva Tributaria - UIT, equivaliendo a un 10 % de esta, proporción que se fija a través de una disposición anual al interior del Poder Judicial.

Como ya se anotó, al ampliarse la cuantía a 1000 URP se amplió el espacio procesal para que se solucionasen más rápidamente estas causas, pues antes se llevaban en la vía de conocimiento, y generando, a su vez, una mayor participación de algunos juzgados.

El monto referencial de las URP se determina por el petitorio de la demanda, o más exactamente por el rubro puntual donde legalmente se exige señalar el monto del petitorio, sin interesar si más adelante a dicho monto se agregan los intereses, las costas, los costos, o algún concepto por liquidar (cfr. art. 428 del CPC). Dicho de otro modo, la cuantía se fija en atención a dos referentes: el valor cuestionado y el valor disputado, siendo que nuestro Código asume como referente el valor cuestionado, de manera tal que el monto de lo reclamado en la petición es el valor cuestionado; en cambio, el valor disputado implica la diferencia entre lo reclamado y lo concedido en la sentencia (Ledesma Narváez, 2008b: p. 626).

En fin, si casualmente una causa tuviese como monto exacto las 1000 URP también será materia de proceso abreviado, según el tenor literal del inciso en examen.

9. CAUSAS SIN VÍA PROPIA, INAPRECIABLES EN DINERO, DUDOSOS EN SU MONTO O POR SU NATURALEZA

El artículo 486, inciso 8, contiene una disposición muy similar para el proceso sumarísimo y para el proceso de conocimiento, la única diferencia radica en que para el proceso sumarísimo se alude a los casos de urgente tutela jurisdiccional. Entonces, propiamente es la urgencia de tutela jurisdiccional la que hace diferente a las materias susceptibles de evaluarse bajo el carril sumarísimo. Pero, además, se debe tratar de temas no muy complejos pues, en caso contrario, se tendría que recurrir al proceso abreviado.

Como se mostrará más adelante, este tratamiento es inadecuado, pues en materia procesal siempre existe un proceso común que se asigna a todas las causas que no tuvieren un carril preestablecido. Por lo regular ese carril suele ser el más *ancho* donde existen mayores plazos y etapas, donde se pueden actuar mayores medios de prueba (por eso se habla de prueba plena), pues es preferible sustanciar una causa simple en una vía *ancha*, que sustanciar una causa compleja en una vía *angosta*.

En efecto, el derogado Código de Procedimientos Civiles, originalmente tenía esa característica. El proceso ordinario o de mayor cuantía era el proceso común, mientras que el proceso de menor cuantía era el excepcional. Y si alguna causa no contaba con un trámite especial por mandato de alguna ley, o no encajaba en los supuestos de menor cuantía, se la tramitaba en la vía ordinaria.

Insistimos, salvo el tema de la urgente tutela para el caso del sumarísimo conforme al inciso 6 del artículo 546, la redacción del inciso 8 del artículo 486 para el abreviado y la de los incisos 1 y 3 del 475 para el de conocimiento, las tres tienen exactamente similar redacción y, por tanto, similar propósito, lo cual es abiertamente asistemático. Con ello se desnaturaliza la determinación de un carril común u ordinario que suele existir en todo cuerpo normativo procesal. Por ello, con acierto la profesora Eugenia ARIANO (2003: p. 161) ha dicho que mejor hubiese sido contar con un solo artículo que estableciera que en todos esos casos sería el juez quien determinase la vía procedimental que estimase adecuada.

Empero la duda se acrecentó cuando en la tercera disposición final del Código se señaló que, salvo que se establezca una vía procedimental distinta, debía entenderse que toda alusión o mención legal a juicio, procedimiento o proceso ordinario, se refería al proceso de conocimiento, mientras que si se aludía al proceso sumario o de menor cuantía, se refería al proceso abreviado.

Resumiendo, si la causa no contase con carril propio pero se tratase de un tema urgente, la vía idónea será la sumarísima; empero, si no fuese urgente, queda siempre la duda –si es que la cuantía no lo define– de si le corresponde el proceso abreviado o el extenso de conocimiento. Como dijimos al inicio, se deja –no sin cierto

peligro– en manos del juez evaluar si la causa es mediana o sumamente compleja para inclinarse por la vía abreviada o por la de conocimiento, respectivamente.

Para terminar, se ha dicho que entre los casos sin vía procedimental propia están la extinción de hipoteca y del usufructo, la reivindicación y la excesiva onerosidad de la prestación como materias que se podrán tramitar o en el carril abreviado o en el de conocimiento según la cuantía (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 627).

10. LOS DEMÁS QUE LA LEY SEÑALE

El inciso en estudio es claro en dejar abierta la puerta a que el mismo CPC u otros dispositivos normativos determinen que ciertas causas se puedan ventilar en la vía abreviada. El propio Código ha establecido, a través de su cuarta disposición final, algunas pretensiones que deben tramitarse bajo este carril. Entre estos casos en los que la propia ley reserva esta vía tenemos:

Del Código Civil

- Conforme al artículo 16, la demanda en contra de la interceptación o divulgación, sin asentimiento del autor o destinatario, de la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar.
- De conformidad con el artículo 26, la exigencia de cesación del hecho violatorio y la indemnización correspondiente, en el caso en que no se designe a una persona por su nombre.
- Según el artículo 28, el pedido por parte del perjudicado, acerca de la usurpación de su nombre para la cesación y la indemnización respectiva.
- Conforme al artículo 31, la impugnación por parte de la persona perjudicada por un cambio o adición de nombre.
- Según el artículo 92, la impugnación por parte de los asociados de los acuerdos que violen la disposiciones legales o estatutarias, que, como ya se sabe, fue materia del V Pleno Casatorio Civil, donde se impidió el acudir a la vía nulificatoria negocial de conocimiento para estos casos.
- Conforme al artículo 297, el pedido, en caso de hallarse en vigencia el régimen de sociedad de gananciales, de cualquiera de los cónyuges para que dicho régimen se sustituya por el de separación de patrimonios.
- De conformidad con el artículo 329, el pedido por el cónyuge agraviado para el cambio de régimen al de separación, cuando el otro ha abusado de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa.

- Según el artículo 463, los supuestos en los que los padres pueden ser privados de la patria potestad.
- Por mandato del artículo 465, el pedido de autorización judicial para que los hijos, por causas graves, vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona.
- Conforme al artículo 471, la pretensión de un padre al cual se ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, para su restitución cuando cesen las causas que la determinaron.
- De conformidad con el artículo 539, el pedido del tutor de su retribución teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada periodo.
- Según el inciso 5 del artículo 796, el pedido de parte debidamente fundamentada para la remoción judicial del cargo de albacea.
- En virtud del artículo 850, la petición de cualquiera de los herederos para la partición total o parcial de los bienes hereditarios antes del vencimiento del plazo de indivisión, si sobreviniesen circunstancias graves que la justifiquen.
- Según el artículo 854, la solicitud de la partición judicial de la herencia en caso de no existir régimen de indivisión.
- Conforme al artículo 855, la solicitud de partición judicial cuando hubiere heredero incapaz, a petición de su representante; o cuando hubiese heredero declarado ausente, a solicitud de las personas a quienes se haya dado posesión temporal de sus bienes.
- De conformidad con el artículo 952, los pedidos de usucapión, lo cual concuerda con el inciso 2 del artículo 486 del CPC.
- Según el artículo 984, el pedido de algunos de los copropietarios o el acreedor de cualquiera de ellos para que los copropietarios procedan a hacer partición, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición.

De la Ley General de Sociedades

En este rubro hay que tener en cuenta que la vigente Ley General de Sociedades - Ley N° 26887 data del año 1997, por lo que, al ser posterior al CPC, las materias originales previstas para este carril variaron, siendo ahora tales:

- Conforme al artículo 35, la demanda de nulidad del pacto social.

- Según el artículo 76, el pedido de cualquier accionista para que se compruebe judicialmente la valorización mediante operación pericial, en caso de que dentro del plazo de sesenta días contado desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital, el directorio no hubiese revisado la valorización de los aportes no dinerarios.
- Por mandato de los artículos 139 y 143, la impugnación de los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad; al igual que la impugnación de los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el CC.
- Según los artículos 274 y 275, la oposición por parte del acreedor de un socio con crédito vencido contra el acuerdo de prórroga de la sociedad.
- De conformidad con los artículos 276 y 293, la oposición por parte del socio excluido por acuerdo de la mayoría; y también la exclusión de uno de los socios en caso de ser solo dos.
- Según el artículo 343, la pretensión judicial de nulidad contra una transformación inscrita en el Registro.
- Conforme al artículo 365, la pretensión judicial de nulidad contra una fusión inscrita en el Registro.
- De conformidad con el artículo 424, el pedido de terceros y, cuando proceda, de la sociedad y de los socios, contra la sociedad, los administradores y, cuando sea el caso, contra los socios, por las responsabilidades por el incumplimiento de las respectivas obligaciones así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios, causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros.
- Según la décima disposición transitoria, la oposición por parte de cualquier socio, administrador o acreedor de la sociedad para la inaplicación de la presunción de extinción de toda sociedad mercantil o civil que no ha inscrito acto societario alguno en los diez años precedentes a la publicación de esta ley.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y Derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión,* vol. I. Madrid: Civitas; AMAYA AYALA, Leoni Raúl (2006): "Derecho de retracto". En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* vol. VIII. Lima: Gaceta Jurídica; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso.* Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; GÓMEZ SÁNCHEZ, Jesús (2002): *La ejecución civil (aAspectos teóricos y prácticos del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil).* Madrid: Dykinson; GONZÁLES GONZÁLES, Melquiades (1866): *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia.* Madrid: Imprenta de Manuel Galiano; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ MENUDO, Francisco; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio (2006): *La expropiación forzosa.* Valladolid: Lex Nova; NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo (1990): *La tercería de prelación o de mejor derecho y de preferencia para el pago.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones, los contratos en particular y las obligaciones no contractuales,* 10ª ed., vol. II. Barcelona: José María Bosch: ALPA, Guido (2001): *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones.* Traducido por Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho Romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; AREAN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales,* 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista Editores; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho Romano clásico,* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas, Derechos Reales y posesión.* Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.* 4ª ed., vol. III. Madrid: Civitas; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la responsabilidad civil,* 6ª ed. Lima: Rodhas; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos

Aires: Estudio. GONZALES BARRÓN, Günther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil - Derechos reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones.* Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes.* Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; PODETTI, Ramiro J. (1949): *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral - Tratado de la tercería.* Buenos Aires: Ediar; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales - Bienes - Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001): *Elementos de la responsabilidad civil - Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual.* Lima: Grijley; TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil.* Bogotá: Temis; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Mediante la rectificación de áreas y linderos no puede lograrse la restitución del área de predio ***(Cas. N° 2455-2012-Cajamarca).***

Mediante la tercería no se puede levantar asientos registrales que no tienen conexión con el embargo ***(Cas. N° 2045-2012-Piura).***

Que el bien este identificado no es un requisito de procedencia, sino de fondo en la reivindicación ***(Cas. N° 3409-2012-Huánuco).***

No debe exigirse para que proceda la tercería que el derecho que invoca el actor esté libre de todo cuestionamiento ***(Cas. N° 3321-2011-Lima).***

La tercería de propiedad se encuentra sometida expresamente a las normas del proceso abreviado, en tanto que, la cancelación del asiento registral por caducidad, debido a su complejidad y naturaleza jurídica le correspondía sustanciarse con sujeción a las normas del proceso de conocimiento; que, en consecuencia, como se trata de pretensiones sometidas a distintas clases de procedimientos, su acumulación resulta incompatible y en todo caso debió tramitarse por la vía del proceso de conocimiento, de mayor amplitud en sus términos y no por la vía abreviada de términos cortos que naturalmente limitan el derecho de defensa ***(Cas. N° 1064-2000-Puno).***

Artículo 487 | Fijación del proceso por el juez

En el caso del inciso 8 del artículo 486, la resolución que declara aplicable el proceso abreviado, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 486 inc. 8.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Ya se mostró que el inciso 8 del artículo 486 del CPC prescribe que se tramitarán en la vía abreviada las causas que no tengan una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el juez considere atendible su empleo.

El artículo en análisis refiere que en estos casos será el juez quien determine si corresponde evaluar la causa en la vía abreviada. Hasta allí el asunto es adecuado y entendible, pero lo controvertible es que la resolución que emita el juez en ese sentido tenga el carácter de inimpugnable, porque discute los fundamentos del debido proceso y las bases de un Estado de derecho, pero también porque el prescribir que dicha resolución se declare sin citación del demandado, se torna en un supuesto de difícil ocurrencia real.

La concesión de este poder al juez, si bien su intención no es nociva por los beneficios que persigue, se torna en sumamente discutible por los riesgos que entraña, máxime sabiendo que la confianza de la población en el Poder Judicial entre nosotros no es la mejor. Se trata, en suma del mismo problema que se genera con la regulación prevista en el artículo 549 del Código referido en los mismos términos para el proceso sumarísimo.

2. LA DISCUTIBLE INIMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN

Se ha dicho que la vía procedimental hay que entenderla como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 630), (este podría ser el sustento de por qué a través de la Ley N° 30293 se modificó el art. 424 del CPC referido al contenido de la demanda y de donde se eliminó la exigencia de señalamiento de la vía procedimental).

Es decir, la fijación de la vía procedimental sería más bien un asunto reservado finalmente para la judicatura. Se trataría, entonces, de una atribución concedida al juez, la cual hay que entenderla bajo el concepto publicístico que guía al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 631).

Así, no parece atendible que pueda aplicarse la vía abreviada a las causas que no tengan vía propia o que sean inapreciables en dinero o con duda en su monto o por su naturaleza, porque se podrían iniciar casos complejos o de necesidad probatoria abundante bajo este carril, so pretexto de su naturaleza o bajo cualquier otro motivo, perjudicando al justiciable que necesita contar con más tiempo para hacerse de los medios de prueba suficientes para su defensa.

Toda resolución debiera ser susceptible de impugnación o revisión pues la regla general en materia procesal es la doble instancia, a tal punto que se trata de un principio del derecho procesal actual, contemplado para nosotros en el inciso 6 del artículo 139 de la Carta Magna, por lo que la inimpugnabilidad, si se la usa, debiera ser siempre de modo muy excepcional.

En efecto, la segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable, o en todo caso constituye un predominio de la razón sobre la autoridad, por ello la técnica legislativa procesal debe asegurar que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor dispendio posible de energías (a ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia) (COUTURE, 1958: p. 172).

Como sustento de la doble instancia tenemos que el tribunal de apelación ofrece una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procura la uniformidad de criterio (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 335), y ello debido al número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de estos, pero también por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquellas no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos, con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la resolución de primera instancia (ALSINA, 1956: p. 132).

Al respecto se podrá argüir que para asegurar una adecuada labor judicial basta con que la decisión sea debidamente motivada. Pero justamente allí está el contrasentido. La finalidad de que nuestro ordenamiento exija una debida motivación de las actuaciones judiciales es precisamente para un adecuado control de su juridicidad por parte del justiciable a través de los medios de impugnación pertinentes. Ciertamente, a decir de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2001: p. 270), la finalidad de la

exigencia de motivación es doble, pues por un lado permite al ciudadano conocer las razones de la resolución y, por otro, se persigue garantizar su eventual control jurisdiccional a través del sistema de medios impugnatorios.

En otras palabras, ¿qué podría pasar si el juez no motiva debidamente la resolución que abre el carril abreviado a una causa sin vía propia?, pues absolutamente nada, porque es inimpugnable.

Pero, además de contravenir el principio de pluralidad de instancias, la profesora Eugenia ARIANO (2003: p. 153) ha mostrado con claridad que un tratamiento como el presente contraviene al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política que manda que nadie poder sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos.

Ciertamente, de la mano del inciso 1 del artículo 51 del CPC –que dispone que el juez está facultado para adaptar la demanda a la vía que considere apropiada, siempre que sea atendible su adaptación– se asegura que el artículo bajo comentario atenta contra el preestablecimiento del proceso original y del juez natural, por lo que se puede concluir en que esta disposición concede un poder incontrolado e incontrolable al juzgador (ARIANO DEHO, 2003: p. 162).

Y como se recuerda bien, el juez natural es un principio fundamental de la organización judicial por el cual la distribución de la jurisdicción la establece la ley y no puede modificarse más que por ella, por lo que cualquier controversia, abstractamente considerada, o sea, antes de que surja efectivamente, pertenece a un determinado juez –y a una determinada vía–, de los cuales no puede desviarse al litigante (CHIOVENDA, 1922: p. 464).

En este caso puntual la vulneración no es tanto por el juez que debe conocer la causa sino por la vía procesal en la que debe tramitársela, que como tal debe estar prestablecida en la ley. Así, es totalmente posible que un juzgador abuse de este poder y pretenda tramitar en la vía abreviada una causa que requiere un trámite plenario y amplio, sea por la amplitud de sus fases o por la mejor posibilidad de ofrecimiento de pruebas y preparación de la defensa, perjudicando al justiciable.

3. LA CUESTIONABLE AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DEL DEMANDADO

Pero el cuestionamiento no queda ahí, sino que el asunto es más complicado porque el artículo en comentario manda que la resolución se emita sin la participación del demandado. Al respecto, nos parece que si bien el espíritu del artículo, consistente en evitar dilaciones malintencionadas, era entendible al momento de la dación del CPC –por la influencia del derogado Código de Procedimientos Civiles–, no lo es del todo en la época actual, donde los cánones procesales se han modificado y perfeccionado, respecto al modelo antiguo.

Con lo dicho tenemos que la ausencia de citación al demandado –aunado a la inimpugnabilidad– es expresión de lo máximo en términos de violación de las garantías para las partes, especialmente para el demandado (ARIANO DEHO, 2003: p. 162).

Sin embargo, no está de más precisar y compartir la idea consistente en que, si partimos de recordar que en el auto de admisión de la demanda se establece el camino procesal, a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, pues el emplazamiento del demandado contiene la notificación, entre otros, del auto de admisión de la demanda en el que justamente aparece la vía procedimental que se utilizará para la discusión del caso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 631).

En una palabra, el supuesto de que se determine la vía procedimental abreviada como la correcta para la controversia sin que el demandado se llegue a enterar de ello, es un supuesto de inverosímil acontecimiento, al menos formalmente, pues hasta en los casos de rebeldía el demandado está correctamente notificado con la resolución en cuestión.

4. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN CARRIL ORDINARIO

La profesora Eugenia ARIANO (2003: pp. 155 y 159) enseña que en el anterior Código de Procedimientos Civiles, como es natural, la vía regular o común era el proceso ordinario y la vía excepcional era el proceso de menor cuantía, quedando en claro que la ley no dejaba ninguna posibilidad de adaptación por parte del juez, pues era la propia ley la que decidía el trámite. En una palabra, el proceso ordinario era el proceso para las causas de mayor cuantía, así como el proceso común cuando la causa no tuviera una tramitación especial.

Eugenia ARIANO (2003: pp. 157-158) muestra también que el artículo 303 del derogado Código establecía claramente que contra el auto del juez que resolvía que la causa era de mayor cuantía, no se concedía recurso alguno. Es decir, era posible que un juicio especial como el de menor cuantía sí fuese tramitado en una vía mayor como la ordinaria, y allí no cabía impugnación. En cambio, si se había seguido como proceso de menor cuantía el que debía ser ordinario, era posible su anulación total a pedido de parte, conforme al artículo 304 del abrogado Código. La lógica de este esquema es indudable, el exceso de facultades de trámites no impide que las actuaciones sean válidas; en cambio, el defecto de trámite y la insuficiencia de los plazos, es causa justificativa para rehacer el procedimiento.

Por lo anotado, entonces, concordamos plenamente con la profesora ARIANO (2003: p. 158) quien ha sido muy clara al apoyar este tratamiento, donde el

legislador apostó por el interés del justiciable de modo que si se exageraba la cuantía yendo al ordinario, el proceso era plenamente válido (y el actor tenía que cubrir al demandado las mayores costas); en cambio, si se minimizaba la cuantía yendo por el sumario, se exponía a que el demandado pidiera la nulidad de todo el proceso en cualquier estadio de la tramitación.

En una palabra, pese a que en la tercera disposición final del Código se señala que, salvo que se establezca una vía procedimental distinta, debe entenderse que toda alusión o mención legal a juicio, procedimiento o proceso ordinario, se refiera al proceso de conocimiento, mientras que si se alude al proceso sumario o de menor cuantía, se refiere al proceso abreviado; la verdad es que el problema radica en que nuestro Código utiliza tres carriles y en los tres es posible la adecuación por parte del juez, y no se ha establecido mecanismos de cuestionamiento para el caso en que el juzgador abuse de este poder.

5. LOS MECANISMOS DE DISCUSIÓN DE LA RESOLUCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 487

Las medidas existentes antiguamente para solucionar un caso en donde se sustanciaba una causa en una vía que no le correspondía eran la nulidad y la excepción de naturaleza de juicio. Habría que revisar en qué medida ello sería viable para un caso actual.

Con la nulidad se cuestionaba la validez de la resolución que determinaba el carril por el cual se sustanciaría la causa. Lamentablemente hoy en día ello no es posible, porque el ámbito de utilización de la nulidad se ha cerrado notoriamente, debido a los efectos nocivos en su excesivo, malintencionado y abusivo uso bajo el amparo del sistema anterior.

Entonces, actualmente si en el auto de admisión el juez decretase que la vía es la abreviada, queda claro que el justiciable no podrá impugnar, pero ¿será posible interponer una nulidad contra dicha resolución? Parece que ello no es hacedero porque, en primer término, nuestro CPC ha establecido que los medios impugnatorios contienen los pedidos de nulidad, por lo que si se presentase una nulidad de un auto de admisión, el juez la podría rechazar de plano por tratarse de un medio impugnatorio encubierto. En segundo lugar, como el juez ya decretó cuál es la vía idónea, quien va a resolver finalmente la nulidad va a ser el propio juez, y es bastante probable que resuelva tal y como declaró en un inicio, manteniendo su propia tendencia. Y, en tercer lugar, insistimos en que es altamente probable que se rechace de plano la nulidad, porque, además, esta, para ser resuelta, requiere de traslado a la contraparte, y, según el artículo en estudio, el demandado no debe participar en esta decisión, por tanto, *a fortiori*, no podrá cuestionarla.

Así las cosas, presentada la nulidad que cuestiona la determinación de la vía abreviada para el proceso en evaluación de admisión, el juez la rechazará, incluso contando con "debida motivación". Y si alguien luego quisiera impugnar este auto se tropezará con una de las más grandes extrañezas de nuestro Código –resultado de un rezago anacrónico y asistemático– como es la prohibición de impugnación de las resoluciones que resuelven articulaciones procesales, plasmada en el artículo 365, inciso 2, de nuestro Código adjetivo.

Desde otra óptica, la idea de que exista una excepción de naturaleza de juicio (como se denominaba en los viejos Códigos de Procedimientos Penales y de Procedimientos Civiles), consistente en que se podía discutir la vía a través de la cual se empezaba el trámite, no es del todo descabellada. Evidentemente en el antiguo esquema procesal esa excepción no era de mucha ayuda (cfr. ARIANO DEHO, 2003: p. 156) pues, como ya se anotó, el proceso común era el ordinario, y solamente se tramitaban en el de menor cuantía o en alguna vía especial, algunos supuestos puntuales, y todo lo demás tenía que verse en la vía de mayor cuantía que era la común.

Pero para la regulación actual, estimamos que, en tanto no se clarifique el tratamiento vigente, dicha excepción sería de suma utilidad para los justiciables. Piénsese, por ejemplo, en un caso en donde no se cuenta con una vía propia pero donde la dificultad probatoria es patente, y el juez decide iniciar el proceso en una vía abreviada. Por ejemplo, es posible que una nulidad de acto jurídico, causa que se suele tramitar como proceso de conocimiento, pueda estar acompañada de una gran cantidad de medios probatorios y admitida en una vía abreviada. Evidentemente a la contraparte, para conseguir los medios de prueba suficientes para rebatir los propuestos por el accionante le podría tomar más tiempo que el concedido por el legislador para el proceso abreviado.

Dicho de otra manera, con la regulación actual es totalmente factible que un juez dictamine que, por ejemplo, una causa de "anulabilidad" de acto jurídico se tramite en la vía abreviada por estimarlo de esa manera, sin que le quede opción al justiciable de cuestionar tal decisión, lo cual, evidentemente se constituye en un claro atentado contra el derecho de contradicción, además de ser un supuesto de disposición inconstitucional (cfr. ARIANO DEHO, 2003: p. 163).

6. LA NOCIVIDAD DEL ARTÍCULO EXAMINADO

Eugenia ARIANO (2003: p. 162) insiste en que con esta regulación se ha dado excesivo poder al juez para poder decidir liminarmente si somete a las partes a tal o cual vía procesal, y ello sin que las partes puedan oponerse ni antes ni después, afirmación cuya evidencia cae por su propio peso, después de todo lo mostrado.

En fin, y aunque el artículo no esté pensado de ese modo, lo dicho también podría repercutir en contra del demandante. Por ejemplo, si postula su demanda en la vía de conocimiento porque considera que ese carril, por su largueza, es el idóneo y el juez la admite pero en vía abreviada, también las puertas de la impugnación están cerradas para él. Pensar de modo distinto, generaría un tratamiento discriminatorio que nuestro mismo Código prohíbe en su artículo VI.

Hay que aclarar, para ir terminando, que con la modificatoria introducida al artículo 424 por la Ley N° 30293, en virtud de la cual se suprime el inciso donde se exigía señalar en el escrito de demanda la vía procedimental para la causa, aparentemente se ha solucionado el problema creando sistematicidad, pero en la realidad este nuevo tratamiento no ha hecho sino acentuar la indefensión de los justiciables en este rubro, pues antes por lo menos podían proponer la vía procesal idónea, ahora ni siquiera ello pueden hacer.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista Editores; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

Artículo 488 | **Competencia**

Son competentes para conocer los procesos abreviados los jueces civiles, los de paz letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los juzgados de paz letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, los jueces civiles. (*)

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 10.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 488 nos da las pautas para la competencia en las causas a ventilarse en un proceso abreviado. Para su estudio empezaremos por un breve análisis crítico de la competencia como componente de envergadura de la administración de justicia, y terminaremos con una revisión de la competencia prevista por él.

Este artículo desde su origen reservaba la vía abreviada para los jueces civiles y los jueces de paz letrado. Sin embargo, a través del artículo 3 de la Ley N° 27155 del 11 de julio de 1999, fue modificado de manera tal que se agregó la salvedad de la competencia en aquellos casos en que la ley atribuyese su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales; desde entonces la vía abreviada ya no es exclusiva de los jueces civiles y de paz letrado, sino que la ley puede reconocer competencia en este vía a otros magistrados.

Por último, a través del artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29 junio 2007, se modificó la cuantía de modo que los juzgados de paz letrado son ahora competentes cuando la cuantía de la pretensión sea mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; y serán competentes los jueces civiles cuando supere las quinientas URP.

2. LA COMPETENCIA Y SU FUNDAMENTO

Al interior del texto constitucional, más exactamente en el inciso 1 del artículo 139, se consagra un principio conocido como el de unidad jurisdiccional.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

En virtud de este principio se entiende que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Sin embargo, el acogimiento y establecimiento de este principio no impide la existencia, dentro de la organización judicial, de tribunales con jurisdicción para conocer determinadas materias.

Es de agregar, sin embargo, que este dogma está seriamente discutido desde hace algunos años. Por ejemplo, para nosotros al lado de la jurisdicción judicial está la jurisdicción militar y la arbitral (cfr. ROCCO, 2005: p. 57 y ss.) y ello por expreso mandato constitucional (art. 139). Sin embargo, también por disposición constitucional, tendrían jurisdicción en el Perú el Tribunal Constitucional (art. 202) y las Comunidades campesinas (art. 149). A esto se puede agregar el discutido tema de la llamada jurisdicción administrativa enarbolada por los tribunales administrativos nacionales que solucionan controversias en sus respectivas esferas temáticas como son los de Indecopi, Osiptel, Osinergmin, Fiscal, Registral, etc.

Ahora bien, al interior del Poder Judicial se hace necesario que existan divisiones en cuanto a la labor de administrar justicia, por diversos aspectos. Uno de ellos es que en la práctica sería imposible que un juzgado conozca y resuelva absolutamente todos los casos, motivo por el cual es menester contar cada vez con mayor número de juzgados (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 334). Pero, adicionalmente a ello, es indispensable que existan juzgados ubicados y divididos por diversas materias, pues es obvio que un juzgador no podrá conocer a profundidad todas las áreas jurídicas.

Ciertamente, el desarrollo del Estado moderno ha impuesto la división del trabajo en la administración de la justicia, lo que ha generado una división en ramas jurisdiccionales (por ejemplo, civil, penal, laboral, etc.), y en cada una de estas, la creación de una pluralidad de jueces, a quienes se ha confiado la resolución de múltiples causas. De ahí que si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces, sin embargo su ejercicio es indispensable reglamentarlo dentro de cada rama jurisdiccional. Esta es la función que desempeña la competencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 99).

Así, la competencia puede ser entendida como la aptitud procesal de un ente para asumir el conocimiento de una causa específica sometida al poder estatal a efectos de su resolución.

Con ello tenemos que el fundamento y razón de ser de la competencia no es otro que la necesidad de especialización (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: pp. 62 y 66). Así como los abogados –sea en el litigio, en la vida académica o, en general, en la vida profesional– manejan con mayor calidad un área determinada del saber jurídico, del mismo modo los jueces se van preparando para ser especialistas en tal o cual rama del Derecho, hecho que, evidentemente, eleva la posibilidad de mejores

resultados en la administración de justicia. Por consiguiente, siempre que en un orden jurisdiccional existan varios órganos se impone la exigencia de delimitar la esfera de competencia de cada uno de ellos (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 95).

Lamentablemente, todo este razonar discute seriamente que aún existan dentro del Poder Judicial juzgados mixtos, o sea aquellos que ven absolutamente todas las materias, los cuales si bien se pueden justificar por un tema práctico, son totalmente inaceptables desde una perspectiva de calidad en la administración de justicia. Peor todavía es el caso de Salas que conocen diversas causas como acontece con Salas Civiles que ven además temas laborales, constitucionales, contenciosos administrativos, etc., y en fin, mucho peor aún lo es el de las llamadas Salas Mixtas, donde se evalúa absolutamente todas las materias posibles, y por lo habitual en segunda instancia.

3. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La competencia es uno de los presupuestos procesales y se la entiende como una parte de la jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella.

La competencia, como potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano (ROCCO, 2005: p. 29), puede ser absoluta o relativa. Será absoluta o improrrogable cuando su observancia se torna en irrestricta e ineludible, en cambio será relativa cuando su observancia no sea rígida pudiendo las partes prorrogarla. Con ello, se suele determinar a la competencia por diversos rubros, los cuales refieren la materia, la cuantía, el territorio, la función, la conexión y el turno.

Por materia, se trata de una especie de competencia absoluta pues tiene carácter definitivo e inmodificable, aun por las partes y se determina por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que la regulan

Por cuantía, se toma en consideración el monto de las pretensiones procesales que se plantean en la demanda; por un lado, para determinar el juez que debe conocer la demanda, y por otro, para establecer el procedimiento en que se debe substanciar el asunto. También es un supuesto de competencia absoluta.

Por territorio, se refiere al ámbito territorial donde va a ejercer su función jurisdiccional el titular de la decisión. En este caso se trata de una competencia relativa, pues este tipo de competencia ha sido prevista para economía de las partes, por lo que puede ser prorrogada.

Por función o razón de grado, se trata, primero, de la competencia que tiene que ver con la jerarquía de los organismos jurisdiccionales. Por lo que, si por la naturaleza de la pretensión u otra análoga, no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, el asunto es de competencia del juez civil. Es un tipo de competencia absoluta.

Por razón de conexión con otros procesos, en este tipo de competencia se toma en consideración la conexidad que existe entre las pretensiones procesales, donde está de por medio la economía procesal y la unidad de criterio. Al respecto, propiamente la conexión no es un factor de competencia ni un criterio para determinarla, sino una razón para modificada o extenderla a casos para los cuales no la tiene el juez, individual o separadamente. Gracias a ella un juez que no es competente para una causa o para algunas de las pretensiones formuladas en una demanda, o en excepciones o reconvenciones presentadas en el mismo juicio, puede conocer de ellas, en virtud de su acumulación a otras que sí le corresponden. La conexión no puede modificar la competencia cuando la Ley la ha asignado con el carácter de privativa o improrrogable, ni cuando las diversas pretensiones o los varios procesos no son acumulables (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 121).

Por razón de turno, es un criterio para fijar la competencia de juzgados y salas de igual jerarquía y que tienen la misma competencia por razón de la materia, territorio y cuantía.

4. EXAMEN DE LA COMPETENCIA PARA LOS PROCESOS ABREVIADOS

El artículo en comentario, luego de haberse establecido claramente las materias que se pueden ventilar por el carril del proceso contencioso abreviado, se dedica a señalar que la competencia de estas causas está reservada, salvo algunas excepciones legales puntuales, para los juzgados civiles y de paz letrado.

Como anticipamos al inicio de este comentario, el artículo bajo examen reservaba desde su origen el carril abreviado a los jueces civiles y los jueces de paz letrado. Pero fue por el artículo 3 de la Ley N° 27155 del 11 de julio de 1999 que se lo modificó de manera tal que se agregó la salvedad de la competencia en aquellos casos en que la ley atribuyese su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Es decir, si en un inicio la competencia era exclusiva de los jueces civiles y de los jueces paz letrado, ahora es permisible que a través de una ley se reconozca competencia en este vía a otros magistrados. Finalmente, por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29 junio 2007, se modificó la cuantía de modo que los juzgados de paz letrado son competentes cuando la cuantía de la pretensión sea entre 100 y hasta 500 Unidades de Referencia Procesal, mientras que los juzgados civiles serán competentes cuando se supere estas 500 URP.

Ahora bien, propiamente las materias a ventilarse en el carril abreviado están fijadas en el artículo 486.

Para el caso del inciso 1, como se puede apreciar, el retracto es un tema eminentemente civil y susceptible de contar con más de una cuantía, motivo por el cual es viable la competencia o de un juez civil o de uno de paz letrado según el monto de la cuantía.

No parece suceder lo mismo para el caso del título supletorio, la prescripción adquisitiva y la rectificación de áreas o linderos, previstos en el inciso 2, en donde, a nuestro parecer, el único competente sería siempre el juez civil, pues al tratarse de temas de puro derecho no se laboraría a base de una cuantía.

En el caso del inciso 3, referido a la responsabilidad civil de los jueces, si bien es un tema civil, y por ende, de competencia de un magistrado civil, por la cuantía podría ser de conocimiento de un juez de paz letrado. Ahora bien, por un tema de mantenimiento de la independencia judicial, somos de la idea de que si la responsabilidad es de un juez especializado, su caso no podría ser evaluado por un juez de paz letrado, incluso siendo la cuantía menor o igual a las 500 URP, pues, como antelamos, se podría trastocar la autonomía del juez de paz letrado, desde que jerárquicamente está un escalón por debajo del juez especializado. El mismo raciocinio debiera aplicarse para todo magistrado superior respecto de su inferior.

En el caso de la expropiación, regulado en el inciso 4, la competencia sí podría diferenciarse por la cuantía, aunque la realidad enseña que es altamente probable que el bien expropiado supere con amplitud las 500 URP, motivo por el cual, por lo general será competente el juzgador civil, antes que el magistrado de paz letrado.

La tercería prevista en el inciso 5 también podría dar lugar a una diferenciación de competencia por la cuantía, de tal modo que tanto el juez de paz letrado como el civil podrían ser competentes según el monto en discusión.

Para el caso del inciso 6, referido a la impugnación de acto o resolución administrativa, estimamos que la competencia no sería viable de distribución por cuantía, ya que la nulidad del acto administrativo refiere más un tema de puro derecho que de facto. En esa orientación, no podríamos hablar de competencia del juez de paz letrado. Más bien, la competencia se debería determinar por grado, pues tendría que ver con el nivel del ente administrativo que emite el acto cuestionado.

El inciso 7 refiere la tramitación en vía abreviada de la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal. Como ya se conoce, los juzgados de paz letrados serán competentes cuando la cuantía sea mayor de cien y hasta quinientas URP, en tanto que cuando supere este monto, la competencia será de los jueces civiles.

Por último, el inciso 8 refiere las causas que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el juez considere atendible su empleo. Cuando estemos ante los supuestos de falta de vía procedimental propia o por la naturaleza de la pretensión, será viable dividir la competencia entre jueces civiles y jueces de paz letrado según la cuantía de lo pretendido. En cambio, para el hipotético en que la pretensión sea inapreciable en dinero o haya duda sobre su monto, la reserva de la competencia corresponderá a los juzgados civiles.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado. En ese sentido, se aprecia que existe una vía procedimental determinada de manera expresa por la ley y de carácter imperativo, Lo que la constituye como norma de orden público; por lo que su incumplimiento afecta al sistema jurídico, dirigido al desarrollo del proceso conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico; que permite otorgar al justiciable la seguridad de que un procedimiento determinado se desarrolle bajo los cauces y respeto de la normatividad vigente, asegurando la expedición de sentencias en justicia ***(Cas. Nº 1774-2004-San Martín).***

Artículo 489 | Normativa supletoria

Es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 424 a 474; 476.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los defectos en la redacción de las disposiciones jurídicas que conlleva a problemas interpretativos serios lo constituye la redundancia (cfr. NINO, 1991: p. 279 y ss.) que consiste en que más de un dispositivo regula de modo muy similar o idéntico el mismo supuesto de hecho, generando una consecuencia jurídica equivalente. Cuando ambas normas son absolutamente idénticas, las dificultades se diluyen, pero cuando entre ambas hay alguna diferencia, las dificultades se acrecientan. No hay que olvidar que la norma procesal mantiene las características de generalidad y abstracción, en virtud de las cuales, respectivamente, ordena un comportamiento a todos los individuos y no a uno en particular, y no regulan eventos ya ocurridos, sino a supuestos que se pueden presentar en la realidad (CALAMANDREI, 1973: p. 122).

Entre los problemas de índole interpretativa que genera la redundancia están, por ejemplo, el no saber a ciencia cierta si la norma posterior ha derogado tácitamente o no a la anterior, bajo el criterio de temporalidad, pues se está regulando la materia prevista por la primera norma; o en su defecto, el desconocer cuál de ellas se preferirá a la otra bajo el criterio de especialidad (BOBBIO, 2013: p. 180 y ss.).

Justamente para intentar superar este inconveniente es que existen las normas de reenvío, que no son sino aquellas que, a fin de evitar una repetición de la regulación, remiten al operador jurídico a una regulación previamente establecida en otra disposición, que por lo habitual se encuentra en el mismo cuerpo normativo, pero que no hay impedimento en que se reenvíe a un dispositivo obrante en otra ley.

El caso del artículo 489 es justamente uno de esos supuestos, aunque su función final está referido a la integración normativa en el ámbito procesal, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la ley instrumental, pues, mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. La norma en comentario es un ejemplo de la llamada

autointegración normativa, porque la recurrencia se hace al texto de la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 aplicable al procedimiento de conocimiento para suplir el vacío en la regulación del procedimiento abreviado (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 634).

2. EL REENVÍO AL ARTÍCULO 476

Al igual que para el proceso sumarísimo conforme al artículo 548, en el caso que nos ocupa, el artículo 489 cumple también con remitirnos al artículo 476 del Código, el cual se refiere a los requisitos de la actividad procesal y en su tenor se puede leer que: "El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto". Sin embargo, hace la salvedad de las modificaciones previstas para el proceso abreviado.

La Sección Cuarta es la referida a la postulación del proceso, por tanto, todo lo allí prescrito debe respetarse en el proceso abreviado que, como se señaló, es un trámite mediano pero que mantiene las etapas suficientes para evitar un menoscabo el debido proceso, y generar con ello indefensión.

3. LA REGULACIÓN DE LA POSTULACIÓN DEL PROCESO APLICABLE A LA VÍA ABREVIADA

Con todo lo anotado y revisando detalladamente la regulación de la fase postulatoria, diremos que es aplicable al proceso abreviado lo referido a los requisitos de la demanda y sus anexos regulados en los artículos 424 y 425 respectivamente. Al respecto hay que tener presente que por mandato del artículo 491, inciso 5, la contestación de la demanda debe hacerse dentro de los diez días contados desde su notificación.

Entre tanto para el caso de las tachas u oposiciones el plazo será de tres días contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos, de conformidad con el artículo 491, inciso 1.

El original inciso 9 del artículo 424 que exigía precisar la vía procesal en la que se tramitaría la demanda y que en este caso correspondía a la abreviada, ha quedado en el pasado con la modificatoria introducida por la Ley N° 30293 en diciembre de 2014.

Por otro lado tenemos que la regulación prevista para la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, previstas en los artículos 426 y 427 respectivamente, también es de usanza en la vía abreviada. Sin embargo, a diferencia de lo que acontece con el proceso sumarísimo (conforme al art. 551), en la vía abreviada, en caso de que el juez declare inadmisible la demanda, no se precisa

el plazo para que el demandante subsane la omisión o defecto, ni tampoco el apercibimiento ni mucho menos la característica de dicha resolución. No obstante, la casuística enseña que es el juez quien, dependiendo de la magnitud del defecto, concede un plazo prudencial para su subsanación y en caso de incumplimiento, evidentemente, se archiva el expediente ordenándose la devolución de los anexos presentados. Y al no haber prohibición expresa, la resolución que declara la inadmisibilidad se entiende que es susceptible de impugnación, aunque en la práctica es más sencillo subsanar las omisiones que impugnarla, pues los plazos suelen ser similares.

Ahora bien, en lo referente al artículo 428 concerniente a la modificación y ampliación de la demanda, tenemos que ello está permitido en el proceso abreviado. Al respecto se podría decir que por un razonamiento *a pari* (vide ATIENZA, 2004: p. 102) también podría acontecer ello con la reconvención; no obstante, según el artículo 490, salvo el supuesto de la expropiación, en las demás materias específicas conocidas bajo el carril abreviado, está totalmente proscrita la reconvención.

Lo mismo sucede con el artículo 429 referido a la presentación de medios de prueba extemporáneos, es decir, a los referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda, regulación que es de total aplicación para el proceso abreviado.

El traslado de la demanda previsto en el artículo 430 es idéntico, de modo tal que si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos las medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso, pero por un lapso de diez días, según lo ordenado por el artículo 491, inciso 5.

Lo concerniente al emplazamiento y notificación del demandado o su apoderado, sea en su domicilio real, por exhorto o por edicto, así como los efectos de este emplazamiento o su nulidad por defecto en su tramitación, regulados en los artículos 431 al 439, también son de aplicación a la vía abreviada. No obstante, es menester indicar que para el caso del artículo 435 que refiere el emplazamiento del demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, el plazo del emplazamiento no será mayor de treinta días si el demandado se halla en el país, ni de cuarenta y cinco si estuviese fuera de él o se tratase de persona indeterminada o incierta, ello en virtud del artículo 492.

Como ya se anticipó, es totalmente procedente en la vía abreviada la disposición contenida en el artículo 440 que regula la probanza de los hechos no invocados en la demanda. Ergo, si al contestarse la demanda se invocasen hechos no expuestos en ella, la otra parte podrá ofrecer los medios probatorios referentes a tales hechos.

La sanción por juramento falso prevista en el artículo 441 es de total uso en el proceso abreviado. Igualmente, lo referente a la contestación de la demanda prevista entre los artículos 442 al 444, es también es aplicable al proceso abreviado.

Las excepciones y defensas previas reguladas entre los artículos 446 al 457 son de empleo también en el proceso abreviado, recordando que, por mandato del artículo 491, inciso 3 el plazo para su interposición es de cinco días contados desde la notificación de la demanda o la reconvención, según sea el caso.

Pero, además, hay que tener en cuenta que si bien el artículo 447 establece de modo general que una vez propuestas las excepciones, ellas se sustancian en un cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal, lo propio no ocurre para el caso de la vía abreviada, pues en virtud del artículo 493 –que, a su vez, nos remite al artículo 449–, el juez procederá a resolver la excepción deducida dentro de los diez días siguientes desde el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, a efectos de poder continuar con la fijación de los puntos controvertidos y la determinación de los temas que van a ser materia de prueba.

El tema de la rebeldía regulado entre los artículos 458 y 464 es plenamente aplicable al proceso abreviado, entendiendo que el plazo para contestar la demanda sin que se haga lo propio, para esta vía, es de diez días, por mandato del artículo 491, inciso 5.

La figura del saneamiento procesal previsto entre los artículos 465 y 467 es también aplicable al caso de la vía abreviada, pero con la atingencia de que dicho saneamiento se lleva a cabo en el mismo acto en que se declararon infundadas las excepciones, tal y como lo dispone el artículo 493 en concordancia con los artículos 449 y 468 de nuestro Código adjetivo.

El artículo 468 nos habla de la audiencia de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio aplicable plenamente al proceso abreviado, por la remisión expresa del artículo 493.

Por último, tenemos al juzgamiento anticipado del proceso y a la conclusión anticipada del proceso previsto en los artículos 473 y 474 respectivamente, (pues los demás artículos anteriores fueron derogados) que también son de aplicación en el proceso abreviado.

4. LA REGULACIÓN NO APLICABLE A LA VÍA ABREVIADA

Como ya se adelantó, el tema de la reconvención regulado en los artículos 443 y 445 está totalmente impedido de utilización en la vía abreviada por mandato expreso del artículo 490 para todas las causas específicas, salvo para la expropiación.

Dicho de modo más claro, el artículo 490 proscribe expresamente la utilización de la reconvención para los casos de retracto (inc. 1), título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos (inc. 2), responsabilidad civil de los jueces (inc. 3), tercería (inc. 5), e impugnación de acto o resolución administrativa (inc. 6); dejando a salvo la utilización de este instituto en las causas de expropiación (inc. 4) y en los supuestos previstos en los incisos 7, 8 y 9 referidos, respectivamente, a las pretensiones cuya estimación patrimonial sea entre 100 y 1000 URP; las que no cuenten con vía propia, sean inapreciables en dinero o dudosas en su monto o atendibles por su naturaleza; y los demás casos señalados por ley.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATIENZA, Manuel (2004): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Lima: Palestra; BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho,* 4ª ed. Traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho,* 4ª ed. Barcelona: Ariel.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercia. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed, vol. I. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil.* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil.* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

Artículo 490 | Improcedencia de la reconvención

Es improcedente la reconvención en los asuntos referidos en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 486.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 128, 445, 486 incs. 1, 2, 3, 5 y 6.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Un demandado puede guardar una postura netamente pasiva o inactiva, o, por el contrario, intervenir activamente de diversas maneras (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 211). Activamente, en un proceso judicial, el derecho de acción del demandado se puede llevar a cabo de dos modos. Uno de ellos es defendiéndose de la pretensión del demandante a través de la contestación de la demanda y con la utilización de alguna defensa permitida, como, por ejemplo, las excepciones. Pero la otra forma, además de defenderse de la demanda, consiste en interponer por su parte una nueva pretensión contra el demandado, de tal manera que respecto de esta nueva pretensión él hace las veces de demandante, y el demandante original hace las veces de demandado.

Justamente, a la demanda que efectúa el demandado contra el demandante es a lo que se conoce como *reconvención*, que como su nombre lo indica es una demanda desarrollada contra quien *conviene* a otro en juicio (CHIOVENDA, 1922: p. 690), la cual se sustenta en razones de economía procesal y equilibrio de poderes que deben reinar entre las partes procesales (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: pp. 443 y 636), pero también para evitar la multiplicidad de procesos y facilitar, con ello, la administración de justicia (ALSINA, 1958: p. 200).

Al respecto hay que señalar que es preferible que entre la nueva demanda y la original exista conexión –porque en caso contrario se podría obstaculizar el progreso de la demanda primigenia (ALSINA, 1958: p. 207)–, pero ello no siempre es así, toda vez que puede existir una *litis* reconvencional sin interdependencia (cfr. CARNELUTTI, 1950: p. 243). En este punto, es necesario precisar que se utilizan indistintamente términos como contrademanda, contrapretensión y reconvención, pero se las intenta diferenciar según el tipo de conexión que haya o no entre las pretensiones. Así, la *reconvención* sería el género, en cambio, en la *contrademanda*, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que, respecto de la misma situación de conflicto, es el demandante el que tiene una obligación incumplida para con él; por ejemplo, cuando una persona demanda

el perfeccionamiento de un contrato, habrá contrademanda si el demandado pretende su resolución. Por último, en la *contrapretensión* la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso se caracteriza porque guarda conexidad con la pretensión original del demandante (MONROY GÁLVEZ apud LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 444).

2. LA REGULACIÓN DE LA RECONVENCIÓN EN NUESTRA CODIFICACIÓN

Para nuestro ordenamiento procesal es esencial que entre la nueva demanda y la original haya conexión, y no solo eso, sino que será menester que aquella no vulnere la competencia del juez ni la vía procedimental. Ciertamente, el artículo 445 de nuestro CPC entiende que la reconvención solamente será admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. Pero además establece que será procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda, en caso contrario, será declarada improcedente. Por consiguiente, lo regulado en nuestro Código adjetivo como reconvención sería más propiamente una contrapretensión.

Y aunque nuestro Código no lo diga expresamente en este artículo, como un requisito adicional tenemos que el derecho a reconvenir de la parte demandada solo se puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda, lo que no quiere decir sino que la reconvención ha de conducirse contra el que demandó, sin la posibilidad de inclusión de tercero alguno (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 635), y ello por cuanto, la reconvención solo puede deducirse cuando se invoquen intereses propios, ya sean originarios o adquiridos y únicamente con relación al actor (ALSINA, 1958: p. 210).

Entonces, nuestro Código se pliega a la línea que exige que entre las pretensiones de la reconvención y la demanda debe existir alguna conexión o afinidad, aunque no es necesario que se originen en el mismo título que les sirve de *causa petendi,* bastando con que las pretensiones del demandado se relacionen con los hechos que sustentan la relación jurídica llevada al debate por el demandante, por ejemplo, cuando se demanda la entrega de un bien y se reconviene el pago de los gastos de conservación. Evidentemente, con mayor razón será procedente la reconvención cuando ambas pretensiones provengan de un mismo título, como es el caso de reconvenir al comprador que demanda la entrega del bien para el pago de su precio o para la resolución del contrato (DEVIS ECHANDÍA, 1966: pp. 202 y 496). Igual sería el hipotético del contratante que pide al demandado la resolución de un contrato bilateral por culpa de él y este se opone porque el contrato debe ser resuelto por culpa del primero (CARNELUTTI, 1950: p. 242).

La reconvención, como es evidente, se distingue de la excepción, pues mientras esta se limita a atacar las pretensiones del demandante, sin sacar el litigio del terreno que este le asigna en la demanda; aquella consiste en el planteamiento de un nuevo litigio y de una nueva controversia, llevando el proceso a un terreno distinto. Entonces, el demandado puede aprovechar el proceso iniciado por el demandante, para formular a su vez demanda contra este, con el fin de que se tramite simultáneamente con la suya y se decida por la misma sentencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 496).

Ergo, al ser una nueva demanda, la reconvención se la propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, y en la forma y con los requisitos previstos para ella, en lo que corresponda, tal y como manda el artículo 445 del Código instrumental.

3. EL FUNDAMENTO DE LAS LIMITANTES EN EL PROCESO ABREVIADO

Como venimos diciendo el proceso abreviado se caracteriza por contar con fases de extensión media, distinguiéndose claramente del proceso lato de conocimiento en este sentido. Y como en la tercera disposición final del Código se señala que, salvo que se establezca una vía procedimental distinta, debe entenderse que toda alusión o mención legal a juicio, procedimiento o proceso ordinario, se refiera al proceso de conocimiento, mientras que si se alude al proceso sumario o de menor cuantía, se refiere al proceso abreviado; es de entenderse que el codificador pensó en el proceso abreviado como el carril menor, y en el proceso sumarísimo como uno excepcional para casos muy urgentes.

Por tales motivos el codificador estimó necesario colocar algunas particularidades limitantes a la vía abreviada, susceptibles de aplicación solamente en un proceso de mayor amplitud. Es decir, aun contando con las partes mínimas de un trámite acorde a un esquema contradictorio actual, era indispensable suprimirle algunas características que podrían perjudicar el desarrollo de la causa cuando la actividad procesal no fuese muy compleja. O como bien se ha dicho, las pretensiones con una cuantía modesta deben ser objeto de trámites simples, mientras que las garantías deben ser incrementadas en la medida que aumenta la importancia económica de la controversia (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 877).

El carril abreviado, si bien cuenta con mayores espacios que el sumarísimo, no alcanza en plenitud al lato de conocimiento, y muestra de ello es el artículo en comentario que proscribe la utilización de la reconvención en cinco de las causales previstas expresamente para ser conocidas en esta vía.

4. LA PROHIBICIÓN DE LA RECONVENCIÓN EN LAS CAUSAS BAJO EL CARRIL ABREVIADO

En este punto, entendemos que el proceso abreviado tiende a ser más ágil que el de conocimiento, y justamente por esa agilidad y por la medianía de sus fases, y por ende, de su tramitación, el permitir la posibilidad de una reconvención perjudicaría el desarrollo de esta vía, cuya finalidad es dar solución sin mayores dilaciones como las contenidas en el proceso de conocimiento, amén de que algunas causas no gozan de mayor dificultad procesal.

En el caso de la ágil tramitación, permitir una reconvención dificultaría la tutela judicial pronta, haciendo que el justiciable que la reclamase se vea notoriamente afectado por su dilación, lo cual exigiría, al menos en la fase postulatoria, la duplicidad de tiempo para su correcta atención. Y en el caso de la débil dificultad procesal, justamente porque la causa no es de tanta complejidad, es que se torna en inviable el uso de la reconvención, la cual solamente podría usarse temerariamente para postergar la solución de un caso que no merece la pena tanta atención.

Agregaremos que si bien en casi todos los casos (excepto con mayor claridad en la responsabilidad civil de los jueces y en la expropiación) podría ser viable una reconvención, por ejemplo, de indemnización por los daños y perjuicios irrogados por el actor, lo que debe quedar bien en claro es que, incluso en esos casos, el Código proscribe taxativamente recurrir a la reconvención.

Revisaremos ahora brevemente la prohibición de la reconvención en cada una de las causales estipuladas en el artículo 490, dando unos intentos de fundamentos de por qué se impide recurrir a ella.

En el caso del *retracto* se explica la inaplicabilidad de la reconvención desde que el retrayente reclama una posición jurídica que afirma le corresponde. En tal sentido, el demandado adquirente no puede reconvenir, porque en este tipo de procesos solamente se discute si el demandante tiene o no la cualidad para subrogarse en el lugar del comprador.

Sea cual fuere la pretensión que se quisiese alcanzar con la reconvención, ella solamente podría basarse en la preferencia prelativa para ejercer el retracto, en lugar del retrayente.

Ergo, el único aparente supuesto por el que el adquirente podría reconvenir es el caso en el que estime que él posee una mejor posición jurídica que el demandante retrayente; sin embargo, en estos casos bastará con que en su contestación acredite tal situación para que la demanda sea declarada infundada, por lo que no será necesario recurrir a una reconvención. En efecto, como ya se ha hecho notar, en el artículo 1599 del CC se estipula un orden de la titularidad del derecho de

retracto, y en el artículo 1600 se precisa que si hubiere diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, se respetará esta prelación. Entonces, por ejemplo, si un colindante demandara el retracto contra un copropietario, a este último le bastará con acreditar que él tiene mejor derecho al retracto que aquel para que la demanda se declare infundada, por lo que no es menester hacer uso de la reconvención, máxime si para que proceda la reconvención, el reconviniente tiene que verse perjudicado, a su vez, por la venta hecha a favor del demandante retrayente, lo cual genera un supuesto de imposible materialización real.

Para el supuesto del *título supletorio* se explica la imposibilidad de la reconvención desde que no está en discusión la titularidad del bien, es decir, propiamente no hay litigio sobre el bien, lo único que se persigue es la obtención de las documentales que acrediten formalmente el derecho sobre el bien. Si el demandado estimase que el demandante no tiene derecho sobre el bien, pues bastará con acreditar ello para que la demanda sea declarada infundada, sin necesidad de recurrir a una reconvención.

En la *usucapión* se entiende que el poseedor que reclama la propiedad al demandar a los colindantes y al titular registral del bien les impide reconvenir cualquier pretensión real sobre el bien. Sin embargo, queda la duda de si es posible o no reconvenir la reivindicación, si bien nuestro Código Civil en su artículo 927 prescribe que no procede ante quien ya obtuvo la propiedad del bien vía usucapión.

En cuanto a la *determinación o rectificación de áreas y linderos* tampoco procedería la reconvención pues no está en disputa la titularidad sobre el bien, y lo único que es menester precisar es la superficie o extensión del bien y la definición de sus límites. Por consiguiente, no se podría propiamente pensar en un supuesto de reconvención.

En el caso de la *responsabilidad civil de los jueces*, evidentemente, es impensable un supuesto de reconvención, pues debiera ser el magistrado quien reconvenga, sin embargo, el Código veda toda posibilidad al respecto. En el caso puntual el demandante deberá probar los elementos de la responsabilidad civil para hacerse merecedor de la indemnización, motivo por el cual al juez solo le atañe defender su actuación, sin intentar ataque procesal alguno.

En el supuesto de la *tercería* obra el mismo razonamiento que para el retracto, pues al tercerista le corresponde acreditar su situación para ser preferido, y en caso de no demostrarlo, simplemente la demanda será declarada infundada, sin que quepa mayor posibilidad de intentar una contrademanda.

Por último, en el caso de la *pretensión contencioso-administrativa* se explica la prohibición desde que será labor de la Administración Pública cuestionada

defender la validez y legitimidad de su actuación, antes que estar pensando en atacar al demandante con una reconvención. Por tanto, además de ser un supuesto de inviabilidad porque lo único que se discute es la actuación administrativa, el supuesto reconvencional es impensable desde un punto de vista pragmático donde nuestras administraciones públicas apenas se abastecen para cumplir medianamente con sus funciones mínimas, como para estar intentando una reconvención. En fin, a efectos de ratificar esta prohibición, la Ley N° 27584 en su artículo 25.1, entre las reglas del procedimiento especial, precisa que en esta vía no procede la reconvención.

Para terminar, tenemos que el artículo en estudio permite la reconvención en materia de *expropiación*. La pregunta es cómo es posible que un sujeto particular reconvenga al Estado en una pretensión en donde se le priva de su propiedad por temas de interés o necesidad públicos, si justamente se trata de una privación al derecho de propiedad.

La respuesta estriba en que la reconvención en este rubro solamente puede dirigirse en el sentido en que el perjudicado con la expropiación exija que se le prive de toda su propiedad pues con lo que se le deja le resulta inservible.

En efecto, en el artículo 523 del CPC se prescribe que la reconvención podrá sustentarse en dos supuestos. En el primero, se trata de la pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros, es decir cuando esta únicamente pueda sustentarse en el hecho de que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta. Por ejemplo, si mi bien expropiado midiera 500 m^2 y se me quisiera expropiar solamente 450 m^2 dejándome una hilera de 1 m por 50 m, se podría reconvenir que se me expropie la totalidad, pues esa hilera de 1 m por 50 m se me torna en inservible.

El segundo supuesto, por cierto bastante claro, refiere la pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y Derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales,* 10ª ed., vol. II. Barcelona: José María Bosch; ALPA, Guido (2001): *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones.* Traducido por Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión,* vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho Romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; AMAYA AYALA, Leoni Raúl (2006): "Derecho de retracto". En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* vol. VIII. Lima: Gaceta Jurídica; AREAN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales,* 3ª ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista Editores; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho Romano clásico.* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso.* Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil.* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión.* Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DIEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión,* 4ª ed., vol. III. Madrid: Civitas; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la responsabilidad civil,* 6ª ed. Lima: Rodhas; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GÓMEZ SÁNCHEZ, Jesús (2002): *La ejecución civil (aspectos teóricos y prácticos del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil).* Madrid: Dykinson: GONZALES BARRÓN, Günther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores; GONZÁLES GONZÁLES, Melquiades (1866): *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia.* Madrid: Imprenta de Manuel Galiano; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio (2006): *La expropiación forzosa.* Valladolid: Lex Nova; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones.* Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América;

NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo (1990): *La tercería de prelación o de mejor derecho y de preferencia para el pago*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*. Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, vol. III. La Habana: Cultural S.A.; PODETTI, Ramiro J. (1949): *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral - Tratado de la tercería*. Buenos Aires: Ediar; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión*. México: Imprenta de José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*. Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TABOADA Córdova, Lizardo (2001): *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual*. Lima: Grijley; TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La reconvención 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 reconvención, conexa con la pretensión de resolución de contrato, pues la misma no se fundamenta en la relación jurídica producto del referido contrato ***(Exp. N° 1199-1999-Lima)***.

Artículo 491 Plazos

Los plazos máximos aplicables a este proceso son:

1. *Tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos.*
2. *Tres días para absolver las tachas u oposiciones.*
3. *Cinco días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención.*
4. *Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.*
5. *Diez días para contestar la demanda y reconvenir.*
6. *Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, conforme al artículo 440.*
7. *Diez días para absolver el traslado de la reconvención.*
8. *Diez días para la expedición del auto de saneamiento contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir. (*)*
9. *Veinte días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471.*
10. *Cinco días para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.*
11. *Veinticinco días para expedir sentencia, conforme al artículo 211.*
12. *Cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 146, 147, 208 párr. 2, 211, 265 párr. 3, 270, 301, 373, 440, 443, 445, 447, 471 párr. 2, 493.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El artículo en estudio resume ordenadamente los plazos para las principales actuaciones al interior del proceso abreviado. Justamente es a raíz de estas distancias en que se puede colegir el por qué se llama abreviado, pues sus términos

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

son menores que los del proceso extenso de conocimiento pero mayores que los del sumarísimo.

Como bien se ha dicho, no basta el establecimiento del orden secuencial de las fases en que deben realizarse los distintos actos procesales, sino que también se debe determinar los lapsos específicos dentro de los cuales tales actos deben ejecutarse, pues en caso contrario las partes perderían certidumbre acerca de las exactas oportunidades en que les corresponde desarrollar su actividad procesal, perjudicando la institución procesal de la preclusión, por lo que la duración del proceso que se prolongaría indefinidamente (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 638). Con ello se puede colegir fácilmente que el establecimiento de estos plazos para cada etapa tiene como finalidad conceder seguridad jurídica a los justiciables.

Los plazos previstos en el artículo en estudio, se caracterizan por su perentoriedad porque precluyen de modo fatal, y su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal concedida a través suyo, sin que para lograr tal resultado se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial; situación que se encuentra prevista en el artículo 146 del Código instrumental, donde se consagra que todos los plazos previstos en el Código son perentorios, no pudiendo ser prorrogados por las partes (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 638).

A continuación, procederemos a revisar brevemente los plazos previstos para estas actuaciones.

2. EL PLAZO PARA LAS CUESTIONES PROBATORIAS

La profesora Marianella LEDESMA (2008a: pp. 1046-1047) enseña que la impugnación procesal puede ser de tres tipos: recursiva, impugnatoria o remedial. La impugnación recursiva se usa para atacar tanto el error como el vicio y tiene que ver con la reflexión en el criterio lógico-jurídico usado por el juez al momento de decidir. En cambio, la pretensión impugnatoria alude a la revisión civil por fraude procesal, y permite el ataque a un proceso culminado definitivamente, cuando la sentencia se obtuvo como consecuencia de una actividad dolosa, figura que para nuestro caso se recoge en la institución de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Por último, los remedios están referidos al vicio en que puede incurrir el juez sea de mutuo propio o por inducción por parte del litigante, siendo que este tipo de impugnación procesal se encamina a evitar la desviación del curso del procedimiento. Así, las cuestiones probatorias serían más bien remedios procesales, toda vez que tienen que ver con el curso sano del procedimiento (aunque a veces también los recursos lo hacen, aunque en estricto ellos se utilizan para el error).

Las cuestiones probatorias son mecanismos de defensa procesal que pretenden discutir la calidad de un medio de prueba para ser acogido justamente como

prueba en el proceso. O más claramente, se trata de cuestiones incidentales que se provocan con el ofrecimiento de los medios probatorios y tienen como finalidad destruir la eficacia probatoria de estos (LEDESMA NARVÁEZ, 2008a: p. 1041).

En nuestro sistema procesal las cuestiones probatorias comprenden a la tacha y a la oposición. Las tachas u oposiciones están condicionadas a la admisión del medio probatorio que se cuestiona, pues resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar de que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia. Ergo, la admisión y trámite de las incidencias deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona (LEDESMA NARVÁEZ, 2008a: p. 1042).

Por disposición del artículo 300 de nuestro Código instrumental la tacha se puede interponer contra los testigos y los documentos, en cambio, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial.

Entre los problemas que encontramos en este rubro tenemos que el mismo artículo indica que también pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos, sin precisar cuál de las cuestiones probatorias será utilizable para cada caso.

Ahora bien, el artículo 301 del Código da las pautas para la tramitación de las tachas y oposiciones. Allí se indica que la tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. Al respecto, el inciso 1 precisa que el plazo para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios es de tres días contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos. En seguida el inciso 2 señala que el plazo para absolverlas también es de tres días.

3. EL PLAZO PARA LAS EXCEPCIONES

Las excepciones son una suerte de defensa técnica que una de las partes opone contra la pretensión de la otra, a fin de suspender o extinguir el ejercicio de dicha acción, según si la excepción es dilatoria o perentoria, respectivamente (FONT, 2003: p. 119), lo cual se lleva a cabo inmediatamente después de presentada la demanda.

Uno de los modos de explicar el desarrollo del proceso civil comprende hasta tres filtros que hay que sobrepasar para arribar a buen puerto (cfr. TICONA POSTIGO, 1998). En el de admisibilidad se evalúan los aspectos mínimos y preliminares de los actos procesales susceptibles de subsanación, de modo que permitan ingresar

a su estudio o evaluación. En el segundo filtro, llamado de procedibilidad, se examina todo lo concerniente a la correcta conformación de la relación jurídico-procesal, de modo que se facilite con ello un pronunciamiento final sobre el fondo. Por último, en el juicio de fundabilidad, propiamente el juzgador emite su decisión dando la razón o no al justiciable.

Las excepciones procesales no se ubican en el plano del filtro de admisibilidad, pues no vienen a atacar cuestiones subsanables fácilmente o aspectos de forma. Tampoco alude al filtro de fundabilidad porque aún el juez no se pronuncia sobre quien tiene finalmente la razón sobre el fondo de la *litis*. Las excepciones se encuentran en el tamiz de la procedibilidad pues se encaminan a discutir regularmente y en esencia a los presupuestos procesales y a las condiciones de la acción (cfr. VON BÜLLOW, 1868), de modo tal que si son amparadas impiden el pronunciamiento final del juzgador sobre el fondo de la controversia. En resumen, la interposición de las excepciones procesales pretende atacar el hecho de considerar que la relación jurídico procesal está bien establecida, cuestionando sea un presupuesto procesal (la competencia del juzgador, la capacidad de las partes y los requisitos de la demanda) sea una condición de la acción (la legitimidad para obrar y el interés para obrar) (cfr. DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 317 y ss.).

Ahora bien, por mandato expreso del artículo 446 las únicas excepciones procesales que el demandado puede deducir son las siguientes:

- Incompetencia
- Incapacidad del demandante o de su representante
- Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado
- Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda
- Falta de agotamiento de la vía administrativa
- Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado
- Litispendencia
- Cosa Juzgada
- Desistimiento de la pretensión
- Conclusión del proceso por conciliación o transacción
- Caducidad
- Prescripción extintiva
- Convenio arbitral.

Las excepciones se dirigen, en esencia, a cuestionar aspectos de procedibilidad de la demanda, buscando llevar a cabo una defensa técnica que genere la paralización del proceso. Ahora vamos a correlacionar estas excepciones del artículo 446 tanto con los presupuestos procesales como con las condiciones de la acción:

El primer presupuesto procesal es la competencia del juzgador la cual es atacada justamente por la primera excepción llamada de incompetencia, de tal modo que si el demandado estima que el juez que ha admitido la demanda no es el competente, podrá deducir esta excepción a efectos de paralizar la controversia. En este punto es necesario resaltar lo ya dicho en cuanto a que llama poderosamente la atención que la primera excepción prevista por el artículo 446 del Código discuta la competencia del juzgador, cuando del artículo 427 se ha retirado tal supuesto. Es decir, la competencia es un presupuesto procesal, y si recordamos que un presupuesto procesal se entiende como una condición a fin de que pueda darse un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia, sea favorable o desfavorable sobre la pretensión en discusión, no es del todo sistemático que se la haya descartado como supuesto de improcedencia y se la siga manteniendo como supuesto de excepción.

El segundo presupuesto procesal es la capacidad de las partes, la cual puede ser discutida por las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, o la de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, dependiendo, evidentemente, del hipotético ante el cual nos encontremos.

El tercer presupuesto procesal alude a los requisitos de la demanda. Como adelantamos, cuando se trate de vicios meramente formales y de sencilla subsanación propiamente estamos inmersos en el filtro de admisibilidad y no en el de procedibilidad, por lo que, en puridad, no existe excepción alguna para discutir estos aspectos. Más bien, como la esencia de la demanda lo constituye el petitorio y los hechos que lo sustentan, cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (art. 427, inc. 4), o el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible (art. 427, inc. 5), se puede deducir la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. E incluso somos de la idea de que también prosperará esta excepción en el supuesto de la indebida acumulación de pretensiones, pues aunque ahora sea un supuesto de inadmisibilidad que debe ser evaluado por el juez, es totalmente factible que un juez admita una demanda con una indebida acumulación de pretensiones, quedándole al justiciable deducir este mecanismo de defensa.

La primera condición de la acción es la legitimidad para obrar. Cuando el demandante carezca de ella (art. 427, inc. 1), el demandado puede recurrir a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante (art. 446, inc. 6).

La segunda condición de la acción es el interés para obrar. Cuando el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar (art. 427, inc. 2), aunque en estricto no cuenta con una excepción de falta de interés para obrar, según el caso, podría utilizar las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 446, inc. 5), litispendencia (art. 446, inc. 7), cosa juzgada (art. 446, inc. 8), desistimiento de la pretensión (art. 446, inc. 9), conclusión del proceso por conciliación o transacción (art. 446, inc. 10), prescripción extintiva (art. 446, inc. 12), caducidad (art. 446, inc. 11), o convenio arbitral (art. 446, inc. 13). Cuando la causa ya ha sido resuelta a través de otro mecanismo de resolución de conflictos, las excepciones que atacan este interés para obrar operan como una suerte de "sustracción de la materia" del ámbito judicial antes de ser trabada la *litis*.

Al respecto, entre nosotros se ha dicho que por la doctrina que informa nuestra codificación procesal, es el juez quien debe verificar al calificar la demanda el interés procesal del actor como uno de los requisitos mínimos para que el derecho de acción sea ejercitado de modo válido (Ticona Postigo, 1998: p. 286). Pero propiamente entre nosotros no existe una excepción de falta de interés para obrar, como sí existe una de falta de legitimidad para obrar, dejando al litigante en desprotección cuando se enfrenta a una situación de esta naturaleza cuya discusión no encaje en los demás tipos de excepciones.

Ahora bien, el artículo en estudio nos habla de los plazos, y en su inciso 3 prescribe que el plazo es de cinco días para interponer excepciones, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención. Y el inciso 4 completa afirmando que el lapso para absolver el traslado de las excepciones también es de cinco días.

Basta agregar que, a diferencia de lo regulado en el artículo 447, en la vía abreviada las excepciones no se sustancian en cuaderno separado, procediendo su tramitación en una sola audiencia, conforme al mandato del artículo 493, de manera que cuando se declara fundada una excepción o defensa previa, tendrá efecto suspensivo, en virtud del artículo 494 (Ledesma Narváez, 2008b: p. 641).

4. EL PLAZO PARA LAS DEFENSAS PREVIAS

La defensa previa viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso, que corresponde al demandado y que 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 Narváez, 2008b: p. 640). Dicho de otra manera, las defensas previas no son sino medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el accionante realice la actividad que la norma

sustantiva prevé como acto previo al planteamiento de la demanda (CARRIÓN LUGO, 1994: pp. 363-364).

En el carril abreviado las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión, la donación al tutor o curador (cfr. arts. 1628 y 540 del CC), el derecho de retención (cfr. art. 1127 del CC), las excepciones de contrato no cumplido (cfr. art. 1426 del CC), de caducidad de plazo (cfr. art. 1427 del CC) y de saneamiento (cfr. art. 1527 del CC), la compensación (cfr. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, 2005: p. 101 y ss.), y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan de modo idéntico al de las excepciones, tal y como manda el artículo 455 concordante con los incisos 3 y 4 del artículo 491 en estudio; ello debido a que se tratan de instituciones que tienen una naturaleza similar pero estas acontecen en sede material, motivo por el cual pueden ser consideradas como una suerte de *excepciones sustantivas*.

Evidentemente el efecto, por estar ubicadas en ámbitos jurídicos distintos, difiere en algo, pareciéndose más a las excepciones dilatorias antes que a las perentorias. Desde luego, declarada fundada una defensa previa la consecuencia que se genera es suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción, tal y como se dispone en el artículo 456.

Basta añadir que para CHIOVENDA (1922: pp. 319-320) las defensas previas serían más bien ejemplos de excepciones dilatorias, pues estima que estas excepciones excluyen la acción como actualmente existente y utiliza como ejemplos de ellas a la excepción de un término convencional y al *beneficium excussionis*.

El artículo en estudio nos refiere, en su inciso 3, que el plazo es de cinco días para interponer defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención. Y el inciso 4 completa esta regulación afirmando que el lapso para absolver el traslado de tales defensas previas también es de cinco días.

Resaltaremos, por último, la regulación del artículo 457 en virtud del cual las costas, costos y multas del trámite de las excepciones y defensas previas serán de cargo de la parte vencida, pero con el agregado de que atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el juez puede condenar al pago de una multa entre 3 y 5 Unidades de Referencia Procesal. Ello es así por cuanto el deducir una excepción puede dificultar la fluidez que se preconiza la vía procesal abreviada. Ello porque el carácter de las excepciones, sobre todo las dilatorias, ha hecho creer frecuentemente que el fin de la excepción es el de dilatar o de alargar el juicio, circunstancia a la que no es ajeno el impropio y malicioso uso que se hace de este tipo de defensas en la actividad forense (COUTURE, 1958: p. 116).

5. EL PLAZO PARA LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El derecho de acción ligado al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva implica que el sujeto recurre al poder judicial a fin de que se cristalice la justicia establecida en la ley. Por tanto, este derecho de acción envuelve tanto al demandante como al demandado, porque ambos aspiran a que el juzgador aplique la ley correspondiente y solucione su controversia dándoles la razón. Pero por un tema técnico y de practicidad terminológica cuando hablamos del ejercicio del derecho de acción del demandado se le denomina propiamente contradicción.

Aquí es menester indicar que CALAMANDREI (1973: p. 135), de todas las denominaciones dadas a la tutela judicial, prefiere la de garantía jurisdiccional, porque la palabra garantía lleva ínsita la idea de un remedio, de una defensa, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un inicio, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía. Así, el Estado garantiza la observancia del derecho, en cuanto es normal y deseable que el derecho sea voluntariamente observado por aquellos a los cuales se dirige como reglas de su conducta, y solo cuando falte esta voluntaria observancia, empieza el momento jurisdiccional del derecho, esto es, la puesta en práctica, por parte del Estado, de los medios de garantía dispuestos a hacerlo observar.

Ese derecho de contradicción se manifiesta a través de diversas actuaciones procesales, pero por excelencia se habla de él cuando estamos frente al escrito de contestación de la demanda, que es el espacio donde el demandado hace notar su defensa contra la pretensión del accionante, salvo, claro está, que se allane a la demanda. Cuando ya se tiene la demanda y la contestación, propiamente podemos hablar de *litis* judicial, de contradictorio, de relación jurídico-procesal.

Ciertamente, cuando por la naturaleza contenciosa de la demanda existe parte demandada y traslado del libelo, se presenta la contestación de la demanda como uno de los actos estelares o principales del proceso, pues 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, 1966: p. 493).

Y a lo largo de todo el proceso continúa esta tónica de contradicción, pues la tarea de las partes iniciada con la citación y con el escrito de respuesta, continúa desarrollándose; de ahí que la sustanciación se manifieste como un diálogo entre las partes: el demandado responde al actor, el actor replica al demandado, este, a su vez, contrarréplica (CARNELUTTI, 1959: p. 41). En efecto, el proceso es una actividad que comienza con la demanda, se integra con la contestación, a la que

sigue la prueba y termina con la sentencia, actividad que está regulada por la ley para evitar la arbitrariedad del juez y los excesos de las partes. El proceso se hace sobre la base de un conflicto de intereses, es decir que supone una dialéctica en la que se afirman hechos y se reclaman derechos que se contraponen, lo cual obliga –para asegurar una sentencia justa– a colocar a las partes en un pie de igualdad para la exposición de sus fundamentos y el control de los actos de procedimiento (ALSINA, 1956: pp. 99-100).

Entonces, notificado el demandado con la demanda, debe proceder a contestarla y para ello debe cumplir con las mismas formalidades establecidas para la demanda, pero con los ajustes del caso, pronunciándose sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda, tal y como se dispone en el artículo 442 de nuestro Código instrumental.

Al respecto, basado en el principio de probidad, se ha dicho que la finalidad de exigir que tanto la demanda como la contestación se hagan a través de una exposición escrita clara y breve (a fin de que no constituya una emboscada para el adversario), es evitar la malicia en la conducta de las partes contendientes; por ello, contestada la demanda, es en principio inmodificable (COUTURE, 1958: p. 191).

En fin, indiscutiblemente la contestación debe hacerse dentro del plazo de ley, que para el supuesto del proceso abreviado, por mandato del inciso 5 del artículo en estudio es de diez días, en caso contrario el demandado será declarado rebelde con todas las consecuencias que ello implica. Es decir, en nuestro sistema procesal no es exigible contestar la demanda, pues en el derecho moderno ya no se aplica esta medida, pero se consigue la contestación de la demanda por medio del estímulo que resulta de la pérdida de poderes y oportunidades de defensa, estableciéndola como una carga para el demandado, especialmente por la pérdida de la oportunidad para excepcionar (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 494).

6. EL PLAZO PARA LA RECONVENCIÓN

Ya dijimos que un demandado puede guardar una postura netamente pasiva o inactiva, o, por el contrario, intervenir activamente de diversas maneras (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 211). Activamente, en un proceso judicial, el derecho de acción del demandado se puede llevar a cabo de dos modos. Uno de ellos es defendiéndose de la pretensión del demandante a través de la contestación de la demanda y con la utilización de alguna defensa permitida, como, por ejemplo, las excepciones. Pero la otra forma, además de defenderse de la demanda, consiste en interponer por su parte una nueva pretensión contra el demandado, de tal manera que respecto de esta nueva pretensión él hace las veces de demandante, y el demandante original hace las veces de demandado.

Justamente, a la demanda que efectúa el demandado contra el demandante es a lo que se conoce como *reconvención*, que como su nombre lo indica es una demanda desarrollada contra quien *conviene* a otro en juicio (CHIOVENDA, 1922: p. 690), la cual se sustenta en razones de economía procesal y equilibrio de poderes que deben reinar entre las partes procesales (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 443), pero también para evitar la multiplicidad de procesos y facilitar, con ello, la administración de justicia (ALSINA, 1958: p. 200).

Al respecto hay que señalar que es preferible que entre la nueva demanda y la original exista conexión –porque en caso contrario se podría obstaculizar el progreso de la demanda primigenia (ALSINA, 1958: p. 207)–, pero ello no siempre es así, toda vez que puede existir una *litis* reconvencional sin interdependencia (cfr. CARNELUTTI, 1950: p. 243). En este punto, es necesario precisar que se utilizan indistintamente términos como contrademanda, contrapretensión y reconvención, pero se las intenta diferenciar según el tipo de conexión que haya o no entre las pretensiones. Así, la *reconvención* sería el género, en cambio, en la *contrademanda*, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que, respecto de la misma situación de conflicto, es el demandante el que tiene una obligación incumplida para con él; por ejemplo, cuando una persona demanda el perfeccionamiento de un contrato, habrá contrademanda si el demandado pretende su resolución. Por último, en la *contrapretensión* la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso se caracteriza porque guarda conexidad con la pretensión original del demandante (MONROY GÁLVEZ ápud LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 444).

Para nuestro ordenamiento procesal es esencial que entre la nueva demanda y la original haya conexión, y no solo eso, sino que será menester que aquella no vulnere la competencia del juez ni la vía procedimental. Ciertamente, el artículo 445 de nuestro CPC entiende que la reconvención solamente será admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. Pero además establece que será procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda, en caso contrario, será declarada improcedente. Por consiguiente, lo regulado en nuestro Código adjetivo como reconvención sería más propiamente una contrapretensión.

Y aunque nuestro Código no lo diga expresamente en este artículo, como un requisito adicional tenemos que el derecho a reconvenir de la parte demandada solo se puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda, lo que no quiere decir sino que la reconvención ha de conducirse contra el que demandó, sin la posibilidad de inclusión de tercero alguno (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 442), y ello por cuanto, la reconvención solo puede deducirse cuando se invoquen intereses propios, ya sean originarios o adquiridos y únicamente con relación al actor (ALSINA, 1958: p. 210).

Entonces, nuestro Código se pliega a la línea que exige que entre las pretensiones de la reconvención y la demanda debe existir alguna conexión o afinidad, aunque no es necesario que se originen en el mismo título que les sirve de *causa petendi,* bastando con que las pretensiones del demandado se relacionen con los hechos que sustentan la relación jurídica llevada al debate por el demandante, por ejemplo, cuando se demanda la entrega de un bien y se reconviene el pago de los gastos de conservación. Evidentemente, con mayor razón será procedente la reconvención cuando ambas pretensiones provengan de un mismo título, como es el caso de reconvenir al comprador que demanda la entrega del bien para el pago de su precio o para la resolución del contrato (DEVIS ECHANDÍA, 1966: pp. 202 y 496). Igual sería el hipotético del contratante que pide al demandado la resolución de un contrato bilateral por culpa de él y este se opone porque el contrato debe ser resuelto por culpa del primero (CARNELUTTI, 1950: p. 242).

La reconvención, como es evidente, se distingue de la excepción, pues mientras esta se limita a atacar las pretensiones del demandante, sin sacar el litigio del terreno que este le asigna en la demanda; aquella consiste en el planteamiento de un nuevo litigio y de una nueva controversia, llevando el proceso a un terreno distinto. Entonces, el demandado puede aprovechar el proceso iniciado por el demandante, para formular a su vez demanda contra este, con el fin de que se tramite simultáneamente con la suya y se decida por la misma sentencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 496).

Ergo, al ser una nueva demanda, la reconvención se la propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, y en la forma y con los requisitos previstos para ella, en lo que corresponda, tal y como manda el artículo 445 del Código instrumental. Por ello mismo es que el plazo de diez días previsto en el inciso 5 del artículo en análisis, fijado para contestar la demanda será el mismo para reconvenir. Y como tal reconvención no es sino una nueva demanda que también hay que contestar, el plazo para su absolución será también de diez días.

7. EL PLAZO PARA EL OFRECIMIENTO DE NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA

Es necesario indicar que para el profesor DEVIS ECHANDÍA (1976: p. 29), en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Así, puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza. Pero en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos

contenidos en ellos y el resultado de estos. Y agrega que la simple admisión de la prueba se limita al estudio de su conducencia, pertinencia o relevancia, de su utilidad y oportunidad, mientras que la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal en que debe adoptarse alguna decisión sobre los hechos de la causa o de ciertos problemas incidentales (1976: p. 303).

En el inciso 6 del artículo en análisis se precisa que el plazo será de cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, ello conforme al artículo 440.

En efecto este nuevo plazo se concede porque los medios de prueba se presentan siempre con la demanda o en la contestación a fin de acreditar los aspectos fácticos que dan sustento a la pretensión; pero excepcionalmente y a fin de facilitar un ejercicio correcto del derecho de defensa, cuando en la contestación (sea de la demanda o de la reconvención) se invocasen hechos nuevos se permite a la contraparte adicionar nuevos medios de prueba pero exclusivamente para contrarrestar los presentados para evidenciar los nuevos hechos.

8. EL PLAZO PARA EL SANEAMIENTO PROCESAL

El inciso 8 del artículo *sub examine* originalmente contemplaba un plazo de quince días para la realización de la audiencia de saneamiento procesal y conciliación referida en el artículo 493, contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir.

Sin embargo, a través de la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 junio de 2008, se modificó dicho inciso de modo tal que ahora el plazo es de diez días pero para la expedición del auto de saneamiento contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir.

Y ello es así porque la conciliación ha sido fijada como un trámite extraprocesal y ya no al interior del proceso judicial, como lo fue originalmente. Y para alcanzar este objetivo, se vinculó la conciliación como un requisito de procedibilidad del proceso judicial. Y justamente, por ello es que mediante diversos Decretos Supremos (N°s 005-2010-JUS, 008-2011-JUS, 015-2012-JUS y 008-2014-JUS), se aprobaron los distintos calendarios para la entrada en vigencia de la obligatoriedad del intento conciliatorio previo a un proceso judicial, en distintos distritos del país.

Por consiguiente, ya no hay necesidad de una audiencia de conciliación ni de saneamiento, motivo por el cual se le fija al juez un plazo para la emisión del auto correspondiente, máxime si el cuestionamiento de la relación jurídico-procesal ha culminado con la deducción de las excepciones pertinentes.

9. EL PLAZO PARA LA REALIZACIÓN DE LAS AUDIENCIAS

El inciso 9 contempla el plazo de veinte días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471.

Esta audiencia de pruebas cuenta con una regulación bastante detallada en nuestro Código, la cual revisaremos brevemente, a efectos de comprender su pertinencia para el proceso abreviado.

Para empezar, el artículo 202 prescribe que la audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad, y antes de iniciarla, toma, a cada uno de los convocados, juramento o promesa de decir la verdad.

En este punto es menester resaltar que por mandato del artículo 301 la actuación de los medios probatorios en esta audiencia se inicia con la actuación de las cuestiones probatorias, siendo que el medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable. En fin, al litigante que maliciosamente formulase una cuestión probatoria se le impondrá una multa entre tres y diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos de su tramitación, ello por mandato del artículo 304.

Luego, el artículo 203 señala que la fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado, debiendo concurrir a ella las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, de ser el caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Es factible que se asista con abogados. Se agrega que salvo disposición legal distinta, si se prueba un hecho grave o justificado que impida la presencia de una parte, el juez podrá autorizar a actuar mediante representante. Por último se añade que si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella, y si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso.

En el artículo 204 se indica lo referente al acta de la audiencia. Allí se señala que corresponde al secretario redactarla, debiendo contener el lugar y la fecha de la audiencia, con los datos del expediente, los datos de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes, y un resumen de lo actuado. Al redactar el acta, los intervinientes pueden sugerir al juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia. Por último, el acta será suscrita por el juez, el Secretario y todos los intervinientes, y si alguien se negara a firmarla, se dejará constancia de ello, siendo que el original se conservará en el archivo del juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente una copia autorizada por el juez.

A continuación el artículo 205 prescribe que si por enfermedad, ancianidad u otro motivo atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local

del juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y abogados. Y lo mismo puede acontecer para las más altas autoridades políticas de cada uno de los poderes estatales donde la audiencia puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

En el artículo 206 se prescribe que la audiencia es única y pública, sin embargo, si por el tiempo u otra razón procediera su suspensión, esta será declarada por el juez, quien, salvo imposibilidad, fijará inmediatamente la fecha de su continuación; y si la naturaleza de lo controvertido así lo exigiera, se podrá ordenar su realización en privado.

La previsión del artículo 207 precisa que no participará en la audiencia quien al momento de su realización se encontrase manifiestamente incapacitado, para lo cual el juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en el acta de su decisión.

El artículo 208 solamente es aplicable a la audiencia única para el supuesto de la actuación probatoria propiamente, es decir cuando ya ha operado el saneamiento probatorio. Como se conoce, este artículo establece que el orden de la actuación de pruebas es el siguiente: peritos (quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos), testigos (con arreglo al pliego interrogatorio presentado y a quienes el juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración), reconocimiento y exhibición de documentos, declaración de parte (empezando por la del demandado). El artículo en mención también nos habla de que la inspección judicial dentro de la competencia territorial del juez se realizará al inicio, junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el juez lo estima pertinente. Y cuando las circunstancias lo justifiquen, el juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial. El artículo termina diciendo que cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante, y se añade que si por cualquier causa no pudiera actuarse una de las pruebas admitidas, el juez podrá disponer la actuación de las disponibles, pero siempre la declaración de las partes será al final.

La confrontación entre testigos, entre peritos y entre estos, aquellos y las partes y entre estas mismas, se prevé en el artículo 209 como medida de utilización en la audiencia si es que fuere necesario para lograr la finalidad de las pruebas.

El artículo 210 permite los informes orales, a solicitud de los abogados que así lo pidan. Mientras que en el artículo 211 se establece que antes de dar por concluida la audiencia, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará.

Para terminar, el artículo 212 señala que dentro de un plazo común que no excederá de 5 días de concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato escrito, en el proceso abreviado.

En fin, en el inciso 10 del artículo 491 en estudio precisa que en caso de ser necesarias audiencias especiales o complementarias, el plazo para su realización no podrá exceder se cinco días contados desde la culminación de la audiencia primigenia.

Ello se explica porque es evidente que si la evaluación de la controversia no se termina en una audiencia, debe el juez fijar *otra* para su continuación, y en la *nueva* audiencia (aunque en realidad se trata de la misma, solo que se desarrolla en una nueva sesión) se procede del mismo modo, y si bien no es preciso que intervenga el mismo juez que ha estado presente en la primera, es recomendable que sea el mismo (CHIOVENDA, 1922: pp. 102-104), ello basado en el principio de inmediación. Al respecto basta añadir que esta decisión de continuar la audiencia en fecha distinta debe utilizarse siempre de modo excepcional.

10. EL PLAZO PARA LA EXPEDICIÓN DE LA SENTENCIA Y SU APELACIÓN

Sin entrar a discutir a fondo las grandes controversias que giran en torno a la sentencia, diremos brevemente que ella constituye en esencia un acto de inteligencia del juez que se traduce en un juicio lógico cuya materia es la declaración de la norma jurídica aplicable al caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que la ley concede a un determinado interés (ROCCO, 2005: p. 57), con la cual se finaliza el conflicto (al menos formalmente), siempre dentro de la instancia evaluadora.

El inciso 11 del artículo bajo examen precisa el plazo de veinticinco días para expedir sentencia, conforme al artículo 211 del CPC.

Ahora bien, como toda resolución debe ser susceptible de impugnación o revisión, pues la regla general en materia procesal es la doble instancia, a tal punto que se trata de un principio del derecho procesal actual, contemplado para nosotros en el inciso 6 del artículo 139 de nuestra Carta Magna, la sentencia también es materia de impugnación. Este cuestionamiento de la sentencia se hace a través de la apelación.

La apelación o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por una resolución –preferentemente la sentencia– de un juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior (COUTURE, 1958: p. 351). Ella se fundamenta en que es menester en la administración de justicia obtener la decisión más perfecta posible, lo que no hace irretractable el primer

proceso sino que ordinariamente se admiten juicios reiterados y de diversos jueces en el mismo pleito (CHIOVENDA, 1922: p. 230).

En efecto, la segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable, o en todo caso constituye un predominio de la razón sobre la autoridad, por ello la técnica legislativa procesal debe asegurar que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor dispendio posible de energías (a ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia) (COUTURE, 1958: p. 172).

Como sustento de la doble instancia tenemos que el tribunal de apelación ofrece una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procura la uniformidad de criterio (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 335), y ello debido al número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de estos, pero también por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquellas no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos, con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la resolución de primera instancia (ALSINA, 1956: p. 132).

Con todo lo dicho, el inciso 12 del artículo 491 señala que el plazo será de cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 del mismo Código adjetivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial.* Editado por Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires: Zavalía; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,*

vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2005): *Tratado de las Obligaciones.* Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XVI. tercera parte, tomo IX. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas; VON BÜLLOW, Oskar (1868): *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Traducido por M. Rosas. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El hecho de que uno de los codemandados aun no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no prorroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues, el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda. La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su rebeldía ***(Exp. N° 614-1998-Lima)***.

Artículo 492 | **Plazo especial del emplazamiento**

Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos serán de treinta y cuarenticinco días, respectivamente.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 435 párr. 3.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Previamente ya anotamos lo que debe entenderse por una norma de reenvío y cuál es su sustento. Remembrando diremos que uno de los defectos en la redacción de las disposiciones jurídicas que conlleva a problemas interpretativos serios lo constituye la redundancia (cfr. NINO, 1991: p. 279 y ss.) que consiste en que más de un dispositivo regula de modo muy similar o idéntico el mismo supuesto de hecho, generando una consecuencia jurídica equivalente. Cuando ambas normas son absolutamente idénticas, las dificultades se diluyen, pero cuando entre ambas hay alguna diferencia, los inconvenientes se acrecientan.

Ahora bien, entre los problemas de índole interpretativa que genera la redundancia están, principalmente, el no saber con certeza si la norma posterior ha derogado tácitamente o no a la anterior, bajo el criterio de temporalidad, al regular la materia prevista por la primera norma; o en su defecto, el desconocer cuál de ellas se preferirá a la otra bajo el criterio de especialidad (BOBBIO, 2013: p. 180 y ss.).

Justamente para intentar superar este inconveniente es que existen las normas de reenvío, que son aquellas que, a fin de evitar una repetición de la regulación, remiten al operador jurídico a una regulación previamente establecida en otra disposición, que por lo habitual se encuentra en el mismo cuerpo normativo, aunque no hay impedimento en que se reenvíe a un dispositivo obrante en otra ley.

2. EL SUPUESTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 435

El artículo en análisis, o sea el 492, no hace sino remitirnos a la regulación prevista en los supuestos de hecho del artículo 435 alterando la exigencia normativa en el cómputo de los plazos de que trata dicha disposición. Y al igual que en los otros casos de remisión o reenvío, su función se encamina a la integración normativa en el ámbito procesal, pues, mediante ella se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto cuando estas no contemplan un supuesto específico,

pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. La norma en comentario es un ejemplo de la llamada autointegración normativa, porque la recurrencia se hace al texto de la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 435 para suplir el vacío en la regulación del procedimiento abreviado (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 847).

Ciertamente, el artículo 435 nos habla del emplazamiento a un demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados. Este artículo 435 textualmente prescribe lo siguiente:

> "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".

Al respecto, como se sabe bien, para poder trabar la *litis* es indispensable lograr que el demandado esté debidamente notificado, pues en caso contrario se estará generando un estado de indefensión al continuar la causa sin su participación.

Desde luego, entre el momento en que se pide la participación de la administración de justicia hasta la culminación suceden una serie de fases que originan el proceso judicial y, por ende la aparición de la relación jurídico-procesal. Este proceso comienza generalmente por la citación, la cual se realiza de ordinario por medio de la notificación de un escrito, que contiene la demanda y la resolución que la admite a trámite (CHIOVENDA, 1922: p. 102).

En suma, para constituirse la relación jurídica y poder así nacer el juicio, se requiere que medie la citación o emplazamiento a los demandados. Es este el primer presupuesto del proceso y al demandante le incumbe que se cumpla válidamente, pues de realizarse en forma irregular, se incurrirá en vicio de nulidad (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 321).

Por ello es que se ha dicho que el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* que quiere decir óigase a la otra parte. Y, justamente, con el traslado de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa,

pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si así lo estima conveniente. A fin de cuentas lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 645).

A la importancia sobre el ejercicio pleno del derecho a contradicción, se suma que el emplazamiento es de utilidad también para el cómputo de los plazos. En efecto, desde allí siempre se cuentan los plazos para las demás actuaciones procesales. Y al tratarse de la notificación de la demanda corre desde esa fecha el lapso para contestarla, y sumado a ello todas las demás actuaciones que en adelante se tendrán que llevar a cabo.

Por ello mismo es que el artículo 435 ha previsto los supuestos de notificación en los casos en que el demandado es inubicable sea por desconocer de quien se trata o por ignorar su domicilio.

3. LA REGULACIÓN FINAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 492

Ahora bien, como ya adelantamos, el artículo 492 en estudio, en estricto no nos reenvía al artículo 435 sin más, sino que lo hace a fin de alterar la consecuencia jurídica prevista como mandato para los sujetos procesales, variando el término final del plazo para dos casos puntuales de notificación.

En ese sentido el último párrafo de la norma reconstruida sería más o menos el siguiente, siempre para el caso del proceso abreviado:

> "El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de **treinta** días si el demandado se halla en el país, ni de **cuarenta y cinco** si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta, **para el caso del proceso abreviado**".

Ya se conoce que el proceso abreviado se caracteriza por acoger bajo su techo a controversias donde la tutela judicial efectiva es mediana, o también porque los temas ventilados allí no suelen tener tanta complejidad procesal como en el proceso lato de conocimiento.

Así las cosas, esta reducción en el cómputo del plazo se entiende, toda vez que la naturaleza del proceso abreviado es la de ser una vía más ágil que la de conocimiento, y tratándose de una causa ventilada que se caracteriza por su mediana atención, no es dable mantener los plazos tan extendidos de la regulación original, que no harían sino desnaturalizar la prosecución de las causas ubicadas para este carril adjetivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho,* 4ª ed. Traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho,* 4ª ed. Barcelona: Ariel; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El argumento que la accionarte 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° 21342-1998-Lima)***.

Artículo 493 | Abreviación del procedimiento

Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez procederá conforme a los artículos 449 y 468. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 301 párr. 3, 324, 446, 449, 455, 465, 468, 471, 491 inc. 8.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos contenciosos de cognición se caracterizan por tener fases mínimas encaminadas al mismo fin, las cuales son la introducción, la instrucción y el pronunciamiento. En la introducción se tiende a poner a los sujetos procesales en la situación recíproca necesaria para el cumplimiento del proceso, en la instrucción se busca suministrar al juez los elementos necesarios para la decisión, y en el pronunciamiento se tiende a formar y a dar a conocer la decisión final del caso; haciendo hincapié en que la distinción lógica entre tales fases no siempre se corresponderá exactamente con la sucesión cronológica (CARNELUTTI, 1959: p. 3).

El texto original del artículo 493 en estudio establecía que el saneamiento procesal y la conciliación se deberían llevar a cabo en una sola audiencia, donde inicialmente el juez actuaría los medios probatorios ofrecidos que considere necesarios para el saneamiento del proceso, y si se hubiesen formulado excepciones o defensas previas; luego procedería a pronunciarse sobre la validez de la relación procesal. Si estimaba que la relación era inválida pero subsanable, concedía un plazo de cinco días, sin alterar el curso de la audiencia, y a continuación se procedía a propiciar la conciliación entre las partes, salvo que hubiese concedido apelación con efecto suspensivo. Por último, si la conciliación no se producía, se debía proceder conforme al artículo 471.

Como hemos venido diciendo, el tema de la conciliación intraprocesal fue modificado por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070, del 28 junio de 2008, donde se establecía que la conciliación extrajudicial, de conformidad con su primera disposición final, entraría en vigencia progresivamente en los diferentes distritos conciliatorios según el calendario oficial a aprobarse mediante decreto supremo.

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

Esta vigencia progresiva de la obligatoriedad del intento conciliatorio previo a un proceso judicial, en distintos distritos conciliatorios del país se manifestó a través de diversos Decretos Supremos desde el año 2010 hasta el año 2014 (N°s 005-2010-JUS, 008-2011-JUS, 015-2012-JUS, y 008-2014-JUS).

Con todos estos cambios, el artículo final terminó generando nuevamente un doble reenvío, esta vez a los artículos 449 y 468 del Código Procesal Civil, y en el primero de ellos, como veremos, se recurre a un nuevo reenvío.

2. EL ARTÍCULO 449 Y EL AUTO QUE RESUELVE UNA EXCEPCIÓN

El juez debe procurar en la medida de lo posible emitir un fallo final sobre el fondo de la causa, es decir, emitir un juicio de fundabilidad al sentenciar. A efectos de evitarse esfuerzos vanos a lo largo del proceso cuenta con varios mecanismos para establecer una relación jurídico-procesal válida, de tal modo que apunte, como decimos, a la emisión de una sentencia que finalmente se pronuncie sobre el fondo de la *litis* y resuelva definitivamente la controversia entre los justiciables. Y si bien no hay impedimento para que al emitir la sentencia pueda inhibirse o decretar que la relación procesal no era la correcta, ello deberá hacerse siempre de manera excepcional.

Ahora bien, se sabe que la relación procesal no es sino el vínculo que une o el espacio donde confluyen los posibles sujetos de la relación jurídico sustantiva. No se habla propiamente de la exacta identidad entre los sujetos de la relación sustantiva con los sujetos de la relación procesal, sino de una probable correlación entre los integrantes de una y otra, porque, a fin de cuentas, se asegura hoy en día, dicha determinación recién se hará con la sentencia final.

Ya se ha señalado que los mecanismos para verificar si es que estamos o no ante una adecuada relación jurídico-procesal apuntan a cotejar si se cumple con los *presupuestos procesales* y las *condiciones de la acción*. Los presupuestos procesales son aquellos elementos mínimos exigibles a efectos de que pueda existir por parte de la judicatura un pronunciamiento válido sobre el fondo de la *litis*, y regularmente se entiende que son tres: *la competencia del juzgador, la capacidad de las partes y los requisitos de la demanda* (cfr. DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 317 y ss.)

Sobre la *competencia* ya dijimos que se trata de la parte de la jurisdicción aplicable a un caso concreto por parte de un órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella. En lo concerniente a la *capacidad procesal de las partes* también se ha anotado que se trata de la aptitud para ejecutar

actos procesales válidos por parte de los elementos activos de la relación jurídica procesal, la cual es decidida y delimitada por la propia norma procesal en atención a la existencia y necesidad de una determinada vía procedimental. Finalmente, en cuanto a los *requisitos de la demanda* ellos fluyen en esencia del artículo 424 del Código, sin embargo hay que agregar las exigencias meramente formales previstas en el artículo 130 que también le son aplicables.

Por su parte, las *condiciones de la acción* son dos: *la legitimidad para obrar y el interés para obrar.* La *legitimidad para obrar* se la entiende como la probable adecuación lógico-jurídica de los sujetos de la relación sustantiva a la relación procesal, y será activa si se corresponde con el demandante y será pasiva si se corresponde con el demandado (cfr. TICONA POSTIGO, 1998: p. 279). Por último, el *interés para obrar* es conceptualizado como el actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra un sujeto, y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra opción eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de intereses, en el cual es parte (TICONA POSTIGO, 1998: p. 287).

Ya anotamos que CALAMANDREI (1973: p. 135), de todas las denominaciones dadas a la tutela judicial, prefiere la de garantía jurisdiccional, porque la palabra garantía lleva ínsita la idea de un remedio, de una defensa, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un inicio, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía. Así, el Estado garantiza la observancia del derecho, en cuanto es normal y deseable que el derecho sea voluntariamente observado por aquellos a los cuales se dirige como reglas de su conducta, y solo cuando falte esta voluntaria observancia, empieza el momento jurisdiccional del derecho, esto es, la puesta en práctica, por parte del Estado, de los medios de garantía dispuestos a hacerlo observar.

Ahora bien, como se conoce, la interposición de las excepciones procesales pretenden justamente atacar el hecho de considerar que la relación jurídico procesal está bien establecida, cuestionando sea un presupuesto procesal sea una condición de la acción.

Justamente por ello es que en el artículo en estudio se manda que el juez debe primero resolver las excepciones antes de pasar a sanear el proceso, entendiéndose por tal acción al hecho de emitir una resolución donde se determine que la relación jurídico-procesal está bien constituida. Por consiguiente, si las excepciones deducidas son resueltas como infundadas, el proceso sigue con la declaración del proceso saneado, pero si las decide fundadas se procederá tal y como manda el artículo 450 que nos habla del modo de resolución de las excepciones y de su impugnación. Allí se expresa que las excepciones se resuelven en un solo auto,

y 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 la apelación, el superior la revoca, devolverá lo actuado para que el inferior recién se pronuncie sobre las restantes.

Hay que tener presente que con el saneamiento procesal se tiene que evaluar también el tema de las defensas previas que, como ya se ha hecho notar, son una suerte de excepciones pero de naturaleza sustantiva cuyo efecto es la evitación del trámite procesal en tanto no se cumplan. Evidentemente las defensas previas discuten de manera directa al interés para obrar como una de las condiciones de la acción, pues el demandante no se encuentra en un actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional, pues aún cuenta con la vía previa establecida en sede material como opción eficaz, por lo que no es necesaria aún la intervención del órgano jurisdiccional para la resolución del conflicto de intereses en el que es parte.

En suma, el saneamiento procesal, o sea, en una palabra, la refinación de la relación jurídico procesal como correcta, se fundamenta justamente en el principio de saneamiento, el cual consiste en que el juez debe depurar la tramitación de todo aquello que pueda entorpecer su pronunciamiento sobre el mérito de la causa, es decir sobre el fondo de la controversia (FONT, 2003: p. 26). Este principio se ve reflejado en los filtros de admisibilidad y procedibilidad a los que aludimos anteriormente, y que autorizan al juzgador a efectuar rechazos liminares.

Ahora bien, originalmente la regulación contenida en el artículo 449 nos hablaba de la realización de una audiencia de saneamiento procesal, donde se resolvían las excepciones a través de los medios de prueba ofrecidos, y en donde se permitían informes orales.

Lo extraño de esta regulación original era que, excepcionalmente, el juez, luego del traslado de la excepción, en decisión motivada e inimpugnable podía prescindir de los medios de prueba de las excepciones y declararlas infundadas, saneando el proceso. Evidentemente, esta regulación se convertía en un nuevo exceso de poder concedido al magistrado, que en más de una vez abusó de tales potestades.

Este y otros motivos dieron lugar a que la Ley N° 29057, publicada el 29 junio de 2007, modificara su tenor, de modo que ahora, absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez debe resolver la excepción dentro de los diez días siguientes, y si la declara infundada, deberá decretar, a su vez, el saneamiento del proceso; de lo contrario, aplicará lo dispuesto en los artículos 450 y 451 que refieren, en esencia, al modo de proceder ante una excepción y a los efectos que ellas generan.

3. EL ARTÍCULO 468 Y LAS RAZONES DE SU MODIFICACIÓN

Originalmente, el artículo 468 regulaba la oportunidad de la audiencia conciliatoria. En efecto, allí se decía que expedido el auto que declaraba saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el juez fijaba día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria.

Este artículo, como todos los referidos a las conciliación al interior del proceso judicial, fueron modificados por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070, del 28 junio de 2008, que consagraba la vigencia progresiva de la conciliación extrajudicial como requisito previo para entablar una demanda.

Este Decreto Legislativo N° 1070 no era sino una ley que modificó diversos artículos de la original Ley de Conciliación - Ley N° 26872, y que por su primera disposición final estableció su entrada en vigencia progresivamente en los diferentes distritos conciliatorios según el calendario oficial a aprobarse por decreto supremo, exceptuando de dicho calendario a los distritos conciliatorios de Lima, Trujillo y Arequipa, así como el distrito judicial del cono norte de Lima, salvo la provincia de Canta, en los cuales sería aplicado a los 60 días calendarios desde su publicación.

Estos calendarios de vigencia progresiva se hicieron desde el año 2010 hasta el año 2014. Así para el año 2010 se publicó el 30 de abril el calendario oficial vía Decreto Supremo N° 005-2010-JUS, para el año 2011 el Decreto Supremo N° 008-2011-JUS se publicó el 06 julio de dicho año, para el año 2012 y 2013 el 21 de octubre de 2012 se publicó el Decreto Supremo N° 015-2012-JUS, y por Decreto Supremo N° 008-2014-JUS publicado el 30 de setiembre de 2014 se aprobó el calendario para el año 2014.

3.1. El fundamento de la instalación de la conciliación en el Perú

Cuando dos sujetos se ubican de manera antagónica, son obligados a recurrir a los mecanismos institucionalizados oficialmente a efectos de alcanzar una solución a la pugna en que se ven envueltos. El sujeto busca, entonces, acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo de satisfacción de intereses. Esta satisfacción a bajo costo se constituye en el objetivo público primordial en materia de administración de justicia. Hoy en día tal meta puede alcanzarse a través de la perspectiva judicial, donde se intenta brindar al ciudadano tutela judicial efectiva para la solución de sus conflictos, así como a través de la perspectiva plural, donde se promueve a favor del ciudadano otros mecanismos más acordes con su realidad.

La instalación oficial de la conciliación en el Perú, como uno de estos mecanismos alternos, buscaba otorgar a la comunidad un arquetipo de relaciones humanas

con base en la solidaridad y el respeto a los derechos humanos, presentándose como una fórmula que coadyuvaría a enfrentar la severa crisis del aparato judicial, dado que se dirigía a trasladar el manejo de los conflictos a los propios sujetos involucrados, para que, con la ayuda de un tercero imparcial, se pudiese arribar a buen puerto. La severa crisis que envolvía al sistema judicial obligaba a recurrir a los mecanismos alternos, pues mediante ellos las partes solucionaban su controversia sin tener que soportar la pesada maquinaria oficial.

Con todo lo dicho, en noviembre de 1997 se promulgó la Ley de Conciliación - Ley N° 26872, declarando, en virtud de su artículo 1, de interés nacional su institucionalización y su desarrollo. Esta ley regula propiamente la institución de la conciliación extrajudicial (cfr. PEÑA GONZÁLES, 1999: p. 201), por lo que, de entrada, contenía errores por corregir hasta en su denominación.

Al promulgarla, simultáneamente se estableció una *vacatio legis* antes de consagrarse su obligatoriedad para poder acudir a una instancia judicial. Sin embargo, tal exigencia solo regía en determinados lugares del Perú. En efecto, desde el 14 de enero del año 2000, fue fijada como un requisito de procedibilidad en aquellos procesos en los que se discuten materias conciliables y en los lugares fijados por la ley, por tanto, no se podía iniciar un proceso judicial si es que previamente no se había recurrido a la conciliación, salvo algunas puntuales excepciones. Por ello, no debe parecernos anómalo que, inclusive, en el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos se postule el ejercicio de ciertas acciones en determinado lapso de tiempo, con el fin de favorecer que las partes en litigio recurran a estas técnicas alternas (GARCÍA CANTEROS *et al*, s.f.).

En su texto se establecen las instancias donde llevar a cabo la conciliación, como son los centros de conciliación, que son entidades debidamente acreditadas y autorizadas por el Ministerio de Justicia, así como los juzgados de paz letrados. Pero también se añade a la justicia de paz, referida a jueces comunales que, por lo general, son personas ilustres de un lugar dado. Anotaremos que una modificación legislativa introducida por la Ley N° 27398 del 13 de febrero de 2001, señaló que aún no estaban establecidas las condiciones para que la justicia de paz actúe paralelamente como instancia conciliatoria.

La conciliación es una institución consensual. Los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. A su vez, no tiene naturaleza jurisdiccional, desde la perspectiva del conciliador, toda vez que este no resuelve controversias, solo propicia soluciones.

El cumplimiento de los acuerdos conciliatorios (totales o parciales) es judicialmente exigible. Las conciliaciones se ejecutan como sentencias, pues el acta constituye título de ejecución. Para esto, habrá que entender que un título de ejecución

es aquel que contiene actos constitutivos de prestaciones declaradas por el órgano jurisdiccional –aunque también pueden tener su origen en la voluntad de las partes involucradas en el conflicto– cuyo efecto será de vinculación formal entre los partícipes de la controversia (LEDESMA NARVÁEZ, 2001: p. 53).

3.2. Las críticas a la Ley de Conciliación

Desde antes de la fecha de su dación, hacia fines del año 1997, la institución de la conciliación era bastante cuestionada debido a los diversos aspectos que tocaba y que, aparentemente, contradecían al sistema normativo imperante, incluyendo a la propia Constitución Política.

Ciertamente, cuando se debatía en el Congreso de la República el Proyecto de la Ley de Conciliación, la discusión se centró en su obligatoriedad e inconstitucionalidad, como puntos más controvertidos. Se decía que la conciliación violaba a la Constitución por inmiscuirse en el campo de la justicia que era exclusivo del poder judicial. En esa directriz, la defensa para la instalación de la conciliación en el Perú fue ardua, lo que se tradujo al final en una respuesta positiva.

Elaborada la ley, en el Perú se dio un periodo de tres años entre su promulgación y la vigencia de la conciliación obligatoria. Pero en este lapso no hubo una política estatal de implementación del sistema conciliatorio que pudiese, al menos mínimamente, crear las condiciones adecuadas para su aplicación. Y aunque se acreditaron más de diez mil conciliadores, la inmensa mayoría de ellos lo hizo en condiciones precarias y sin cubrir mínimos estándares de capacitación (LA ROSA CALLE, 2001: p. 199). Además, la falta de compromiso por parte de los funcionarios estatales para una buena marcha de la conciliación se traslucía por la inexistencia de una adecuada difusión y promoción de tal mecanismo.

En una palabra, la conciliación, desde un inicio resultó controvertida a causa de las aspiraciones que intentaba lograr, pues como usualmente acontece entre nosotros, la dación de esta ley ocasionó mucha expectativa de diversa índole, pero nuestros legisladores, luego del primer paso, se olvidaron y el asunto se estancó.

Inicialmente, los indicadores del Ministerio de Justicia señalaban que solo asistían la mitad de los invitados a conciliar. Algunas hipótesis explican esto por el desconocimiento acerca de la existencia del mecanismo conciliatorio, mientras que otros conjeturan que prevalece un prejuicio (alentado en algunos casos por los abogados) sobre la conciliación, a la cual se le estaría atribuyendo una suerte de trámite previo para llegar a las instancias judiciales. Al respecto, Iván ORMACHEA (2001: p. 7), originalmente planteó desplegar diversas estrategias para convencer a los usuarios y sus asesores jurídicos de los beneficios de la conciliación, para promover la asistencia a las audiencias.

Así las cosas, hasta el propio Ministerio de Justicia llegó a indicar un peligroso déficit de capacitación y formación básica, debido a la mala calidad de los programas de formación y capacitación de conciliadores, razón por la cual en mayo de 2001 se modificó el Reglamento de la Ley de Conciliación y se establecieron requisitos mínimos de calidad que debían cumplir los cursos de formación de conciliadores. Posteriormente, en febrero del año 2005, nuevamente se modificó el Reglamento, intentado reformular las estrategias para el buen funcionamiento de la conciliación en el Perú.

De lo evaluado se tiene que nos enfrentamos a una posible insatisfacción con los acuerdos conciliatorios evidenciado por el incumplimiento de ellos. Es decir, un regular porcentaje de acuerdos a los que han llegado las partes, no se cumplen. Esto podría indicar que los interesados han sido presionados a suscribir acuerdos con los cuales no estaban necesariamente conformes, y, si esto fuera así, se estarían tergiversando los fines y alcances de la conciliación.

No está de más agregar la desconfianza en el sistema por considerar que la obligatoriedad afecta a la naturaleza voluntaria de la conciliación y el derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. No por azar, Iván ORMACHEA (2001: p. 7) afirmó años atrás que, probablemente, demostrar la viabilidad de la conciliación, como sistema previo al inicio de un proceso judicial, sería el mayor reto a vencer.

En conclusión, diremos que las críticas a la conciliación extrajudicial han sido severas (cfr. ARIANO DEHO, 2001; TORRES VÁSQUEZ, 2002: p. 19), sin embargo, la estimación hecha es que, cuando el sistema de conciliación funcione con normalidad, los jueces verán reducida su carga procesal en casi 40 % (BARREDA, 2002: p. 17).

Aun así, a la conciliación no hay que juzgarla únicamente por la utilidad que presta a la función jurisdiccional, pues su valor reside en ser una propedéutica para la paz (CASTILLO RAFAEL, 2002: p. 12). Y es que, lamentablemente, en nuestro caso, la conciliación nació más por una decisión política de poder reducir la ingente carga procesal existente, que por una verdadera conciencia de los beneficios de un mecanismo tan favorable y necesario (VIGO CARRILLO, 2002: p. 10).

Finalmente, diremos que se ha insistido en el retorno al sistema facultativo de la conciliación (TORRES VÁSQUEZ, 2002: p. 19; MACEDO TORO, 2003: p. 20), sobre todo para evitar su descrédito y en tanto el Estado no demuestre voluntad política para definir las políticas públicas que deben impulsar el sistema conciliatorio (ORMACHEA CHOQUE, 2002: p. 8). Sin embargo, el establecimiento facultativo de la conciliación y la exigencia de ser abogado para poder ser conciliador, son dos modificaciones que, en palabras de Carlos CASTILLO (2002: p. 12), terminarían

por sepultar a la conciliación, en vez de perfeccionarla y protegerla, por cuanto, no se ha probado, aún, la ineficacia de este medio alternativo.

En definitiva, la conciliación extrajudicial no logró copar las expectativas puestas en ella, posiblemente debido a la premura y a la irregularidad con la que fue instaurada en nuestro ordenamiento jurídico. Y decimos esto, por cuanto, creemos que era conveniente intentar algunas acciones anteriores y paralelas a su institucionalización, de modo preferente en lo referido a la difusión de sus beneficios. La promulgación de la ley jamás pudo agotar el cimiento que la conciliación extrajudicial requería para poder tener éxito entre nosotros. La responsabilidad estatal no podía quedar concluida con la dación de una ley y en exigir o no su obligatoriedad. La dación de una ley de tal tipo exige contar con el soporte de una política educativa que desarrolle una pedagogía de la paz, proyectada a todos los niveles de la población.

3.3. La falta de capacitación de los jueces en materia conciliatoria

En el esquema original de la Ley de Conciliación, el conciliador es la persona capacitada y acreditada que cumple labores en un Centro de Conciliación, propicia el proceso de comunicación entre las partes y, eventualmente, propone fórmulas conciliatorias no obligatorias (Ledesma Narváez, 2001: p. 6). En el Perú, primigeniamente la conciliación se ejercía sin las exigencias de la capacitación por parte del conciliador, y es recién con la vigencia de la Ley N° 26872, que se incidió notoriamente en ella (Ledesma Narváez, 2000: p. 113).

Según lo dicho, para ser conciliador se requiere estar capacitado como comunicador y estratega en la toma de decisiones, así como estar preparado en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos, además de contar con una buena trayectoria ética y moral.

El esquema original de CPC –que por cierto data del 1994– propugnaba también que la conciliación se constituía en un buen mecanismo para solucionar los conflictos. Lamentablemente dejaba tal actividad en manos de los jueces y siempre dentro del proceso judicial.

Dicho de otra manera, en los tres carriles procesales (de conocimiento, abreviado y sumarísimo) había un espacio para fomentar un acuerdo conciliatorio entre las partes bajo la dirección del juez. Este espacio conciliatorio era de índole obligatoria, a tal punto que si el juez no proponía fórmula conciliatoria la audiencia adolecería de un vicio de nulidad. Pero como acabamos de ver, para ser conciliador se necesita una especial formación, y era evidente que gran parte –sino la totalidad– de nuestros magistrados de la época no contaban con dicha formación (lo cual también es altamente posible que acontezca en la actualidad).

Entonces, como el plan original del codificador no funcionó, es que se estableció a la conciliación como un mecanismo pero fuera de proceso, es decir, propiamente extrajudicial. Y para ello, era indispensable suprimir este aspecto al interior de las audiencias celebradas ante los órganos judiciales.

3.4. La dación del Decreto Legislativo N° 1070

Aunque la idiosincrasia peruana juega en contra, la conciliación extrajudicial es un medio interesante a efectos de lograr los frutos que en otras latitudes, no tan disímiles a la nuestra, ha alcanzado. Se trata de una gran opción, no solo para aligerar la inmensa carga procesal con la que cuenta el Poder Judicial, sino por tratarse de un verdadero intento de lograr una sociedad que conviva con el diálogo, intentando mantener las buenas relaciones con todos.

Siendo que la conciliación extrajudicial se torna en una senda interesante, pese a todas las dificultades por las que ha tenido y tiene que pasar, se hacía necesaria la búsqueda de mecanismos que la doten de mayor viabilidad y seguridad jurídica.

Por lo dicho y convencidos de la existencia de muchos sujetos que preferirían arreglar un asunto por sí mismos sin tener que recurrir a la demoledora y parsimoniosa maquinaria judicial, a través del Decreto Legislativo N° 1070 se intentó una reformulación de esta institución, y como parte de ella se insistió en hacer de la conciliación extrajudicial un mecanismo de exigencia previa a la instalación del proceso judicial, reafirmando que los jueces no eran los sujetos idóneos para llevarla a cabo al interior de un tramitación judicial, por lo que, en definitiva se suprimió la fase conciliatoria de todos los procesos judiciales.

Para el caso del proceso abreviado, existía una audiencia exclusiva para el intento conciliatorio, lo cual ocurría luego de expedido el auto que declaraba saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, audiencia que se vio abandonada de modo definitivo.

4. EL ARTÍCULO 468 Y LA FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y EL SANEAMIENTO PROBATORIO

Hoy en día el artículo 468 refiere la fijación de puntos controvertidos y el saneamiento probatorio de manera que expedido el auto de saneamiento procesal, las partes, dentro del tercer día de notificadas, propondrán por escrito al juez los puntos controvertidos que estimen pertinentes, luego de lo cual el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Como se puede ver, el artículo quedó redactado de tal modo que declarado saneado el proceso, el juez debe proceder a determinar los puntos controvertidos con la intervención de las partes. Esta determinación de los puntos controvertidos no es sino el equivalente a los objetivos del proceso. Es decir, llevando el plano metodológico investigativo a sede procesal, la determinación de los objetivos se convierte en el ¿para qué? del trámite, o sea, en su finalidad última, lo que hay que averiguar. Por tanto, al establecerse bien los objetivos a alcanzar, para este caso los puntos controvertidos, queda en claro que todo el trámite debe girar en torno a ellos, desechando todo aquello que se aparte de esa dirección y que pueda distraer el alcanzarlos.

Por ello mismo es que en el artículo se precisa que una vez fijados los puntos controvertidos, el juzgador tendrá que determinar los que van a ser materia de prueba, y esto se dice porque algunos puntos controvertidos pueden referirse a temas exclusivamente de derecho, antes que a temas fácticos.

Como acabamos de decir, al fijarse los puntos controvertidos se establecen los objetivos a los cuales se debe dirigir toda la tramitación. Por tanto, es labor de los integrantes del proceso, y preferentemente del juzgador, vigilar que toda actuación se encamine hacia tales objetivos, evitando todo tipo de desvío o distracción.

Por ello mismo es que el artículo en estudio, indica que luego de fijados los puntos controvertidos que van a ser materia de prueba, el juez rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten.

A esta actuación se denomina saneamiento probatorio, es decir al acto a través del cual se depura y acrisola el proceso de los medios de prueba que son inadecuados o impertinentes para resolver la *litis*, a efectos de actuar únicamente las pruebas idóneas para acreditar los hechos en controversia, siendo que por ello el artículo bajo examen manda que se actúen las pruebas referidas a la cuestión de fondo.

A esta fase también la sustenta el acotado principio de saneamiento que, como vimos, proclama que el director del proceso debe filtrar la tramitación de todo aquello que pueda entorpecer su pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o sea sobre el fondo de la controversia (FONT, 2003: p. 26).

5. EL ARTÍCULO 468 Y LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

En el mismo artículo 468 se añade que solamente cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, se señalará fecha para la realización de la Audiencia de Pruebas, siendo que la decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o su prescindencia es impugnable sin efecto suspensivo y

con la calidad de diferida. Y en caso de prescindir de ella, el juez debe proceder al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.

Al respecto CARNELUTTI (1950: p. 476) enseña que son dos los conceptos que emergen de los actos realizados en presencia de otros, ya sea si se trata de un acto realizado *públicamente* o bien del acto realizado en *reunión*. Las prescripciones normativas procesales regulan el asunto de la publicidad solamente para los segundos, es decir para los actos que han de realizarse en reunión (aunque finalmente ambos tipos –los públicos y los de reunión– terminan por interferirse). Así, *reunión* significa no tanto presencia de varias personas en el mismo tiempo y lugar, cuanto tal presencia al objeto de obrar conjuntamente. Si la reunión tiende a la formación de un acto concursal debe llamarse *asamblea*; en caso diverso puede llamarse *convención* o *comparecencia*; y cuando la convención o comparecencia judicial es presidida por el juez toma el nombre de *audiencia.*

La audiencia no es sino uno de los tantos medios de comunicación al interior del proceso, pero se trata de un medio ya no entre las partes, sino entre estas y el juez y eventualmente con la intervención de terceros, como testigos, peritos, etc. Es el acto en el cual el juez escucha las peticiones que las partes formulan verbalmente o las aclaraciones que ellas hacen a su requerimiento, las declaraciones de los testigos, las explicaciones de los peritos, etc.; de todo lo cual se deja constancia mediante actas que se agregan a los autos (ALSINA, 1956: p. 690).

La citación a la audiencia debe contener aquello que le da el nombre, el llamamiento a juicio *(vocatio in ius)* del demandado a una audiencia determinada, y no solo debe notificarse antes de la audiencia, sino que entre la notificación y la audiencia debe mediar un plazo mínimo, al que se denomina *término para comparecer* (CHIOVENDA, 1922: p. 102).

Como acabamos de mostrar, la parte final del artículo 468 regula el desarrollo de la audiencia de pruebas al interior del proceso abreviado. En una palabra, luego de haber saneado las pruebas, estas son actuadas.

Es evidente que si la evaluación de la controversia no se termina en una audiencia, debe el juez fijar *otra* para su continuación, y en la *nueva* audiencia (aunque en realidad se trata de la misma, solo que se desarrolla en una nueva sesión) se procede del mismo modo, y si bien no es preciso que intervenga el mismo juez que ha estado presente en la primera, es recomendable que sea el mismo (CHIOVENDA, 1922: pp. 102-104), ello basado en el principio de inmediación.

Como ya dijimos, en la parte final del artículo 468 se consagra el derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.

En efecto, una vez actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, o, de ser el caso, habiendo prescindiendo de la audiencia de pruebas, el juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten, es la oportunidad de los alegatos. Este alegato final no es sino el informe oral que reproduce el abogado como intento último de persuadir al juzgador de que su postura procesal es la correcta, en una palabra, de que tiene la razón, pues no hay que olvidar que la fase final consiste en la emisión de la sentencia por parte del juez.

Este informe, por lo general es breve y de modo oral, aunque no hay impedimento en hacerlo llegar de modo escrito tal y como manda el artículo 212 para las vías de conocimiento y abreviada.

Respecto de los alegatos, se sabe que su gran utilidad –tanto si son escritos como orales– radica en que a través de ellos los litigantes proporcionan al juez una recapitulación metódica de los hechos en que fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere, y las razones que se aducen para demostrar el derecho (ALSINA, 1958: p. 708). Esta alegación, entonces, como acto procesal de las partes, se encamina a afirmar o negar la existencia de un determinado hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 559).

Como se observa, el alegato solamente será concedido a quien lo haya solicitado, y esto es así por cuanto el alegato no constituye una pieza fundamental ni esencial del procedimiento, por lo que su no presentación ningún perjuicio ni sanción proviene al litigante (ALSINA, 1958: p. 708). Además, los alegatos no integran la controversia a resolver por el juez, pues en dicho periodo procesal las partes ya no están autorizadas a introducir nuevos elementos al proceso, puesto que el tema de debate judicial se formalizó con la demanda y la contestación (SADA CONTRERAS, 2000: p. 116).

Acabados los informes de los abogados el magistrado debe cumplir dentro del plazo de veinticinco días con expedir la sentencia que, como acto estelar final, pondrá fin a la controversia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario.* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2001): "Notas sobre la conciliación 'educativa'". En: *Legal Express.* N° 5, *Especial arbitraje, conciliación.* Lima: Gaceta Jurídica; BARREDA, Tito (2002): "Hacia una cultura de paz - Informe Especial". En: *Diario oficial El Peruano,* 1 de abril; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago

Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del Proceso Civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CASTILLO RAFAEL, Carlos (2002): "Defensa de la conciliación". En: *Diario oficial El Peruano,* 8 de agosto; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GARCÍA CANTEROS, Gabriel y otros. s.f. *Traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos.* 1 CD - Rom. Traducido por Gabriel García Canteros y otros; LA ROSA CALLE, Javier (2001): "Los medios alternativos de resolución de conflictos y su relación con la administración de justicia. Algunas reflexiones a propósito de la implementación de la conciliación extrajudicial." En: *Revista Jurídica del Perú,* N° 29; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2000): *El procedimiento conciliatorio: Un enfoque teórico - normativo.* Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2001): "El control de legalidad sobre la conciliación como elemento constitutivo para el título de ejecución". En: *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 39. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MACEDO TORO, Marlene (2003): "Conciliación extrajudicial". En: *Debate modificaciones de legislación vigente.* Diario oficial *El Peruano,* 13 de marzo; ORMACHEA CHOQUE, Iván (2001): "La nueva Ley de Conciliación: algunos datos sobre los resultados de su aplicación". En: *Legal Express,* N° 5. Lima: Gaceta Jurídica; ORMACHEA CHOQUE, Iván (2002): "Conciliación extrajudicial: Razones para retornar al sistema facultativo". En: *Revista Jurídica del Perú,* N° 36. Lima: Gaceta Jurídica; PEÑA GONZÁLES, Óscar (1999): *Manual de conciliación extrajudicial y comentarios a la Ley de Conciliación.* Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, entrevista de Paúl Herrera Guerra. *Decano del CAL conforme con conciliación facultativa.* Lima (15 de octubre de 2002); VIGO CARRILLO, Carlos Renzo: "Uso de la conciliación extrajudicial en el Perú". En: *Diario oficial El Peruano,* 28 de junio de 2002; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones.

Artículo 494 | Apelación

En este proceso tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia. Las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 368, 369, 371, 372, 375, 376.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Toda resolución debe ser susceptible de impugnación o revisión, pues la regla general en materia procesal es la doble instancia, a tal punto que se trata de un principio del Derecho Procesal actual, contemplado para nosotros en el inciso 6 del artículo 139 de nuestra Carta Magna. Este cuestionamiento de una resolución judicial se hace a través de los medios impugnatorios.

Un medio impugnatorio es el instrumento que la ley concede a las partes o terceros con interés legítimo para poder solicitar que el propio juez o su superior jerárquicamente realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de lograr una anulación o revocación total o parcial. Se trata de un instituto utilizable únicamente por los elementos activos de la relación procesal que tienen interés directo en el resultado del proceso o del acto procesal que se impugna, es decir, la parte o el tercero legitimado (MONROY GÁLVEZ, 1995: p. 302).

El objetivo de los medios impugnatorios es alternativo: declarar la nulidad del acto procesal o proceso que se impugna o intentar la revocación de uno de estos; siendo que la voz revocación, en este sentido significa pérdida de eficacia del acto o del proceso; todo ello conforme al artículo 355 del CPC.

Los medios impugnatorios se clasifican en remedios y recursos (el art. 356 del CPC recoge esta clasificación). Los recursos son utilizados exclusivamente para atacar a los actos procesales contenidos en resoluciones; por los remedios, en cambio, se pide se reexamine todo un proceso a través de uno nuevo o, por lo menos, el pedido de reexamen está referido a un acto procesal. El rasgo distintivo está dado porque el remedio está destinado para atacar toda suerte de actos procesales,

excepto aquellos que estén contenidos en resoluciones. Con lo dicho, la apelación se convierte en el recurso por excelencia.

La apelación o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por una resolución –preferentemente la sentencia– de un juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior (COUTURE, 1958: p. 351). Ella se fundamenta en que es menester en la administración de justicia obtener la decisión más perfecta posible, lo que no hace irretractable el primer proceso sino que ordinariamente se admiten juicios reiterados y de diversos jueces en el mismo pleito (CHIOVENDA, 1922: p. 230).

En efecto, la segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable, o en todo caso constituye un predominio de la razón sobre la autoridad, por ello la técnica legislativa procesal debe asegurar que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor dispendio posible de energías (a ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia) (COUTURE, 1958: p. 172).

Como sustento de la doble instancia tenemos que el tribunal de apelación ofrece una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procura la uniformidad de criterio (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 335), y ello debido al número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de estos, pero también por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquellas no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos, con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la resolución de primera instancia (ALSINA, 1956: p. 132).

2. LOS EFECTOS DE LAS APELACIONES

Una apelación, según el artículo 368 de nuestro Código, puede concederse con efecto suspensivo o sin él, lo cual debe precisarse al momento de la concesión del recurso.

El *efecto suspensivo* implica que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. Es decir, lo resuelto por el *a quo* queda paralizado hasta que finalmente resuelva el recurso el superior jerárquico.

Este efecto no se utiliza regularmente pues importa una suerte de paralización de la resolución de la controversia en tanto no se materialice la administración de justicia a través del pronunciamiento del superior, lo cual puede perjudicar

a los justiciables. Por ello mismo es que en el artículo 371 se señala que procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, además de los supuestos expresamente previstos en el Código.

Y justamente porque esta paralización puede perjudicar al justiciable es que nuestro legislador en el mismo artículo 368 ha ordenado que sin perjuicio de la suspensión, el juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte, y asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.

Por su parte, la concesión de la apelación *sin efecto suspensivo* refiere que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de esta. Es decir, bajo este supuesto el proceso sigue como si no hubiere habido apelación y solo cuando el superior resuelva de modo contrario, se retrotraerá las cosas al estado correspondiente.

Por lo dicho es que en el artículo 372 se precisa que 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, siendo que cuando el Código no haga referencia al efecto con el que se concede la apelación, se debe entender que se la ha concedido sin efecto suspensivo.

3. LAS CALIDADES DE LA APELACIÓN SIN EFECTO SUSPENSIVO

Las calidades de la apelación divididas en diferida o no diferida obran solamente para el caso en que la apelación se haya concedido sin efecto suspensivo.

Cuando hablamos de la *calidad de diferida* de una apelación nos referimos a que el juez ordena al momento de conceder la apelación que se reserve su trámite a fin de que sea resuelta por el superior juntamente con la sentencia u otra resolución que el juez señale; se trata de una especie de reserva del recurso (Ledesma Narváez, 2008b: p. 872). En cambio *no será diferida* cuando el superior, inmediatamente llegado a su poder el recurso lo resuelve, sin esperar la emisión de la sentencia o de otra resolución.

Evidentemente en el caso de la calidad diferida el justiciable queda a la espera de la emisión de la sentencia (o la resolución respectiva), y por ello es que el artículo 369 precisa que la falta de apelación de la sentencia (o de la resolución señalada por el juez) determina la ineficacia de la apelación diferida. En una palabra, para que la apelación concedida sin efecto suspensivo y con la

calidad de diferida opere es indispensable apelar también la sentencia (o la resolución correspondiente).

En la Casación N° 4708-2007-Lima se resolvió que:

> "(...) se desprende que en el desarrollo del proceso se concedieron dos apelaciones sin efecto suspensivo y con calidad de diferidas; en tal virtud, de acuerdo al numeral trescientos sesentinueve (sic) del Código Procesal Civil, debieron ser resueltas conjuntamente con la sentencia apelada por el Superior Jerárquico, lo cual no ha ocurrido".

La concesión con la calidad de diferida no es sino una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva. El fundamento radica en la conveniencia de evitar frecuentes interrupciones en desmedro de la celeridad procesal en primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 872).

La concesión de una apelación con la calidad de diferida puede ser perjudicial y riesgosa para el justiciable, pues además de estar concedida sin efecto suspensivo postergando la resolución de la controversia (piénsese en el caso de que el perdedor tuviese finalmente la razón), debe quedar a la expectativa de que su recurso recién sea conocido por el superior cuando se eleve conjuntamente a la sentencia apelada. Pero, además, porque como se ha establecido que la falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez determina la ineficacia de la apelación diferida, esto se convierte en un arma de doble filo. Imaginemos que un sujeto tiene a lo largo del proceso un par de apelaciones de dos autos, concedidas sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida y la sentencia sale a su favor. Evidentemente no va a apelar, pero la contraparte sí. Y qué sucederá si por ejemplo el superior revoca la sentencia, y el auto original apelado era sustancial para la causa. Pues simplemente, al no haber apelado la sentencia (que le era favorable) ha perdido eficacia su apelación del auto (que le era desfavorable y crucial para el proceso).

Y aunque en el artículo 372 se haya dispuesto que cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida; el riesgo, ad empero, se acentúa desde que en la parte final del primer parágrafo del artículo 369 se establece que la decisión motivada por el juez concediendo la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida es inimpugnable. Sirva, entonces, para esta parte todo lo vertido al cuestionar la calidad de inimpugnable de la resolución prevista en el artículo 549.

Al respecto y para terminar, la profesora Marianella LEDESMA (2008b: p. 872) nos da a conocer la Casación N° 2028-2001-Huaura donde aparentemente –y de modo discutible– estaría la respuesta a este dilema. En efecto, allí la Corte Suprema estableció que, como no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue, el artículo 369 del CPC no diferencia quién debe interponer la apelación de la resolución o sentencia señalada por el juez que permitirá resolver, a su vez, las apelaciones diferidas. En consecuencia –se dice– al haber sido apelada la sentencia de primera instancia por uno de los codemandados, debieron resolverse las apelaciones concedidas en calidad de diferidas, por más que fueran interpuestas por persona diferente, por tanto, no puede exigirse que sea el recurrente quien apele la sentencia para que se resuelvan sus apelaciones pendientes, pues en el presente caso la sentencia de primera instancia le fue favorable.

4. LAS RESOLUCIONES APELABLES CON EFECTO SUSPENSIVO EN LA VÍA ABREVIADA

El artículo 494 señala expresamente que la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo.

Al respecto reiteramos que por disposición del artículo 371 del CPC se otorga el efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación. Estimamos además que, como se trata de concesiones con efecto suspensivo, sería de aplicación para estos casos la regulación genérica del artículo 383 que señala que 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. Veamos ahora una a una estas resoluciones.

4.1. La resolución que declara improcedente la demanda

La declaración de improcedencia de la demanda debe relacionarse con la última parte del artículo 427 que en su tenor determina que si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión, la cual, evidentemente puede ser apelada previa comunicación al demandado del recurso interpuesto, siendo que la resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

Como se puede ver en el artículo 494 se establece que la resolución que declara improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo.

Es evidente que esta apelación se la conceda con efecto suspensivo, pues mientras está rechazada la demanda por improcedente, propiamente no se ha trabado la *litis* y por tanto no se puede seguir avanzando en el proceso, toda vez que nadie sale perjudicado con ello.

4.2. La resolución que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable

Partiendo de lo dicho al final del acápite anterior, si el juzgador emitiera una resolución en donde declarase que la relación jurídico-procesal es inválida y con la característica adicional de la insubsanabilidad, es decir, que no existe mecanismo de salvar este impase, a todas luces no se ha conseguido trabar la *litis*, por tanto no puede hablarse de perjuicio en el desarrollo del proceso puesto que no se podrá avanzar en su cauce.

Es por este motivo que en el artículo 494 en estudio se precisa que esta resolución, o sea la que decreta que la relación procesal es inválida y no se puede subsanar, es susceptible de apelación, pero con efecto suspensivo, toda vez que la tramitación no podrá seguir avanzando en manos de este juzgador que estima que no hay una correcta relación procesal, por tanto, será el *a quem* quien deberá decidir si la relación procesal aparentemente trabada es o no la correcta.

Es exactamente el mismo efecto que se genera cuando una excepción o defensa previa que ataca a la relación procesal es declarada fundada; pero el supuesto en este caso consiste en que no se han interpuesto excepciones. Y cuando ello ocurre, corresponde al juzgador proceder a realizar el saneamiento procesal bajo tres opciones: establecer que la relación jurídico-procesal es válida con la consecuente continuación del proceso; establecer que la relación procesal es inválida pero subsanable, por lo que se concede un plazo judicial para el levantamiento de los defectos; o, finalmente, establecer que la relación jurídico-procesal es inválida e insubsanable, por lo que corresponde dar por concluido el proceso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 648).

Es bajo este último supuesto que el artículo en estudio declara que la apelación de esta resolución se concederá con efecto suspensivo.

4.3. La resolución que declara fundada una excepción o una defensa previa

Como ya se ha visto, luego de la absolución de las excepciones por parte del demandante y actuados los medios de prueba correspondientes, el juez procede a resolverlas, de modo que si las encuentra infundadas procederá a declarar saneado el proceso.

Empero, si las encuentra fundadas se procede tal y como manda el artículo 450 que nos habla del modo de resolución de las excepciones y de su impugnación. Allí se expresa que las excepciones se resuelven en un solo auto, y si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral, y si 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.

La parte final del artículo 450 decreta que el auto que declara fundada una excepción –agregaremos a la defensa previa– es apelable con efecto suspensivo, lo cual coincide exactamente con la regulación prevista en el artículo 494 para el caso del proceso abreviado.

Y si bien el artículo 494 señala el efecto con el que se concede la apelación para el caso de una excepción y una defensa previa declaradas fundadas, no comprende en su supuesto al caso en que las declarase infundadas. Estimamos, entonces que para este supuesto, o sea si se declara infundada una excepción o una defensa previa, la apelación se concederá sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

En fin, es también claro que la concesión sea con efecto suspensivo para el caso en que se declara fundada una excepción o una defensa previa, pues, como se ha venido diciendo, tanto la excepción como la defensa previa cuestionan la regularidad de la relación jurídico-procesal. Ergo, si el juez las declara fundadas estima que la relación jurídico-procesal no está bien constituida por lo que no puede seguir adelante con la solución de la controversia. Por ello no hay impedimento en suspender el proceso al conceder la apelación, y se tendrá que esperar a que el superior determine lo que corresponda.

4.4. La sentencia

Sabido es que la sentencia es la resolución judicial por excelencia pues es la que pone fin definitivo a la controversia y además porque debe, en la medida de lo posible, pronunciarse sobre el fondo del conflicto.

Como la sentencia pone fin a la instancia es sencillo entender que su apelación sea concedida con efecto suspensivo, pues a fin de cuentas, el juez que la emitió declina su competencia para su ulterior conocimiento, correspondiéndole ahora al superior jerárquico.

5. LAS RESOLUCIONES APELABLES SIN EFECTO SUSPENSIVO EN LA VÍA ABREVIADA

El artículo 494 es diáfano en establecer que, salvo las resoluciones ya anotadas (la que declara improcedente la demanda, que declara la invalidez de la relación

procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia) todas las demás solamente son apelables, pero su concesión se da sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, a menos que el magistrado decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

Al respecto, el artículo 369 justamente define lo que se entiende por la concesión sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, y establece que la falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez determina la ineficacia de la apelación diferida, todo ello con las consecuentes discusiones vertidas para estos supuestos líneas arriba.

Además, entendemos que por estar mandado expresamente en la ley, la decisión de conceder la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida también será inimpugnable, ello a efectos de guardar coherencia con la parte final del artículo 369.

En todo caso, siempre que se trate de una apelación sin efecto suspensivo, sería de aplicación lo previsto en el artículo 380 que señala que 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.

Más bien no sería de aplicación el artículo 383 que señala que resuelta la apelación sin efecto suspensivo, el secretario del superior notifica la resolución a las partes dentro de tercer día de expedida, y 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, siendo que 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. Ello por cuanto, al concederse con la calidad de diferida, no tendría sentido aplicativo el comunicar al juez y esperar a que se ponga fin al proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed, vol. I. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1995): *Comentarios al Código Procesal Civil.* Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista Editores; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial.* Editado por Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires: Zavalía; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil.* Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

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 un fractura lógica entre lo considerado y lo resuelto por la Sala superior ***(Cas. N° 2054-2001-Lima).***

El art. 369 del Código Procesal Civil, señala que, la apelación con la calidad de diferida es aquella apelación sin efecto suspensivo que el Juez puede ordenar que se reserve su trámite, a fin de que sea resuelta por el superior conjuntamente con la resolución otra resolución que señale ***(Cas. N° 395-2006-Ica).***

Del primer párrafo del artículo 369 del Código adjetivo, se puede inferir que las apelaciones diferidas comportan simplemente la reserva de su trámite a fin de que, en lugar de formar el cuaderno de apelación sin efecto suspensivo y elevarlo inmediatamente a la instancia superior, sea resuelto por dicha instancia conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el Juez señale, por razones de celeridad y económicas procesales previstas como principios en el artículo quinto del Título Preliminar del Código Procesal Civil, lo que significa que las apelaciones diferidas únicamente se encuentran en estado de suspensión y la activación del trámite se produce con la sola existencia de una sentencia apelada o de la resolución que el Juez señale, con prescindencia de la parte que ha planteado el medio impugnatorio ***(Cas. N° 1228-2002-Arequipa).***

CAPÍTULO II
DISPOSICIONES ESPECIALES

SUBCAPÍTULO 1
RETRACTO

Artículo 495 | **Requisitos y anexos especiales**

Además de cumplir con los artículos 424 y 425, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por este y que se hubieran devengado.

Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del juez, dentro de segundo día.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1592 al 1601; C.P.C. arts. 424, 425, 426, 427, 500, 502.

Manuel Muro Rojo

1. CONCEPTOS PREVIOS

Los artículos 495 al 503 del CPC se ocupan de los aspectos procesales del retracto. Sin embargo, antes de comentarlos conviene realizar siquiera una aproximación a esta figura regulada en los artículos 1592 al 1601 del CC, para la mejor comprensión de las normas adjetivas.

Al respecto, en primer lugar cabe precisar que la doctrina jurídica ha distinguido entre el denominado retracto convencional y el retracto legal, así como también entre este último y el tanteo o preferencia.

En cuanto al retracto convencional, esta figura se conoce también en la doctrina como el "pacto de retroventa", que en el caso peruano está regulado en el artículo 1586 del CC, y por el cual en mérito al acuerdo entre las partes en un contrato de compraventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver dicho contrato en forma unilateral en cualquier momento y sin necesidad de declaración judicial, dentro de los plazos máximos establecidos en el artículo 1588 del CC, según se trate de bien mueble o inmueble, o dentro del plazo acordado por las partes, que no puede ser mayor al señalado en la ley.

El pacto de retroventa es denominado en otras latitudes como pacto de recompra o pacto de rescate (Derecho francés), rescate convencional (Derecho italiano) y retracto convencional o venta a carta de gracia (Derecho español) (DE LA PUENTE: 1999, p. 235). En este caso, el ejercicio del pacto produce precisamente el efecto que la denominación sugiere, es decir la "retroventa" o "re" "tracto", derivado este último de las voces latinas *re* (retorno) y *tractus* (movimiento) (AMAYA: 2010, p. 260; MARTÍNEZ: 1996, p. 39A y ss.), lo que implica un regreso a la situación anterior, ya que el vendedor que ejerce el derecho que el pacto le otorga, retoma o recupera la propiedad del mismo bien que anteriormente había vendido. De suyo se advierte que en esta situación siempre participan las mismas partes: vendedor y comprador, y no interviene ningún tercero.

2. EL RETRACTO LEGAL

Con relación al retracto legal puede decirse que es un derecho que la ley otorga a ciertas personas, en ciertas situaciones, para subrogarse en el lugar del comprador en un contrato de compraventa, asumiendo todas las estipulaciones pactadas originalmente en ese contrato; tal como se desprende de la regulación contenida en el artículo 1592 del CC. Al respecto, LEÓN BARANDIARÁN (1992, p. 128) ha precisado que esta figura hace que un tercero, extraño al negocio jurídico que se ha realizado, se sustituya al comprador adquiriendo la cosa vendida, pagando a dicho comprador lo que este a su vez pagó al vendedor, obrando tal sustitución por ministerio de la ley y no dependiendo del contrato mismo de compraventa al que el retracto legal accede.

Por regla general el retracto legal opera solo en el caso de la compraventa y la dación en pago (arts. 1592 y 1593 del CC), aunque también se sostiene que podría aplicarse a la permuta en virtud de la remisión que hace el artículo 1603 del CC (DE LA PUENTE: 1999, p. 273; ARIAS SCHREIBER: 2011, p. 122; CASTILLO: 2015, pp. 319-321).

De otro lado, como puede apreciarse de lo antes referido, un aspecto muy importante es que quien ejerce el retracto legal (retrayente) no genera los efectos que enseña el vocablo en su expresión etimológica *(re, tractus),* pues no se produce –como en el caso del pacto de retroventa o retracto convencional– un retorno a la situación anterior; más bien la situación, o mejor dicho la relación jurídica original, se mantiene tal cual y continúa desplegando sus propios efectos, con la única excepción de que el comprador o adquirente ha sido subrogado por el tercero que ha ejercido el derecho de retraer que la ley le reconoce.

Esto último fluye del propio artículo 1592 del CC que define la figura; de modo que no se rescinde, resuelve o nova la venta o transferencia celebrada por las

partes originales, ni se celebra otra entre el vendedor y el tercero retrayente como nuevo comprador o adquirente (ver DE LA PUENTE: 1999, pp. 266-268). Esto no ocurre. Por el contrario, se mantiene vigente la misma relación jurídica y sus estipulaciones, produciéndose una subrogación a la que CASTILLO califica como sui géneris y advierte con razón que es muy diferente a la subrogación regulada en los artículos 1260 al 1264 del CC, en el Libro de Obligaciones (pago con subrogación) (CASTILLO: 2015, p. 313).

Pese a que este autor no se adhiere a la idea de que se trate de una sustitución en la posición contractual del comprador –porque, según entiendo, afirma que el pago del retrayente haría concluir el contrato y la cesión de posición contractual exige que los efectos continúen–, en mi opinión esta última es la figura a la que más se asemeja el retracto, solo que por mandato legal (en esta línea DE LA PUENTE: 1999, pp. 267-268; ARIAS SCHREIBER: 2011, p. 120), y el hecho que el retrayente haya pagado el precio, esto no necesariamente hace concluir el contrato, pues este puede continuar desplegado sus otros efectos jurídicos (ya no relacionados al pago) y continuar vigente, tal cual sucede con la cesión de posición contractual.

3. CARACTERES DEL RETRACTO

Conforme lo señala la doctrina y según lo establece el artículo 1592 y ss. del CC, los principales caracteres del retracto son los siguientes:

- Es un derecho emanado exclusivamente de la ley, a favor de determinadas personas que se encuentran en determinadas situaciones jurídicas taxativamente previstas, como se verá más adelante (ver arts. 1592 y 1599 del CC).

- Opera respecto de un acto jurídico ya celebrado, sea compraventa, dación en pago o permuta, y no respecto de una mera o simple oferta (ver arts. 1592, 1593 y 1603 del CC).

- Tiene un efecto subrogatorio, habida cuenta que el retrayente, quien ejerce el retracto, se coloca en la posición y asume todas las obligaciones del comprador o adquirente, y este sale de la relación jurídica original, la cual continúa sin él (ver art. 1592, primer párrafo, del CC).

- Para efectos de la subrogación, el retrayente debe pagar al comprador o adquirente el precio que este a su turno pagó al vendedor, así como reembolsarle los demás conceptos en que aquel haya incurrido: tributos, gastos e intereses, si los hubo (ver art. 1592, segundo párrafo, del CC).

- Se ejerce en el caso de los actos antes señalados (compraventa, dación en pago y permuta) cuyo objeto sean bienes inmuebles o muebles inscritos en el Registro (ver art. 1594 del CC).
- Es un derecho irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos (ver art. 1595 del CC).
- Debe ejercerse dentro del plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la comunicación efectuada a la persona que goza de este derecho, salvo que haya conocido la transferencia por un medio distinto, en cuyo caso el plazo se cuenta desde la fecha de tal conocimiento (ver arts. 1596 y 1597 del CC).

4. EL TANTEO Y LA PREFERENCIA

Es pertinente precisar que el retracto legal se distingue ampliamente del tanteo o preferencia. Se cita al respecto el artículo 989 del CC, según el cual los copropietarios de un bien no susceptible de división material, tienen preferencia para evitar la subasta y adquirir la propiedad pagando el precio de la tasación en las partes que corresponden a los demás (De la Puente: 1999, p. 276; Arias Schreiber: 2011, p. 120).

Empero el tanteo (comprar por el tanto, Díez-Picazo y Gullón: 1979, p. 59) o preferencia, se puede dar en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 1599 del CC, antes de celebrarse la compraventa, dación en pago o permuta; es decir, cuando la persona que desee transferir, a un potencial comprador o adquirente ya elegido, un bien respecto del cual sabe que un tercero tiene el derecho de retracto, podría ofrecérselo previamente a él (darle la preferencia), con el fin de evitar el posterior retracto.

Si la persona que goza de este derecho ejerce la preferencia y acepta la oferta, obviamente el contrato se celebrará con él y ya no con el potencial comprador o adquirente, lo que implica que no habrá lugar para ejercer el retracto. Si no responde la oferta preferente, en mi opinión su absoluto silencio no impide que, en su oportunidad, ejerza el retracto, pues la preferencia otorgada en este caso no elimina este derecho. Opina distinto Castillo, para quien el silencio impide el posterior retracto (Castillo: 2015, p. 332).

Y, por último, en el caso que la persona responda rechazando la oferta, es decir, que pese a la preferencia que se le otorgó manifiesta no querer adquirir el bien, se debería entender en base al buen sentido que posteriormente, una vez celebrada la compraventa (dación en pago o permuta), no podrá ya ejercer el derecho de retracto. Sin embargo, esto es discutible y no está previsto en el CC, lo que ha

llevado a CASTILLO a sostener –aquí sí me parece con razón– que el hecho de haber respondido negativamente la oferta hace perder el posterior ejercicio del retracto; de otro modo "sería una barbaridad, atentatoria (...) contra la seguridad jurídica, además de contraria a la razón" (CASTILLO: 2015, p. 332).

5. TITULARES DEL DERECHO DE RETRACTO Y CASOS EN QUE PROCEDE

De acuerdo con el artículo 1599 del CC, las personas que tienen derecho a retraer y sus respectivas situaciones, son las siguientes:

- El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas (inc. 2). Esta situación supone que uno de los copropietarios ha transferido su cuota ideal mediante compraventa, dación en pago o permuta; si ese es el caso, cualquiera de los demás copropietarios, o varios de ellos, pueden ejercer su derecho de retracto para subrogarse en el lugar del comprador o adquirente y acrecentar su participación en el régimen de copropiedad.

- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente (inc. 3). En este caso, quien ha transferido (por compraventa, dación en pago o permuta) es uno de los litigantes de un proceso judicial en el cual el bien era materia de controversia; de modo que el otro litigante puede ejercer el retracto para subrogarse en el lugar del comprador o adquirente y quedarse con la propiedad del bien.

- El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa (inc. 4). La situación se refiere tanto al usufructuante como al usufructuario, en el caso que uno de estos transfiera su respectivo derecho; si es el usufructuante el que transfiere la propiedad del bien, el usufructuario podrá retraer; y lo mismo pasará si este transfiere su derecho de usufructo, en cuyo caso el usufructuante podrá retraer. En ambos casos, al producirse la subrogación, se unificará la propiedad desapareciendo el usufructo.

- El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos (inc. 5). En este supuesto la situación es similar al caso anterior, pero aplicable al derecho de superficie. Es decir, si uno de aquellos (propietario o superficiario) transfiere su derecho, el otro podrá retraer subrogándose en el lugar del comprador o adquirente, en cuyo caso la propiedad se unificará y desaparecerá el derecho de superficie.

- Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor (inc. 6).

La hipótesis es semejante a los dos casos anteriores, pero obviamente aplicable a las servidumbres. Si cualquier propietario transfiere su derecho, los demás podrán retraer subrogándose en el lugar del comprador o adquirente, lo que implicará la disminución o desaparición de las servidumbres por unificación del derecho de propiedad.

- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad (inc. 7). Este es el caso del propietario que transfiere la propiedad de su predio rústico, lo que permite al colindante ejercer su derecho de retracto y subrogarse en la posición del comprador o adquirente; sin embargo, hay un límite determinado por la unidad agrícola o ganadera con el fin de no generar latifundio.

Cabe agregar que el inciso 1 del artículo 1599 del CC contemplaba el caso del arrendatario, a quien la ley le concedía también el derecho de retracto para subrogarse en la posición del comprador o adquirente, cuando el propietario (arrendador) transfería la propiedad del bien que dicho arrendatario poseía u ocupaba en virtud de un contrato de arrendamiento. Sin embargo, este inciso fue derogado por el literal c) de la primera disposición final del Decreto Legislativo N° 757 del 13/11/1991, en armonía con la política de liberalización de la economía nacional (CASTILLO: 2015, p. 344), pues se sostenía que el retracto a favor del arrendatario constituía una traba a la libre circulación de los bienes.

6. LA DEMANDA DE RETRACTO Y SUS REQUISITOS (ART. 495 DEL CPC)

Como puede advertirse de lo expuesto en los puntos anteriores, es claro que las normas procesales de los artículos 495 al 503 del CPC se aplican solo para el retracto legal –no para el retracto convencional, que es el pacto de retroventa y que se ejerce en base a sí mismo–, es decir para el proceso que desee iniciar quien esté legitimado a ejercer ese derecho que la ley le confiere (supuestos del art. 1599 del CC).

Como se mencionó anteriormente, la premisa para el ejercicio de tal derecho es que el acto de compraventa, dación en pago o permuta ya deben haberse celebrado. En otras palabras, el derecho de retracto solo es viable si ya existe celebrado el acto de transferencia, pues de otra manera no podría operar la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o adquirente.

Hechas estas precisiones corresponde ahora destacar los principales aspectos regulados en el artículo 495 del CPC, los cuales se resumen a continuación:

- El primer párrafo impone al demandante (retrayente, que puede ser cualquiera de las personas mencionadas en los incs. 2 al 7 del art. 1599 del CC) cumplir los requisitos generales consignados en los artículos 424 y 425 del CPC, que son aplicables a cualquier demanda, lo que enerva de mayor comentario.

- Este mismo párrafo exige como requisito especial que se anexe "el certificado de depósito en dinero del *equivalente* de la prestación *recibida* por el enajenante (...)" (la razón de este requisito es que la pretensión de retraer sea cierta). Como se observa, se ha puesto énfasis en las expresiones "equivalente" y "recibida".

  Sobre la primera expresión ("equivalente"), podría surgir una duda o confusión, ya que el depósito que se realiza por la vía de la consignación en el Banco de la Nación se refiere al precio de la transferencia, pero ¿se refiere al *monto nominal*?, ¿o se refiere a un *monto equivalente,* como dice la norma, aludiendo acaso a la eventualidad de que fenómenos económicos o inflacionarios hayan afectado al precio de la transferencia en cuanto a su valor adquisitivo? Al respecto, la doctrina nacional no es uniforme; algunos se inclinan por lo primero, es decir que el depósito debe ser por el monto *realmente* pagado por el comprador o adquirente (MERINO: 2015, p. 552), otros a quienes nos adherimos, avalan lo segundo, esto es, que el reembolso se haga en valores constantes (ARIAS SCHREIBER: 2011, p. 120); y hay quienes si bien, en base a la exposición de motivos del CC, reconocen que el reembolso del precio se debe efectuar en estricto criterio nominalista, consideran que ello ha generado numerosas injusticias sobre todo en épocas de inflación (CASTILLO: 2015, p. 316).

- En cuanto a la segunda expresión ("recibida"), esta hace suponer que el legislador ha partido de la premisa de que no solo se ha celebrado la compraventa (o dación en pago o permuta), sino que además el comprador o adquirente ya haya pagado el precio o prestación, pues la norma se refiere a que esta haya sido "*recibida* por el enajenante". Puede ser, no obstante, que en la práctica se haya celebrado el acto de transferencia, pero al tiempo de presentarse la demanda de retracto el comprador o adquirente no haya aún pagado el precio o prestación, de modo que el enajenante aún no ha "recibido" nada. En tal caso y pese a ello, al parecer la obligación del retrayente sigue siendo la misma, es decir que él debe de todas maneras anexar a su demanda el certificado del depósito del precio de la transferencia, pues ese depósito permanecerá consignado y de acuerdo a las circunstancias el juez deberá determinar a quién entregar dicho depósito: al comprador o adquirente si ya había pagado el precio y este fue "recibido

por el enajenante" como dice la norma; o al vendedor o enajenante si el precio aún no le hubiera sido pagado.

- Un último punto al que se refiere el primer párrafo del artículo 495 del CPC es a que el depósito debe incluir también los tributos (léase: IGV, alcabala) y gastos (léase: los notariales y registrales, pero también los honorarios del abogado asesor) pagados por el comprador o adquirente y, si fuere el caso, los intereses que se hayan devengado.

- El segundo párrafo del artículo comentado se refiere a un supuesto especial: que el comprador o adquirente haya pagado una parte del precio y existiese en el acto de transferencia un plazo acordado por las partes para cancelar el saldo, caso en el cual se entiende –aunque la norma no lo dice– que el retrayente debe anexar el certificado de depósito por la parte del precio pagada o que debió pagarse, y con relación al saldo –esto sí lo dice la norma– debe ofrecer una garantía suficiente a criterio del juez, dentro de segundo día. Este plazo, ante la vaguedad de la norma, no se entiende si se cuenta a partir de la presentación de la demanda (es decir, apenas presentada esta), o requiere un previo pronunciamiento del juez, lo que supone que el demandante debe ser notificado para ofrecer la garantía luego de que la demanda ha sido admitida; me inclino por esto último, ya que la garantía según la norma debe ser "suficiente a criterio del juez", por lo tanto él tiene que determinarla.

- Conviene precisar que el mismo tratamiento descrito en el párrafo anterior, por ser similar, debe aplicarse cuando en el acto de transferencia que motiva el retracto las partes hayan pactado el pago del precio en varias partes, armadas o cuotas, a tenor del artículo 1598 del CC, que establece: "Cuando el precio del bien fue pactado a plazos es obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del precio pendiente [es decir, las cuotas pendientes], aunque en el contrato que da lugar al retracto no se hubiera convenido [la mencionada garantía]" (texto entre corchetes agregado).

- Finalmente, cabe agregar que nada obsta para que en los supuestos referidos en los dos párrafos anteriores, el retrayente anexe el certificado de depósito por el total del precio, si así lo desea, aun cuando el comprador o adquirente solo haya abonado una parte del precio y quedara un saldo pendiente o cuotas de pago futuras.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMAYA AYALA, Leoni (2010): "Derecho de retracto". Comentario al art. 1592 del Código Civil. En: AA.VV. *Código Civil comentado,* tomo VIII. Lima: Gaceta Jurídica; ARIAS SCHREIBER, Max (2011): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984,* tomo

II, Contratos nominados. Lima: Gaceta Jurídica; CASTILLO FREYRE, Mario (2015): *Comentarios al contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1999): *Estudios sobre el contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica Editores; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1979): *Sistema de Derecho Civil,* vol. III. Derecho de cosas. Madrid: Tecnos; LEÓN BARANDIARÁN, José (1992): *Tratado de Derecho Civil,* tomo V. Contratos nominados. Lima: WG Editor; MARTÍNEZ COCO, Elvira (1996): "La agonía del derecho de retracto del arrendamiento". En: *Actualidad Jurídica,* tomo 31. Lima: Gaceta Jurídica; MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Requisitos y anexos especiales". Comentario al art. 495 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La sentencia que ampara una demanda de retracto simplemente da derecho a que el retrayente se sustituya al comprador en su calidad de tal. El proceso de retracto no tiene por finalidad dejar sin efecto el contrato de compraventa ***(Exp. N° 3655-1997-Lima)***.

El retracto es una institución limitativa del derecho de propiedad, que por concesión legal se otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Resulta prevalente la consideración de la oportunidad del pago del precio del bien que se pretende retraer ***(Exp. N° N-349-97-Lima)***.

Artículo 496 | Legitimidad pasiva

La demanda se dirigirá contra el enajenante y el adquirente del bien que se intenta retraer.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 92, 93, 95.

Manuel Muro Rojo

Este artículo, referido a la legitimidad para obrar pasiva, contiene una disposición natural y coherente con la situación generada por el ejercicio del derecho de retracto: que la demanda sea dirigida contra el enajenante y contra el adquirente del bien.

Es natural que sea así porque el tercero (retrayente) va a subrogarse en el lugar de una de las partes (el comprador o adquirente) de un acto jurídico celebrado con anterioridad al ejercicio de su derecho; es decir, si su demanda prospera el retrayente se incorporará, vía subrogación, a una relación jurídica entablada originalmente por otras personas; relación a la que no solo era extraño o ajeno, sino que además le era oponible por aplicación del principio *res inter alios acta,* reconocido en el artículo 1363 del CC, según el cual los contratos solo producen efectos entre las partes que los celebran.

De manera que es lógico que el proceso se siga con la intervención de ambas partes, quienes constituirán un litisconsorcio necesario pasivo, de conformidad con los artículos 92 y 93 del CPC. En tal sentido, si solo se demanda a una de las partes, la relación jurídico procesal no sería válida y el juez tendría que integrarla, de oficio, recurriendo a lo señalado en el artículo 95 del CPC, el cual lo faculta para emplazar a quien no haya sido demandado (enajenante o adquirente) por ser evidente, en el caso del retracto, que la sentencia que recaerá en el proceso le afectará.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIAS SCHREIBER, Max (2011): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984,* tomo II, Contratos nominados. Lima: Gaceta Jurídica; CASTILLO FREYRE, Mario (2015): *Comentarios al contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1999): *Estudios sobre el contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica Editores; MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Legitimidad pasiva". Comentario al art. 496 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 497 | Plazo para ejercer el retracto

La demanda será declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de treinta días naturales computados a partir del conocimiento de la transferencia.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 1596, 1597, 2012; C.P.C. arts. 128, 427, 500.

Manuel Muro Rojo

1. LA COMUNICACIÓN DE LA TRANSFERENCIA

No fluye directamente de la norma, pero se advierte que al establecerse un plazo para ejercer el retracto –el cual depende para su cómputo de que el retrayente tome conocimiento de la transferencia del bien– se está imponiendo a los contratantes una carga (MERINO: 2015, p. 558), constituida esta por la comunicación que debe realizarse al eventual retrayente; de lo contrario la posibilidad de retraer siempre estará vigente y hará que la transferencia sea insegura.

No debe confundirse esta carga con el tanteo o preferencia (ver el anterior comentario al artículo 495 del CPC), ya que estos últimos se producen por iniciativa del enajenante de ofrecer el bien en primer lugar a quien sabe tiene derecho de retracto; es decir antes de realizar la transferencia del bien. En cambio, la carga antes aludida surge como consecuencia de haberse ya realizado el acto de transferencia (por compraventa, dación en pago o permuta), y luego de esto se hace la comunicación a retrayente.

2. EL PLAZO PARA EJERCER EL RETRACTO

La norma del artículo 497 del CPC concuerda con lo establecido en el artículo 1596 del CC, el cual señala que el plazo para ejercer el retracto es de treinta (30) días. Se observa que el artículo bajo comentario es más preciso al indicar que el plazo se cuenta por días naturales (o calendario), pero lo mismo resultaba en la normativa sustantiva por aplicación del artículo 183 del CC, cuyo inciso 1 da cuenta de que cuando el plazo está señalado en días se computa por "días naturales". El tema es delicado porque ha habido casos en que, por una lectura equivocada de la norma, el plazo se ha computado por días hábiles, lo cual es un grueso error.

Conviene recordar, asimismo y pese a que han transcurrido muchísimo años de haberse derogado la legislación de emergencia en materia de arrendamiento, que el artículo 22 del Decreto Ley N° 21398 (sobre el régimen de alquiler para

predios destinados a casa habitación, más conocida como Ley del Inquilinato) establecía un plazo de sesenta (60) días para que el inquilino (arrendatario) pudiera ejercer el retracto.

Como quiera que en la memoria colectiva podría haber quedado grabado ese antecedente, conviene precisar que el derecho de retracto actualmente (en realidad desde el 13/11/1991) ya no le corresponde al arrendatario, al haberse derogado el inciso 1 del artículo 1599 del CC (en virtud del D. Leg. N° 757), y que para los otros casos en que este derecho aún subsiste, el plazo de ejercicio es de treinta (30) y no sesenta (60) días naturales.

Volviendo a la norma bajo comentario se puede agregar que también es más precisa en lo referido al momento a partir del cual deben contarse los treinta (30) días. En efecto, la disposición señala que es "a partir del conocimiento de la transferencia", expresión que importa tal vez una sutil diferencia de redacción con lo expresado en el primer párrafo del artículo 1596 del CC, según el cual es "a partir de la comunicación de fecha cierta".

Desde luego que ambas normas apuntan a lo mismo, es decir a que la persona que goza del derecho de retracto esté en aptitud de ejercerlo, y esto solo es posible cuando tiene el efectivo conocimiento de la transferencia; empero este real conocimiento viene determinado por una prueba fehaciente que es haber recibido una comunicación con fecha cierta de recepción, lo que usualmente se hace mediante carta notarial, salvo –como prevé el segundo párrafo del artículo 1596 del CC– que no se conozca ni pueda conocerse su domicilio, en cuyo caso se recurrirá a las publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres (3) veces con intervalo de cinco (5) días entre cada aviso; el plazo se cuenta a partir del día siguiente al de la última publicación.

Con relación al tema objeto de comentario también es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1597 del CC, según el cual puede ser que el retrayente conozca la transferencia por un medio distinto a la comunicación o publicación referidas en el artículo 1596 del CC. Se alude al Registro como este "medio distinto"; es decir que el retrayente se entera de que el bien fue transferido al acceder al Registro, pero como la prueba es difícil, el artículo en mención ha establecido un límite, que está dado por la no aplicación de la disposición contenida en el artículo 2012 del CC (de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones) por un año, contado a partir de la fecha de la inscripción de la transferencia. Se entiende que pasado este plazo, vence también la posibilidad del retracto.

Por último, se debe mencionar que la doctrina es unánime en considerar que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción (ARIAS SCHREIBER: 2011,

pp. 119, 123; DE LA PUENTE: 1999, p. 278; CASTAÑEDA: 1970, p. 305; BIGIO: 1988, p. 137), por lo que no admite interrupción ni suspensión. Una vez vencido se extingue la acción y el derecho mismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIAS SCHREIBER, Max (2011): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984,* tomo II, Contratos nominados. Lima: Gaceta Jurídica; BIGIO CHREM, Jack (1998): *Exposición de motivos oficial del Código Civil.* Lima: Rodhas; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1970): *El contrato de compraventa.* Lima: Imprenta Amauta; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1999): *Estudios sobre el contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica Editores; MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Improcedencia". Comentario al art. 497 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 498 | Desconocimiento de la prestación

Si el retrayente desconoce la contraprestación pagada o debida por el adquirente, ofrecerá hacer el depósito u otorgar la garantía que corresponda, según el caso, dentro del segundo día de su conocimiento.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 495, 499 a 502.

Manuel Muro Rojo

La disposición contenida en este artículo constituye una excepción a la regla general del artículo 495 del CPC, relativa al requisito especial de anexar a la demanda el certificado de depósito por el monto del precio de la transferencia, o de la parte que corresponda si dicha transferencia se pactó en armadas o hubiera un plazo acordado para la cancelación del saldo.

La exoneración temporal de realizar dicho depósito tiene un basamento lógico, que está dado por la ignorancia o desconocimiento del retrayente respecto del valor de la prestación pagada o debida por el comprador o adquirente. Si no tiene forma de conocer el precio de la transferencia, mal hubiera hecho la ley si condicionara el ejercicio del retracto a la realización del depósito, pues ello implicaría un problema para el retrayente que tiene para tal fin un plazo muy corto.

Por tal motivo, la ley autoriza al retrayente a interponer la demanda de retracto y, consecuentemente a que esta sea admitida, sin el anexo del depósito, bastando para ello declarar que no conoce el precio de la transferencia. Empero la obligación de efectuar el depósito total (si el comprador o adquirente pagó o debió pagar el total del precio) o de otorgar la correspondiente garantía (si hubiera saldo pendiente o pacto de pago por armadas), o sea según sea el caso, se hace exigible dentro de los dos (2) días de conocerse este dato y en ese plazo el retrayente tendrá que cumplirla.

Ante la imprecisión que supone la circunstancia de que el retrayente conozca realmente el precio y debido a la dificultad de su probanza, MERINO (2015: p. 561) propone que se realice una tasación del bien y en función de ello el retrayente ofrezca una garantía idónea a criterio del juez, con el fin de salvaguardar el derecho del comprador o adquirente.

Finalmente, esta norma se conecta directamente con lo dispuesto por los artículos 499 a 502 del CPC, a cuyos comentarios me remito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Prestación desconocida". Comentario al art. 498 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 499 | Requisito especial de la contestación

Si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer, en la contestación se deberá indicar expresamente esta circunstancia.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 495, 498.

Manuel Muro Rojo

Esta norma es casi la continuación de la anterior, en cuanto se relaciona también con la circunstancia de que el retrayente ignora o desconoce el monto del precio de la transferencia, y por ello el artículo 498 del CPC lo exonera temporalmente de presentar con la demanda el certificado de depósito por el mencionado precio o la parte que corresponda.

Sin embargo, la disposición que contiene el artículo 499 del CPC va dirigida a la parte demandada (que está constituida por el enajenante y el adquirente, en litisconsorcio pasivo), y a esta parte se le exige que en la contestación de la demanda indique expresamente a cuánto asciende el precio de la transferencia.

Una vez admitida la contestación con esta precisión y notificada esta al demandante (retrayente), se hace exigible su obligación de presentar el certificado de depósito por el precio total o parcial, según sea el caso, conforme al artículo 498 del CPC. Para tal fin tiene el plazo de dos (2) días que señala esta última norma.

MERINO se pone en el supuesto posible de que, al contestar la demanda, ninguno de los demandados cumpla con la disposición de dar noticia sobre el *quantum* del precio, lo que según la autora daría lugar al rechazo o no admisión de la contestación y a la consecuente declaración de rebeldía de la parte demandada, que cesaría una vez que esta dé a conocer la referida información (MERINO: 2015, pp. 561-562).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Requisito especial de la contestación". Comentario al art. 499 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 500 | Improcedencia especial de la demanda

Además de los supuestos del artículo 427, la demanda será rechazada si el retrayente no cumple con alguno de los requisitos previstos en el artículo 495 o con el señalado en el artículo 498, dentro del plazo allí establecido.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 427, 495, 497, 498.

Manuel Muro Rojo

La disposición del artículo 500 del CPC viene a regular una consecuencia del incumplimiento de las prescripciones específicas para el retracto establecidas en los artículos anteriores, puntualmente en los artículos 495 y 498, pero también por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 427 del CPC, que es una norma de alcance general para todos los procesos.

En efecto, como ya se comentó al tratar el artículo 495, este exige como requisito especial de la demanda la presentación del certificado de depósito por el monto del precio de la transferencia (o, si fuere el caso, por el monto parcial cuando hay plazo acordado para la cancelación del saldo o cuando el pago del precio se pactó en armadas), incluyendo el reembolso de los tributos, gastos e intereses devengados.

Tal exigencia de pagar el precio (o parte de él) descansa en la necesidad de que quede demostrada la real intención del retrayente de subrogarse en el lugar del comprador o adquirente y, en consecuencia, de adquirir para sí la propiedad del bien. Así también, el requisito en cuestión tiene que ver con la salvaguarda de los intereses económicos del comprador o adquirente, quien por efecto de la subrogación inherente al retracto quedará fuera de la relación jurídica celebrada con el enajenante, por lo que debe serle garantizado el reembolso de todos los conceptos que él pagó o en que incurrió.

De ahí, pues, que se trate de un requisito de procedencia para la constitución de una relación jurídico procesal válida, y que su incumplimiento dé lugar a la improcedencia o rechazo de la demanda.

Lo mismo ocurrirá en el caso del artículo 498 del CPC, es decir que si se admitió la demanda sin el certificado de depósito porque el retrayente ignoraba o desconocía el precio de la transferencia, este depósito no obstante debe hacerse dentro de los dos (2) días siguientes a su conocimiento, de lo contrario la demanda seguirá la suerte dispuesta en el citado numeral 500 del CPC, es decir el rechazo o improcedencia.

Por último, la norma comentada también castiga con el rechazo o improcedencia a la demanda que no cumpla con la regla general del artículo 427 del CPC. Esta mención me parece innecesaria, pues aunque la norma no lo hubiera dicho, igual se aplicaría está consecuencia; es decir si el demandante careciera de legitimidad e interés para obrar, si el derecho hubiera caducado, si no existiera conexión lógica entre los hechos y el petitorio o si este fuera jurídica o físicamente imposible, o si la demanda fuera manifiestamente improcedente, tal como detalla el citado artículo, que en rigor es aplicable a todos los procesos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Improcedencia especial de la demanda". Comentario al art. 500 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 501 | Carga probatoria

La carga de la prueba del conocimiento de la transferencia corresponde a los demandados.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 196, 498, 499, 501.

Manuel Muro Rojo

Con relación a esta norma cabe mencionar, en primer lugar, que la regla general en materia de carga de la prueba está contenida en el artículo 196 del CPC, el mismo que dispone que: "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

En el caso del proceso de retracto, y particularmente en lo que concierne a la pretensión contenida en la demanda, puede afirmarse que a pesar de que el artículo 501 del CPC implica la inversión de la carga de la prueba, esta inversión solo está referida a un único aspecto que tiene que ver con el conocimiento de la transferencia.

En otras palabras, si bien el extremo antes señalado (el conocimiento de la transferencia) es un asunto a probar, conforme al artículo 501, a cargo de los demandados pese a tratarse de un hecho alegado ordinariamente por el retrayente en la demanda, esto no quiere decir que este último haya quedado exonerado de presentar material probatorio para la acreditación de sus pretensiones.

Por el contrario, la regla general del artículo 196 del CPC se aplica plenamente para el retrayente respecto de otros puntos que le conciernen a él demostrar, por ejemplo:

- La titularidad de su derecho; esto es, acreditar que tiene el derecho de retracto por estar comprendido en alguno de los supuestos del artículo 1599 del CC, sea copropietario (inc. 2), litigante en el proceso donde se discute la propiedad del bien (inc. 3), usufructuante o usufructuario (inc. 4), propietario del suelo o superficiario (inc. 5), propietario de un bien urbano dividido materialmente y sometido a servidumbre (inc. 6), o colindante (inc. 7).

- El pago del precio de la transferencia, mediante la presentación del certificado de depósito por el monto correspondiente, sea en su totalidad o en parte si es que, en este último caso, en el acto de transferencia se acordó un plazo para la cancelación del saldo o si el pago fue acordado en armadas en diversos plazos.

En suma, el único aspecto con relación al cual el retrayente no asume la carga probatoria es, pues, el relativo al conocimiento de la transferencia, tal como establece el artículo 501 del CPC; desde luego, el retrayente indicará en la demanda desde cuando tomo conocimiento de la transferencia a efectos de computar el plazo de treinta (30) días y argumentar que está ejerciendo su derecho dentro de él, pero la carga de probar este extremo corresponde a los demandados.

Cabe mencionar que una disposición similar estaba contenida en el segundo párrafo del texto original del artículo 1597 del CC, que posteriormente fue derogado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del CPC, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, en razón de que es una disposición procesal y además resultaba repetitiva con la norma bajo comentario.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1999): *Estudios sobre el contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica Editores; MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Carga probatoria". Comentario al art. 501 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 502 | Conclusión especial del proceso

En cualquier estado del proceso el juez puede declarar su conclusión si, habiendo indicado el retrayente desconocer la prestación pagada o debida, se acredita que la conocía o que estaba en razonable actitud de conocerla. En la misma resolución el juez le impondrá una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos del proceso. La resolución es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 53 inc. 1, 368 inc. 1, 412.

Manuel Muro Rojo

Esta disposición se conecta directamente con el artículo 498 del CPC, el cual prevé la situación de que el retrayente, al momento de demandar, no conozca o ignore el monto del precio de la transferencia que pagó o debió pagar el comprador o adquirente. Al comentar dicho artículo se afirmó que esa norma constituye una excepción a la regla general del artículo 495 del CPC, que establece como requisito especial de la demanda el certificado de depósito por el monto del precio de la transferencia, o de la parte que corresponda, si fuere el caso.

En tal situación de ignorancia o desconocimiento, y pese a que esta radica sobre un dato fundamental para ejercer el retracto, la ley autoriza al retrayente para que interponga la demanda y que esta sea admitida, de manera que su derecho no se vea frustrado. Se asume que en la demanda bastará que el retrayente declare su falta de conocimiento del precio de la transferencia, lo que significa que la veracidad de dicha afirmación descansa únicamente en su palabra, sin que la ley le exija garantía personal o real alguna, pues la obligación de efectuar el depósito total o en parte, o de ofrecer la garantía que corresponda, solo surge o se hace exigible dentro de los dos (2) días de conocerse tal información.

No obstante, el artículo 502 del CPC regula la circunstancia de que el retrayente haya actuado indebidamente o con mala fe, al declarar algo que no es cierto, pues en realidad sí conocía el monto del precio de la transferencia y por ello debió depositarlo. En este caso, el juez está autorizado a declarar la conclusión del proceso, pues este se inició sin cumplir con el requisito especial exigido por el artículo 495 del CPC, lo que en su momento hubiera dado lugar a la improcedencia de la demanda (art. 500 del CPC). Adicionalmente, el juez debe imponer una multa al retrayente malicioso.

Se advierte que la norma comentada no solo autoriza la conclusión del proceso y la sanción pecuniaria cuando se acredita que el demandante conocía el dato negado, sino también cuando estaba en "razonable actitud" de conocerlo. Esto implica que el juez evaluará las circunstancias del caso para determinar, sobre la base de ciertos elementos, que el retrayente pudo conocer el precio.

Siendo plausible que el artículo 502 del CPC sancione la malicia del retrayente, llama la atención de que no sea categórico en cuanto a la potestad del juez, ya dice que "*puede* declarar su conclusión [del proceso]" (cursiva y entre corchetes agregado). Dada la naturaleza de la conducta, debería *ordenarse* la conclusión del proceso y la sanción económica, y no regularla como una mera potestad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Retracto. Conclusión especial del proceso". Comentario al art. 502 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 503 | Acumulación sucesiva de procesos

En el caso del artículo 1600 del Código Civil, procede la acumulación sucesiva de procesos.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 1599, 1600; C.P.C. arts. 88, 90.

Manuel Muro Rojo

1. EXISTENCIA DE TÍTULOS DE DIVERSA NATURALEZA

Como se lee sin mayor dificultad, el artículo 503 del CPC regula un aspecto procesal específico –la acumulación– en el caso igualmente puntual de la hipótesis contemplada en el artículo 1600 del CC. Esta última norma prevé un orden de preferencia cuando existe diversidad de títulos (o títulos de diferente naturaleza) correspondientes a dos o más personas que en virtud del artículo 1599 del CC tienen derecho a retracto.

En otras palabras, se trata en los hechos de un solo acto de transferencia (sea compraventa, dación en pago o permuta) respecto del cual se genera derecho de retracto no a favor de una sola persona, sino de varias, pero los títulos de estas son de diferente nivel.

Así, por ejemplo, piénsese en el siguiente caso: "A" vende a "B" la cuota ideal que tiene sobre un bien del cual es copropietario con "C", pero a la vez el bien en cuestión es litigioso, dado que su mejor derecho de propiedad está siendo discutido en un juicio entre "A" y "D". De este ejemplo surge lo siguiente:

- Existe celebrado un contrato de compraventa entre "A" (vendedor) y "B" (comprador).
- Respecto de ese contrato existen al menos dos personas con derecho a retracto: "C" que es copropietario de "A" (vendedor), y "D" que es litigante con "A" (vendedor) en el proceso en el cual ambos están discutiendo el mejor derecho de propiedad.
- Tanto "C" y "D" tienen interés en ejercer el retracto; uno como copropietario "C" (en base al inc. 2 del art. 1599 del CC), y otro como colitigante "D" (en base al inc. 3 del art. 1599 del CC).
- Ambos, "C" y "D", tienen la expectativa de subrogarse en el lugar de "B" (comprador), para lo cual promueven, cada uno por su cuenta, sendos procesos de retracto.

Al respecto, el artículo 1600 del CC dispone que todos los que tengan derecho a retraer se sujetarán a un orden de preferencia que será el indicado en el artículo 1599 del CC. Ese orden es el siguiente: i) el copropietario (inc. 2), ii) el litigante en el proceso donde se discute la propiedad del bien (inc. 3), iii) el usufructuante o el usufructuario (inc. 4), iv) el propietario del suelo o el superficiario (inc. 5), v) propietario de un bien urbano dividido materialmente y sometido a servidumbre (inc. 6), y vi) el colindante (inc. 7).

En la doctrina nacional ARIAS SCHREIBER (2011: pp. 127-128) ha sido crítico con este orden de preferencia calificándolo de injusto y poniendo como ejemplo el caso del colindante que, en su opinión, merece un lugar preferente respecto del copropietario. DE LA PUENTE (1999: p. 286) disiente de este parecer y opina que el orden es correcto, porque es más importante consolidar la propiedad (y esto va ir ocurriendo en la medida en que se vaya ejerciendo el derecho de retracto en los casos de los incs. 2 al 6 del art. 1599 del CC, con excepción del inc. 3 referido al litigante).

Dicho esto, cabe agregar que en el aspecto procesal, de conformidad con el artículo 503 del CPC y en concordancia con los artículos 88 y 90 del mismo Código, los procesos iniciados por los diversos titulares podrán acumularse con carácter sucesivo, de modo que el juez ante quien se acumulan decidirá, en función de los argumentos y material probatorio, y sobre todo teniendo en cuenta el orden de preferencia dispuesto por el artículo 1599 del CC, a quien finalmente le corresponde el derecho de subrogarse en el lugar del comprador o adquirente.

2. EXISTENCIA DE TÍTULOS DE IGUAL NATURALEZA

De otro lado, también puede darse el caso de que los títulos que ostenten las personas con derecho a retracto sean de la misma naturaleza, es decir que sean dos o más personas que estén en la misma situación de cualquiera de las reguladas en el artículo 1599 del CC; es decir dos o más copropietarios, por ejemplo (o dos o más litigantes; o dos o más usufructuarios).

Esta situación no está contemplada en el CC, ya que el artículo 1600 se refiere al caso de los títulos de diferente naturaleza como se acaba de ver; en cambio cuando los títulos son iguales no hay prelación entre ellos y se entiende que deben concurrir.

El CC de 1936 sí legisló sobre algunos de estos casos, por ejemplo el artículo 1454 establecía que si eran varios comuneros (copropietarios) los que intentaban la acción de retracto, todos ellos eran admitidos y adquirían (vía subrogación) la parte retraída en forma proporcional a su derecho en el bien común. En el caso de la colindancia, por el contrario, el artículo 1453 del anterior CC hacía

prevalecer el derecho del colindante cuyo predio fuere de menor extensión y si fueran iguales se prefería al que solicitó el retracto en primer lugar.

La ausencia de normativa al respecto en el CC vigente ha dado lugar a opiniones distintas; por un lado se sugiere seguir la línea del artículo 1454 del CC de 1936 (De la Puente: 1999, p. 287), es decir la concurrencia por igual. Por otro lado, se sugiere que se prefiera a quien tenga título de mayor antigüedad, y sin son de la misma fecha se aplicaría la adquisición a prorrata si fuera física y jurídicamente posible, de lo contrario no debería haber derecho de retracto (Castillo, 2015: pp. 366-368).

Por último, cabe agregar que desde el punto de vista procesal puede ser que cada titular del derecho de retracto con título de la misma naturaleza inicie el proceso respectivo en forma separada, es decir habrían varios procesos. Si este es el caso se estima que también procedería la acumulación, conforme a las reglas generales del CPC, a fin de que el juez determine si corresponde a todos los retrayentes la subrogación concurrente, dependiendo del derecho invocado y del material probatorio; con ello se evitaría también la expedición de pronunciamientos contradictorios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arias Schreiber, Max (2011): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984,* tomo II, Contratos nominados. Lima: Gaceta Jurídica; Castillo Freyre, Mario (2015): *Comentarios al contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica; De la Puente y Lavalle, Manuel (1999): *Estudios sobre el contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica Editores.

SUBCAPÍTULO 2
TÍTULO SUPLETORIO, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y RECTIFICACIÓN O DELIMITACIÓN DE ÁREAS O LINDEROS

Artículo 504 | **Tramitación**

Se tramita como proceso abreviado la demanda que formula:

1. *El propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente.*
2. *El poseedor para que se le declare propietario por prescripción; y,*
3. *El propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten estos mediante deslinde.*

Este proceso solo se impulsará a pedido de parte.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. IV, 24 inc. 1, 488.

Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro

1. INTRODUCCIÓN

La propiedad en nuestro ordenamiento es una de las instituciones más estudiadas y que ha sido referencia para todo el Derecho Civil patrimonial.

En nuestro ordenamiento su protección tiene como base la Constitución, la cual en su artículo 70 señala que:

> "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

En sede constitucional se ha abordado el derecho a la propiedad a partir de las facultades, así como de los deberes generados. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha indicado que:

> "La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)".

Dicha concepción ha sido recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI, según la cual se "reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un *instituto* constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son solo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria".

Se añade en esta sentencia que el ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar: 1) el derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos, 2) el derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales, y 3) el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

Ahora bien, dicha limitación de la propiedad se encuentra establecida por la denominada *función social*:

> "Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial" (STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, f. j. 78).

Así pues, la función social –con sus raíces en la Carta de Querétaro de 1917 así como en la Constitución de Weimar de 1919– sería consustancial al derecho de propiedad. Es preciso indicar que aunque muchos no hayan reparado en ello, esta posición de asumir límites internos al contenido de la propiedad (ENZINGER, 1935: p. 20), así como la indivisibilidad de derechos y limitaciones dentro del derecho de propiedad, mediante lo cual el propietario tenía derechos y al mismo tiempo obligaciones (KUTSCHER, 1938: p. 79) fue la literatura reinante durante el régimen nacionalsocialista.

Asimismo, debe señalarse que tanto las manifestaciones –limitaciones– de la función social del derecho de propiedad se verifican tanto externamente como internamente –obligaciones– (MERK, 1934: p. 15).

Cabe mencionar que dicho contenido del derecho de propiedad, facultades y obligaciones, no son las únicas situaciones jurídicas subjetivas que existen al interior de este derecho complejo. Existen por ejemplo cargas (no obligaciones) de los propietarios: Un propietario que haya adquirido vía transacción o vía prescripción, para tener una mayor seguridad de su adquisición deberá inscribir su derecho.

Ahora bien, no siempre lo puede lograr de forma sencilla, dado que su título puede haberse perdido, nunca haberse formalizado, por lo que no puede acreditarlo; o quizá lo adquirió vía prescripción, pero desea que se declare judicialmente; o simplemente la descripción del inmueble no corresponde con la realidad, por lo cual deberá rectificarse la extensión. En estos casos nuestro ordenamiento procesal nos otorga herramientas para poder viabilizar ello, lo cual procederemos a explicar.

2. TÍTULO SUPLETORIO

En el artículo 504, inciso 1 del CPC, establece lo siguiente:

> "El propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a este, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente".

Dicho texto versa sobre *títulos supletorios* (supletivos o sustitutorios) que son aquellos que coadyuvan a la acreditación de la titularidad de las personas cuando no se cuenta con los títulos originales. Es decir en caso existan títulos a favor del titular o título a favor de titular distinto no se aplica la figura de los títulos supletorios (AVENDAÑO, 1965: p. 3).

Antecedente de esta figura, la encontramos en la Ley Hipotecaria Española (LHE) de 1861 que en su artículo 397 reguló:

> "El propietario que careciere de título de dominio escrito, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión ante el juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fisca, si tratare de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real (...)" (ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES: 1989: p. 390).

Debemos tomar en cuenta que estamos frente a un *propietario* que carece de *dominio*. No es la figura de un poseedor, sino la de un titular que no puede acreditar su derecho.

Ahora bien, dado que no tiene título, el dispositivo normativo señala que debe justificar su posesión, es decir será la posesión la que sirva para acreditar la titularidad.

En nuestro ordenamiento, si bien la primera norma especializada que regula la materia registral es la Ley del 2 enero de 1888, no trata el procedimiento para la inmatriculación de los predios cuando el propietario no contase con titulación pública, tal cual como hizo la LHE de 1861.

Es el Reglamento Orgánico del Registro de 1888 el que nos da los primeros alcances. En principio el artículo 215 indica que el adquirente (por lo tanto propietario) que carece de instrumento para acreditar su titularidad deberá *exhibir* sus títulos supletorios de acuerdo al Código de Enjuiciamientos, conforme así lo señala:

> "El que carezca de escritura pública o instrumento auténtico, que compruebe la adquisición de un inmueble de su propiedad, necesita para la inscripción del dominio de ese inmueble exhibir títulos supletorios, formados con arreglo al Código de Enjuiciamientos (...)".

Revisado el Código de Enjuiciamientos este no desarrolla dicha figura. Sin embargo el artículo 216 del Reglamento Orgánico del Registro de 1888, señala los requisitos para que el poseedor que ha formado títulos supletorios pueda inscribir su título:

> "El poseedor que con arreglo a la ley ha formado títulos supletorios, debe presentar al Registrador el expediente original, y solicitar en virtud de él la correspondiente inscripción, en la cual deben expresarse las circunstancias siguientes:
>
> La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre y gravámenes de la finca poseída, y su número, caso de tenerlo; y si la cosa poseída es un derecho real, su especie legal, valor, condiciones y gravámenes, y la naturaleza, situación, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual esté impuesto ese derecho.
>
> El nombre y apellido de la persona de quien se haya adquirido el inmueble o derecho.
>
> El tiempo que ha durado la posesión.
>
> La circunstancia de no existir escritura pública o instrumento auténtico relativos al inmueble, o de no ser fácil hallarlos, caso de que existan.
>
> Los nombres de los testigos que han intervenido en la formación de los títulos.
>
> La sentencia que declare que el expediente es título supletorio; y
>
> Además, las circunstancias peculiares de la inscripción, según su especie, en cuanto consten del mismo expediente".

Posteriormente es acogido por el artículo 1296 del Código de Procedimientos Civiles de 1911, que señala el término de la misma:

> "El propietario de un inmueble que no tiene documentos comprobativos de su dominio, puede solicitar la formación de títulos supletorios (...) debe expresar el modo cómo adquirió, quiénes son los colindantes (...) acompañar los certificados del RPI que acrediten que el inmueble no se encuentra inscrito (...). No se puede solicitar la formación de títulos supletorios referentes a inmuebles ya inscritos a nombre de determinada persona".

Dada la regulación en el Código adjetivo, se precisó que en el caso de los *títulos supletorios* se aplicaban a títulos que no estaban inscritos, y que buscaban su inmatriculación. En cambio, en el caso de predios inscritos cuando el titular no podía acreditar su adquisición, se optaba por la prescripción *contra tabulas*.

Actualmente el artículo 2018 del CC recoge la figura del siguiente modo:

> "Para la primera inscripción de dominio, se debe exhibir títulos por un periodo ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, *títulos supletorios*".

A partir de dicha regulación se señala que, los títulos supletorios son un medio para la formalización de la titularidad del derecho de propiedad solo en casos en los cuales un propietario no inscrito pueda regularizar su situación en el registro.

No obstante ello, el artículo no indica que solo el título supletorio tenga dicha función. La restricción que solo se aplica a terrenos que no se han inmatriculado no se desprende en estricto de la norma, sino de la propia figura, siendo que como hemos mencionado las legislaciones iniciales que regulaban los Registros Públicos, vieron en esta figura una forma de ingreso de la titularidad de los predios al registro, mas no como una forma de regularizar la propiedad de los predios registrados. En estos casos ofrecen otros mecanismos de saneamiento.

De otro lado, existe la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20/07/1999) y demás normas vinculadas que regulan el procedimiento de regularización de edificaciones, a fin de obtener el reconocimiento legal e inscripción de las edificaciones existentes, que carezcan de licencia y/o conformidad de obra, de declaratoria de fábrica, reglamento interno, entre otros. Este procedimiento se tramita mediante formulario en la que intervienen el propietario, verificador y notario. Dicho procedimiento comprende también el trámite de saneamiento de la titulación, vía prescripción adquisitiva de dominio y formación de títulos supletorios, y su inscripción. Es decir, la Ley N° 27157 establece la posibilidad de realizar el trámite de prescripción adquisitiva de dominio y el de formación de títulos supletorios ante notario (históricamente a cargo de los jueces).

Esta ley es en principio aplicable a los predios urbanos con edificaciones (así lo establece el art. 4 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, aprobado

mediante D.S. N° 035-2006-VIVIENDA); luego se precisó que también lo era a terrenos ubicados en zonas urbanas que no cuenten con edificaciones (art. 5, literal K de la Ley N° 27333, Ley complementaria a la Ley N° 26662, Ley de Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial para la Regularización de Edificaciones) y a inmuebles ubicados en zonas urbanas, aunque no se encuentre inscrita la aprobación de la habilitación urbana, siempre que la municipalidad correspondiente, a través de la certificación pertinente, establezca que el inmueble materia del asunto no contencioso de competencia notarial, cuenta con zonificación urbana (Directiva N° 013-2003-SUNARP, que uniformiza criterios de calificación registral en asuntos no contenciosos de competencia notarial, aprobada mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 490-2003-SUNARP-SN).

La Ley N° 27333 establece, en su artículo 6.1, que la declaración notarial de formación de títulos supletorios para efectos de la primera inscripción de dominio (inmatriculación), a que se refiere el artículo 22 de la Ley N° 27157 (sobre la inmatriculación), se sujetará al mismo procedimiento establecido para la prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial.

Cuando se solicite la declaración notarial de formación de títulos supletorios para efectos de la primera inscripción de dominio, sobre la base de títulos con por lo menos cinco años de antigüedad, el artículo 6.2 de la ley dispone que el notario verificará que se trate de documentos de fecha cierta que contengan actos jurídicos de enajenación, salvo en los casos en que la ley establezca una formalidad solemne para dicho acto, y en el artículo 6.3, que el solicitante deberá presentar ante el notario la certificación del Registro de Propiedad Inmueble respectivo y del Registro Predial Urbano, de ser el caso, en el sentido que el inmueble materia del asunto no contencioso no se encuentra inmatriculado.

En esta línea, el Tribunal Registral, a través de su XLIX Pleno Registral y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 08/07/2009, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Títulos Supletorios-trámite notarial:
>
> "De conformidad con las Leyes N° 27157 y N° 27333, el trámite notarial de títulos supletorios solo procede respecto de predios no inscritos" (criterio adoptado en la Resolución N° 224-2009-SUNARP-TR-A del 24 de junio de 2009).

3. USUCAPIÓN

En el artículo 504, inciso 2, del CPC, establece lo siguiente:

> "El poseedor para que se le declare propietario por prescripción; y
>
> Del mencionado texto podemos entender a la prescripción como un medio de protección de aquellos sujetos que vienen poseyendo un inmueble sin ser titulares; o de aquellos adquirentes cuya adquisición fue irregular o derivada de un *non dominus* pero que no se encuentra protegida por nuestro ordenamiento".

Así pues el artículo 950 del CC la regula como medio de adquisición de la propiedad:

> "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe".

Debemos señalar que existen ciertos bienes que son excluidos por usucapión; según la Constitución los bienes de dominio público (art. 73) y ciertos casos de tierras de las comunidades (art. 136 del CC).

Ahora bien, a diferencia de la expropiación (MEJORADA, 2009: pp. 53-54) la usucapión no está regulada de forma expresa en nuestra Constitución. En razón a ello se señala que la usucapión es una excepción a la protección de la propiedad. Si bien esta apreciación es correcta, debe indicarse que dado que la propiedad no es absoluta sino que tiene límites, haciendo un test de proporcionalidad la vía de acceso a ser titular del derecho de propiedad de forma originaria vía prescripción sí se encuentra tutelada en nuestra Carta Magna.

Así pues, la prescripción adquisitiva es un modo originario, *ex novo*, de adquirir el derecho de propiedad, dado que no se deriva de ningún transferente, esta prevalece sobre el derecho de otro titular.

Dentro de los elementos de la usucapión de bienes inmuebles tenemos a "la posesión a título de dueño y el tiempo". La prescripción adquisitiva corta requiere: la "buena fe" (creencia que la persona de quien recibió la cosa era dueño de la misma y podía trasmitir el dominio) y el "justo título" (título que basta para transferir el dominio o derecho real de que se trate, que ha de ser válido, pero que carece de un requisito de eficacia) (ÁLVAREZ, 2005: p. 93).

La posesión debe ser como propietario y ser pública, para que sea de conocimiento de todos, inclusive del propietario, quien podrá actuar o no en contra del poseedor. Se requiere, asimismo, que la posesión sea pacífica, sin perturbaciones (reclamos, citaciones judiciales o administrativas) y que sea continua, sin interrupciones (CESARE SIFUENTES, 2005: p. 12).

Max Arias SCHREIBER PEZET precisa que la posesión debe ser a título de propietario, es decir quedan excluidos los poseedores inmediatos. Así lo establecía

el artículo 873 del derogado CC de 1936, el cual fue excluido del Código vigente (ARIAS SCHREIBER, 2001: p. 17).

Que sea continua significa que se presente en el tiempo sin intermitencias ni lagunas. No se requiere, sin embargo, que las personas tengan un contacto permanente con el bien, sino que tenga un control efectivo sobre el mismo.

En el extremo de pacificidad se refiere a que no debe existir violencia; el poder de hecho sobre el bien no debe perturbarse por la fuerza.

Ahora bien, no debe identificarse la vía de la usucapión con la de los títulos supletorios. El título supletorio tiene como presupuesto la titularidad del derecho de propiedad del demandante, el cual no puede acreditar su derecho. En cambio, en la usucapión el poseedor aspira a ser propietario, dado que no lo es.

El título supletorio si bien está regulado como un proceso contencioso, en estricto es no contencioso, dado que el titular busca que se reconozca su derecho más no que se constituya su derecho de propiedad, dado que siempre lo fue. En cambio, en la usucapión se reconoce no propietario pero que por la institución el poseedor obtiene dicho título, por lo que solicita se le declare como tal.

Si bien el artículo 2018 del CC no restringe esto, por su origen el título supletorio sirvió para el acceso de la propiedad al Registro; es decir cuando no esté aún inmatriculado. En cambio, la prescripción puede plantearse cuando el bien no está inmatriculado, o cuando ya logró su inscripción, mediante la inscripción *contra tabula.*

En cuanto a la sentencia que declara la prescripción como título inmatriculado, el Tribunal Registral mediante su III Pleno Registral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 05/06/2003, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Inmatriculación en mérito a sentencia de prescripción adquisitiva:
>
> "La sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio de un predio es título suficiente para la inscripción de primera de dominio en el Registro, no siendo aplicable el requisito de antigüedad previsto en el artículo 2018 del Código Civil" (criterio adoptado en la Resolución N° 009-97-ORLC/TR del 10/01/1997).

En este extremo debemos tener cuidado con interpretar restrictivamente el artículo 952 del CC, que señala lo siguiente:

> "Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario".

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para *cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.*

El hecho que se cancele un asiento, presupone que la titularidad está inscrita, lo cual es uno de los supuestos que existen para prescribir. Es decir, la interpretación debe ser amplia, dado que la prescripción la puede entablar el usucapiente contra el propietario inscrito o contra el propietario no inscrito.

De otro lado, al igual que en el caso de los títulos supletorios, la Ley N° 27157 introdujo la posibilidad de tramitar el proceso de prescripción adquisitiva de predios ubicados en zona urbana ante notario.

En cuanto a los bienes sobre los que recae el procedimiento notarial de prescripción adquisitiva, deben tratarse de predios urbanos con edificaciones (art. 1 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157), terrenos ubicados en zonas urbanas que no cuenten con edificaciones (art. 5.K de la Ley N° 27333) e inmuebles ubicados en zonas urbanas, aunque no se encuentre inscrita la aprobación de la habilitación urbana, siempre que la municipalidad correspondiente, a través de la certificación pertinente, establezca que el inmueble materia del asunto no contencioso de competencia notarial, cuenta con zonificación urbana (Directiva N° 013-2003-SUNARP).

Sobre el particular, el Tribunal Registral mediante su XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13/10/2005, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Prescripción adquisitiva notarial:
>
> "Resulta procedente la inscripción de la prescripción adquisitiva de dominio tramitada notarialmente respecto de terrenos que cuenten con edificaciones aun cuando la edificación no haya sido materia de un procedimiento de regularización" (criterio adoptado en la Resolución N° 077-2005-SUNARP-TR-L del 16/02/2005).

La Ley N° 27333 precisó la función notarial regulada en la Ley N° 27157; así en su artículo 5 reguló el trámite notarial de prescripción adquisitiva de dominio, que en su literal a) señala que la solicitud se tramita como asunto no contencioso de competencia notarial y que recibida la solicitud el notario verificará que la misma contenga los requisitos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 505 del CPC y mandará a publicar un resumen de la solicitud por tres veces con intervalos de tres días en el diario oficial *El Peruano* o en el diario autorizado a publicar los avisos judiciales y en uno de circulación nacional (literal c). La norma añade, que el notario *solicitará al registro respectivo la anotación preventiva de la solicitud.*

Respecto a la anotación preventiva, el artículo 138 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP-SN) regula sus requisitos, disponiendo que la anotación se extenderá previo informe del área de catastro, en mérito al oficio del notario solicitando la anotación preventiva, acompañado de copia certificada de la solicitud de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio y los planos a que se refiere el literal h) del artículo 5 de la Ley N° 27333. Informe necesario cuando el predio materia de prescripción no se encuentra lotizado.

En cuanto a la anotación preventiva, el Tribunal Registral mediante su LXII Pleno Registral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 06/10/ 2010, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Anotación preventiva de prescripción adquisitiva notarial:
>
> "Cuando el trámite de prescripción adquisitiva notarial comprenda la integridad de un predio inscrito, no resulta exigiblze el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 105 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios relativo a la presentación de los planos de ubicación y localización" (criterio adoptado en las Resoluciones N° 198-2008-SUNARP-TR-T del 12/09/2008 y N° 134-2009-SUNARP-TR-A del 13/04/2009).

Igualmente, el Tribunal Registral mediante su XCIX Pleno Registral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 01/12/2012, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Formalidad de los planos necesarios para la anotación preventiva de la prescripción adquisitiva de dominio:
>
> "Es de competencia y responsabilidad exclusiva del notario determinar si los planos que se presentan al Registro para inscribir los actos relacionados con los procedimientos no contenciosos de prescripción adquisitiva, títulos supletorios o saneamiento de características físicas tramitados por aquél, deben ser visados por autoridad municipal o autorizados por verificador técnico" (criterio adoptado en las Resoluciones N° 427-2010-SUNARP-TR-L del 26/03/2010 y N° 409-2010-SUNARP-TR-T del 04/10/2010).

Asimismo, el artículo 5.2 de la Directiva N° 013-2003-SUNARP/SN, regula la función calificadora del registrador público tratándose de actos referidos a prescripciones adquisitivas de dominio, formación de títulos supletorios y saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas, tramitadas en vía notarial, estableciendo lo siguiente:

> "El registrador calificará los títulos referidos a la declaración de prescripción adquisitiva de dominio, formación de títulos supletorios o saneamiento de

> área, linderos y medidas perimétricas, tramitados como asuntos no contenciosos de competencia notarial, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos.
>
> No será materia de calificación la validez de los actos procedimentales que, en virtud de lo previsto en la Ley N° 27333 y normas complementarias, son de competencia del notario, ni el fondo o motivación de la declaración notarial".

Respecto a la limitación impuesta en la función calificadora por parte del registrador público, referida a los actos procedimentales llevados a cabo por el notario en los casos de prescripciones adquisitivas de dominio, formación de títulos supletorios y saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas; en los considerandos de la directiva mencionada, se ha señalado lo siguiente:

> "Asimismo, atendiendo lo previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley N° 27333, la declaración notarial de prescripción adquisitiva de dominio o de formación de títulos supletorios obra en documento notarial, el cual es auténtico y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, como lo señala expresamente el artículo 12 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos; por lo que no corresponde a las instancias registrales calificar los actos procedimentales realizados por el notario en virtud de lo expresamente estipulado por las leyes pertinentes, para emitir la declaración correspondiente, ni corresponde, por ende, calificar el fondo o motivación de tal declaración notarial".

De lo anterior se tiene que, no corresponde a las instancias registrales verificar el cumplimiento y validez de los actos procedimentales previos a la declaración notarial de prescripción adquisitiva de dominio ni el fondo o motivación de la misma; sin embargo, sí compete a las instancias registrales verificar la adecuación del título presentado con los asientos de inscripción de la partida registral, así como también de manera complementaria con los antecedentes registrales (títulos archivados), según se señala en el literal a) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos.

En esa línea, el Tribunal Registral mediante su XXVII-XXVIII Pleno Registral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 01/03/2008, se estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

> Emplazamiento del titular registral en los procedimientos de prescripción adquisitiva de dominio:
>
> "Se encuentra dentro del ámbito de calificación registral del título que contiene la declaración de adquisición de la propiedad mediante prescripción, la evaluación de la adecuación del título presentado con los asientos registrales, lo cual implica verificar que el proceso judicial o el procedimiento notarial se haya seguido contra el titular registral de dominio cuando el predio se encuentre inscrito;

para ello bastará constatar que el referido titular aparezca como demandando o emplazado en el proceso respectivo" (criterio adoptado en las Resoluciones N° 316-2007-SUNARP-TR-L del 18/05/2007 y N° 520-2007-SUNARP-TR-L-del 31/07/2007).

El fundamento de este precedente se basa en el principio de legitimación registral, en virtud del cual el titular registral debe ser debidamente emplazado en el procedimiento destinado a cancelar o enervar su derecho inscrito, como en el caso de la prescripción adquisitiva. Asimismo, en aplicación del principio del debido proceso, garantía que debe observarse en los procesos seguidos tanto en sede judicial como administrativa, toda persona tiene derecho a la tutela efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso.

4. RECTIFICACIÓN DE ÁREAS Y LINDEROS

En el artículo 504, inciso 3 del CPC, establece lo siguiente:

"El propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten estos mediante deslinde.

Al respecto, en el ámbito de rectificación de áreas y linderos nos encontramos en un supuesto distinto a los anteriores. En efecto, en los supuestos anteriores el objetivo del proceso se enfocaba en la titularidad del bien, en cambio en este el propietario o poseedor lo que buscan es que se rectifique o determine judicialmente el área o los linderos del mismo, es decir, se precise las verdaderas características del bien".

Al igual que en caso de los títulos supletorios y la prescripción adquisitiva, también el notario es competente para conocer los procedimientos de saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas de predios urbanos conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 27333.

La Ley N° 27333 ha establecido que cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno, o cuando existan discrepancias entre el área real del terreno, sus medidas perimétricas y/o linderos, con los que figuren en la partida registral, estas podrán determinarse o rectificarse de acuerdo con los siguientes procedimientos:

a) Por mutuo acuerdo

Mediante escritura pública suscrita por el propietario del predio y los propietarios de todos los predios colindantes, en la que estos últimos manifiesten su conformidad con el área, medidas perimétricas y/o linderos, según corresponda.

b) Procedimiento notarial

Se podrá tramitar como un asunto no contencioso de competencia notarial, según los procedimientos a que se refieren los artículos 504 y siguientes del CPC, en lo que sea aplicable, siempre y cuando el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida.

Cuando el área real es superior a la registrada procederá este trámite siempre y cuando exista una certificación registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada.

Este procedimiento se tramita de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 27157.

c) Procedimiento judicial

Se tramita por el procedimiento judicial previsto en los artículos 504 y siguientes del CPC, toda rectificación que suponga superposición de áreas o linderos, o cuando surja oposición de terceros.

Posteriormente se aprobó la Ley N° 28294, Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial y su vinculación con el Registro de Predios, con la finalidad de regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro del país, que incluye el saneamiento catastral y registral.

El saneamiento catastral y registral, según el artículo 60 del Reglamento de la Ley N° 28294, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2006-JUS, se aplica en los casos de predios inscritos en el Registro de Predios, ubicados en zonas catastradas y en zonas no catastradas; en este último caso cuando se hayan acogido a la verificación catastral, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Reglamento, siempre que existan discrepancias entre la información registral y catastral.

El artículo 24 del referido Reglamento regula la inscripción del Código Único Catastral (CUC) en el Registro, precisando en su segundo párrafo que en caso de existir discrepancia la Sunarp iniciará el procedimiento de saneamiento catastral y registral.

El artículo 62 del mismo Reglamento regula el procedimiento de saneamiento en el supuesto de discrepancia entre la información registral y catastral. Dicho procedimiento contempla la anotación preventiva en la partida registral del predio del área, linderos y medidas perimétricas consignados en el plano presentado, así como la notificación a los titulares de los predios colindantes, la posibilidad de formular oposición y la inscripción definitiva.

En resumen y conforme a la legislación actual, la determinación de área, linderos o medidas perimétricas de un predio urbano, pueden obtenerse mediante el proceso judicial conforme al artículo 504 y siguientes del CPC o mediante el procedimiento notarial, establecido en el artículo 13 de la Ley N° 27333 o mediante procedimiento registral, contemplado en el artículo 62 del Reglamento de la Ley N° 28294.

Debe precisarse que el Tribunal Registral ha admitido en determinados supuestos el acceso al Registro de la rectificación de área, linderos y medidas sin necesidad de acogerse a los mecanismos previstos en el artículo 13 de la Ley N° 27333 o en la Ley N° 28294.

Así, tratándose de la rectificación de área por error de cálculo, el XIX Pleno Registral publicado en el diario oficial *El Peruano* el 05/09/2006, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Rectificación de área por error en el cálculo:
>
> "Es inscribible la rectificación del área de un predio urbano en mérito al plano y memoria descriptiva visados por la autoridad municipal correspondiente, prescindiendo de los mecanismos rectificatorios previstos por el artículo 13 de la Ley N° 27333, si el error surgió del equivocado o inexacto cálculo de su área, siempre que el Área de Catastro determine que los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio no han sufrido variación alguna" (criterio sustentado en las Resoluciones N° 182-2005-SUNARP-TR-T del 28 de octubre de 2005, N° 290-99-ORLC-TR del 05/11/1999 y N° 062-2006-SUNARP-TR-L del 31/01/2006).

Criterio interpretativo que fue materia de precisión en el CXV Pleno Registral, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 07/06/2014, en los siguientes términos:

> Precisiones al precedente sobre rectificación de área por error de cálculo:
>
> "No procede la rectificación de área, con la sola presentación de plano visado por la municipalidad, en supuestos distintos al error de cálculo.
>
> También procede la rectificación por error de cálculo respecto de predios rurales, para lo cual se adjuntará la documentación a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.
>
> No procede la rectificación por error de cálculo si el área de catastro no puede determinar si los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio han sufrido variación" (criterio sustentando en la Resolución N° 138-2009-SUNARP-TR-T del 16/04/2009).

Igualmente, se ha prescindido de los mecanismos rectificatorios establecidos en el artículo 13 de la Ley N° 27333 o en el Reglamento de la Ley N° 28294, pese

a la modificación de las medidas perimétricas, cuando el área resultante es menor a la inscrita. Sobre el tema el Tribunal Registral ha aprobado los siguientes acuerdos en los siguientes Plenos Registrales:

CVI Pleno Registral (celebrado el 24 de mayo de 2013):

Rectificación de área en mérito a escritura pública:

"Puede rectificarse el área, medidas perimétricas y linderos de un predio urbano mediante escritura pública según el literal a) del artículo 13.1 de la Ley N° 27333, aunque exista superposición con área de predio inscrito, debiendo indicarse en la escritura tanto la nueva área, medidas perimétricas y linderos del predio rectificado, como del predio que ha resultado afectado con la rectificación. En tal sentido, deberá rectificarse también el área y medidas perimétricas de los predios colindantes materia de la superposición".

CXV Pleno Registral (celebrado el 12 y 13 de diciembre de 2013):

Rectificación de área por mutuo acuerdo:

"A efectos de rectificar el área, linderos y/o medidas perimétricas de un predio por mutuo acuerdo no se requerirá que los predios colindantes se encuentren inmatriculados. En ese caso, no será necesario acreditar el dominio de dichos colindantes".

CXV Pleno Registral (celebrado el 12 y 13 de diciembre de 2013):

Rectificación de área, medidas perimétricas y linderos:

"Procede la rectificación de área, linderos y/o medidas perimétricas en mérito a escritura pública otorgada por el propietario acompañada de la documentación a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, solo si el área de catastro determina indubitablemente que el ámbito gráfico resultante se encuentra dentro del predio inscrito".

Dicha rectificación no procederá cuando se afecten derechos de acreedores inscritos o medidas cautelares, salvo que los afectados o el órgano jurisdiccional o administrativo autoricen la rectificación.

Así, en la Resolución N° 1527-2012-SUNARP-TR-L del 18/10/2012 esta instancia señaló:

Rectificación de área, linderos y medidas perimétricas:

"Procede la rectificación del área de un predio, así como sus medidas perimétricas, con la presentación de escritura pública donde interviene solo el titular registral, acompañado de los respectivos planos de ubicación y perimétrico, autorizados por la municipalidad; siempre que con dicha rectificación

se disminuya el área inscrita y la nueva área se ubique íntegramente dentro de la partida del predio sin afectar a terceros".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José (2005): *Curso de Derecho Civil. Curso de Derechos Reales. Propiedad y Derechos Reales*, tomo I. Granada: Comares; ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos (2001): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984 - Derechos Reales*, 3ª ed., tomo V. Lima: Gaceta Jurídica; AVENDAÑO, Jorge (1965): "Los títulos supletorios y la acción declarativa de prescripción". En: *Themis*, N° 1; CESARE SIFUENTES, José (2005): "Prescripción adquisitiva de dominio". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 37; ENZINGER, Alfred (1935): *Das Enteignungsrecht im nationalsozialistischen Staat*, München: Diss; ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA (1989): *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución. Leyes de 1861 y 1869*, tomo I, vol. I. Madrid; KUTSCHER, Hans (1938): *Die Enteignung*. Stuttgart; MEJORADA CHAUCA, Martín (2009): "Fundamento de la usucapión, a propósito del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 132. Lima: Gaceta Jurídica; MERK, Walter (1934): *Das Eigentum im Wandel der Zeiten*, Langensalza.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Realizándose una interpretación teleológica del literal del artículo 504 del Código Procesal Civil, se puede apreciar que no existe obstáculo alguno para que un propietario con título de propiedad imperfecto, pueda demandar título supletorio, toda vez que la finalidad de este proceso es sanear el título de propiedad, a fin de que mediante sentencia judicial, se obtenga el mérito de un documento público susceptible de inscripción registral ***(Cas. N° 2598-2006-Cañete)***.

Resulta viable demandar la declaración de propiedad por prescripción de aquel que ostenta un título de propiedad, cuando dicho título es imperfecto. En este caso se entiende por título imperfecto a aquel que se encuentra destinado a transferir la propiedad, pero que por circunstancias ajenas al adquirente, y propias del enajenante, impide que la citada transferencia se haga efectiva, esto es que llegue a concretarse; por tanto, quien detenta tal instrumento puede reclamar de quien es propietario inscrito en los Registros Públicos, la prescripción adquisitiva a su favor ***(Cas. N° 1272-06-Lima Norte)***.

La pretensión de rectificación o delimitación de áreas o de linderos procede a favor del propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos de un predio cuando dichos datos han sido registrados en forma equivocada, o para que se limiten éstos mediante deslinde cuando su delimitación no es precisa ***(Cas. N° 1088-2000-Ayacucho)***.

No se puede declarar la prescripción adquisitiva del inmueble solicitada en la reconvención, sin que se haya acreditado haber cumplido con los requisitos que se exigen para ello, ya que dicha omisión afecta la validez de la resolución expedida y también el derecho al debido proceso, pues no se puede declarar la prescripción adquisitiva, si el actor no ha cumplido con los requisitos especiales exigidos en la ley procesal ***(Cas. N° 456-2000-Piura)***.

Artículo 505 Requisitos especiales

Además de lo dispuesto en los artículos 424 y 425, la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. *Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.*
2. *Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.*

   El juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.
3. *Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.*
4. *Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.*
5. *Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio.*

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 950 a 953; C.P.C. arts. 222, 226, 272, 424, 425.

Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro

El CPC, en sus artículos 424 y 425, regula el contenido de la demanda y los anexos de la misma. En el presente caso, el juez civil asumirá competencia en vía de proceso abreviado, debiendo ofrecerse todos los medios probatorios que acrediten el derecho (plano de ubicación, entre otros).

Ahora bien, a estos requisitos deberá añadirse en caso de los *títulos supletorios* se declare el tiempo de la posesión del demandante y, de ser el caso, la de sus causantes. Toda vez que en este supuesto se es propietario, mas no se puede acreditar ello, deberá detallarse la fecha y forma de adquisición.

Tal como indica el comentario del artículo anterior, dado que el título supletorio es un mecanismo de acceso al registro, solo puede alegarse cuando el bien no haya sido inscrito. Para ello deberá presentarse la certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.

Deberá notificarse a los propietarios o poseedores de los bienes colindantes, a fin que puedan tener la oportunidad de ratificar u oponerse a la demanda de formación de título supletorio.

El objeto sobre el cual recae el derecho es el inmueble, por lo cual deberá describirse con la mayor exactitud posible. Así pues, son importantes los planos de ubicación y perimétricos.

Adiciona dicho extremo que deberá realizarse la descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondientes, 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.

Puede ser útil –de considerarlo el juez conveniente– exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien. Estos son indicios importantes para acreditar la titularidad del bien, pero no son obligatorios, pues pueden presentarse también otras pruebas.

Es necesario que se ofrezca como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.

En el supuesto de *prescripción*, debe señalarse el tiempo de posesión. En caso de suma de plazo posesorio deberá indicarse cómo se dio dicho traslado posesorio y la forma del mismo.

En caso el bien esté inscrito, deberá notificarse al titular que consta en el Registro. Deberá acompañarse copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos. De igual forma deberá notificarse a los propietarios o poseedores que colindan con el bien.

En caso no esté inscrito deberá presentarse la certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos (certificado de no inmatriculación).

En el supuesto de *rectificación de áreas y linderos*, el titular deberá indicar los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes a fin que estos, de ser el caso, se pronuncien sobre su derecho.

La situación regular es un titular busque precisar el área de su predio cuando esta es menor a la que en la realidad es, sin embargo también existen supuestos en los cuales el área real es menor al área inscrita. Estos casos en principio pueden rectificarse registralmente, sin embargo, en caso decidan ir al proceso judicial, no debiera notificarse a los colindantes, dado que al ser el área a rectificar menor al área inscrita, y esta se encuentra dentro del área a rectificar, no se afecta derecho de terceros.

No obstante ello, dado que no se ha regulado un proceso especial para ello, deberá notificarse a los colindantes en este caso.

Es importante que se ofrezca como prueba la inspección judicial del predio.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José (2005): *Curso de Derecho Civil. Curso de Derechos Reales. Propiedad y Derechos Reales*, tomo I. Granada: Comares; ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos (2001): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derechos Reales*, 3ª ed., tomo V. Lima: Gaceta Jurídica; AVENDAÑO, Jorge (1965): "Los títulos supletorios y la acción declarativa de prescripción". En: *Themis*, N° 1; CESARE SIFUENTES, José (2005): "Prescripción adquisitiva de dominio". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 37.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Como se demostró la falsificación del certificado de posesión adjuntado a la demanda de prescripción adquisitiva, debe declararse la improcedencia de esta última, pues contiene un imposible jurídico. No es éste un caso de inadmisibilidad, pues el actor recaudó la demanda con lo requerido por el artículo 505 del Código Procesal Civil, y sólo posteriormente se determinó que uno de los requisitos especiales –el certificado de posesión aludido– fue materia de falsificación en la figura de adulteración ***(Cas. N° 78-2001-Apurímac)***.

El hecho de haberse actuado sólo dos de las seis testimoniales ofrecidas para demostrar la posesión del impugnante, no obsta, para establecer que no se cumplen los requisitos que prevé el numeral 505 inciso cuarto del Código acotado, porque el citado dispositivo, regula sólo el ofrecimiento de no menos de tres ni más de seis testigos, y no a su actuación, por lo que la norma acotada resulta también infringida pues por dicha equivocada apreciación las dos testimoniales actuadas no fueron amerituadas con arreglo al artículo 197 del Código Procesal Civil ***(Cas. N° 1394-2001-Lima)***.

Artículo 506 | Emplazamiento

Aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167 y 168.

En los casos del artículo 435 y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 167, 168, 169, 435, 438, 507.

Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro

Este artículo regula el emplazamiento a los demandados. En caso de la prescripción adquisitiva de dominio se emplazará al titular del derecho de propiedad (inscrito o no), pese a que la adquisición será originaria y no derivativa, salvaguardando su derecho de defensa.

En el caso de los colindantes en la rectificación de linderos puede ocurrir que el demandante afecte derecho de terceros, léase a los colindantes a su predio. En ese sentido se les notifica para que puedan ejercer su derecho de defensa, y aportar todos los medios de prueba necesarios para que el magistrado pueda dilucidar el área de cada predio.

No obstante ello, la norma exige que se publique tres veces vía edicto, a fin que terceros que puedan verse afectados por las demandas y sean desconocidos, o no se les pueda ubicar para formar parte en el proceso, puedan tener conocimiento del mismo.

Según lo establecido por el Código adjetivo la publicación de los edictos se hace en el portal web oficial del Poder Judicial. Si ello no fuera posible por las condiciones tecnológicas o lejanía del órgano jurisdiccional, el edicto se publica en el diario de mayor circulación de la circunscripción. A falta de diarios, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, debiéndose además fijar el edicto en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión.

En todos los casos, la publicación debe efectuarse por un periodo de tres días hábiles acreditándose su realización agregando al expediente la constancia de su

publicación web emitida por el especialista o secretario judicial respectivo y la impresión de la publicación realizada en el portal institucional o, de ser el caso, el primer y el último ejemplar de las publicaciones realizadas en los diarios.

Ahora bien, tomando en cuenta la realidad, en los casos en los cuales se trate de predios rústicos y el demandado sea indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos. Las transmisiones se harán por una emisora oficial o las que determinen el Consejo Ejecutivo de cada Corte Superior.

Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en el que constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió. La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José (2005): *Curso de Derecho Civil. Curso de Derechos Reales. Propiedad y Derechos Reales*, tomo I. Granada: Comares; ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos (2001): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derechos Reales*, 3ª ed., tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La notificación por edictos no ha sido realizada conforme a lo previsto por el artículo 167 del Código Procesal Civil, pues no ha sido publicada en el diario oficial y tampoco cumple con la forma establecida en el artículo 168 de ese mismo cuerpo legal puesto que los edictos no contienen prescripciones de la cédula; por lo que al no ser notificada la sentencia de acuerdo a ley, se incurre en nulidad ***(Cas. N° 1526-2002-Sullana)***.

Si se aduce haberse encontrado de viaje, cuando se efectúo el emplazamiento, dicha circunstancia viene a ser una cuestión ajena a los fines de la validez del emplazamiento, puesto que encontrándose en pleno conocimiento de la ocurrencia de dicha situación, debió de adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier vicisitud contraria a sus intereses. Si bien la apelante no niega domiciliar en tal dirección, sino que precisa haberse encontrado de viaje, ella viene a ser una cuestión ajena a los fines de la validez del emplazamiento, puesto que encontrándose en pleno conocimiento de la ocurrencia de dicha situación, debió de adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier vicisitud contraria a sus intereses ***(Exp. N° 136-2002-Lima)***.

Artículo 507 | Intervención del Ministerio Público

En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 113 inc. 3, 114, 115, 116, 506 párr. 2, 508.

Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro

En los casos en los cuales se trate de predios rústicos y el demandado sea indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados o se haya declarado en rebeldía al demandado, es necesario el dictamen del Ministerio Público.

Como quiera que el Ministerio Público tiene entre sus funciones la representación de la sociedad en un proceso, la defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos e intereses públicos, entre otros, existen casos en los cuales los prescribientes o quienes buscan formar títulos supletorios no indican de forma correcta a quiénes se tiene que emplazar, por lo que el Ministerio Público debe emitir dictamen el cual será referencial –no vinculante– para el juez que resolverá la controversia.

En el caso de rebeldía la presencia del Ministerio Público es necesaria, dado que si bien no determina que el demandante tenga la razón, sí permite que en el proceso solo se valoren sus medios probatorios.

Puede ocurrir, por ejemplo, que en un supuesto de prescripción, en el cual el supuesto titular sea rebelde, el bien le pertenezca al Estado, pese a lo cual nunca fue notificado. En estos casos, el Ministerio Público puede brindarle herramientas adicionales al juez que no puede otorgar el demandante al haber sido declarado rebelde, para que se pronuncie conforme a derecho.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José (2005): *Curso de Derecho Civil. Curso de Derechos Reales. Propiedad y Derechos Reales*, tomo I. Granada: Comares; ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos (2001): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derechos Reales*, 3ª ed., tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 508 | Consulta

Cuando el dictamen del Ministerio Público, en el caso del artículo 507, fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 408, 409, 507.

Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro

El supuesto de hecho del presente artículo se circunscribe a los casos en los cuales se trate de predios rústicos y el demandado sea indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados o se haya declarado en rebeldía al demandado.

Ahora bien, si habiendo emitido dictamen el Ministerio Público este es contrario a la pretensión, y el juez determina que la demanda es fundada y no existe medio impugnatorio contra dicha resolución, deberá elevarse en consulta al superior jerárquico.

Dicha elevación es por mandato legal, por lo que no procede informe oral por las partes.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José (2005): *Curso de Derecho Civil. Curso de Derechos Reales. Propiedad y Derechos Reales*, tomo I. Granada: Comares; ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos (2001): *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Derechos Reales*, 3ª ed., tomo V. Lima: Gaceta Jurídica.

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° 2279-1999-Callao)***.

SUBCAPÍTULO 3
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Artículo 509 | Procedencia

El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

Este proceso solo se impulsará a pedido de parte.

CONCORDANCIAS:
C. art. 139 inc. 4; C.P.C. arts. IV, 50, 510; C.P. Const. art. 13.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

A través de las resoluciones dirigidas a las partes (*función endoprocesal* de la motivación de las resoluciones) y a la sociedad (*función extraprocesal* de la motivación de las resoluciones), el Poder Judicial cumple una función relevante para la sociedad pues informa de las razones que le llevaron a tomar una decisión dentro de un proceso contradictorio, en igualdad de condiciones y con plena vigencia de las garantías procesales previstas en la Constitución Política. Es por ello que la función jurisdiccional conlleva una gran responsabilidad pues –por lo general– el destino de nuestros derechos se decide en un proceso judicial.

Ello se condice con la cada vez mayor expansión del poder de los jueces que según MALEM (2008) se debe a las siguientes razones: i) la cada vez mayor complejidad de las sociedades lo cual a su vez provoca mayor conflictividad en términos individuales y sociales; ii) una legislación basada en cada vez más principios generales pero que requieren para su implementación decisiones institucionales, fundamentalmente judiciales; iii) la judicialización de la vida política; y, iv) el Poder Judicial como última instancia para la salvaguarda de derechos de los

ciudadanos ante la amenaza por los organismos públicos, fuerzas del mercado o sus ciudadanos (p. 11).

Dicho esto, la función jurisdiccional no está exento de generar daño a las partes y/o terceros ajenos al proceso a través de sentencias carentes de razonabilidad en la interpretación, deficiente motivación, ajenas a los principios de la lógica, etc.; y que de realizarse de manera culposa –en sentido amplio– genera, de manera solidaria, la obligación a cargo del Estado y del juez o colegiado de indemnizar a favor de la parte procesal o tercero legitimado dañado, por ser responsables del daño resarcible ocasionado. En ese sentido, responder –del latín tardío "*respondere*"– presupone la ruptura de un equilibrio, lo que representa con ello la respuesta reparadora de la ruptura (MAIORCA, 1988: p. 1004). Esa pérdida del estado de equilibrio se manifiesta con el daño causado a la parte o tercero legitimado que es preciso restablecer.

Y esto es importante, porque cuando el juez responde mediante razones hace inteligible la responsabilidad judicial como la capacidad y obligatoriedad de responder por las razones adecuadas, y no solo eso, pues el juez *además de justificar su decisión está justificándose a sí mismo* ante los usufructuarios de su decisión y la ciudadanía en general (IGARTÚA, 2009: p. 24). Pero antes de entrar al tema del error judicial, es necesario ubicarlo dentro de un tipo de responsabilidad civil: la extracontractual o aquiliana, o la derivada de inejecución de obligaciones.

2. ENTRE LA RESPONSABILIDAD E IRRESPONSABILIDAD JUDICIAL. ¿DEBE EL JUEZ RESPONDER POR SUS ACTOS?

Entre los países que pertenecen al *common law*, rige el principio de irresponsabilidad judicial (*the King can do no wrong*). Ejemplo de ello es el sistema anglosajón donde se considera que la responsabilidad puede menoscabar la independencia judicial, es por ello que se trata de favorecer esta última atribuyéndose mayor libertad en la toma de decisiones; tras este modelo se tiene la idea de que los actos judiciales carecen de antijuridicidad pues solo es Derecho lo que los jueces dicen que es (QUINTANA, 2008: p. 29). Aparte de esta, otro obstáculo para la responsabilidad del juez es la *cosa juzgada*, mediante la cual, las sentencias firmes hasta cuando sean erróneas de hecho o de derecho, crean su propio valor y su propio Derecho, es decir, hacen el Derecho (CAPPELLETTI, 2009: p. 45).

De otro lado, entre los países del *civil law*, se suele considerar que el juez debe ser responsable por sus actos. Si entendemos que el *poder* conlleva una responsabilidad de parte de quien lo detenta, a la luz del *principio de igualdad* el juez no podría eximirse de la responsabilidad por el daño que cause, pues independencia

y responsabilidad judicial son contrapesos uno del otro, y complementos de un Estado de Derecho. En ese sentido, se ha mencionado que:

> "Independencia no significa ausencia de control, no significa la imposibilidad de que el juez, detentador de uno de los poderes del Estado, no pueda ser sometido a control determinante de la consiguiente responsabilidad. La sujeción a control del ejercicio de toda potestad pública es un elemento caracterizador del Estado de Derecho, en que las potestades son dosis medidas de poder, jurídicamente definidas, susceptibles por ello, de verificación sobre su correcto desarrollo" (MONILLA, 1988, citado por SANZ, 2008: p. 105).

Es posible considerar que una legislación que haga responsable al juez de sus actos produciría *jueces conservadores* en la interpretación del Derecho: no se aventurarían a realizar *interpretaciones creativas* pues la parte perdedora y resentida con la decisión podría demandar por responsabilidad civil. Sin embargo, una de las defensas que tiene el juez son las *buenas razones y argumentos de su decisión*, por lo que si el juez ha motivado razonablemente no debería temer una eventual demanda. Por eso, CHIASSONI (2007) señala que "el análisis argumentativo (...) es un análisis del que no puede prescindir quien intenta evaluar la corrección jurídica de una sentencia, desde la perspectiva de la corrección de su motivación" (p. 12). Por lo que la responsabilidad civil se podrá determinar acudiendo al contenido de la motivación en el que la resolución judicial cumple el papel de prueba (ZAVALETA, 2013: p. 41).

3. ¿RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES O EXTRACONTRACTUAL?

Como bien sabemos la responsabilidad contractual (*rectius*: inejecución de obligaciones) y la responsabilidad extracontractual tienen diferencias que hacen imposible unificar estos dos institutos jurídicos. Para ello es fundamental tener en cuenta el interés protegido en ambas, pues mientras en la responsabilidad por inejecución se prevé la protección de una expectativa planificada que asegure lo que se prometió y que por ello, *mira al futuro*, buscando la realización del contrato; en la responsabilidad extracontractual se busca proteger la situación del sujeto empeorada contra su voluntad, y que por ello, *mira al pasado*, es decir, buscando el restablecimiento del *statu quo ante* (LEÓN, 2005: pp. 301-304). La diferencia entre ambas también se presenta en el plano del derecho positivo: plazo de prescripción, prueba, objeto de resarcimiento, inicio del cómputo de los intereses, etc. (por todos, LEÓN, 2007: pp. 66-67). No existen, por tanto, razones que avalen la unificación de estos ámbitos de la responsabilidad civil.

Ahora bien, es pertinente hacer la siguiente pregunta ¿la responsabilidad civil de los jueces por error judicial es por inejecución de obligaciones o

extracontractual? Consideramos que es la segunda. El *neminem laedere,* la prohibición de no causar daño a otros, también abarca al juez en el supuesto de error judicial, pues hay una situación de desequilibrio que se debe restablecer como consecuencia de una decisión judicial ejecutoriada productora de un daño resarcible (en ese sentido, p. 388).

Incluso, si nos encontráramos ante la duda de no saber a qué ámbito pertenece, nos inclinaríamos también por la segunda. Ello debido a que la responsabilidad extracontractual tendría una *dimensión generalizante* y que la responsabilidad por inejecución se constituiría en una excepción a la regla; y no porque la segunda valga menos, sino que nuestro sistema de responsabilidad civil debe dar cabida a la cláusula normativa general contenida en el artículo 1969 del CC (GABRIEL, 2015: p. 87).

4. CONCEPTO DE ERROR JUDICIAL. CARACTERÍSTICAS

Consideramos que una técnica correcta para la elaboración de reglas jurídicas es que estas no deben contener definiciones, pues es una labor que se debe dejar por entero a la doctrina. Si bien el artículo 509 del CPC no señala qué es responsabilidad civil de los jueces, sí menciona cuando un juez es civilmente responsable, lo que para efectos prácticos es lo mismo.

El *error judicial* es un tipo de daño resarcible ocasionado por el juez o magistrados mediante acción u omisión, producto de su actividad jurisdiccional que puede consistir en un error de hecho o de derecho, siendo necesario para su configuración que se hayan agotado los medios impugnatorios previstos en la ley o no se haya consentido el acto dañoso. El sujeto pasivo del resarcimiento es el juez o magistrados y el Estado. Ahora bien, analicemos cada una de sus características:

i) *Sujeto activo del daño*: Es el juez o magistrados de Sala Superior y Corte Suprema que originan un daño resarcible a través de su decisión judicial. Surge una interrogante, ¿el árbitro también puede ser considerado como sujeto activo? En este supuesto existe una ausencia de reglamentación, pero si entendemos que los árbitros tienen jurisdicción y que también son susceptibles de incurrir en errores mediante sus decisiones, no existe impedimento para argumentar que sí pueden ser susceptibles de una demanda por error –¿arbitral?– pues se puede hacer uso de la *analogía legis*. En este tipo de analogía, se busca una norma explícita para regular un caso similar –artículo 509 y ss. del CPC– y crear una norma implícita que regule el caso no regulado (BARBERIS, 2015: p. 185) –en este caso, el error arbitral–.

La mención que se hace en la Ley General de Arbitraje por responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados en el arbitraje es cuando el árbitro acepta el cargo y no cumple con la función asumida (LGA, art. 32).

ii) *Sujeto pasivo del daño*: El sujeto pasivo del daño pueden ser las partes del proceso, terceros legitimados y cualquier persona en general. En cuanto a este último supuesto, se puede dar cuando en un proceso sobre desalojo se proceda a desalojar en un predio que no fue materia de litigio y en el que las partes nunca advirtieron tal error. Producido el daño, será irrelevante para el sujeto perjudicado si el proceso seguido entre las partes se encuentra con sentencia firme o no, pues el perjuicio ya tuvo lugar y es preciso que sea resarcido.

iii) *Objeto de la decisión judicial generadora de daño*: No solamente las sentencias pueden causar daño, sino los autos también. Así pues, v. gr. En segunda instancia puede haberse concedido una medida cautelar sin haberse verificado bien los presupuestos para decretarla, causándose un daño con su ejecución –secuestro de bienes y enseres–.

iv) *El daño es producto de la actividad jurisdiccional:* Sabemos que en el Poder Judicial se pueden ejercer funciones administrativas, gubernativas y jurisdiccionales. Pero la que aquí tiene relevancia jurídica es la *jurisdiccional.*

v) *El daño puede consistir en un error de hecho o de derecho:* Sobre este punto ahondaremos en la "tipología del daño".

vi) *Es necesario que la decisión judicial se realice con dolo o culpa inexcusable*: Si bien, en el artículo 509 del CPC y ss. no hacen mención a la culpa leve, ello no sería impedimento para no considerarla. Por lo general, en un Código procesal se establecen normas instrumentales que sirven de aplicación a las normas materiales; en ocasiones también se puede consignar este último tipo de normas en un cuerpo de normas procesales. Ahora, si partimos sobre la base que consignar criterios de imputación es propio de una norma material, y que al no señalarse a la culpa leve como criterio de imputación, el juez debe de interpretar sistemáticamente el Derecho. De ahí que la cláusula normativa general sea también de aplicación en el supuesto de daño ocasionado por los jueces: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". Si es posible causar daño mediante culpa (leve), el juzgador estará obligado al resarcimiento.

vii) *Agotamiento de medios impugnatorios:* Una vez que la segunda instancia resuelve la apelación y resuelve confirmando o declarando improcedente, se produce la firmeza del auto o sentencia. Pero, ¿la interposición

del *recurso de casación* puede ser considerado como un requisito para interponer la demanda de responsabilidad civil del juez o magistrados? Consideramos que no. El recurso de casación es un recurso *extraordinario*, y no debería exigirse su interposición. Con el pronunciamiento de la segunda instancia la resolución adquiere firmeza, por tanto, *el recurso de casación no apertura una instancia más.* Sin perjuicio de ello, interpuesto el recurso de casación y habiéndose admitido, si de lo que se resuelve la Corte Suprema se genera daños, los miembros de la Corte Suprema también podrán ser demandados por responsabilidad civil de los jueces.

No será necesario el agotamiento de medios impugnatorios cuando el daño se cause a una persona que no es parte del proceso, como en el ejemplo señalado en el punto 4.ii).

5. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Los presupuestos que se deben presentar para un juicio de responsabilidad civil de los jueces, no es diferente a los que se deben presentar para un juicio de responsabilidad en general. Al respecto se deben cumplir los siguientes:

i) *Daño resarcible*: El daño es el menoscabo o perjuicio –de naturaleza abstracta– consistente en una acción u omisión, que sufre una persona producto de una decisión judicial y de la que se derivan consecuencias tanto económicas como no económicas. V. gr. cuando un juez penal injusta y dolosamente se decide por la culpabilidad de un procesado y se le condena a 5 años de pena privativa de libertad, el tiempo que pasará en prisión tendrá una consecuencia económica (tiempo en que no podrá desempeñarse en su profesión o actividad) y no económica (producto de la lesión al derecho fundamental a la libertad individual).

En cuanto a la cuantificación del monto del daño deberá estarse a lo referido a la inejecución de obligaciones, según prescribe el artículo 515 del CPC.

El artículo menciona como supuestos la falsedad, el fraude, la denegación de justicia al rehusar un acto o realizar otro por influencia, sin que por ello se agoten todos los supuestos.

ii) *Criterio de imputación*: El título por el cual responde el juez es la *culpa* (que comprende a la culpa en sentido estricto y al dolo), por lo que se desprende que la responsabilidad del juez es subjetiva. En el dolo, existe la voluntad clara de dañar el derecho de otros; mientras que en la culpa

se da cuando se omite las precauciones necesarias y la acción tiene una finalidad distinta de aquella de dañar a otros (CORSARO, 2003: pp. 66-67). Según ARIANO (2003) –quien se orienta en el modelo español– en un adecuado régimen de responsabilidad civil del juez donde el juez respondería disciplinaria y penalmente, más no civil, los criterios de imputación serían el *error judicial* y el *funcionamiento anormal del proceso* (p. 322).

iii) *Relación de causalidad*: Es el nexo que existe entre el daño causado y la decisión del juez o magistrados que origina el daño. Como dijimos anteriormente, la responsabilidad civil del juez, al regularse por lo establecido en la responsabilidad extracontractual, señala en el artículo 1985 del CC que debe existir una *causalidad adecuada* entre el hecho y el daño producido. Sin perjuicio de ello, el intérprete es libre de elegir la teoría de relación de causalidad que mejor crea conveniente, sin estar obligado a elegir la que el legislador haya dispuesto, pues establecer definiciones, inclinarse por una teoría y positivizarla, etc., no es propio de una técnica jurídica razonable.

Es relevante precisar que cuando se presenta el dolo, no se precisan de alguna teoría de la causalidad pues esta agota en sí la carga causal del acto (CORSARO, 2003: p. 67).

6. TIPOLOGÍA DEL DAÑO

En cuanto a los daños que pueden producirse producto de la actividad jurisdiccional pueden deberse a diversas razones: omisión de motivación formal, error en la justificación interna, error en la justificación externa referida a premisas fácticas, error en la justificación externa referida a premisas normativas, errores en la interpretación, etc.; las cuales se pueden resumir en *errores de hecho y de derecho* (en ese sentido, MALEM, 2008: p. 102). Pero las características que comparten todas ellas es que *el error tiene que ser determinante para no amparar la decisión en favor del sujeto perjudicado, o, que se haya causado daño a un tercero que no forma parte del proceso.*

A continuación, pasaremos a enumerarlas sin intención de agotar su contenido:

i) *Error por omisión de motivación formal:* Es la más infrecuente y se produce cuando solo consta de parte resolutiva sin que haya rastro de motivación. (IGARTÚA, 2009: p. 29). De haberse resuelto de esta manera en segunda instancia y en contra del sujeto perjudicado, este puede interponer la demanda por error judicial.

ii) *Error por motivación parcial:* En este supuesto no se cumple con el requisito de la completitud, al no motivarse todas las opciones que directa o

indirectamente inclinen la balanza de la decisión final de un lado a otro (IGARTÚA, 2009: pp. 26-29). En ese orden de ideas, la motivación omitida debe ignorar todas o algunas de las alegaciones de hecho del sujeto perjudicado y decidir en su contra.

iii) *Error por motivación insuficiente:* Este supuesto parte del principio de *razón suficiente* formulado por LEIBNIZ, en virtud del cual: "ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna proposición verdadera, sin que exista una razón suficiente para que sea así y no de otro modo (...)" (SCRUTON, 2013: p. 105). Al respecto, la motivación suficiente no se identifica con una motivación exhaustiva que dé respuesta a todas las argumentaciones sino, lo más importante es que las razones expuestas por el juez permitan conocer los criterios esenciales que fundamenten la decisión (ZAVALETA, 2013: p. 427).

iv) *Error en la justificación interna:* Este supuesto se da cuando no se respetan los principios de la lógica y producto de ello la conclusión a la que se llegue, no sea consecuencia de las premisas. Aquí no se analiza sobre si las premisas son razonables, pues solamente se busca que la inferencia sea válida. Según ZAVALETA (2013), existen cuatro defectos de la justificación interna:

   a) *Defectos entre problema y la argumentación*: Se relaciona con la deficiente comprensión del caso por el juez.

   b) *Defectos en la argumentación:* Se produce cuando hay incompatibilidad de premisas y se infringe el principio lógico de no contradicción.

   c) *Defectos entre la argumentación y la conclusión*: Se origina cuando las premisas del razonamiento no implican la conclusión y se produce una conclusión imposible; y,

   d) *Defectos entre el problema y la conclusión:* Se produce cuando existe incongruencia procesal.

v) *Error en la justificación externa referida a la premisa normativa:* En este supuesto existe un error en cuanto a la corrección de la premisa normativa. Se presenta en los siguientes casos:

   a) *Cuando el juez aplica normas derogadas*: El juez en ningún caso puede aplicar normas derogadas –salvo cuando se necesario, por aplicación de normas en el tiempo (en el caso de normas ultractivas)– pues ya no pertenecen al ordenamiento jurídico. El caso sería evidente en la *derogación expresa,* por lo que de producirse daño sería imputable al juez,

pues se entiende que el juez conoce el Derecho. En el caso de *derogación tácita*, este sería ya un problema de interpretación, pues hablar de error es más complicado y tendrá que ver solo con el modo en que se la justifique (EZQUIAGA, 2009: p. 92).

b) *Cuando el juez no interpreta sistemáticamente el Derecho*: Es relevante interpretar sistemáticamente el Derecho porque de la interpretación combinada de dos disposiciones puede obtenerse una información normativa adicional que aisladamente cada enunciado no proporcionaba, y porque para reconstruir la regulación integral de una materia exige la consulta de varios enunciados normativos (EZQUIAGA, 2009: p. 87).

c) *Cuando el juez emplea normas jurídicas de un ordenamiento jurídico extranjero que no son pertinentes*: En este supuesto, el juez emplea normas jurídicas sobre un caso de Derecho Internacional Privado, pero que yerra al aplicarlas por no corresponder al caso.

vi) *Error en la justificación externa referida a la premisa fáctica:* En este supuesto existe un error en cuanto a la corrección de la premisa fáctica. Se presenta en los siguientes casos:

a) *Cuando los enunciados fácticos formulados por el juez no son verdaderos:* En este caso, el juez toma hechos que no se corresponden con la realidad, de lo que obra en autos.

b) *Cuando el error se relaciona con la prueba:* En este caso, MALEM (2009) señala los siguientes supuestos:

b.1) *Error en la inadmisión de pruebas*: En este supuesto, el juzgador no admite una prueba que debió de haberse admitido (p. 19), generando un perjuicio en el *derecho a probar* del sujeto perjudicado.

b.2) *Error en la admisión de pruebas ilícitas e irregulares*: Existirá error cuando el juzgador admita *pruebas ilícitas*, es decir, conseguidas mediante violación de un derecho fundamental; y pruebas irregulares, al producirse con violación de una regla procesal, no debiendo tener efecto salvo si ha sido corroborada por otra prueba independiente (p. 19).

b.3) *Error en la actuación de pruebas*: Se produce cuando existe un error en la observación y percepción del material probatorio. Su efecto más notorio es cuando el juzgador desconoce el contenido informativo de las pruebas (p. 20).

b.4) *Error en la valoración de la prueba*: El juez yerra cuando no expresa adecuadamente el razonamiento por el cual los hechos están probados, cuando se aplican estándares de prueba inadecuados, cuando solo valora individualmente la prueba y no conjuntamente y viceversa (pp. 21-24).

b.5) *Error en la aplicación de un estándar de prueba*: Se menciona que el estándar de prueba para un proceso civil es el *preponderance of evidence* y, que en un proceso penal es *más allá de toda duda razonable* (IGARTÚA, 2009: p. 173). Sin embargo, cierto sector de la doctrina indica que en un proceso penal se debería usar otro estándar (FERRER, 2007: pp. 144-149). Al margen de ello, para este trabajo consideraremos corroborada una hipótesis con los dos estándares mencionados en sus respectivos procesos.

vii) *Error en la interpretación jurídica:* En este supuesto habría que tener mayor reserva al hablar de error. En la mayor parte de los casos un enunciado normativo expresa significados distintos según se someta a distintos métodos interpretativos y cada intérprete se acerca a los textos normativos provisto de una serie de presupuestos teóricos que fatalmente condicionan su interpretación (GUASTINI, 2014: 64-65). Sin embargo, cualquier disposición, desde la aparentemente clara hasta la más indeterminada, posee un núcleo central de significado y una zona de penumbra, ambas de variable extensión (EZQUIAGA, 2009: pp. 88-89). En ese orden de ideas, dependerá de los argumentos que se usen en el caso en concreto para justificar la decisión y decir si una interpretación jurídica es o no razonable, pues una interpretación que vaya más allá del sentido mínimo del texto y la desborde, no lo será (es lo que nuestro CPC denomina *interpretación insustentable de la ley*).

viii) *Error en la integración del Derecho mediante analogía:* Un ejemplo de esta, sería que el juzgador aplique la analogía en materia penal. Al respecto, la Constitución Política la prohíbe en su artículo 2.24.d) por transgredir el principio de legalidad.

7. NUESTRO MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ ¿QUÉ RUMBO TOMAR?

Una de las razones por las que la culpa ha perdido relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil es, debido a los problemas que ocasiona el determinar cuando una persona ha obrado culposamente. En sede nacional, autorizada

doctrina se decanta por inclinar nuestro modelo hacia el español, y razones no le falta (al respecto, ARIANO, 2003: p. 320). En la legislación española, la responsabilidad del juez por *error judicial* y *funcionamiento anormal del proceso* es objetiva y directa –corre a cargo del Estado–, y está bien que ello sea así pues el ente estatal se convierte en el garante patrimonial por los daños y perjuicios irrogados, ante la inseguridad del cobro respecto del juzgador. El Estado se reserva el derecho de dirigir una acción en vía de regreso contra el juez por el pago del monto desembolsado al sujeto perjudicado.

Mientras otro sector que recoge los planteamientos de TRIMARCHI, declara que la responsabilidad civil es ineficiente y no constituye un método efectivo para alentar la responsabilidad, debiendo en su defecto optar por una responsabilidad disciplinaria –para nuestro caso, responsabilidad funcional– y por un control paradisciplinario, que tiene que ver con el campo de los ascensos y desarrollo de la carrera judicial (LEÓN, 2007: pp. 408-409). Por este último modelo deberíamos inclinarnos, donde las sanciones dirigidas contra el juez no vayan por el lado económico –donde ya nos alertan sobre su esterilidad– sino, por sanciones que desincentiven la actividad dañosa del juez, sin perjuicio del delito de prevaricación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; BARBERIS, Mauro (2015): *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CHIASSONI, Pierluigi (2007): *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons; GABRIEL, José L. (2015): "Obligaciones de fuente legal: ¿contractual? o ¿extracontractual?" En: *Actualidad Jurídica*, tomo 261. Lima: Gaceta Jurídica; GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª ed. Lima: Jurista; LEÓN, Leysser (2005): "Weak Legal Culture & Legal Transplants. Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa". En: *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma: Veinte años después*. Lima: Palestra; MAIORCA, Carlo (1988): "Responsabilità (teoria gen.)". En: *Enciclopedia del Diritto,* tomo XXXIX. Milano: Giuffrè; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad*

personal del juez. Navarra: Aranzadi; SCRUTON, Roger (2013): *Breve historia de la filosofía moderna*. Barcelona: RBA; ZAVALETA, Roger (2013): *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; RODRÍGUEZ, César (1997): "Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin". En: *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es improcedente la acción por responsabilidad civil contra un juez que declara la nulidad de todo lo actuado, ordenando que se retrotraiga el proceso hasta la notificación de la demanda, por no haberse emplazado válidamente al demandado, pues tal decisión estuvo amparada en el principio de tutela jurisdiccional efectiva por el cual toda persona tiene derecho a ejercer su derecho de defensa dentro de un debido proceso ***(Exp. N° 240-2003-Lima)***.

Debe declararse la improcedencia de la demanda de responsabilidad civil si no se expresa claramente en qué consistió la actuación con dolo y culpa inexcusable del magistrado demandado ***(Exp. N° 146/1-1997-Lima)***.

El proceso de responsabilidad civil de los jueces está diseñado exclusivamente para resolver los casos en que un juez causa daño a una de las partes o a tercero al actuar con dolo o culpa inexcusable en ejercicio de su función jurisdiccional. Para que sea calificada la procedencia de la demanda, es necesario especificar la naturaleza del daño ocasionado y la resolución que le dio origen, habiendo sido objeto, esta última de todos los medios impugnatorios previstos en la ley antes de interponer esta acción ***(Exp. N° 956-1995-Lima)***.

Artículo 510 | Presunción de dolo o culpa inexcusable

Se presume que el juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:

1. *La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.*
2. *Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.*

CONCORDANCIAS:

***C.P.C.** art. 279; **C.T.** art. 154; **C.P. Const.** arts. VII, 13; **L.O.P.J.** art. 22.*

David Ibarra Delgado

Cuando un juez o magistrados tienen ante sus manos un caso similar a uno que tuvo con anterioridad, suele decidir de la misma manera; pero si no resuelve conforme decidió en aquella oportunidad, habrá incurrido en responsabilidad civil del juez por haber fallado distinto pues hubo un criterio que no fue mantenido en el tiempo. Sin embargo, el Derecho es evolución y el juzgador puede cambiar su criterio pero es necesario dé buenas razones que originaron dicho cambio.

También se presume el dolo o culpa inexcusable cuando se resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.

Respecto a la jurisprudencia obligatoria o uniforme se podría citar el caso de los plenos casatorios civiles. Sin embargo, el pleno casatorio no sería un auténtico precedente. La razón es que un precedente es la abstracción de razones contenidas en la justificación de una decisión, que deben estar compuestos inescindiblemente de hechos y solución jurídica, sin embargo lo que ofrecen (los plenos) son máximas jurisprudenciales, razón por la cual no generan vinculación al juez (CAVANI, 2014: pp. 21-22). En ese sentido, los órganos jurisdiccionales no se encontrarían vinculados a lo señalado en los plenos y cualquier pronunciamiento en contra de ellos, no generaría responsabilidad civil del juez.

Asimismo, un fundamento insostenible sería aquel fundamento fáctico y/o jurídico que por su obviedad generaría responsabilidad del juez, siempre que ocasione daños.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CAVANI, Renzo (2014): "Casación civil ¿qué reformar?". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 18. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil.* Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces.* Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile.* Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual,* vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños.* Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces.* Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales.* Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2, Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces.* Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces.* Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge, (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces.* Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces.* Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez.* Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez.* Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil.* Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Para que opere la responsabilidad civil de los jueces, que constituye una forma procedimental especial de la indemnización por daños y perjuicios, no sólo debe demostrarse el dolo o culpa inexcusable del autor del mandato judicial, sino además debe acreditarse la derivación en daños y perjuicios visibles y probados respecto de un bien jurídicamente protegido ***(A. V. N° 283-2000-Chincha).***

Artículo 511 | Competencia de grado

El juez especializado en lo civil, o el juez mixto, en su caso, es el competente para conocer los procesos de responsabilidad civil de los jueces, inclusive si la responsabilidad fuera atribuida a los vocales de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema. (*)

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 1969; C.P.C. art. 24 inc. 5; L.O.P.J. arts. 33 inc. 3, 35 inc. 7, 40 inc. 3.

David Ibarra Delgado

De los distintos tipos de competencia –territorial, materia, grado, cuantía, turno–, la única prorrogable es la primera, es decir, se otorga la posibilidad de que las partes pacten la competencia según sus intereses. Esto no ocurre en el caso de la responsabilidad civil de los jueces. Solo los jueces especializados en lo civil o, jueces mixtos podrán conocer de este tipo de demandas, pudiendo ser demandado desde un juez de paz no letrado –que no requiere tener conocimientos de Derecho– hasta los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano jurisdiccional que se encuentra en el vértice en la jerarquía del Poder Judicial.

Si bien, una sentencia expedida en segunda instancia o un auto que pone fin al proceso es una resolución firme, de considerar el litigante o tercero que se le ha causado daño, podría interponer demanda de responsabilidad civil de los jueces.

No obstante ello, –en los casos previstos en la ley– se podría interponer contra ella *recurso de casación.* De ahí que, los magistrados de la Corte Suprema también pueden originar un daño con sus resoluciones, y por ello, ser pasibles de ser demandados, también. En ese caso, se tendría que demandar al colegiado que expidió la resolución dañosa, teniendo en cuenta si hubo un magistrado que expidió un voto en discordia para no tomarlo en cuenta como demandado ante una eventual demanda.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil.* Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006):

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29364 del 28/05/2009.

La nuova responsabilità civile, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2, Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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

Artículo 512 | Dictamen previo del Ministerio Público

Antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de esta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad.

La resolución que declara improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113 inc. 3, 371.

David Ibarra Delgado

En cuanto a la demanda de responsabilidad civil de los jueces, uno de los filtros que se le opone para que se tramite es el dictamen sobre la procedencia del Ministerio Público. Sin un pronunciamiento favorable en tal sentido, no se podrá proveer la demanda.

Dentro de las funciones que tiene el Ministerio Público –defensor de la legalidad, promotor de la acción penal y, función dictaminadora– es esta última la que se exige previa al proveimiento. Por tanto, es necesario la opinión del fiscal en sentido positivo señalando que existe la posibilidad de daño de parte del juez o magistrados. Este dictamen se realizará dentro de los diez días hábiles de recibida la demanda, bajo responsabilidad (funcional).

Sobre la intervención del Ministerio Público se pronuncia LEDESMA, indicando que para "algunos autores, aquí opera una situación intermedia: el interés público no llega al extremo de legitimar al ministerio pero la existencia de aquel hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión jurídica del Ministerio Público en el extremo concreto" (LEDESMA, 2008: p. 725).

La resolución que declara la improcedencia de la demanda es apelable con efecto suspensivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2, Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia

(2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual,* vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien los autos no fueron remitidos en primera instancia al Ministerio Público a efectos que se cumpla con el dictamen conforme señala el artículo 507 del Código Procesal Civil, sin embargo, acorde con el principio de trascendencia, aquella omisión en modo alguno causa perjuicio a los justiciables, por el contrario, tal declaración significaría contravenir los fines del proceso y atentar contra los principios de economía y celeridad procesal ***(Exp. N° 2259-2000-Lima)***.

Artículo 513 | Interposición de la demanda

La demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 123.

David Ibarra Delgado

1. AGOTAMIENTO DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

Para que se demande por responsabilidad civil de los jueces producto de una decisión jurisdiccional que causa daño, es necesario haber agotado los medios impugnatorios previstos en la ley. Aunque, el artículo no lo menciona, es obvio que la parte perjudicada no debió de haber consentido el acto que le causa daño si es que aún dispone de algún recurso previsto en la ley para revertir la situación.

De ahí que sea necesario la *firmeza* de la sentencia o del auto. Pero, ¿será necesario que se interponga el *recurso de casación*, de ser posible? En primer lugar, este recurso no forma parte de los medios impugnatorios ordinarios, por lo que su uso es *excepcional*. Y segundo, no se menciona explícitamente el hacer uso de este recurso –y no se podría tampoco–, pues no todos los procesos son susceptibles de ser recurribles en casación, en ese caso, en los procesos iniciados en juzgado de paz letrado o no letrado, los jueces no serían pasibles de una demanda por responsabilidad civil del juez.

En el caso del arbitraje, previo a la interposición de la demanda por *responsabilidad del árbitro*, será necesario agotar los medios impugnatorios en el supuesto que se pactara una etapa impugnatoria. La Ley General de Arbitraje no prohíbe la creación de otra instancia cuando así lo hayan dispuesto las partes.

2. CUANDO NO SE EXIGE EL AGOTAMIENTO DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

Pongámonos en el supuesto de que a una persona que nunca fue parte o tercero legitimado en un proceso de desalojo y se le expulsa de su inmueble producto de un error material del juez al considerar que su predio también debería ser comprendido en la diligencia de desalojo, lo que configuraría *culpa inexcusable*. En este caso, el daño ya se consumó. Ahora bien, surge una interrogante ¿será posible agotar los medios impugnatorios –*rectius*: recursos–? No, en este caso no es posible agotarlos, no habría manera de que el sujeto perjudicado intervenga en el proceso de desalojo que se encuentra en ejecución, y sería irrelevante además, pues el daño ya tuvo lugar.

Por ello, consideramos que cuando los daños sean causados a terceros que no están incluidos dentro del proceso, no será exigible agotar los recursos previstos en la ley, dada su imposibilidad.

En el caso del arbitraje, previo a la interposición de la demanda por *responsabilidad del árbitro*, no será necesario agotar los medios impugnatorios en el supuesto que no se pactara una etapa impugnatoria.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se debe distinguir entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, siendo la primera aquella en donde opera la preclusión, es decir, ya no existe la posibilidad de impugnación, adquiriendo la calidad de inmutabilidad pero solo dentro del proceso en donde fue dictada. En cambio, la cosa juzgada material implica no solo la inmutabilidad y exigibilidad al interior del proceso en donde fue dictada, sino también tiene una oponibilidad externa, de manera que su obligatoriedad también vale para procesos futuros, siendo esta la considerada como verdadera cosa juzgada ***(Cas. N° 2021-2005-Lima)***.

Artículo 514 | Plazo

La demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 123.

David Ibarra Delgado

Para que la demanda por responsabilidad civil de los jueces –en el supuesto que se haya causado un daño a las partes– pueda calificarse positivamente *es requisito que se haya interpuesto dentro de los tres meses contados desde que quedó ejecutoriada* la resolución que causó el daño. Una resolución queda ejecutoriada cuando no cabe contra ella recurso alguno que pueda anular o revocar la resolución que origina el daño. Habíamos mencionado también que para que se dé la *firmeza* de la sentencia o del auto no era necesario que se interponga *recurso de casación,* pues este recurso no forma parte de los recursos ordinarios, por lo que su uso es *excepcional*, y no es posible su interposición en todos los procesos, v. gr. cuando el proceso inicia en juzgado de paz letrado o no letrado.

Tampoco se exige que el proceso principal concluya, pues una resolución del juez puede causar daño sin que el principal termine –por ello se menciona que debe quedar ejecutoriada la *resolución* y, no *sentencia*–. Imaginemos el caso de un proceso sobre obligación de dar suma de dinero donde se haya solicitado medida cautelar dentro de proceso y se haya decretado secuestro de bienes y enseres. Cuando el juez de segunda instancia dicta la medida cautelar –no habiendo analizado correctamente los presupuestos para la concesión de la medida cautelar– la parte perjudicada ya no puede recurrir la resolución, pudiéndose interponer la demanda.

Como dijimos anteriormente, cuando se produce un daño a alguien que nunca formó parte del proceso o que nunca fue notificado –habíamos señalado el supuesto en el que se expulsa a un tercero por haberse consignado erróneamente la dirección del predio materia de desalojo– el plazo para interponer la demanda corre desde que se causó el daño debido a que la parte se vería imposibilitada de interponer recurso alguno, pues el artículo 355 del CPC menciona que *solo las partes o terceros legitimados pueden solicitar la anulación o revocación total o parcial de una resolución.*

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil.* Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia

(2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual,* vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2, Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, actuando con dolo o culpa inexcusable. Se produce la caducidad contemplada en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil por haber transcurrido en exceso los tres meses del plazo para interponer la demanda de responsabilidad civil ***(Exp. N° 236-1994-Lima)***.

Artículo 515 | Regulación de la responsabilidad

El monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 1314 a 1332; C.P.C. art. 516.

David Ibarra Delgado

Como señalamos anteriormente, la responsabilidad civil de los jueces tiene sus bases en la responsabilidad extracontractual o aquiliana *–neminen laedere–* pues el daño que se le causa al sujeto perjudicado *mira al pasado*, tratando de restablecer el equilibrio perdido como consecuencia de la resolución causante de daño. Pero, ¿por qué remite el presente artículo a las reglas referidas sobre inejecución de obligaciones dada su naturaleza extracontractual?

Cierto sector de la doctrina señala que el reenvío podría ser admisible respecto de monto del resarcimiento al no existir normas específicas sobre la cuantificación en el régimen de responsabilidad extracontractual (León, 2007: p. 407). El artículo 1321 de CC establece que el resarcimiento comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante en tanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución. Más adelante, se señala que la inejecución o el incumplimiento, si obedecieran a culpa leve, el régimen del resarcimiento se limitaría al daño que podría preverse al tiempo en que la obligación fue contraída.

Consideramos que en atención al *principio de reparación integral* no se podría diferenciar entre dolo y culpa al momento de resarcir, pues ello dependerá de la magnitud del daño que se cause, por ello se indica en el artículo *en cuanto sean aplicables*. Lo que sí podría tenerse en consideración es que en cuanto al daño moral será fijado con *valoración equitativa*.

En cuanto a la exoneración, se ha señalado que:

> "El término ya es de suyo criticable: la demostración del dolo o de la ausencia de culpa, o la prueba de la circunstancia extraña, libra al individuo de responsabilidad. La 'exoneración' es más bien voluntaria, y se viabiliza mediante el acuerdo específico al respecto" (León, 2007: p. 408).

Respecto a la carga de la prueba, la remisión sí es útil pues la prueba del dolo o de la culpa corresponde al sujeto perjudicado. La inversión de la carga de la prueba, presente en la responsabilidad extracontractual convertiría al juzgador en

presunto responsable por el daño ocasionado, lo que complicaría su posición. Por ello, es preferible que en este tipo de proceso, la carga de la prueba se base en los parámetros procesales generales: *quien alega un hecho tenga la carga de probarlo.*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; MALEM, Jörge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

Artículo 516 | Obligados al resarcimiento

La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.

CONCORDANCIAS:
C.C. art. 1183 y ss.; C.P.C. art. 515.

David Ibarra Delgado

1. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ESTADO COMO ¿GARANTE PATRIMONIAL?

El Estado es responsable solidario con el juez o magistrados que provocaron el daño. La razón de que la norma incluya al Estado como responsable solidario sería *reforzar la posición patrimonial (garantía del pago) ante un eventual resarcimiento de los daños.* Otra razón de importancia sería la *sanción por incumplimiento de deberes*, pues se responsabiliza (al Estado) por el incumplimiento de deberes de vigilancia, supervisión y control, por ello, se arrastra a la condena indemnizatoria a quien debía garantizar la corrección de la actividad (GÓMEZ, 2007: p. 174).

Pero, ¿cómo hacer efectivo la responsabilidad del Estado, si el artículo 616 del CPC establece que no proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos y, que para que se resarza el daño debe existir una partida presupuestaria asignada? Ya en doctrina se ha acusado este problema indicando la pseudolegalidad presupuestaria y que los bienes del Estado también deberían ser sujeto de embargo siguiendo la regla "todo lo enajenable es embargable" (ARIANO, 2003: p. 323).

2. ERROR ARBITRAL

Como señalamos anteriormente, *¿el árbitro también puede ser considerado como sujeto activo?* En este supuesto existe una ausencia de reglamentación, pero si entendemos que los árbitros tienen jurisdicción y que también son susceptibles de incurrir en errores mediante sus decisiones, no existe impedimento para argumentar que sí pueden ser susceptibles de una demanda por error –¿arbitral?– pues se puede hacer uso de la *analogía legis*.

En el supuesto de un error arbitral, consideramos que el Estado no podría ser responsable solidario por la actuación arbitral debido a que las partes acuden a un privado que no es funcionario público para solucionar su conflicto, pese a tener

función jurisdiccional. En estos casos, los árbitros pueden solicitar un seguro de responsabilidad civil en los casos de arbitraje ad hoc y, las instituciones arbitrales pueden solicitarlo en caso de arbitrajes institucionales (PERALES, 2013: pp. 99-100).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; GÓMEZ, Carlos (2007): *Solidaridad y daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*. Navarra: Aranzadi; PERALES, Pilar (2013): *El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje*. Madrid: Fundación Mapfre.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

Artículo 517 | Efectos de la sentencia

La sentencia que declara fundada la demanda solo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.

En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 123, 178.

David Ibarra Delgado

La norma bajo comentario señala que la sentencia que declara fundada la demanda por responsabilidad civil del juez solo tiene efectos patrimoniales. En ese sentido se le obligará al juzgador a pagar una suma de dinero determinada. Se debe tener en cuenta que para la cuantificación del daño, la liquidación de los intereses se generará desde el momento en que se produce el daño.

De otro lado, la validez de la resolución que generó el agravio no está sujeta a afectación. Para ello se debe recurrir a otros mecanismos, como el caso de la *cosa juzgada fraudulenta* que busca relativizar la cosa juzgada.

Ahora bien, una vez que el proceso haya entrado en etapa de ejecución, se dispondrá la publicación de la sentencia firme que declara fundada la responsabilidad civil del juez, siempre y cuando se haya pedido en la demanda como pretensión (accesoria) sujeta a la fundabilidad del pedido principal, siendo el costo asumido por el demandado. La publicación de la sentencia se realizará durante dos días en un diario de circulación nacional.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual*, vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009):

El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derechos, constitutivas de derechos y de condena. Las dos primeras, con solo declarar fundada una demanda, llenan la finalidad del proceso, pues con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, mientras que la sentencia de condena impone al vencido una prestación de dar, hacer, no hacer creando un título ejecutivo judicial que puede ser ejecutado, aun por la fuerza (en ejercicio del *ius imperium*) contra el condenado ***(Cas. N° 1752-99-Cajamarca)***.

La sentencia exterioriza una decisión jurisdiccional del Estado, consta en un instrumento público y es la materialización de la tutela jurisdiccional que llena su función al consagrar un derecho mediante una declaración afirmada de que la relación sustancial discutida se encuentra en los presupuestos legales abstractos y, como consecuencia de ello, establece una norma concreta para las partes, de obligatorio cumplimiento. El legislador produce la ley, que es una norma abstracta, a partir de la cual el juez, en la sentencia, produce una norma concreta aplicable a las partes en el proceso ***(Cas. N° 1296-99-Lima)***.

Artículo 518 | Demanda maliciosa

Si al declarar infundada la demanda, el juez considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 4, 51 inc. 5, 52.

David Ibarra Delgado

Existe la posibilidad de que el demandante haya interpuesto la demanda de responsabilidad por resentimiento, con ánimo revanchista o por el simple hecho de haber sido vencido en el proceso anterior. De detectarse esta situación, de la carencia de sustento de la demanda, el juzgador puede sancionar con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal a la parte que demandó con malicia.

De igual manera, se le sancionará si acude a los medios de comunicación masiva –radio, internet, redes sociales, televisión, etc.– para afectar el honor del juez o magistrados. Dicha facultad disciplinaria se sustenta en el artículo 52 pues el juzgador puede aplicar las sanciones previstas en el CPC. A su vez, las partes deben actuar con veracidad, probidad, lealtad y buena fe y ella no se evidencia cuando con este tipo de actos.

Ahora bien, el demandado por responsabilidad civil puede demandar por resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados producto del ejercicio arbitrario e irregular del derecho de acción; sin perjuicio del pago a cargo del litigante malicioso de las costas, costos, y multas establecido en el proceso terminado, de conformidad con el artículo 4 del CPC. En ese orden de ideas, hay abuso del proceso "cuando las partes utilizan los medios procesales que la normativa les confiere, desnaturalizando el fin al que están destinados" (MASCIOTRA, 2005: p. 56).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MASCIOTRA, Mario (2005): *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Trattato di Diritto Civile. Responsabilità civile*, vol. IV. Trad. de L. León, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2003): "Responsabilidad civil de los jueces (...y la irresponsabilidad del estado-juez)". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CASTRONOVO, Carlo (2006): *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed. Milano: Giuffrè; CAPPELLETTI, Mauro (2009): *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (2005): *La responsabilidad civil extracontractual,* vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños*. Navarra: Civitas; EZQUIAGA, F. Javier (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; IGARTÚA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; LEÓN, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 2ª ed. Lima: Jurista; MALEM, Jorge (2008): *El error judicial y la formación de los jueces*. Madrid: Gedisa; MALEM, Jorge (2009): "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; MALEM, Jorge (2009a): "Los saberes del juez". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; PERFECTO, Andrés (2009): "Aciertos y fallos judiciales". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo; QUINTANA, Juan (2008): "Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; SANZ, Juan (2008): "Responsabilidad civil del juez". En: *La responsabilidad personal del juez*. Navarra: Aranzadi; VISINTINI, Giovanna (1999): *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Debe imponerse el pago de una multa solidaria, si se evidencia que la conducta procesal del obligado y del letrado que la patrocina han tenido como único objetivo evitar la ejecución de la sentencia; haciendo para ello, uso abusivo de ciertos medios procesales que han dado lugar a un innecesario retardo en el pronunciamiento de la incidencia ***(Exp. N° 95-7-1997-Lima)***.

Es procedente la medida disciplinaria de apercibimiento si el abogado evidencia mala fe en su actuar, pretendiendo como sustento de su defensa una clara posición dilatoria. La defensa necesariamente debe encuadrarse dentro de las normas procesales ***(Exp. N° N-734-1997-Lima)***.

Se les debe aplicar sanción al litigante y a su abogado que faltan a la verdad y no guardan respeto y moderación hacia la autoridad judicial ***(Exp. N° 698-95-Lima)***.

SUBCAPÍTULO 4
EXPROPIACIÓN

Artículo 519 | **Competencia por materia**

Todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a lo dispuesto en este subcapítulo. (*)

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 928; C.P.C. arts. 20, 24 inc. 1; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. EXPROPIACIÓN: CONCEPTO

De acuerdo con lo establecido en los artículos 4.4 y 24.2 del Decreto Legislativo N° 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles del Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura –que derogó a la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117– la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, gobiernos regionales o gobiernos locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

En ese sentido, la expropiación constituye una institución de Derecho Público, pero con indudables efectos en el ámbito privado patrimonial. En concreto, se manifiesta como la ejecución de un acto administrativo sustentado en una norma material. Así, no puede hablarse en ningún caso de una contratación forzada, pues dicho concepto es claramente una contradicción. La contratación constituye la manifestación de la autonomía privada de los contratantes; por el contrario, en la expropiación el Estado procede como poder público en ejercicio de su *ius imperirum*. En efecto, a diferencia de la mayoría de los otros participantes del mercado, el poder de "dominio eminente" le otorga al Estado la

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

facultad de forzar a vender el bien a los propietarios renuentes a celebrar voluntariamente una transacción, a cambio de una compensación justa determinada por una corte.

Usualmente se señala que la expropiación implica una clara limitación al ejercicio del derecho de propiedad, el derecho subjetivo patrimonial por excelencia. Sin embargo, bien vistas las cosas, la expropiación no es una limitación de la propiedad, sino su negación misma, en cuanto produce una privación forzosa de este derecho por acto de autoridad (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 574). Se trata pues de la privación del derecho de propiedad por una causa *expropiandi,* la que tiene carácter constitucional, pues se encuentra regulada en el artículo 70 de la Constitución, y está constituida por dos órdenes: 1) causas de seguridad nacional, y 2) necesidad pública, ambas declaradas por ley.

La necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere; por ejemplo, la expropiación de predios para construir un hospital. Este concepto debe diferenciarse de la utilidad pública, que ya no constituye un supuesto de expropiación y se refiere a lo que produce un beneficio, una ventaja. La obra no es indispensable pero sí conveniente; es el caso, por ejemplo, de las expropiaciones que hacen posible la construcción de una vía expresa o un corredor vial (AVENDAÑO VALDEZ, 2005a: p. 943). Por su parte, la seguridad nacional responde a la preservación de la nación; por ejemplo, la expropiación en el caso de un conflicto armado para la construcción de un cuartel.

2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes inmuebles de dominio privado. Cabe señalar que de acuerdo al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, los bienes de embajadas o misiones diplomáticas y de organismos internacionales no están sujetos a expropiación, salvo en los casos basados en el principio de reciprocidad o en el consentimiento previo. Además, pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo, salvo que por el hecho de expropiación del subsuelo o del sobresuelo la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada total o parcialmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se desprecie significativamente, en dicha situación el Estado podrá optar por expropiar todo el inmueble (arts. 9 y 10 del D. Leg. N° 1192).

De acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 24, inciso 1, del CPC, cuando los bienes a expropiarse se encuentran inscritos es competente para conocer el proceso de expropiación el juez del lugar donde está inscrito el derecho de propiedad. Si se trata de bienes no inscritos, es competente el juez del lugar donde

se encuentra el bien. Asimismo, si son varios bienes situados en varios lugares, es competente el juez de cualquiera de ellos.

3. SUJETOS EN EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN

En el proceso de expropiación hay tres sujetos:

a) Sujeto activo.- El expropiante es el sujeto activo de la potestad expropiatoria. De acuerdo con los artículos 4.10 y 5 del Decreto Legislativo N° 1192, este será la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación, sea el ministerio del sector o el gobierno regional o local correspondiente.

b) Beneficiario.- Según los artículos 4.2 y 5.1. del Decreto Legislativo N° 1192 es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo o una entidad pública distinta.

c) Sujeto pasivo.- Es el expropiado, quien es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto del ataque expropiatorio (GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, 2006: p. 1133). De acuerdo con los artículos 4.11, 6 y 7 del Decreto Legislativo N° 1192 se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario o poseedor del inmueble materia de expropiación. El artículo 8 de la misma norma señala que también es sujeto pasivo la junta de propietarios, en el caso de inmuebles sujetos al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común regulado en la Ley N° 27157 y su Reglamento.

Del mismo modo, cabe mencionar que en otros ordenamientos jurídicos se determina que los sujetos del procedimiento expropiatorio son tres: el expropiante, el expropiado y el beneficiado (así, por ejemplo en el ordenamiento español: GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, 2006: p. 1130), quien muchas veces podrá ser el mismo expropiante y muchas otras no. Debe precisarse que es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación que, como ya se dijo, podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o entidad pública distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado (arts. 4.11 y 5.1 del D. Leg. N° 1192), y que es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de Derecho Privado (art. 5.4 del D. Leg. N° 1192).

Asimismo, la norma precisa que en los casos de duplicidad total de partidas registrales, se entenderá como sujetos pasivos de la expropiación a los titulares registrales involucrados en la duplicidad (art. 29.1 del D. Leg. N° 1192), y en caso de que exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, se entenderá como sujeto pasivo a aquellos que consten en el Registro respectivo y se constituyan como partes en el litigio (art. 6.4 del D. Leg. N° 1192).

En el caso de que el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso por dos veces consecutivas con intervalos de tres días calendario en el diario oficial *El Peruano* y en un diario de circulación nacional (art. 7.1 del D. Leg. N° 1192), con la finalidad de que se apersone al proceso el afectado con la expropiación.

Si se presentan dos o más afectados, el sujeto pasivo será aquel que presente documento de fecha cierta más reciente, con excepción del supuesto regulado en el artículo 1135 del CC, en cuyo caso es considerado como sujeto pasivo el titular que acredite su derecho de propiedad mediante documento de fecha cierta más antiguo. Y, por último, si no se presenta ningún interesado, la presunción establecida en el artículo 912 del CC –de que al poseedor se le reputa propietario– no es oponible al sujeto activo (art. 7.1, párrafo final, del D. Leg. N° 1192), que es precisamente lo contrario a lo que regulaba el artículo 11.6 de la derogada Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117. Además, agrega la actual normativa, que cuando no se presente algún tercero interesado o los que se presentan no acrediten su derecho de propiedad, se presume que el bien inmueble es del Estado, sin perjuicio del derecho de cobro por el valor de la tasación que puede ejercer el propietario (art. 7.4 del D. Leg. N° 1192).

4. PRETENSIONES EN EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN

El artículo 519 del CPC señala que todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan mediante este procedimiento especial. Se establece así la llamada competencia por materias, que es aquella que se basa en la naturaleza de la pretensión. Este dispositivo constituye una norma integradora, por medio de la cual diversas pretensiones derivadas de la expropiación deben tramitarse necesariamente por esta vía. Entre estas pretensiones tenemos por ejemplo:

a) La nulidad de la expropiación cuando esta se ha realizado a favor de una persona natural o jurídica privada, o cuando no se destina el bien a los fines de necesidad pública o seguridad nacional (arts. 5.3 y 25 del D. Leg. N° 1192).

b) La revisión del valor de la tasación (art. 34.1 del D. Leg. N° 1192).

c) La solicitud de expropiación total, en los casos en que se haya realizado solo de manera parcial (art. 34.1 del D. Leg. N° 1192).

d) La posesión provisoria (art. 530 del CPC), que se realiza de manera excepcional, solo cuando el sujeto activo lo solicite expresamente y se acredite la petición adjuntando el certificado de consignación del justiprecio. Además

de ello la posesión provisoria debe ser estrictamente necesaria y se debe haber notificado perentoriamente a los ocupantes del bien a expropiarse.

e) La caducidad de la expropiación (art. 531 del CPC), que se produce cuando no se inicia el procedimiento expropiatorio o no se concluye el mismo en el plazo señalado en la ley.

f) La reversión de la posesión (art. 532 del CPC), caso en el cual es titular del derecho de reversión el anterior propietario y sus herederos de ser el caso, si dentro del plazo de los doce meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma; para ello deberán reembolsar la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Cabe señalar que la expropiación fue utilizada de forma indiscriminada en gobiernos pasados. Se afirma, al respecto, que hay una evolución favorable en el ejercicio de la expropiación. Así, hace unas décadas se podía expropiar por varias razones, algunas imprecisas y libradas a la interpretación, además lo podía hacer no solo el Congreso, sino también el Gobierno central; y lo que es más grave, el pago del justiprecio podía hacerse en ciertos casos por cuotas o mediante entrega de bonetes (deuda del Estado) que el expropiado estaba obligado a aceptar. Hoy esto ha cambiado, las causales de expropiación son solo dos: la seguridad nacional y la necesidad pública. La expropiación la puede ordenar únicamente el Congreso, y finalmente, el precio tiene que pagarse con dinero y al contado. Todo esto contribuyó, desde luego, a una mayor protección de la propiedad (AVENDAÑO VALDEZ, 2005: p. 15).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2005): "La propiedad privada y sus dificultades". En: *El Peruano,* jueves, 11 de agosto de 2005; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2005a): "Derecho de propiedad. Expropiación. Comentario al artículo 70 de la Constitución". En: *La Constitución comentada*, tomo I, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; GONZALES BARRÓN, Günther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás (2006): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II. Lima-Bogotá: Palestra Editores-Temis.

Artículo 520 Requisitos de la demanda

Además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, la demanda deberá estar acompañada de:

1. *Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.*
2. *Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.*
3. *Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.*
4. *Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Expropiaciones.*
5. *La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.*
6. *Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del artículo 9 de la referida ley.*
7. *Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.*

Se declarará inadmisible la demanda cuando no se haya consignado a favor del sujeto pasivo la indemnización justipreciada, cuando así lo exija la Ley General de Expropiaciones. (*)

CONCORDANCIAS:

*C. art. 70; **C.C.** art. 928; **C.P.C.** arts. 424, 425, 525, 530; **D.LEG. 1192** art. 1 y ss.; **L.O.P.J.** arts. 288 inc. 10, 290.*

Roger Merino Acuña

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

1. REQUISITOS DE LA DEMANDA DE EXPROPIACIÓN

Este artículo establece requisitos especiales para la presentación de la demanda. Se trata de anexos especiales que necesariamente deberán ser adjuntados, de lo contrario, la demanda deberá ser declarada inadmisible, debiendo advertirse que las referencias a la derogada Ley General de Expropiaciones (Ley N° 27117) contenidas en esta norma deben entenderse direccionadas al Decreto Legislativo N° 1192 –Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles del Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura–. La especificidad de estos requisitos tiene fundamento en la especial pretensión que se configura con la demanda de expropiación. Estos requisitos son:

a) Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación. Como se señaló al comentar el artículo anterior, la expropiación solo procede si es que hay una ley que la declara, la misma que debe ser expedida solo por el Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales o gobiernos locales.

   En ese sentido, el procedimiento legislativo para la realización de la expropiación es el siguiente: el Congreso expedirá una ley autoritativa para que el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales o los gobiernos locales, expidan la norma expropiatoria.

   La norma que apruebe la ejecución de la expropiación en el caso del Poder Ejecutivo será una resolución ministerial. En el caso de los gobiernos regionales, la norma será el acuerdo regional, y en el caso de los gobiernos locales, la norma será un acuerdo de consejo, según el artículo 28.1 del Decreto Legislativo N° 1192, el cual señala estos actos deberán precisar:

   - El sujeto activo de la expropiación.
   - El sujeto pasivo.
   - El beneficiario si es entidad diferente al sujeto activo.
   - La identificación precisa del bien inmueble a expropiar.
   - El valor de tasación comercial actualizado.
   - La orden de inscribir el inmueble en el Registro de Predios a favor del sujeto activo.

   Las copias de estas normas ejecutoria y autoritativa de la expropiación deben ser autenticadas, es decir, legalizadas por notario.

b) Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso. Como señalamos precedentemente, la expropiación se ejerce tanto contra bienes inmuebles inscritos o no inscritos. Si el bien está inscrito deberá presentarse una copia certificada del asiento registral del mismo. Si el bien no se encuentra inscrito deberá presentarse una copia certificada de la hoja informativa de Registros Públicos que señalen que el bien no se encuentra inscrito.

   Es bastante difícil que en este último caso, el demandante (el Estado) deba presentar los documentos que acrediten la condición de propietario o poseedor del demandado. Y ello porque si el bien no está inscrito la propiedad puede fundarse en el solo consenso o en documentos privados que están en posesión del demandado. Por lo demás, de acuerdo al artículo 7.1 del Decreto Legislativo N° 1192 que regula lo concerniente a la legitimación pasiva de este proceso cuando el bien no está inscrito, el Estado deberá publicar un aviso por dos veces con intervalos de tres días en el diario oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional.

c) Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia. Este anexo tiene que ver con uno de los requisitos de la expropiación, que es la identificación del bien. Es así, que en la resolución expropiatoria debe establecerse la identificación precisa del bien de acuerdo con las coordenadas UTM de validez universal y al informe expedido por la Oficina de Catastro del Registro respectivo.

d) Tasación debidamente motivada del valor comercial del bien, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 al 15 del Decreto Legislativo N° 1192, a los cuales debe entenderse la remisión que efectúa el inciso 4 del artículo 520 del CPC, pues ya no está vigente la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117. La tasación es elaborada en base a lo dispuesto por el Reglamento Nacional de Tasaciones, por la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda (art. 4.12 del D. Leg. N° 1192).

e) La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada. El justiprecio es la indemnización o retribución a la que tiene derecho el propietario por la pérdida de su propiedad mediante la expropiación. El importe de la indemnización

justipreciada debe incluir la compensación del perjuicio que hubiere. En ese sentido, se señala que el justiprecio comprende, no solo el valor mismo del bien que podríamos llamar daño emergente, sino también el lucro cesante (AVENDAÑO VALDEZ, 2005: p. 946). Sin embargo, consideramos que el valor del bien no constituye propiamente resarcimiento y por lo tanto no es "daño emergente". En efecto, la recuperación del valor es cosa diversa del resarcimiento, es del todo independiente de los presupuestos de este, porque exige el solo reconocimiento de la equivalencia de la cosa (DI MAJO, 2003). En ese sentido, el reembolso del valor comercial del bien es una parte de la indemnización constituida por la retribución que otorga el Estado por expropiar la propiedad de un particular, el otro elemento que forma parte del justiprecio indemnizatorio es propiamente el resarcimiento (llamado por la ley compensación) siempre que se acredite fehacientemente los daños y perjuicios. Así, este último monto solo se otorga cuando se acrediten fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo, originada, inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia (VÁSQUEZ RÍOS, 2003: p. 387).

Cabe señalar que se ha puesto en duda la bondad de otorgar la retribución de acuerdo con el valor de mercado del bien. Así, se señala que usualmente, un individuo conserva un bien en su poder justamente porque le asigna un valor mayor que al dinero que recibiría si es que lo vendiese a precio de mercado. El precio de mercado suele ser simplemente el promedio del precio al que suele venderse un determinado bien. Por ello, cuando la compensación es equivalente al precio de mercado lo que suele terminar sucediendo es que se subcompensa al expropietario (PASQUEL, 2004: p. 131). En ese sentido, compartimos la opinión del autor citado, en el sentido de que debería determinarse como compensación un valor mayor al de mercado. Sin embargo, al no contar con una norma en ese sentido, solo queda solicitar dicho valor dentro del perjuicio que se hubiere sufrido por el ejercicio de la expropiación, pero dicho monto deberá ser sustentado en un perjuicio que necesariamente debe probarse por el propietario en el proceso judicial.

f) Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad, de acuerdo con lo establecido en la parte final de los artículos 4.4, 4.12 y 24.2 del Decreto Legislativo N° 1192. Esto no sería exigible en el supuesto que contemplan los artículos 19 y 20 de dicha norma, que hacen alusión al procedimiento de trato directo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Este procedimiento se realiza cuando no existen duplicidades registrales ni proceso judicial sobre el bien. En estos casos, en un plazo máximo de diez (10) días útiles el sujeto activo

formula al sujeto pasivo, mediante una carta de intención, una oferta que debe contener tanto el valor de la tasación del bien, como un incentivo a la adquisición por el monto adicional equivalente al 10 % del valor comercial del inmueble. En dicho marco, en un plazo de quince (15) días útiles de recibida la comunicación, el sujeto pasivo podrá presentar al sujeto activo la aceptación de la oferta, caso en el cual se sigue el procedimiento señalado en el artículo 20 del citado decreto legislativo.

Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo, o si transcurrido el plazo antes referido no responde la oferta esta se tiene por rechazada, en cuyo caso se da inicio al proceso de expropiación.

g) Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda. El inciso 7 del artículo 520 del CPC establece como anexo especial el certificado de consignación de la indemnización justipreciada consistente en la tasación comercial actualizada. El dispositivo hace alusión también a la consignación correspondiente a la compensación propuesta por el sujeto pasivo. Ello sucederá cuando el sujeto pasivo, disconforme con la oferta presentada por el expropiante, le remite los documentos donde justifica una indemnización de mayor valor. En este caso, el sujeto activo deberá consignar judicialmente ambos montos, que sin embargo, serán discutidos en el proceso judicial y, por lo tanto, podrán variarse en la etapa de ejecución de sentencia.

Cuando no se cumpla con la presentación de alguno de estos anexos especiales, la demanda deberá ser declarada inadmisible y, consecuentemente, el sujeto activo tendrá la carga de presentar la documentación pertinente bajo sanción de rechazarse la demanda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2005): "Derecho de propiedad. Expropiación. Comentario al artículo 70 de la Constitución". En: *La Constitución comentada*, tomo I, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DI MAJO, Adolfo (2003): *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed. revisada y actualizada. Milán: Giuffrè; PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique (2004): "Expropiación: Una visión económica alternativa". En: *Themis. Revista de Derecho*, N° 48; VÁSQUEZ RÍOS, Alberto (2003): "Extinción de la propiedad". En: *Código Civil comentado*, tomo V. Derechos Reales, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 521 | Emplazamiento de tercero al proceso

Cuando se trate de bienes inscritos y exista registrado derecho a favor de tercero, se debe notificar con la demanda a este, bajo sanción de nulidad de lo actuado.

Si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.

Admitida la demanda, el juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia.

Tratándose de bienes no inscritos y siempre que conste fehacientemente o razonablemente que el bien objeto de la expropiación está siendo explotado o poseído por tercero, este será notificado con la demanda, bajo sanción de responder al demandante por los daños y perjuicios que tal omisión ocasione.

Si el tercero interviene, su actuación se sujeta, en cuanto sea pertinente a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título II de la sección segunda de este Código. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 97 y ss.; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. TERCERO LEGITIMADO

Este artículo regula la posibilidad de la intervención de un tercero en el proceso de expropiación. El tercero legitimado para intervenir será aquel que tenga derechos registrados sobre el bien materia de expropiación. Aunque la norma establece que este tercero debe ser notificado con la demanda bajo sanción de nulidad, no se establece un litisconsorcio necesario, pues este último implica que la decisión a recaer en el proceso afecte "de manera uniforme" a ambos sujetos (art. 93 del CPC).

El tercero tampoco interviene en el proceso mediante la llamada "intervención litisconsorcial", dado que esta intervención implica que el tercero se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de la sentencia, y que por ello se encontraría legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso (art. 98 del CPC).

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

Lo que hace este artículo es establecer una regla especial (la notificación de la demanda al tercero) para facilitar la intervención coadyuvante de este. En efecto, al tercero no se le está solicitando que comparezca al proceso ni se le está emplazando (tal como sucede con el litisconsorcio necesario), sino se le está dando a conocer de la demanda mediante la notificación de esta.

En ese sentido, este tercero puede apersonarse al proceso como coadyuvante, dado que de acuerdo al artículo 97 del CPC, "quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante a ella". Este tercero no es parte, por lo que la pretensión del sujeto activo no se dirige hacia él.

Sin embargo, la intervención de este tercero no es una común intervención coadyuvante, sino que tiene una naturaleza especial. En efecto, la norma en comentario busca brindar una protección especial al tercero que tiene algún derecho sobre el bien que será expropiado. Así, la medida de protección será que si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial o extrajudicial, el juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.

Entre los gravámenes que podrían afectar el bien están los derechos reales de garantía como la hipoteca o el derecho de retención. Las medidas judiciales que podrían afectar el bien son los diferentes tipos de embargos y medidas cautelares.

En dicho contexto, una parte del justiprecio será retenida por el juzgador para hacer el pago correspondiente al tercero acreedor que tenga un derecho sobre el bien, mientras el remanente será entregado al propietario. Se configura de esta manera una suerte de ejecución judicial especial del bien.

La norma también prevé otro mecanismo de protección de terceros. Así, señala que admitida la demanda, el juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia. El bloqueo registral constituye un mecanismo de publicidad registral que desincentivará la posibilidad de que terceros puedan adquirir el bien y de esta manera, la posibilidad de que surjan más conflictos sobre este.

2. INTERVENCIÓN EN CASO DE BIENES NO INSCRITOS

La norma establece que en el caso de bienes no inscritos, deberá notificarse a los terceros que fehacientemente o razonablemente se encuentren explotando o poseyendo el mismo. Esta norma tiene sentido si es que existe un propietario

diferente de los terceros poseedores. Así, el propietario sería el sujeto pasivo y los terceros poseedores deberán ser notificados para que puedan ingresar al proceso como terceros coadyuvantes y de ser el caso, ser compensados por los daños que sufran como consecuencia de la expropiación.

Por el contrario, si los poseedores son los propietarios del bien (no inscrito) o solo existen poseedores y no propietarios, estos son parte pasiva del proceso y no terceros, por lo que la notificación aquí no es informativa, sino constituye emplazamiento, y de acuerdo con lo señalado al comentar el artículo 519, los poseedores tienen derecho al justiprecio.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Emplazamiento de tercero al proceso". Comentario al art. 521 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

[Por] la intervención de terceros, que regula el Código Procesal Civil en sus artículos 97 y 98, queda definido con absoluta claridad que la intervención voluntaria de un tercero dentro de un proceso ya iniciado, puede ser coadyuvante o como litisconsorte, determinándose que el tercero coadyuvante no puede ser considerado como litisconsorte. Ambas figuras se diferencian en que el artículo 98 del Código Procesal Civil exige que el tercero se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y por tal razón, estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso ***(Exp. N° 929-2002)***.

La intervención coadyuvante exige como elementos concurrentes: que el pretendiente tenga con la parte una relación jurídica sustancial que genere un interés propio de ese, de lograr la satisfacción de pretensiones existentes fuera del proceso o redunde en esa relación extrajudicial entre la parte y el interviniente adhesivo; que, no se extiendan a él los efectos de la sentencia, pues, de lo contrario, su intervención derivaría en un litisconsorcio ***(Exp. N° 3434-98-Lima)***.

Artículo 522 Requisitos de la contestación

La contestación debe cumplir con los requisitos del artículo 442 y solo puede sustentarse en:

1. *Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación.*
2. *Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación.*
3. *Disconformidad con la tasación comercial actualizada. (*)*

CONCORDANCIAS:

C. art. 70; C.P.C. arts. 442, 530, 531, 730; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La contestación de la demanda es una expresión del derecho de acción, más genéricamente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación concreta del derecho de defensa. De acuerdo con este dispositivo, la contestación de la demanda debe cumplir con los requisitos generales establecidos en el artículo 442 del CPC, que versan básicamente sobre la forma en que debe presentarse el escrito (con el ofrecimiento de los medios probatorios, con la firma del representante y del apoderado) y sus características (debe pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda, reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, etc.).

2. SUPUESTOS EN QUE PUEDE SUSTENTARSE LA DEFENSA EN LA EXPROPIACIÓN

Este artículo, además, establece de forma taxativa los supuestos en los cuales puede sustentarse la defensa. Se trata pues de una evidente limitación al derecho de defensa, que se expresa en la delimitación de lo alegable. Ello es:

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

a) Caducidad del derecho, para cuyo efecto el artículo 522 del CPC señala la procedencia cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de seis (6) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación; sin embargo, esta norma referida al plazo de caducidad dentro del cual deberá demandarse la expropiación, debe entenderse derogada tácitamente por el artículo 33.1 del Decreto Legislativo N° 1192, que dispone un plazo mayor para que opere la caducidad, que es de sesenta (60) meses a partir de la vigencia de la ley autoritativa. El plazo es de caducidad; esto es relevante, pues en este caso con el solo transcurso del tiempo se extingue el derecho del Estado para poder expropiar un bien determinado, lo cual sería definitivo. Además, en este caso no hay supuestos de interrupción o suspensión que pudieran afectar el plazo, salvo lo dispuesto en el artículo 2005 del CC (imposibilidad de demandar ante tribunales peruanos). Por el contrario, si el plazo hubiese sido de prescripción, el solo transcurso del tiempo no afectaría el derecho del Estado quien podría demandar (dado que el juez no puede declarar la prescripción de oficio, a diferencia de la caducidad) pero estaría supeditado a que la parte pasiva no denuncie la prescripción del derecho vía excepción. Además la prescripción sí admite supuestos de interrupción y suspensión.

b) Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación. Se señala erróneamente que ante la autoridad judicial no se tiene la posibilidad de discutir la improcedencia de la expropiación; en el trámite solo puede objetarse la valoración, y la *litis* se circunscribiría a la determinación del *quantum* (VÁSQUEZ RÍOS, 2003: p. 387). Por el contrario, el dispositivo en comentario permite expresamente que pueda denunciarse supuestos de improcedencia de la expropiación, y ello no podría ser de otra manera, pues de lo contrario, se estaría otorgando al Estado un poder que en muchos casos podría ser arbitrario. Así, pueden ser argumentos de defensa:

   - La nulidad de la expropiación. Esta causal se configura cuando se vulneran los artículos 5.3 y 25 del Decreto Legislativo N° 1192, es decir, cuando no se establezca la expropiación en beneficio del Estado o cuando no se señale la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación.

   - La incompatibilidad constitucional. Esta causal debe entenderse en el sentido de que la norma que ordena la expropiación vulnera normas constitucionales.

   - La ilegalidad. En este caso la norma que ordena la expropiación vulnera normas de rango de ley. En este supuesto podría entenderse el

incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1192 referidos al contenido de las resoluciones que ordenan la ejecución de la expropiación.

- Inadmisibilidad. Se refiere a la falta de presentación de los anexos especiales regulados en el artículo 520 del CPC.
- Improcedencia. Aunque la norma no lo disponga expresamente es importante señalar que constituyen supuestos de improcedencia: i) que la expropiación se funde en causal distinta a la establecida en la ley; ii) que la expropiación tenga por objeto el incremento de la renta pública; y, iii) que la expropiación responda a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien. Es evidente que estas causales de improcedencia pueden ser denunciadas por la parte pasiva y constituyen sustento para la defensa de la misma.

c) Disconformidad con la tasación comercial actualizada. Es posible que el propietario no se encuentre de acuerdo con la tasación realizada por el Estado, por lo que tiene el derecho de presentar las pruebas pertinentes que tengan por finalidad demostrar que la tasación realizada no se ajusta al real valor comercial del bien.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto (2003): "Extinción de la propiedad". En: *Código Civil comentado*, tomo V. Derechos Reales, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El derecho al debido proceso importa el derecho a la defensa de fondo, esto es, la contestación de la demanda o la contradicción. Estas deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas procesales para conceder su tramitación; dichas normas son de carácter imperativo y por ende de obligatorio cumplimiento de conformidad con el principio de formalidad. Sobre la base de lo expuesto, siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe tener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o contradicción debe hallarse autorizada por el justiciable o su abogado, vicio que no es subsanable, ocasionando esta omisión el rechazo del escrito ***(Cas. N° 1103-2002-La Libertad)***.

El artículo 442 del Código Procesal Civil resulta aplicable con la prudencia debida al caso de las absoluciones ordenadas por la ley o por el juez, toda vez que estas, constituyen, al igual que la contestación, actos procesales destinados a precisar los puntos controvertidos sobre los que debe recaer la decisión del juez. El artículo 442 del Código Procesal Civil resulta aplicable con la prudencia debida al caso de las absoluciones ordenadas por la ley o por el juez, toda vez que estas, constituyen, al igual que la contestación, actos procesales destinados a precisar los puntos controvertidos sobre los que debe recaer la decisión del juez ***(Exp. N° 235-2001-Lima)***.

Artículo 523 Reconvención

La reconvención queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 445 y solo podrá sustentarse en:

1. *La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. Esta solo puede sustentarse en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.*
2. *La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente. (*)*

CONCORDANCIAS:

***C.P.C.** arts. 443, 445, 525; **D.LEG.** 1192 art. 1 y ss.*

Roger Merino Acuña

1. RECONVENCIÓN: CONCEPTO

La contrademanda es llamada en nuestro CPC como reconvención, la que implica que el demandado no se limita a defenderse sino que interpone contra su demandante a su vez, una pretensión. Así, se dice que la reconvención implica que el demandado pase a un contraataque, promoviendo contra el demandante su propia demanda, por ello "la reconvención se deja definir como una demanda promovida por el demandado (reconvincente) dentro del proceso contra el demandante (reconvenido), con la que se introduce en el proceso una pretensión procesal autónoma". De acuerdo con este dispositivo, la reconvención debe seguir las reglas generales establecidas en el artículo 445 del CPC, con las particularidades que aquí se señalan.

Así, los requisitos generales son que la reconvención se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda y debe cumplirse los requisitos generales de la contestación (por ejemplo, forma y plazo). En ese sentido, la reconvención debe contener todos los presupuestos procesales. Además la reconvención debe cumplir con tres requisitos: a) no afectar la competencia; b) no afectar la vía procedimental; c) la pretensión en ella contenida debe ser conexa con la relación jurídica

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

invocada en la demanda. Estos requisitos no son afectados en el caso de la expropiación, dado que el artículo 519 establece que todas las pretensiones (se entiende también, las que forman la reconvención) derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a la normativa del proceso de expropiación (con lo cual los dos primeros requisitos resultan zanjados), y porque el artículo materia de comentario establece expresamente la conexidad, es decir, las razones en las que puede sustentarse la reconvención.

2. SUPUESTOS EN QUE PUEDE FUNDARSE LA RECONVENCIÓN EN LA EXPROPIACIÓN

La reconvención solo puede fundarse en dos supuestos:

a) La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. En este caso, ante la pretensión del Estado de expropiar solo parcialmente el bien, el sujeto pasivo puede pretender que la expropiación sea total, ello atendiendo también a lo establecido en el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1192. En efecto, ello puede pretenderse cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial. En este caso, la expropiación parcial constituye un perjuicio para el demandado.

b) La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación. Aquí, la pretensión del Estado es solo el subsuelo y el sobresuelo y no el suelo. Ante ello, el sujeto pasivo puede pretender que también sea expropiado el suelo cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente. Ello también se encuentra reforzado en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1192, que señala además que en estos casos (de pérdida económica para el propietario), el Estado podrá optar por expropiar todo el inmueble.

Ambos supuestos de reconvención buscan proteger al propietario ante eventuales pérdidas económicas que pueda sufrir ante el ejercicio de la expropiación parcial o incompleta. Cabe señalar que si la reconvención se fundamenta en hechos distintos deberá ser declarada improcedente preliminarmente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Reconvención". Comentario al art. 523 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 523-A | Contradicción

En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios, el juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorgar contracautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria.

El juez solo entregará el monto de la indemnización justipreciada, una vez otorgada la garantía real o fianza bancaria a que se refiere el párrafo anterior, de ser el caso. En el supuesto que no se otorgue garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia.

El juez entregará el monto de la indemnización justipreciada, cumplidos los plazos de la contestación de la demanda y de la reconvención, con la salvedad del párrafo anterior y de los casos en que de acuerdo a la Ley General de Expropiaciones el pago se efectúa en ejecución de sentencia. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 443, 445, 525; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

Como señalamos en los comentarios anteriores, la indemnización justipreciada o justiprecio está constituida por dos montos: el valor comercial del bien (el valor de mercado) y la compensación (el resarcimiento a que tiene derecho el expropiado si acredita los daños sufridos por la expropiación del bien de su propiedad). Ahora bien, el artículo 520, inciso 7, establece como un anexo especial de la demanda, el certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizada y la compensación propuesta por el sujeto activo a favor del expropiado cuando corresponda de acuerdo a la ley de la materia.

Al respecto, el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1192 establece que la fijación del valor de la tasación se efectúa considerando: i) el valor comercial del inmueble (que incluye los valores de terreno, de edificación, obras complementarias y plantaciones, de ser el caso) y ii) el valor del perjuicio económico (que incluye la indemnización por el eventual perjuicio, y que comprende únicamente al lucro

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

cesante y daño emergente, siempre que se encuentren acreditados o cuenten con un informe debidamente sustentado).

Por otro lado, cabe mencionar que el artículo 15.2 de la derogada Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, establecía que la entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada se efectuaba en dinero una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvención. Se entendía, pues, que contestada la demanda, el expropiante debía entregar el total del justiprecio. Por el contrario, la actual normativa contenida en el Decreto Legislativo N° 1192 dispone que la consignación del monto de la indemnización justipreciada debe efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles de emitida la norma que aprueba la expropiación (art. 28.3).

2. CONTRADICCIÓN

El artículo 523-A del CPC contempla la posibilidad de que el sujeto activo pueda oponerse al monto de la compensación requerida por el sujeto pasivo. Lo primero que podemos advertir aquí es una contradicción, pues la normativa especial señala que el valor de compensación por el perjuicio económico se abonará en caso que este se acredite (art. 13.2 del D. Leg. N° 1192) y, por otro, se señala que el expropiante debe consignar el monto de la indemnización justipreciada (es decir, incluyendo la compensación) dentro de los cinco (5) días hábiles de emitida la norma que aprueba la expropiación (art. 28.3 de la misma norma), es decir, sin que se hayan actuado los medios probatorios para delimitar si en verdad es procedente la compensación.

En dicho contexto se otorga el derecho al expropiante para que pueda oponerse a la pretensión de compensación que pueda tener el sujeto pasivo. En este caso, se entiende que igual se deberá abonar a favor del expropiado el monto total del justiprecio, empero, el juez deberá ordenar al sujeto pasivo otorgar contra cautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria.

3. ENTREGA DE LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

Conforme al segundo párrafo del artículo bajo comentario, la entrega efectiva del justiprecio indemnizatorio consignado por el sujeto activo a favor del sujeto pasivo se hará luego de vencido el plazo de contestación de la demanda y de la reconvención si fuere el caso. Si el sujeto pasivo contesta y propone una compensación, y si el sujeto activo a su vez se opone a dicha pretensión, si bien debe consignar ante el juzgado el monto equivalente a la compensación, el juez debe suspender el pago del justiprecio (contemplando la compensación propuesta por el sujeto pasivo) hasta que el sujeto pasivo otorgue la garantía real o fianza bancaria.

Nos parece que este dispositivo podría tener una regulación más idónea, y ello porque si bien tiene total lógica que no se otorgue a favor del sujeto pasivo la compensación que pretende sino hasta que otorgue las garantías necesarias (y ello porque deberá acreditar el daño sufrido en el proceso), no hay razón para que no se le otorgue inmediatamente la parte del justiprecio referida al valor comercial del bien, dado que dicho valor es independiente del daño que pueda sufrir el sujeto pasivo, y debe ser abonado por el solo hecho de que el bien del cual es propietario le será expropiado. Para este monto es indiferente que otorgue o no la garantía.

Este dispositivo también establece que en el supuesto en que no se otorgue la garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia. Esta regla al igual que la anterior, equipara erradamente los montos del valor comercial y de la compensación, no advirtiendo que ambos tienen una naturaleza bastante disímil y por ello su tratamiento debe ser diverso. En ese sentido, si el afectado no impugnó el pago del valor comercial y solo propuso una compensación adicional, la falta de otorgamiento de garantía no debe afectar el monto del valor comercial del bien al que tiene derecho por la sola interposición del proceso de expropiación, y en ejecución de sentencia debería satisfacerse únicamente la compensación.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Contradicción". Comentario al art. 523-A del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El accionante al fundamentar jurídicamente su demanda sostiene que su pedido de actualización del saldo adeudado conforme al índice de precios al consumidor tiene sustento en el artículo 1236 del CC, el mismo que permite apreciar la deuda según los índices económicos en el día del pago; de la revisión de la sentencia de 1° instancia, se observa que el juez ha declarado fundada la demanda, sin analizar y resolver si la respectiva actualización y el pago del saldo del justiprecio a realizarse durante la etapa de ejecución, debe efectuarse o no, en aplicación al índice de precios al consumidor, por lo que debe declararse la nulidad del fallo puesto que no se ha resuelto en su integridad al petitorio demandado, dado que no se establece si la actualización durante la ejecución de la sentencia se deberá actuar, o no, de acuerdo al índice de precios al consumidor, solicitado por la demandante ***(Exp. N° 1037-2009-Lima)***.

Si bien el recurrente aparentemente tiene derecho al pago de un justiprecio como producto de haberse mermado parte del terreno de su propiedad para vías de tránsito rápido, también resulta cierto que careciendo la Municipalidad de una declaración judicial de propiedad o título alguno que lo legitime como propietario. El pedido de justiprecio sin tal declaración carecería de causa jurídica, dado que el justiprecio es por definición la contraprestación que realiza el Estado por transferencia de un bien cuando media la expropiación, sin embargo, no se ha llevado a cabo ni ha sido extremo contenido en el petitorio ***(Exp. N° 192-2001-Lima)***.

Artículo 524 | Efectos de la declaración de rebeldía

La declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 79, 277, 458, 460, 461, 520; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. REBELDÍA: CONCEPTO

La rebeldía es la situación procesal en la que se coloca la parte demandada que ha sido debidamente notificada, por no contestar la demanda dentro del plazo establecido por ley. En efecto, la contestación de la demanda no se configura solo como un derecho sino que es también una carga y justamente la consecuencia de la no liberalización de la carga de contestar la demanda es la de encontrarse en la situación procesal de rebeldía.

La primera consecuencia negativa es que se perderá la oportunidad de contestar la demanda, es decir, en buena cuenta, de defenderse de la pretensión ejercida por el actor. Además de ello se configura: 1) una presunción relativa de la veracidad de los hechos afirmados por el actor, (art. 461, primer párrafo, del CPC); 2) declarada la rebeldía el juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia (art. 460 del CPC). Este último efecto tiene como excepciones que: a) habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; b) la pretensión se sustente en un derecho indisponible; c) la no presentación de un documento que la ley exigía para probar la pretensión, y, d) la falta de convicción del juez debidamente motivada (art. 461 del CPC).

Cabe señalar que la rebeldía también podría declararse en contra de cualquiera de las partes cuando notificada con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, no comparezca dentro del plazo de cinco (5) días (art. 458, segundo párrafo, y 79 del CPC). Sin embargo, como hemos visto, los efectos más graves (y perjudiciales) operan cuando no se contesta la demanda. Ello no obstante, el respeto al principio del contradictorio, por el cual las notificaciones más importantes deben ser notificadas por cédula al rebelde, así: la que

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

declara la rebeldía, la que declara saneado el proceso, la que cita a audiencia, la sentencia y la que requiere su cumplimiento. Las demás se tienen por notificadas al notificarse a la otra parte (art. 459 del CPC).

2. REBELDÍA Y EXPROPIACIÓN

En el caso de la expropiación se establece una regla especial para la declaración de rebeldía: no se presume la veracidad de todos los hechos alegados por el actor, sino que se presume únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda.

Ello es muy importante, pues la pretensión correspondiente al resarcimiento por los daños y perjuicios causados por la expropiación, no son afectados por la rebeldía. En efecto, el demandado podrá integrarse al proceso y de acreditar el daño efectivo tendrá el derecho a la compensación que, como vimos en el comentario al artículo anterior, es parte del justiprecio conjuntamente con el valor de la tasación.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Efectos de la declaración de rebeldía". Comentario al art. 524 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El art. 461 del Código Procesal Civil señala que la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; sin embargo tal presunción no es absoluta (iure et iure), sino la rebeldía del demandado per se, no puede servir de sustento para amparar sin más trámite la demanda; por el contrario, precisamente por tratarse de una presunción relativa, para que ésta cause convicción en el Juzgador acerca de la verdad de los hechos expuestos en la demanda, necesariamente lo expuesto deberá estar corroborado con otros medios de prueba, de tal modo que el Juez tenga convicción acerca de los hechos que son materia de la demanda; pues de lo contrario resultaría extremadamente grave para el emplazado y hasta constituiría un atentado al debido proceso, imponer semejante sanción por el simple hecho de que el demandado, en ejercicio de su derecho, haya resuelto no contestar la demanda ***(Cas. N° 570-2006-Lima)***.

Cuando la actora señala que no le corresponde la carga probatoria debido a que por mandato de la ley la rebeldía produce una presunción de verdad y por ello la carga de la prueba se invierte para que sea probado que lo contenido en la demanda no corresponde a la verdad, no se configura la contravención del debido proceso en caso la sentencia se encuentre debidamente motivada; desvirtuándose en consecuencia la presunción relativa de verdad a que se contrae el artículo 461 del Código adjetivo ***(Cas. N° 1439-2003-Puno)***.

Artículo 525 | Medios probatorios

De ofrecerse pericia, la aceptación del cargo por los peritos se formalizará mediante la firma puesta por estos en el escrito que presenta la parte que los designa. En ningún caso se admite más de 2 (dos) peritos de parte para la valuación de cada bien, según su especie y naturaleza. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 262, 263, 264, 269, 271, 520 incs. 2, 3 y 5, 523 inc. 2; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. PERICIA: CONCEPTO

La pericia puede ser definida como aquel acto procesal desarrollado por sujetos distintos de las partes, llamados peritos, previamente designados por el órgano jurisdiccional, que percibiendo y verificando determinados hechos emiten una opinión sobre la base de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, a fin de confirmar una afirmación de alguna de las partes procesales, con el objeto de ayudar al juez (no técnico en todas las ciencias y artes) a mejor comprender el tema en discusión (ALVARADO VELLOSO, 2004: p. 188).

Cabe señalar que la pericia es un medio probatorio causal, y ello porque su producción se realiza en el proceso. Al ofrecerse, deben indicarse los puntos sobre los cuales versará la pericia, la profesión, y el hecho que se pretende esclarecer.

2. PERICIA Y EXPROPIACIÓN

En el proceso de expropiación puede solicitarse la actuación de peritos como medio probatorio. La actuación pericial que en la mayoría de casos se realizará en este proceso es la tasación del bien materia de expropiación y ello porque el principal problema que puede subsistir en este proceso, y que necesite de peritos para dilucidarlo, es el monto que debe ser otorgado en calidad de justiprecio a favor del demandado.

Evidentemente, este medio de prueba será solicitado –en la mayoría de casos– por el demandado que no se encuentra conforme con la tasación realizada por el

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

Estado, y ello porque este último, según la ley de la materia (específicamente, los artículos 4.12 y 12 del D. Leg. N° 1192) debe realizar la tasación del bien a través de la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda.

El ofrecimiento de la pericia debe seguir los requisitos generales establecidos en el CPC. Así, al ofrecer la pericia se deberá indicar con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia (art. 263 del CPC). Cabe señalar que la regla especial para el ofrecimiento de la pericia en este caso será que la aceptación de los cargos se formalizará mediante la firma puesta por estos en el escrito que presenta la parte que los designa.

Esta norma también establece una limitación para el ofrecimiento de peritos. Así, en el caso de los peritos designados por el juez, por regla general, se designan en un número que se considere necesario (art. 263 del CPC), no habiendo tampoco ninguna limitación en el caso del perito de parte. En este proceso, los peritos no podrán ser más de dos por cada bien materia de expropiación. Cabe señalar que los peritos que hayan elaborado el informe pericial de parte, pueden ser citados a la audiencia de pruebas (art. 271 del CPC). Los honorarios de los peritos son de cargo de la parte que ha ofrecido la pericia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004): *Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil*, 2ª parte, reimpresión. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los peritos nombrados deben poseer algún conocimiento especial de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, conforme lo prescribe el artículo 262 del Código Procesal Civil. El hecho de que el juez no haya nombrado a personas con conocimientos especiales para la labor valorizadora que se ha ordenado, se justifica precisamente en la simplicidad de dicha labor, que no requiere para su cumplimiento la aplicación de conocimientos de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga. Si los honorarios fijados por el juez no guardan relación con la labor efectuada, estos deben ser reducidos prudencialmente ***(Exp. N° 451-2002-Lima)***.

La prueba pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimiento especializado en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad contribuir al esclarecimiento de un hecho controvertido y brinda al juez los elementos necesarios que contribuyan a crear convicción ***(Exp. N° 64317-1997-Lima)***.

Artículo 526 Contenido del acta de conciliación

El acta de conciliación solo puede tener por objeto el acuerdo sobre el valor de la indemnización justipreciada, la validez de la causal de expropiación y, en su caso, sobre las pretensiones objeto de reconvención.

En defecto del acta de conciliación y cuando el demandado hubiera ofrecido como medio probatorio la pericia de valor del bien, la audiencia de pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde el saneamiento procesal. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 324, 325, 326, 470, 471, 523, 525, 527; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

El artículo nos ubica bajo dos escenarios: la conciliación y la actividad probatoria.

En el primer caso, se exige una marcada congruencia con el derecho materia en litigio, de ahí que la norma ponga énfasis en señalar que la conciliación solo puede tener por objeto: a) la indemnización justipreciada, b) la validez de la causal de expropiación, y c) las pretensiones objeto de reconvención. Esta redacción resulta congruente con lo regulado en el artículo 325 del CPC, sin embargo, es bueno precisar ante quién se realizará la conciliación: ante el juez del litigio o ante el conciliador del centro de conciliación extrajudicial, en atención a la modificación incorporada al artículo 324 del CPC.

Bajo esta óptica, debemos precisar que la actividad conciliatoria en este proceso especial es necesaria y restringida a los tres supuestos ya citados. A diferencia de la regla general establecida a partir de la modificación del Decreto Legislativo N° 1070, que deroga a la conciliación como una etapa obligatoria del proceso, el texto de este artículo no ha sido modificado en cuanto al acto conciliatorio en sí, sino en el inicio del cómputo del plazo para la audiencia de pruebas, en el que se toma como referente el saneamiento procesal.

De esta manera, las partes pueden ponerse de acuerdo tanto sobre el monto de la valorización comercial del bien, como de la compensación o resarcimiento por los daños causados por el acto expropiatorio. Asimismo, pueden ponerse de

(*) Texto según modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.

acuerdo sobre la improcedencia de la expropiación porque el fundamento de esta no era justificado o porque se basó en causales distintas a las establecidas normativamente. En este caso, considero que no podría aprobarse la conciliación que admite la expropiación que se sustenta en una causal inválida, y ello porque la vulneración de la norma imperativa e incluso constitucional no puede ser convalidada por el acuerdo entre las partes. Así, el juez deberá desaprobar la fórmula conciliatoria y además deberá declarar improcedente la expropiación.

Por último, pueden conciliar sobre las pretensiones objeto de reconvención tales como la pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros (cuando el actor pretendía solo una expropiación parcial) y la pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación (cuando el actor solo pretendía la expropiación del subsuelo o del sobresuelo). Estas son las únicas razones por las que pueden ejercerse la conciliación, si se concilia sobre cuestiones ajenas a las aquí señaladas el juez deberá desaprobar el acuerdo conciliatorio.

La normativa general que regula el proceso abreviado establece que luego del saneamiento procesal, el juez enumerará los puntos controvertidos y procederá al saneamiento probatorio. La audiencia de pruebas a que refiere este artículo *solo está dedicada para la actuación de la pericia,* pues la actividad probatoria por excelencia en este tipo de pretensiones recae sobre la prueba documental. Basta revisar los alcances del artículo 520 del CPC para verificar la naturaleza de los medios de prueba que concurren para el debate de la expropiación. Como particulariza la norma, en defecto de la conciliación, la audiencia de pruebas no se realizará antes de diez (10) ni después de veinte (20) días contados desde el saneamiento procesal.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Contenido del acta de conciliación". Comentario al art. 526 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 527 Audiencia de pruebas

La Audiencia de Pruebas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 202 y siguientes de este Código.

Cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepen de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante, el juez puede disponer en la propia audiencia la designación de 2 (dos) peritos dirimentes. Aceptado su nombramiento, se citará a estos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días, y en la que con los concurrentes a la misma, con o sin pericia dirimente, se realizará un debate pericial bajo la dirección del juez.

La sentencia señala quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma. (*)

CONCORDANCIAS:

***C.P.C.** arts. IV, 202 y ss., 269, 271, 491 inc. 10, 525, 526 párr. 3; **D.LEG.** 1192 art. 1 y ss.*

Roger Merino Acuña

1. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

La primera parte de este dispositivo constituye una norma de remisión, determinando que la audiencia de pruebas se realizará conforme a la normativa general establecida en el CPC.

Por lo demás, este dispositivo complementa lo establecido en el artículo 525 del CPC, referido a los peritos que pueden presentar las partes en este proceso. De esta manera se señala que cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepan de la tasación comercial presentada por el demandante, el juez podrá disponer, en la propia audiencia, la designación de dos peritos dirimentes. De acuerdo a lo establecido en el CPC, dentro del tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad; si no lo hace, se tendrá por rehusado y se procederá a nombrar otro perito (art. 269 del CPC).

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

Aceptado el cargo, el juez procederá a citar a estos peritos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial, complementaria a la audiencia de pruebas, que se llevará a cabo en un plazo no menor de siete (7) ni mayor de quince (15) días. En esta audiencia se realizará el debate pericial bajo la dirección del juez.

2. PAGO DE HONORARIOS A PERITOS

Con respecto a la regla general del pago de los honorarios de los peritos, el CPC señala que los honorarios de la pericia de parte son cubiertos por ella misma, mientras que los peritos ordenados de oficio serán pagados de forma proporcional entre las partes (art. 271 del CPC).

En este caso, se establece que en la sentencia se señalará quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de esta. De esta manera, no se establece un parámetro claro para la determinación del obligado a cubrir este costo; sin embargo, como se establece que el establecimiento de esta obligación deberá atender a lo resuelto en la sentencia, parece que la norma pretende sancionar a la parte que presentó el perito, y dicho perito no se ajustó a lo dilucidado por los peritos dirimentes. Esta parte, en la mayoría de veces, será el sujeto pasivo, dado que el actor no necesita presentar dicho peritaje, pues está obligado a atender lo que establece el órgano que realiza la pericia.

En dicho contexto, consideramos que una solución más justa hubiese sido que el costo del peritaje dirimente sea cubierto en forma proporcional.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Audiencia de pruebas". Comentario al art. 527 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se vulnera el principio de inmediación procesal, porque el juez que expidió resolución de primera instancia no fue el juez que actúo el casete en la audiencia de pruebas, defecto que fue advertido en el recurso de apelación, sin que la Sala superior lo haya analizado al expedir la sentencia de vista ***(Cas. N° 3592-02-Lima)***.

Si bien la audiencia de pruebas es inaplazable, el juez se encuentra facultado a autorizar a una parte a actuar mediante representante, en caso de que un hecho grave o justificado impida su presencia, debiendo para ello solicitarse antes de la audiencia o en todo caso en el mismo acto ***(Exp. N° 3917-97-Lima)***.

Artículo 528 Ejecución de la sentencia

Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada total o parcialmente las pretensiones discutidas, se observarán las reglas contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta de este Código con las siguientes particularidades:

1. *El juez ejecutor exigirá al demandante o demandado, según corresponda, la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activo de la expropiación. En caso que el sujeto pasivo no devolviera dentro del décimo día de notificado se ejecutará la garantía a que se refiere el artículo 523-A. En caso que el sujeto activo debiera devolver algún monto deberá cancelarlo en el mismo término bajo sanción de caducidad y reversión.*
2. *El juez ejecutor requerirá al demandante para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de 10 (diez) días útiles consigne en el Banco de la Nación, a disposición del juzgado, la indemnización justipreciada fijada en la sentencia debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley General de Expropiaciones, así como un importe, que el juez fijará, para cubrir los eventuales gastos. Este inciso únicamente será aplicable en el caso que el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía.*

   En los procesos en los cuales se haya concedido la posesión provisoria a que se refiere el artículo 530, la consignación establecida en el párrafo precedente deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia, debidamente actualizada, y el monto consignado al momento de la solicitud de posesión provisoria.
3. *El juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla dentro de un plazo que no excederá de 5 (cinco) días de haber sido requerido, con suscribir los documentos traslativos de propiedad, según la naturaleza del bien expropiado y formalidades correspondientes. Para estos efectos, el demandante debe presentar el proyecto de los documentos respectivos.*

   En la misma resolución se ordenará también, de ser el caso, la entrega de la posesión en los plazos indicados en el inciso 6. de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y de trasladarle los gastos correspondientes. Si el bien se encuentra poseído por tercero, se le requerirá su entrega en los mismos plazos.

4. *La oposición debidamente fundamentada del sujeto pasivo sobre el monto o forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, de ser el caso, o sobre el texto de los documentos de transferencia, será resuelta por el juez dentro del tercer día. La resolución debidamente motivada es apelable sin efecto suspensivo.*
5. *Concedida la apelación, de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá exigir al demandante o al demandado, según corresponda, el otorgamiento de las garantías apropiadas para el reembolso de las diferencias según lo declare la resolución apelada.*
6. *Cuando se trate de predios rústicos con cultivos temporales o de otros inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo, el juez fijará el plazo de desocupación y entrega que no será menor de 90 (noventa) ni mayor de 180 (ciento ochenta) días considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.*

   Cuando se trata de predios urbanos el plazo será no menor de 60 (sesenta) ni mayor de 90 (noventa) días contados a partir del requerimiento.

   Cuando se trata de bienes muebles el juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 (cinco) ni mayor de 10 (diez) días de efectuado el requerimiento. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 523-A, 529, 530, 709, 718, 725 y ss.; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. EJECUCIÓN FORZADA EN EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN

Este dispositivo establece que si la sentencia es consentida o ejecutoriada, se deberán observar las normas contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del CPC, es decir, las normas referidas a la ejecución forzada. De esta manera, no es necesario que la sentencia previamente sea ejecutada en un proceso de ejecución de resoluciones judiciales, como de ordinario ocurre con las sentencias de condena. En este caso, el trámite saltará este procedimiento para dirigirse directamente a la ejecución forzada.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

Cabe precisar que las referencias que se hacen en este artículo a la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, deben entenderse direccionadas a la nueva normativa sobre la materia contenida en el Decreto Legislativo N° 1192.

Ahora bien, nuestro CPC establece dos formas de ejecución forzada: el remate y la adjudicación. El remate de los bienes es la forma de realización forzada más común y ordinaria, y solo a falta del éxito del remate, se puede proceder a la adjudicación del bien al ejecutante. En el caso de la expropiación forzada, la norma en comentario establece una serie de reglas especiales, dado que la ejecución forzada no podría realizarse bajo sus típicas formas como el remate o la adjudicación. De esta manera, tenemos que:

a) El juez tiene el deber de exigir a la parte que corresponda la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada establecida por la sentencia y el pago realizado por el sujeto activo de la expropiación. De modo que, si el monto establecido es menor al que efectivamente otorgó el sujeto activo a favor del sujeto pasivo, entonces este último debe devolver la diferencia dentro de los diez (10) días de notificado; caso contrario, se ejecutará la garantía que otorgará justamente para esta situación, que está constituida por una fianza bancaria o garantías reales. Por el contrario, cuando la sentencia estableciera un monto mayor al abonado por el actor, entonces este deberá devolver el monto pertinente dentro del mismo plazo de diez (10) días. Si es que el actor no devuelve dicho monto en el plazo señalado, las consecuencias serán muy graves: la caducidad de la expropiación y su reversión, es decir, la ineficacia del acto expropiatorio y la consecuente reafirmación del derecho de propiedad del sujeto pasivo.

b) En los casos en los cuales el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía, de acuerdo a lo establecido en el artículo 523-A del CPC, el monto de la indemnización justipreciada se determinará en la sentencia, y su cobro se hará en vía de ejecución de esta. En ese sentido, el juez ejecutor deberá requerir al demandante para que dentro del plazo de diez (10) días útiles consigne al Banco de la Nación la indemnización justipreciada establecida en la sentencia, debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación.

   Además del importe del justiprecio, la norma establece que el expropiante deberá consignar un importe que el juez fijará de forma discrecional para cubrir los eventuales gastos. Si el actor no cumple con ello dentro del plazo establecido, la norma prevé una consecuencia muy grave: la caducidad de la expropiación, que implica la ineficacia del acto expropiatorio.

Cabe señalar que también se establece como regla especial que cuando en los procesos se haya concedido la posesión provisoria establecida en el artículo 530, la consignación deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia y el monto consignado al momento de la solicitud de la posesión provisoria.

c) Firme la sentencia, el demandante debe presentar un proyecto de los documentos traslativos de la propiedad. Así, el juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla con suscribir tales documentos dentro de los cinco (5) días de ser requerido. La norma no prevé las consecuencias de la no suscripción de estos documentos. Consideramos al respecto que en este caso podría aplicarse lo establecido en el artículo 709 del CPC, referido a la obligación de formalizar. En efecto, en este caso no estamos propiamente ante la constitución de un contrato en tanto acto de autonomía privada, sino ante la ejecución de un acto administrativo que debe perfeccionarse con la suscripción de algunos documentos. En ese sentido, de acuerdo al artículo 709 del CPC, el juez mandará que el ejecutado cumpla con formalizar esta documentación dentro del plazo de cinco (5) días; vencido dicho plazo, el juez ordenará al ejecutado que cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre. Es decir, el juez se sustituye en la voluntad del obligado y él mismo "formaliza" mediante su sentencia, el documento (MERINO, 2007: p. 65).

   Por otro lado, este dispositivo señala que en la misma resolución se ordenará la entrega de la posesión del bien expropiado, ya sea que esté ocupado por el propietario o por tercero. Ello deberá cumplirse en los plazos establecidos en el inciso 6 de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y trasladarle los gastos correspondientes.

d) El sujeto pasivo podrá formular oposición a la ejecución solo por dos razones: i) por el monto o la forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, o ii) el texto de los documentos de transferencia. No se establece cuál es el plazo en el que debe formularse esta oposición; sin embargo, consideramos que un término razonable sería de tres (3) días de notificado acerca del monto del justiprecio o de los documentos de transferencia, y ello atendiendo a que la oposición en el caso del proceso de ejecución de resoluciones judiciales solo puede hacerse en el plazo de tres (3) días (art. 718 del CPC). Dichas oposiciones deben estar debidamente motivadas y serán resueltas por el juez dentro del tercer día de formulación. La resolución que resuelve esta oposición es apelable con efectos suspensivos.

e) Se señala que concedida la apelación de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá exigir a la parte que corresponda, el otorgamiento de las garantías idóneas para el reembolso de las diferencias según lo declarado por la resolución apelada. Observamos que la norma establece un error bastante notorio, y es que la apelación no puede ser realizada de oficio. En efecto, la apelación es un derecho de los justiciables que expresa más específicamente el derecho constitucional de la doble instancia. La única forma mediante la cual el a quo pueda remitir al superior una causa de oficio, es mediante la figura de la consulta, pero ello solo se presenta en determinados procesos (como en el caso de interdicción o divorcio por causal, justamente cuando no hay apelación). Lo más acertado en este caso hubiese sido señalar que concedida la apelación (se entiende, de parte), el juez puede solicitar al apelante el otorgamiento de las garantías idóneas para el reembolso de las diferencias establecidas en la sentencia de segunda instancia.

f) Se establece un plazo de desocupación especial en los siguientes casos:

- Predios rústicos con cultivos temporales o inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo. El plazo de desocupación y entrega del bien será fijado por el juez y no será menor de 90 ni mayor de 180 días, considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.
- Predios urbanos. El plazo será no menor de 60 días ni mayor de 90 días contados a partir del requerimiento.
- Bienes muebles. El juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 ni mayor de 10 días de efectuado el requerimiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MERINO ACUÑA, Roger (2007): "La ejecución forzada en las obligaciones de hacer". En: *Actualidad Jurídica*, tomo 158. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 529 | Pretensión de tercero

Salvo los casos indicados en el artículo 521 no se admitirá ninguna intervención de tercero en el proceso.

El poseedor u otro tercero que se considerara perjudicado por la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, puede ejercer sus derechos en la vía que corresponda sin entorpecer el proceso expropiatorio. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 521, 528 inc. 5; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN DE TERCERO

Esta norma precisa que no se admite ninguna intervención de tercero en el proceso de expropiación, salvo lo establecido en el artículo 521 del CPC. En efecto, como vimos en el comentario a dicho artículo, se permite la intervención del tercero que tiene derechos inscritos sobre el bien materia de expropiación; esta intervención tiene una naturaleza especial, por lo que cualquier otro tipo de intervención de terceros (excluyente o litisconsorcial, por ejemplo) deberá ser declarada improcedente.

Ello no obstante, el derecho del poseedor u otro tercero que se considerara perjudicado con la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, para ejercer sus derechos en la vía que corresponda. Es decir, el tercero deberá presentar su pretensión en otra vía, pero siempre que no entorpezca el proceso de expropiación; por ejemplo, una demanda autónoma de indemnización de daños y perjuicios, otorgamiento de escritura pública o mejor derecho de propiedad.

2. PAGO DEL JUSTIPRECIO

El Decreto Legislativo N° 1192, en el segundo párrafo de su artículo 27, subraya que el pago por consignación efectuado en el proceso de expropiación (el justiprecio) surtirá efectos respecto del sujeto activo, sin perjuicio del derecho que tengan los terceros afectados para accionar contra quien hubiere recibido el pago o consignación indebidamente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Pretensión de tercero". Comentario al art. 529 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria de la Ley N° 27117 del 20/05/1999. Posteriormente esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192 del 23/08/2015.

Artículo 530 Posesión provisoria

La solicitud de posesión provisoria del bien en los casos excepcionales a que se refiere el artículo 24 de la Ley General de Expropiaciones, puede formularse en cualquier estado del proceso después del saneamiento procesal, y se tramita como medida cautelar.

La solicitud de posesión provisoria expresará los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio, en caso que el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, a que se refiere el inciso 7 del artículo 520, debidamente actualizada con intereses legales hasta la fecha de la solicitud.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 627, el 25 % (veinticinco por ciento) del monto consignado servirá como contra cautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.

La resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se esté discutiendo la causal de la expropiación. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 520 inc. 5, 526, 608 al 641, 674: D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. POSESIÓN PROVISIONAL: CONCEPTO

La posesión provisoria puede ser entendida como una medida cautelar especial (y además se tramita como ella), la cual además de estar regulada en este artículo del CPC, también lo estaba en el artículo 24 de la derogada Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, a la cual se refiere el primer párrafo. Actualmente, esta figura no está contemplada en la normativa especial contenida en el Decreto Legislativo N° 1192.

2. REGLAS PARA EL EJERCICIO DE LA POSICIÓN PROVISORIA

El artículo 530 del CPC establece algunas reglas para ejercer la posesión provisoria, entre ellos:

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

a) Puede formularse en cualquier estado del proceso después del saneamiento procesal. Esto quiere decir que podría formularse, incluso, en la segunda instancia.

b) Se tramita como medida cautelar. Es decir, se rige por las reglas generales de la tutela cautelar establecidas en los artículos 608 al 634, y las reglas generales del procedimiento cautelar establecidos en los artículos 635 al 641 del CPC. Esta medida cautelar no puede ser, por regla general, una medida innovativa, pues de ordinario no se presenta un perjuicio evidente e irreparable (art. 682), pero sí puede ser una medida temporal sobre el fondo, dado que de acuerdo al artículo 674 del CPC, excepcionalmente, por la necesidad impostergable de quien lo pide o por la firmeza del fundamento de la demanda, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustantivos de esta.

c) La solicitud de posesión provisoria debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la justifiquen, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio. Si el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, deberá consignar, además, el certificado de consignación de los intereses legales actualizados hasta la fecha de la solicitud.

d) El 25 % del monto consignado servirá como contracautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.

e) La resolución que se pronuncie sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se esté discutiendo la causal de expropiación. En este último caso, la apelación será con efectos suspensivos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Posesión provisoria". Comentario al art. 530 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 531 | **Caducidad**

El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo caduca en los siguientes casos:

- *Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de seis meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma que inicia la ejecución de la expropiación.*
- *Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los siete años contados desde la publicación de la resolución suprema correspondiente.*

La caducidad se produce de pleno derecho. El juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de un año de dicho vencimiento. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 522 inc. 1; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE EXPROPIAR POR TRANSCURSO DEL TIEMPO

Este artículo establece (aparentemente) los plazos de caducidad al que está sometido el derecho de expropiar por parte del sujeto activo, respecto a los cuales deben realizarse las siguentes precisiones:

a) En el primer supuesto el artículo 531 del CPC señala el plazo de seis (6) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación, y que una vez publicada la norma que declara la ejecución de la expropiación en el diario oficial *El Peruano* o desde notificada esta al sujeto pasivo (la situación que suceda primero), el actor tendría dicho plazo para incoar la demanda; de lo contrario, caducará el derecho a expropiar establecido normativamente. Sin embargo, bien puede sostenerse que esta parte de la norma estaría derogada por el artículo 33.1 del Decreto Legislativo N° 1192, que es norma especial y que establece que la caducidad opera cuando no se ha

(*) Texto según modificatoria efectuada por la cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30025 del 22/05/2013.

iniciado el procedimiento expropiatorio en un plazo de sesenta (60) meses contados a partir de la vigencia de la ley autoritativa.

b) El segundo supuesto señala cinco (5) años contados desde la publicación o notificación de la resolución suprema correspondiente, siempre que se hubiera iniciado el proceso judicial. En este caso, una vez iniciado el proceso judicial, dicho proceso expropiatorio debe concluir en un plazo máximo de cinco (5) años, de lo contrario el derecho caduca inexorablemente. En este caso puede observarse que la caducidad no depende de la inacción del autor (situación que por lo demás, constituye el fundamento del instituto), sino que se basa en la lentitud en la que se lleva el proceso judicial. Podría, por dicha razón, dudarse de la conveniencia de establecer un plazo de caducidad en dicho supuesto; sin embargo, la razón de ser de este es claramente la protección a la seguridad jurídica a la que tiene el propietario de un bien materia de expropiación, que no puede estar sometido a un proceso judicial de esta naturaleza de manera ilimitada.

2. ¿PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD DEL DERECHO DE EXPROPIAR?

El favor hacia la seguridad jurídica del propietario que aparentemente establece el segundo plazo de caducidad, se ve afectado por lo dispuesto en el último párrafo de este artículo, el cual establece que el juez de la causa no puede disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de trascurrido un (1) año del vencimiento. Empero la norma especial –que se aplica preferentemente– es más drástica aún, pues establece que en caso de vencimiento del plazo de caducidad, el Congreso de la República puede autorizar mediante la expedición de una ley autoritativa una nueva expropiación sobre los mismos bienes y por la misma causa (art. 33.2 del D. Leg. N° 1192).

En este caso, la resolución judicial que declara concluido el proceso por caducidad del derecho no adquiere la calidad de cosa juzgada, y ello afecta la institución misma de la caducidad. En efecto, tanto la prescripción como la caducidad son institutos de la Teoría General del Derecho que tienden a extinguir situaciones jurídicas sustanciales por la que la resolución judicial que la declara necesariamente debe constituir cosa juzgada, impidiendo la posibilidad de que pueda volverse a demandar la misma pretensión.

Por último, podría afirmarse válidamente que esta norma no regula un supuesto de caducidad. En efecto, el tercer párrafo de este artículo establece que "la caducidad se declara a pedido de parte", y la caducidad es una institución que opera

por el solo plazo del tiempo, por lo que ella se declara de oficio, constituyendo en realidad un deber del juez establecerla, de lo contrario se mantendría una relación jurídico-procesal viciada.

Por el contrario, la prescripción solo se declara a pedido de parte (art. 1992 del CC), por lo que en el presente dispositivo, la regulación en realidad es la de la prescripción y no la de la caducidad. Ello es importante, puesto que los efectos de ambos son muy diversos; así por ejemplo, en lo que respecta a la posibilidad de la suspensión o interrupción del plazo prescriptorio.

Esta norma adolece de una clara confusión terminológica y muestra un desconocimiento por parte del legislador, en la aplicación de estos institutos tan importantes.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MERINO ACUÑA, Roger (2015): "Expropiación. Caducidad". Comentario al art. 531 del Código Procesal Civil. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 532 Reversión

Si dentro del plazo de doce meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Cuando el bien expropiado sea necesario para la ejecución de proyectos de inversión, cuya extensión abarca bienes inmuebles de diferentes propietarios, el plazo señalado en el párrafo precedente deberá ser computado a partir de la culminación del último proceso expropiatorio de dichos bienes.

Dentro de los diez días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, este deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

El derecho a solicitar la reversión caduca a los tres meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 519, 528; D.LEG. 1192 art. 1 y ss.

Roger Merino Acuña

1. REVERSIÓN: CONCEPTO

La reversión es un mecanismo de restitución de la propiedad por no haberse cumplido con los fines del acto expropiatorio. En efecto, como señalamos al comienzo, la expropiación se funda en la *causa expropiandi* que en nuestra legislación es de dos tipos: la seguridad nacional y la necesidad pública. Justamente, la ausencia de la concreción de la *causa expropiandi* legitima el ejercicio de este derecho. En la doctrina se le denomina también derecho de restitución o retrocesión, señalándose que consiste en el "derecho a reclamar la restitución del bien expropiado, previo reintegro del monto indemnizatorio oportunamente recibido, en el caso de que el expropiante destine aquel a un objeto diferente para el cual se

(*) Texto según modificatoria efectuada por la cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30025 del 22/05/2013.

lo afectó mediante ley que lo declaró de utilidad pública, o no le otorgue destino alguno" (PALACIO, 1983: p. 386).

El fundamento de la reversión es otorgar al expropiado la posibilidad de recuperar la propiedad del bien afectado ante la inercia del Estado en el cumplimiento de los fines de la expropiación. Constituye no solo un mecanismo de restitución, sino también una sanción para el Estado, que afectó el derecho patrimonial más importante: la propiedad, sin otorgarle ninguna utilidad o darle un uso inadecuado. Por ello mismo, en estos casos, además de la reversión, debe ser especialmente procedente la indemnización por los daños y perjuicios que puede haber sufrido el sujeto pasivo, entre ellos los daños derivados del lucro cesante, si son adecuadamente acreditados.

2. SURGIMIENTO DEL DERECHO DE REVERSIÓN

El derecho a la reversión surge en dos situaciones:

a) Si dentro del plazo de doce (12) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida. Los doce (12) meses no deben contarse a partir de la sentencia que declara la expropiación, sino a partir del momento en que se realiza la ejecución forzada, o la desposesión del bien del sujeto pasivo. En este plazo, el bien debe darse al destino que la norma que declara la expropiación estableció expresamente; es decir, si el bien es utilizado, pero para otro destino, igual surge el derecho a la reversión de este. En ese sentido, se señala que en estos casos "se habrá violado la garantía constitucional que tutela la propiedad. Al no destinarse el objeto expropiado al fin que justifica la expropiación, no hay causa expropiatoria, por lo que caerá la razón legal de mantener la propiedad en manos de la administración" (DÍEZ, 1969: p. 301).

   Cabe señalar que parte de la doctrina entiende que el supuesto de cambio de destino no debe ser analizado tan rigurosamente. En ese sentido, "si existe conexidad con el destino afectado y aunque fuere distinto del previsto originariamente, la retrocesión [reversión] es improcedente (...). En el cambio de destino conexo no hay cambio sustancial, sino solo formal, porque el bien se lo destina igualmente a utilidad pública, causa –subsistente– que posibilitó la expropiación" (DROMI, 1984: p. 99). Sin embargo, consideramos que para que en nuestro sistema pueda aplicarse esta afirmación, debería preverse normativamente, y ello porque el ejercicio de la expropiación es excepcional y, por lo tanto, su aplicación debe ser restrictiva y fundada rigurosamente en todos los presupuestos legales.

b) Si dentro del plazo de doce (12) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso esta. Ahora bien, puede ser que el bien esté destinado al proyecto establecido en la ley expropiatoria (y ello puede deducirse, por ejemplo, de posteriores normas que lo toman en cuenta para la ejecución de la obra); sin embargo, si es que no se han iniciado los trabajos sobre el bien dentro del plazo de doce (12) meses, igual surge el derecho de reversión.

3. TITULARIDAD DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Es titular del derecho de reversión el anterior propietario expropiado y sus herederos, de ser el caso. Ellos pueden solicitar la reversión en el estado en que se expropió el bien, para ello deben rembolsar la misma suma de dinero que percibieron por concepto de indemnización justipreciada. Además de ello, el expropietario puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios que hubiese sufrido por la desposesión del bien, empero, para ello deberá acreditar el daño efectivo y los demás supuestos de la responsabilidad civil.

De acuerdo al artículo 519 del CPC, el proceso de reversión se tramita bajo las mismas reglas que el proceso de expropiación. Sin embargo, los requisitos para la presentación de la demanda son evidentemente distintos a los de la expropiación. Así, por ejemplo, el expropietario no deberá abonar previamente al emplazamiento, el monto percibido por indemnización justipreciada. Por el contrario, ello lo realizará dentro de los diez (10) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, consignando en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

Cabe señalar que el derecho a solicitar la reversión caduca a los tres (3) meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo de doce (12) meses de la terminación del proceso judicial de expropiación. Es decir, surgido el derecho de reversión, este tendrá una vida de tres (3) meses para hacerse efectivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIEZ, Manuel María (1969): *Derecho Administrativo,* tomo IV. Buenos Aires: Bibliográfica Ameba; DROMI, José Roberto (1984): *Manual de Derecho Administrativo,* tomo II. Buenos Aires: Astrea; PALACIO, Lino (1983): *Derecho Procesal Civil*, tomo III, 3ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SUBCAPÍTULO 5
TERCERÍA

Artículo 533 | Fundamento(*)

La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.

Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación. (**)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 100, 539; C. de P.P. art. 99; C.T. art. 120.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

En la terminología tradicional hispánica la palabra "tercería" ha significado la "acción" y el "juicio" del "tercero opositor" (ESCRICHE, 1847: p. 303),

(*) Este artículo tiene una estrecha vinculación con lo regulado en el artículo 100 del CPC, al que se podría apreciar como el texto marco en las tercerías, para luego ingresar a ser desarrollado en la actividad procedimental propiamente dicha, en esta sección del Código. En atención a los comentarios que aparecen expuestos en el mencionado artículo 100 del CPC, tenemos que agregar lo siguiente:
En plena edición de este trabajo, se produjo la modificación del artículo 533 por el Decreto Legislativo N° 1069 que precisa los alcances de la tercería, manteniendo su redacción originaria, pero incorporándose un siguiente parágrafo para precisar que la tercería también puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, siempre y cuando **el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación.**
La redacción de esta norma es importante pues aclara la indefinición que se venía dando en cuanto a si podía oponerse las tercerías a las garantías reales. Si bien permite recurrir a ella, es importante la condición que se imputa: que el derecho del tercerista como propietario se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación de garantía real. No es que el tercerista demuestre ser propietario del bien, con antelación a la fecha de constitución de la garantía real, sino que esta titularidad necesariamente **tiene que haberse inscrito con anterioridad a dicha afectación civil**, materia de ejecución. Bajo esta redacción reafirmamos lo sostenido líneas arriba, al señalar que no cabe interponer tercería en los procesos de ejecución de garantías, salvo que el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación. **No** es suficiente que alegue tener la condición de propietario, con antelación a la garantía constituida sino que esa condición requiere estar inscrita en Registros Públicos, lo cual me parece bastante saludable, ya que esta precisión tiene como fin de poner candados a la tercería, ante el abuso que se venía realizando de ella en la ejecución de garantías. De tal manera que frente a la generalización de la tercería, hoy se encamina hacia un solo derrotero: que el tercerista sea propietario del bien y esa condición se encuentre inscrita con anterioridad a la afectación de la garantía real, materia de ejecución judicial.

(**) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

"pretendiendo la paga y prelación de la deuda que se le debe, ó por ser suyos los bienes executados, o tener derechos en ellos" (HEVIA BOLAÑOS, 1797: p. 168). Por tanto, en nuestra lengua decir "tercería" es como decir oposición de tercero a la ejecución.

Estas "tercerías" estuvieron, por siglos, ligadas al juicio ejecutivo (cfr. cualquier manual de práctica forense: por ej., TAPIA, 1837: p. 179 y ss.; VICENTE [y CARAVANTES], 1842: p. 285 y ss.; en el sentido de que podían plantearse en cualquier juicio "cuando en ellos se procede al embargo": GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: 1848: p. 54) y así se mantuvieron en las primeras codificaciones procesales hispano-americanas [así, en España, en la Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio de 1830, primero, y, luego, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855 como en la de 1881; en nuestro Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852; en el Código de Procedimientos Civiles chileno de 1903, etc.]. En cambio, nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1912, en el entendido de que "las tercerías u oposiciones deducidas con motivo de un embargo, por personas que no son parte en una ejecución, pueden referirse no solo al juicio ejecutivo, como lo dice equivocadamente el art. 1217 de nuestro Código, sino a todo pleito en que sobreviene una medida de esta clase" (Comité de Reforma Procesal, 1912: p. 226), las "independizó" del Título dedicado al juicio ejecutivo (Título VII de su Sección Segunda relativa los "juicios"), regulándolas en el siguiente (el VIII). Por tanto, el CPC de 1912, sin salirse de la tradición hispánica, no contempló a las tercerías dentro de los "predios" del juicio ejecutivo, más sí en su colindancia.

El CPC vigente, manteniendo la vieja (y bella) expresión "tercería", "optó" por situar su regulación entre los procesos abreviados "especiales" y, como tal, del todo descolocada de la que debería ser su "sede": la ejecución dineraria (la que el CPC llama "ejecución forzada"). Sin embargo, a estar a su regulación y pese a su colocación "sistemática" (si así puede llamarse...), las tercerías del CPC siguen siendo esas *dos* oposiciones de terceros a la ejecución de la tradición hispánica, solo que (tal cual en la intención del CPC de 1912) también se pueden hacer valer cuando se haya "afectado" judicialmente bienes "por medida cautelar" (así el art. 533).

En efecto, dado que para el CPC el embargo "consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho" (v. art. 642) y que los *momentos límite* para el planteamiento de la demanda de tercería son, por un lado, el inicio del remate judicial y, por el otro, el pago al acreedor (v. art. 534) –que son "momentos" de la ejecución dineraria–, no es difícil deducir que los "bienes afectados judicialmente" a los que alude el artículo 533, no son sino los *bienes embargados*, pues son estos los que (aunque el CPC lo silencie en su art. 728) son enajenados a través de remate judicial y con cuyo producto se "paga" al "acreedor" (*rectius*, al ejecutante, v. art. 746).

De allí que, más allá de los circunloquios terminológicos del CPC, resulta evidente que poco o nada se ha innovado en lo que atañe al ámbito operativo de las viejas tercerías hispánicas.

Es más, el CPC es tan fiel a la tradición hispánica, que ha mantenido una de sus notas dominantes: el entremezclar la regulación de las dos tercerías, esto es, la que llama "de propiedad" (la vieja tercería de dominio) y la de "preferencia de pago" (la vieja tercería de mejor derecho), "como si se tratara de clases de un fenómeno procesal unitario" (MONTERO AROCA: 1996; p. 552, en crítica a la LEC 1881), cuando en rigor, el (débil) denominador común está en que quien puede plantearlas es un "tercero" (esto es, un sujeto *no parte*).

Lo dicho no implica desconocer que exista un (remoto) punto de contacto entre las dos tercerías: el principio de responsabilidad patrimonial, esto es el que el *deudor* responda por el cumplimiento de *todas* sus obligaciones con *todos* los bienes que integran su patrimonio. Y como la responsabilidad patrimonial *se concretiza* con el embargo de los activos del patrimonio (para simplificar: *los bienes*) del deudor, en el *exclusivo* interés del acreedor embargante, cabe la posibilidad de que se embarguen los bienes "equivocados" o que, siendo los "correctos", con el producto de su enajenación se termine satisfaciendo a un acreedor en desmedro de *otros* acreedores que, por alguna causa, gocen de preferencia a ser satisfechos con cargo al producto de la realización de tales bienes.

En buena cuenta, pues, las tercerías constituyen los remedios específicos enderezados *a evitar* los perjuicios que una *ejecución dineraria* singular (esto es, una ejecución en la que se despliega una actividad sobre bienes *singulares* para satisfacer un acreedor dinerario *singular*) pueda provocar en las esferas jurídico-patrimoniales de terceros en cuanto titulares de derechos sobre el bien embargado o titulares de derechos de créditos preferentes.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Conforme al artículo 533, las tercerías "solo puede fundarse en la propiedad de los bienes [embargados] o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes". Visto desde la óptica del sujeto "tercerista", lo señalado implica que los *únicos legitimados* para plantear una demanda de tercería serían aquellos terceros que o *se afirman* propietarios del bien embargado o *se afirman* acreedores preferentes frente al embargante.

Si esto es así, a estar al inequívoco adverbio "solo" que aparece en este artículo, resultaría que con el CPC vigente habríamos hecho un paso atrás en términos de las situaciones sustanciales tutelables a través de estos remedios, pues en el derogado CPC de 1912, con la tercería (en ese entonces llamada) "excluyente" el tercerista

no solo podía oponer su propiedad sino también cualquier "otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate", mientras que con la tercería (que llamaba) "de pago", *no solo* se podía pretender ser pagado "antes" que el ejecutante, sino también "concurriendo con él" (art. 743).

El hecho de que el Código vigente no haya repetido la (magnífica) fórmula del artículo 743 del CPC de 1912, más que probablemente, responde a que para la redacción su artículo 533 (en rigor de todos los artículos que componen este subcapítulo) se utilizó como "plantilla" el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino (en cuyo art. 97 establece: "Las tercerías *deberán* fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante" [cursivas agregadas]), dando, como consecuencia, la apariencia de que la únicas situaciones legitimantes de nuestras tercerías sean la propiedad y las preferencias creditorias, lo que, como se verá, no es así.

2.1. Los terceros legitimados en la tercería "de propiedad"

La posibilidad de que un tercero se oponga a una ejecución pendiente *inter alios* fundándose en la *propiedad* de los bienes embargados es muy antigua, encontrando su origen en la *controversia de proprietate* que podía plantear un tercero frente al *pignus in causa iudicati captum* con el objeto de liberar su bien de la ejecución (reconocida por un rescripto de Caracalla, pp. 221-222: *Lex a divo Pio* [Digesto, 42, 1, 15, § 4]: Zanzucchi, 1946: p. 305; Liebman, 1946: p. 176 y ss.; Punzi, 1960: p. 961; Bove, 1996: pp. 222, 229 y ss.) y que, más adelante, en el medioevo, los doctores del derecho común interpretaron extensivamente, en el sentido de que los terceros no solo podían oponer su propiedad sobre los bienes objeto de ejecución, sino cualquier otro *meliora et potiora iura* que tuvieran sobre ellos (Zanzucchi, 1946: p. 307).

Esta impronta del derecho común medieval es muy visible aún en el ordenamiento procesal alemán. Es así que el § 771 de la ZPO alemana (que como se sabe es de 1877), legitima el planteamiento de la demanda de oposición de terceros (*Drittwiderspruchsklage*) a cualquiera que "manifieste que le corresponde *un derecho* con relación al objeto de la ejecución que *impida* su enajenación" (cursivas agregadas, nótese la semejanza con la fórmula del art. 743 del CPC de 1912).

De la extensión de la legitimación es fiel testimonio el Código Alfonsino, en cuya Partida Tercera, Título 27, Ley III (*En qué cosas se deben complir los juicios que son valederos*), se recoge la *Lex a divo Pio* en su versión "ampliada":

> "Et si por ventura en compliendo el juicio acaeciera contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega, diciendo algunos que eran suyas, *ó que habien derecho en ellas*, et non daquel contra quien fue dada la sentencia,

> entonce debe el judgador llanamente saber si es verdat lo que dicen, et si fallare que es así deben dexar aquellas cosas, et cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son sin contienda" [cursivas agregadas].

Si se tiene presente este dato histórico, se entiende la razón por la cual HEVIA BOLAÑOS (cuya obra es del Siglo XVII), como recordado al inicio de la precedente sección, considerara como terceros opositores no solo a los que alegaran "ser suyos los bienes executados" sino también a aquellos que tenían "derechos en ellos".

Curiosamente, mientras que en el derecho intermedio europeo se llegó a permitir el planteamiento de la oposición de terceros a la ejecución a todo aquel que tuviera un mejor y preferente derecho sobre los bienes objeto de ejecución, en las codificaciones españolas del siglo XIX, se volverá, en cierta medida, a la (restrictiva) fórmula originaria romana.

Es así que la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830, en su artículo 380, restringió la "oposición del tercero en los procedimientos ejecutivos" a quienes la fundaran en "título de dominio en los bienes ejecutados", fórmula que se repetirá en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855 (art. 995) y en la de 1881 (art. 1532). Será recién la LEC 2000 (pese a mantener la denominación de tercería "de dominio") la que extenderá explícitamente la legitimación para plantearla a "quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado" (art. 595.2), esto es, a los titulares de los créditos embargados, titulares de derechos reales menores, etc. (VEGAS TORRES, 2005: p. 154).

Si se tienen en cuenta estos antecedentes, se entenderá lo sorprendente que resulta la fórmula del artículo 533, pues a estar a su "sólo", resultaría que, en términos de protección de los terceros frente a los perjuicios que les podría provocar una ejecución dineraria (presente o futura), el CPC sería mucho más retrógrada que las codificaciones españolas del siglo XIX.

Sin embargo, en otra parte del CPC se ha previsto que *esos mismos terceros* del artículo 533 puedan "intervenir" en un proceso, a los efectos de que "se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o *sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar*" [cursivas agregadas] (v. art. 100). Como esta (así llamada) "intervención" se rige por las normas de las tercerías (último párrafo del art. 100), resulta que el "solo" del artículo 533 entra en directa colisión con el primer párrafo del artículo 100.

Para (tratar) de entender cómo así el CPC tiene dos disposiciones contradictorias sobre la misma institución, es bueno tener en cuenta que así como el artículo 533

es una adaptación del artículo 97 del Código de la Nación argentino, el artículo 100 es una adaptación del artículo 335.1 del Código General del Proceso uruguayo ("La tercería en procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares, promovida por quien comparezca a raíz *de alguna medida cautelar tomada sobre bienes de su propiedad o sobre los cuales tuviere un mejor derecho que el embargante,* se sustanciará [...]"). Solo que, mientras que en el derecho argentino las tercerías no son tratadas (en la ley) como fenómenos de intervención de terceros, en el derecho uruguayo sí, tanto es así que *toda* intervención de terceros es llamada "tercería".

Sin embargo, hay que tener presente que cuando el artículo 335.1 del Código uruguayo indica que el tercero puede hacer valer un "mejor derecho que el embargante", está aludiendo a un "mejor" derecho de crédito (esto es, un derecho a ser pagado antes que el embargante por tener una preferencia creditoria) y no otro derecho (distinto de la propiedad) sobre los bienes. En cambio, el artículo 100, pese a reproducir (más o menos) en su primer párrafo la fórmula uruguaya, en el segundo agrega que "también puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada. *Ergo*, el "mejor derecho" del primer párrafo del artículo 100, al menos en la mente de quien lo escribió, es un "derecho" distinto de aquel del segundo.

¿Cómo se explica? Pues la única (lamentable) explicación está en la "técnica" legislativa utilizada en la elaboración del CPC: no teniéndose ideas claras sobre el qué hacer, se tomó de aquí y de allá de las diversas codificaciones procesales iberoamericanas, creándose así un Código hecho de retazos de otros, lleno, como tal, de contradicciones internas, cual desordenado manto de Arlequín.

Con todo, de la antinomia entre el artículo 533 y el primer párrafo del artículo 100, se puede extraer un dato positivo: que el tercerista "en propiedad" *no solo* puede hacer valer su derecho de propiedad sobre los bienes "afectados" sino, tal cual en el derecho intermedio europeo y durante la vigencia del CPC de 1912, cualquier otro "mejor derecho" sobre tales bienes, esto es un derecho que se quiere *venga respetado* en las operaciones de ejecución.

Ahora, ¿cuáles derechos (distinto del de propiedad) podría pretender oponer el tercerista a través de la (impropiamente) llamada tercería "de propiedad"? Pues todos aquellos que podrían *perjudicarse* si llegara a *consumarse* la enajenación forzada de los bienes objeto de la ejecución (presente o futura), ya sea a través del remate judicial o a través de la adjudicación (satisfactiva) al acreedor ejecutante.

Así estará legitimado para plantear la demanda de tercería "de propiedad", además (y obviamente) del que alegue ser copropietario del bien, aquel que se afirme titular de derechos reales *in re aliena* (usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbres) y, además, los derechos que confiere la constitución de anticresis (por

cierto, expresamente mencionada por el art. 755 del CPC de 1912). Cabe precisar que las situaciones sustanciales indicadas podrían perjudicarse con la enajenación forzada de los bienes siempre que tales bienes se hubieran embargado como de propiedad *plena* del ejecutado y libres de toda carga (esto es, como si no existieran los derechos alegados por el tercero), pues de ser así, una vez enajenados, pasarán libres al patrimonio del adjudicatario (y si inscritas después de la anotación del embargo, serán canceladas: v. inc. 2 del art. 739).

En cambio, no estarán legitimados para plantear la tercería "de propiedad" aquellos terceros titulares de derechos reales de garantía, como la hipoteca, la garantía mobiliaria y, a estar al artículo 1129 CC, el que ejercita derecho de retención, pues teniendo estos únicamente derecho al valor de cambio del bien gravado, sus derechos deberán hacerse valer a través de la "otra" tercería: la de preferencia.

Es discutible que la titularidad de derechos personales de terceros sobre el bien puedan legitimar el planteamiento de la tercería "de propiedad", aunque no hay que descartarlo. Ciertamente, cuando el embargo haya recaído en derechos créditos, estará legitimado para plantear la tercería "de propiedad" el que se afirme titular del crédito embargado.

En suma pues, la legitimación para el planteamiento de la demanda de tercería "de propiedad" no se agota en quien alegue la "propiedad", sino que, gracias al error "técnico" del artículo 100, se extiende a todo tercero que considere tener un "mejor derecho" esto es un derecho que se afirme oponible a la ejecución (en curso o futura).

2.2. Los legitimados en la tercería de "preferencia de pago"

La indivualización de los terceros legitimados para el planteamiento la tercería de preferencia de pago es un tanto más sencilla que la "de propiedad", pues la situación sustancial legitimante es solo una: que se trate de un tercer acreedor, esto es, un acreedor distinto de aquél a cuyo favor se ha dispuesto el embargo y, en línea de principio, del mismo deudor embargado.

Empero, para estar legitimado al planteamiento de esta tercería, no basta afirmar ser tercero acreedor del mismo deudor, sino que se debe afirmar que el crédito goza de una causa de prelación, esto es, debe afirmar que su crédito es preferente al del acreedor ejecutante.

Para entender esta figura de tercería hay que tener en cuenta que nuestro sistema, respecto de la ejecución dineraria singular, sigue (más o menos) el modelo que ZANZUCCHI llamó de "ejecución dineraria en base a exclusión" (1946: p. 60), esto es, aquel en el que "el acreedor procedente tiene derecho de satisfacerse sobre

la cosa en ejecución con exclusión de otros acreedores" (ZANZUCCHI, 1946: p. 60). A tal modelo, propio del derecho justinianeo (seguido en el derecho intermedio europeo, en el derecho alemán y austriaco actual, así como en el español), se le contrapone el modelo de "ejecución en base a inclusión" (ZANZUCCHI, 1946: p. 60), propio del tardo derecho consuetudinario francés, adoptado, luego, en la codificación napoleónica y en la italiana de 1865, en el que "la ejecución dineraria está conducida en el interés de todos los acreedores, que quieran participar en ella" (ZANZUCCHI, 1946: p. 60), sin que, como consecuencia, el ejecutante inicial, por la única circunstancia de ser el primero que toma la iniciativa, adquiera preferencia alguna.

En un modelo "en base a exclusión", toda la actividad ejecutiva está enderezada a satisfacer al acreedor que toma la iniciativa, el cual, justamente con el embargo, adquiere un derecho de prelación (los españoles le llaman "prevención": v., por todos, MONTERO AROCA, 1996: p. 564 y ss.) en virtud del cual, si otro acreedor embarga el mismo bien, el primero prevalece sobre el siguiente (*prior in tempore, potior in iure*). Este derecho de prelación que nace del embargo, está hoy establecido en el (poco claro) artículo 639 (v.).

De allí la necesitad de un mecanismo para que *otros* acreedores puedan revertir la situación y hacer valer su preferencia creditoria: la tercería, justamente llamada, "de preferencia de pago", cual medio técnico para provocar un concurso de acreedores en la ejecución singular.

Ahora, ¿cuáles terceros acreedores estarán legitimados para plantear nuestra tercería de "preferencia de pago"? Pues obviamente todos aquellos que consideren que gozan de una preferencia creditoria. Así, los acreedores que gocen de un privilegio legal general (acreedores laborales, alimenticios, tributarios) o especial (como el del hospedante respecto de los bienes dejados por el huesped: art. 1717 del CC). En atención a que el CPC de 1993 no optó por un sistema de "subsistencia de cargas anteriores" (o si se prefiere, de "gravámenes"), sino el su total purgación (v. inc. 2 del art. 739), también estarán legitimados aquellos acreedores con derechos de preferencia generados por la constitución de derechos reales de garantía o por un embargo trabado con anterioridad al del ejecutante.

Las indicadas situaciones legitimantes son las más obvias, pero también puede haber otras más complejas, como las que se producen cuando por una deuda del heredero se embarga un bien heredado y el acreedor del causante alegue la preferencia de su crédito ex artículo 872 del CC, o cuando se embarga el bien cuya transferencia ha sido declarada ineficaz ex artículo 195 del CC por una deuda del adquirente y el tercero acreedor sea el beneficiario de la declaración de ineficacia (v. art. 199 del CC).

Así pues, en general, podrá plantear la tercería de preferencia de pago, todo acreedor que afirme tener *una causa de prelación* en su crédito reconocida así por el derecho sustancial, lo que conlleva que no estarán, obviamente, legitimados aquellos acreedores que afirmen tener "igual" o posterior derecho que el ejecutante, aunque para estos últimos la "solución" sería intervenir en la ejecución pendiente conforme a la figura poco lograda del artículo 726 (v).

3. OBJETO DE LAS TERCERÍAS

Si las situaciones legitimantes para el planteamiento de las demandas de tercería indicadas en las secciones precedentes, permiten, además, individualizar cuáles pueden ser sus posibles *causas de pedir* (el "fundamento", como reza la sumilla del art. 533), en ninguna de las disposiciones del subcapítulo, se indica cuál sea su *petitum*.

Esta omisión no es de poca monta, pues involucra la naturaleza de la pretensión ejercitada por el tercero y, como consecuencia, el *sobre qué* el juez de la tercería deberá pronunciarse. En tal línea, la pregunta es ¿qué *pretende* el tercerista?

La respuesta parece venirnos del artículo 100, ya visto. Conforme a él el tercero pretendería o que "*se le reconozca* su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar" o que se "*le reconozca* derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada".

Si nos atenemos al "se le reconozca" que aparece en el artículo 100, parecería que en ambas tercerías la pretensión ejercitada por el tercero fuera "meramente declarativa". Así, en la tercería de "propiedad": que se "reconozca" (esto es, que se declare) que es el propietario (o copropietario, o usufructuario, o superficiario, etc.) del bien embargado; en la tercería de preferencia de pago: que se "reconozca" (o sea, que se declare) que es acreedor preferente "respecto de lo obtenido en la ejecución forzada".

¿Pero es que nada más pretende el tercero? ¿De qué le serviría obtener esta mera declaración? Si como se dijo líneas arriba la función de las llamadas tercerías es evitar los perjuicios que una ejecución dineraria (presente o futura) pueda provocar en la esfera jurídico-patrimonial de terceros, resulta evidente que una mera declaración no es suficiente.

Y para abordar este tema conviene, nuevamente, "divorciar" a las dos tercerías, pues así como la causa de pedir es del todo distinta en una y otra, el *petitum* también lo es.

Veamos.

3.1. Objeto de la demanda en la tercería "de propiedad"

Lo primero que hay que precisar es que el tercerista, no siendo parte en el proceso en el que se ha dispuesto el embargo, no puede poner en cuestión ni el derecho de crédito del embargante ni la regularidad del embargo en sí. Lo que el tercerista, con su demanda, pone en cuestión es la titularidad del bien sobre el que recae el embargo, esto es, que el bien no responde por la obligación porque no le pertenece al deudor-parte sino a él. El tercerista, pues, cuestiona el "con qué" se pretende satisfacer (ya o algún día) el derecho del embargante y no el que deba ser satisfecho.

Y, justamente, siendo esta la cuestión que levanta el tercerista, su demanda no puede tener como mero objeto que "se le reconozca" el derecho sobre el bien embargado (mera declaración positiva) y, como consecuencia, que el deudor no tiene esa titularidad (mera declaración negativa), sino que ese "reconocimiento" es el presupuesto, para algo más: que el embargo venga *levantado* o, por lo menos, *limitado*. Ello estaba más que claro en el CPC de 1912 (v. sus arts. 749 y 745) y es lo que cotidianamente *piden* los terceristas en "propiedad" (y es lo que, también, cotidianamente, disponen los jueces cuando estiman la demanda).

Por tanto, aunque en ningún lado del muy "científico" CPC se diga cuál es el *petitum* en las tercerías "de propiedad", debemos tener la certeza de que lo que pide es que se levante (o limite) el embargo, que es como decir, que el objeto de la demanda (el *petitum*) es liberar el bien del vínculo del embargo, o si se prefiere el neologismo del art. 624 (v.), "desafectarlo" (total o parcialmente).

Si esto es así, emerge la nota peculiar de nuestra tercería "de propiedad": si bien su promoción da lugar a un proceso declarativo *plenario* (v., *infra*, comentario *sub* art. 535, 2) que se sustancia bajo las reglas del proceso abreviado, su *objeto* es obtener una declaración de liberación (total o parcial) del bien embargado en *otro* proceso. Por tanto, aunque se trate de un proceso procedimentalmente "autónomo" de aquel en donde se dictó el embargo (en rigor, es un proceso "colateral"), su objetivo es *incidir* en ese otro proceso, en la parte y solo en la parte, en que amenaza perjudicar al tercero. De allí que bien se puede decir que el proceso de tercería "de propiedad" es un proceso *incidente* (en el sentido de que "incide", esto es, que repercute) sobre el proceso en el que se dispuso el embargo (proceso *incidido*), en cuanto de la solución del primero *depende* la rumbo del segundo (tanto es así que, como se verá sub artículo 536, la admisión de la demanda de tercería, *ex lege,* suspende la ejecución en el preciso momento que el derecho del tercerista podría perjudicarse: cuando se deba proceder al remate judicial).

De allí que no andan errados quienes, en la doctrina española, consideran que con la (llamada en España) "tercería de dominio" se ejercita una "pretensión

constitutiva de carácter procesal" (MONTERO AROCA; FLORS MATÍES, 2004: p. 1580 [aunque la tesis es de FERNÁNDEZ BALLESTEROS]; VEGAS TORRES, 2005; p. 153), "pues su finalidad esencial es la de sustituir una determinada situación jurídica actual (el embargo) por otra diferente (su alzamiento), y esa misma conceptualización es la que ha de merecer la resolución judicial en que así se acuerde" (MONTERO AROCA; FLORS MATÍES, 2004: p. 1580).

La indicada conceptuación (que también fue sostenida por un sector de la doctrina alemana respecto de la *Drittwiderspruchsklage*: cfr., en crítica, BOVE, 1996: p. 218; lo sostuvo GUALANDI, 1960: p. 1467 y ss.) es aceptable, siempre que quede claro que el tercero no funda su pretensión en una cuestión de orden procesal, sino inequívocamente sustancial (y que se resuelve con criterios sustanciales), pero su objeto (*petitum*) sí es procesal: que se deje sin efecto el embargo o que, en todo caso, venga limitado respetando el derecho del tercerista.

De allí (es inevitable decirlo) la erroneidad de considerar que la demanda de tercería "de propiedad" dé lugar a un fenómeno de intervención de terceros como nos lo dice el CPC (v. art. 100). El tercerista "en propiedad" no es un interviniente en el proceso en el que se dictó el embargo, por la simple razón que él no se *inserta*, como parte, en ese proceso para hacer valer *su* pretensión contra las partes originarias de aquel (como ocurre en la intervención principal, v. art. 99). No, el tercerista actúa en un proceso "paralelo" que, *ex lege*, *incide* sobre el otro, cual *remedio preventivo* de los perjuicios le que podrían producir las (actuales o futuras) actuaciones ejecutivas en la ésfera jurídico-patrimonial del tercero.

3.2. Objeto de la demanda de tercería de preferencia de pago

Determinar el *petitum* de la tercería de preferencia de pago es un tanto más sencillo. Lo que ciertamente debe descartarse es que también en este caso estemos ante una pretensión meramente declarativa (que únicamente se "reconozca" que tiene un derecho de crédito "preferente" al de aquél del acreedor-embargante).

De hecho, el tercerista-acreedor (*rectius*, que se afirma acreedor) no pretende un mero "reconocimiento" de la preferencia de su crédito: quiere que se le pague, esto es ser satisfecho en su crédito en un proceso (el de ejecución) en el que no es el ejecutante originario.

Esto ya coloca al tercerista "en preferencia" en una posición del todo distinta de aquel "en propiedad" (y nos permite apreciar la erroneaidad de tratar a las dos tercerías conjuntamente). En efecto, si el tercerista en propiedad no quiere para nada convertirse en parte en el proceso en el que se dictó el embargo (sino todo lo contrario), el tercerista "en preferencia", por el contrario, pretende subirse al carro de la ejecución iniciada por otro, para desplazarlo. De allí que la tercería de

preferencia de pago *se aproxime* mucho a un fenómeno de intervención, en cuanto el tercerista-acreedor *sí quiere ser parte en la ejecución*, tan parte que pretende lo que le correspondería exclusivamente al ejecutante y, eventualmente, al ejecutado, de haber un sobrante, tras la satisfacción del ejecutante (se regresará., *infra*, comentario sub art. 537).

Por tanto, la demanda de "tercería de preferencia de pago" contiene una (muy sui géneris) pretensión: una suerte de mezcla de pretensión constitutiva y, a su vez, de condena. Pretensión constitutiva, porque lo que pretende el tercerista es "enervar el derecho del ejecutante a percibir el producto de la realización de los bienes embargados" (VEGAS TORRES, 2005: p. 191), esto es, *aniquilar* ese derecho exclusivo del primigenio ejecutante a ser satisfecho con cargo al producto de la enajenación del bien objeto de la actividad ejecutiva (derecho inherente al modelo de ejecución singular "en base a exclusión", v. *supra*, 2.2); pretensión "de condena" porque el tercerista persigue que se ordene el "pago" (*rectius*, la satisfacción de su crédito) con cargo al producto de la enajenación forzada de los indicados bienes.

En tal línea es bueno evidenciar que, en atención a su objeto, la demanda de tercería "de preferencia de pago" cumple la función de ser el medio para promover un conflicto entre el acreedor-ejecutante y el tercerista-acreedor (en donde "tercia" el deudor ejecutado, v. *infra,* 4) en relación a una ejecución singular que, por definición, es de "puertas cerradas", esto es, enderezada exclusiva y excluyentemente, a la satisfacción del ejecutante. La tercería de preferencia de pago, pues, "equivale", en cierta medida, a las controversias distributivas que se pueden suscitar en aquellos ordenamientos "en base a inclusión" (v. *supra*, 2.2), en donde, en línea de principio, *todo* acreedor puede intervenir en una ejecución dineraria promovida por otro, a los efectos de ser satisfecho también él con el producto de la ejecución (*par condicio creditorum*) (v. art. 512 CPC italiano: BOVE, 2006: p. 252 y ss.).

Sin embargo, si el conflicto entre acreedores que promueve la tercería de preferencia de pago es funcionalmente "equivalente" a las controversias distributivas de aquellos sistemas de ejecución dineraria en base a inclusión, no es para nada igual, pues en aquellos, los acreedores distintos del ejecutante, primero intervienen (convirtiéndose en parte en la ejecución) y, luego, una vez graduados los varios créditos por el ejecutor, *recién* pueden plantearse las controversias distributivas entre los diversos acreedores concurrentes. En cambio, en nuestro sistema, la promoción de la tercería "de preferencia de pago" es *un prius* a la intervención (como parte ejecutante o, mejor, co-ejecutante) del tercerista-acreedor en la ejecución dineraria, en el sentido de que (salvo la posibilidad que el art. 537 da al tercerista para "intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien") para poder satisfacerse en su crédito con el producto de la enajenación forzada

de los bienes embargados, previamente debe haberse resuelto favorablemente su pretensión en el proceso de tercería (de allí que la [mal llamada] "intervención de acreedor no ejecutante" del art. 726, sea un cuerpo extraño en nuestro sistema de ejecución: ARIANO DEHO, 2009: p. 48 y ss.).

En suma, el proceso de tercería de preferencia de pago, al igual que el de tercería "de propiedad", es un proceso declarativo que se desarrolla de manera colateral al de ejecución, pero cuyo objetivo final es participar como parte ejecutante en la fase satisfactiva de la ejecución. En tal línea, el proceso de tercería "de preferencia de pago" es (al igual que el proceso de tercería "de propiedad"), un proceso *incidente* sobre el proceso de ejecución (proceso *incidido*) en cuanto de su solución *depende* su último acto: el (llamado) "pago al ejecutante" del artículo 747 (y su subrogado, la adjudicación "en pago" de los arts. 742-744).

4. LEGITIMACIÓN PASIVA

Hechas las precedentes precisiones sobre el objeto de las dos demandas de tercerías, se puede pasar a tratar el tema de la legitimación pasiva, esto es, la determinación de quién *deba* ocupar la posición de demandado.

Este tema parece no presentar ningún problema por cuanto el propio artículo 533 señala que "la demanda de] tercería se entiende con el demandante y el demandado" (habría sido más correcto: embargante y embargado; ejecutante y ejecutado, pero el CPC ha preferido la más etérea fórmula "demandante y demandado").

Ahora, que las demandas de tercería (ambas) deban "entenderse" con las partes del proceso de ejecución es algo que nunca, en la tradición hispánica, se ha puesto en cuestión. Ya HEVIA BOLAÑOS decía que "[de] la oposición hecha por el tercero opositor se ha de dar traslado al executado, y executante" (1797: p. 170) y, con esas mismas palabras, lo establecía el artículo 537 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830 (luego, el art. 998 de la LEC 1955 y el art. 1539 de la LEC de 1881); nuestro Código de 1852 lo estableció en el artículo 1219 y el CPC de 1912 en su artículo 746. La LEC 2000, por el contrario, ha roto con la tradición dando unas reglas diferenciadas sobre la legitimación pasiva (v. art. 600 para la tercería de dominio y art. 617 para la tercería de mejor derecho) de las que resulta que mientras el ejecutante siempre es el demandado, no ocurre lo propio respecto del ejecutado.

Con todo, entre nosotros, resulta inequívoco que, en ambas tercerías, *deben* ocupar la posición de demandados los sujetos-parte del proceso (que hemos llamado) "incidido" por el proceso de tercería. Estamos pues ante un caso de litisconsorcio necesario legal.

Ahora bien, si la ley no lo dijera, la solución sería la misma, porque todas las partes del proceso incidido son los destinatarios de los efectos de la decisión que se tome en el proceso de tercería (que es el criterio general para determinar a la legitimación: FAZZALARI, 1983: p. 200 y ss.). Así:

a) En la tercería "de propiedad", dado que esta tiene por objeto el levantamiento (total o parcial) del embargo (v. *supra*, 3.1.), es evidente que ello afecta (*rectius*, puede afectar si la demanda se estima) tanto al acreedor embargante como al deudor embargado. El primero, por la obvia razón de que el bien-instrumento para la satisfacción de su crédito podría venir liberado (total o parcialmente) del vínculo del embargo (con todas las consecuencias que de ello se pueden derivar para el acreedor: tener que buscar otros bienes en el patrimonio del deudor; que, si la liberación es parcial, el valor de lo que resultará embargado sea menor al importe de su crédito, etc.); el segundo, porque el bien embargado ha sido embargado como de su titularidad (que es lo que el tercero pone en cuestión), por lo que su legitimación pasiva es evidente (estaría expuesto, si la demanda se estima a que se embarguen otros bienes suyos y, de no tenerlos, a que sea declarado, inclusive, "deudor judicial moroso", v. art. 692-A, etc.).

b) En la tercería "de preferencia de pago", aunque promueve un conflicto entre el acreedor ejecutante y el tercero (por lo que la legitimación pasiva del primero está descontada), desde el momento que el tercero afirma ser también él acreedor del ejecutado, es evidente que se deba colocarlo como demandado, cual legítimo contradictor (que además podría tener la legítima expectativa al remanente tras el pago al ejecutante).

Ahora, el que estemos ante un caso de litisconsorcio necesario trae una consecuencia: si solo uno de los demandados se allana, tal allanamiento será improcedente (v. inc. 6 del art. 332), aunque el comportamiento no resistente de alguno de los demandados puede ser relevante, una vez resuelta la tercería, ya sea a favor o en contra del tercero, en términos de responsabilidad por los daños (v. comentario sub art. 538).

5. TERCERÍAS Y EJECUCIÓN GARANTÍAS

El CPC de 1993, frente a lo existente en el Código precedente, trajo una novedad: la previsión de un proceso *específico* de ejecución de garantías reales, una de cuyas "especificidades" está justamente en que para proceder a la realización de los bienes dados en garantía no ser requiere de su *previo* embargo.

Esta omisión, más que probablemente fundada en la incomprensión de la función que desempeña el embargo en la ejecución dineraria (tanta incomprensión que el CPC no lo considera un acto de ejecución sino, siempre y en todo caso, una

medida simplemente cautelar) ha traído secuela también en el campo de las tercerías, en particular, la "de propiedad".

En efecto, si se parte de la "idea" de que el objeto de la tercería "de propiedad" es "levantar" el embargo trabado sobre determinados bienes (v. *supra*, 3.1), no existiendo tal acto en la ejecución de garantías reales, era del todo legítimo plantearse la cuestión de su procedencia respecto de esta tan "especial" ejecución.

Sobre este particular, conviene recordar que durante la vigencia del CPC de 1912 el embargo era un acto inherente a toda ejecución dineraria, esto es tanto del "juicio ejecutivo" (art. 612) como de la "ejecución de sentencia" (art. 1147), tanto es así que al tratar de la "venta" (arts. 683 y ss.) se hacía inequívocamente referencia a los "bienes embargados". El embargo siendo acto de la ejecución debía realizarse incluso cuando el acreedor tuviera constituida a su favor hipoteca o prenda. Es más, de haber hipoteca o prenda el embargo *debía* recaer sobre los bienes prendados o hipotecados (art. 612).

Como consecuencia, a estar a que el artículo 742 del CPC de 1912, señalaba que "trabado un embargo [podía] salir tercera persona, formulando oposición", nadie podía dudar de la procedencia de una tercería "excluyente" en relación a bienes prendados o hipotecados (y luego embargados), pues su objeto era simplemente liberar el bien del vínculo del embargo, o dicho de otra manera, que *esa* ejecución no se siguiera con *ese* bien. Nada más.

Además, hay que tener en cuenta que al momento de la promulgación de nuestro vigente CPC, algunos acreedores (bancos estatales de fomento, empresas estatales de derecho público y privado, determinados acreedores hipotecarios o, en general, las instituciones bancarias y financieras) gozaban de sendos procedimientos "especiales" de "ejecución de garantías", los que teniendo como objeto *exclusivo* el remate de los bienes dados en garantía, prescindían del embargo, lo que sí planteaba el problema de la "procedencia" de las tercerías.

Y es así que la que podemos llamar la "ley madre" de estos procedimientos especiales, o sea la Ley Orgánica del Banco Central Hipotecario, resolvía nuestro problema disponiendo que: "Ningún juez admitirá a tercería excluyente de dominio o de preferencia para el pago si la demanda no está acompañada de escritura pública, registrada en debida forma y con fecha anterior a la escritura de préstamo del Banco" (art. 53, D. Leg. N° 204; idéntica disposición existía en el art. 50 del D. Leg. N° 203, Ley Orgánica del Banco de Vivienda del Perú).

Ergo, las tercerías (las dos), en principio, procedían. No se indicaban ni el procedimiento, ni sus efectos en el supuesto de ser estimada, pero, definitivamente, aún dentro de su casi imposible supuesto, la tercería procedía.

Asimismo, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (D. Leg. N° 637 del 25 de abril de 1991), la última emitida antes del CPC vigente, tenía una norma mucho más blanda (y racional): quien tuviera derechos incompatibles con la venta, podía interponer tercería excluyente, la que solo suspendería el remate si se recaudaba con instrumento público inscrito (art. 195). Como se ve la norma era muy sabia, pues la necesidad del "instrumento público inscrito" incidía no sobre la "admisibilidad" o "procedencia" de la tercería sino sobre la suspensión del remate (v. *infra*, comentario *sub* art. 536).

Así las cosas, cuando sobrevino el CPC de 1993, pese a derogar todos los diversos procedimientos *especiales* de ejecución de garantías reales y sustituirlos por una ejecución *específica* (pero a la vez *general,* o sea, a favor de todo acreedor que contara con "una" garantía real), no se dio el trabajo de dedicar palabra alguna respecto de las tercerías (v. en cambio, las articuladas previsiones de la LEC 2000, art. 696 y ss.).

Ello condujo a que nuestros jueces se plantearan la duda sobre si era "jurídicamente posible" interponer una tercería "de propiedad" cuando la ejecución se articulara por los cauces del artículo 720 y ss.

Sobre el tema se produjo una suerte de anarquía, pues hubo casos en los que se afirmó expresamente su "procedencia" y otros (la mayoría) en que se consideró "improcedente" por ser "jurídicamente imposible", en particular tratándose de inmuebles, por aplicación del artículo 2022 CC (Ariano Deho, 2006: p. 27 y ss.).

Fiel reflejo de la duda es que el tema de la procedente de nuestra tercería fue objeto de debate en el Pleno Jurisdiccional Civil realizado en la ciudad de Tacna en agosto del 2000, en el que se "acordó" (por mayoría) que "la demanda de tercería de propiedad contra una garantía real constituye un petitorio jurídicamente imposible", y ello sustancialmente porque una hipoteca o una prenda no constituyen "medidas" dictadas por el juez (escapando a la previsión del art. 533 que solo hace referencia a "medida cautelar o para la ejecución"), por lo que no se podría "dejar sin efecto" por el juez a través de una tercería.

Es decir, la "imposibilidad jurídica" de la demanda de tercería oscilaba entre quienes consideraban que existía una imposibilidad por el objeto (*petitum*: "levantar" una hipoteca o, cuando existía con ese nombre, prenda) y una imposibilidad por el concreto título (*causa petendi:* querer oponer un derecho real a quien tiene previamente inscrito el suyo) y todo ello porque el legislador procesal no se planteó siquiera el problema habiendo debido hacerlo.

Ahora, es bueno aclarar que si por regla la tercería "de propiedad" tiene por objeto levantar el embargo (pues es el acto que vincula el bien a la ejecución), en

una ejecución que prescinde de él (como lo es justamente la ejecución de garantías de reales), se habría perfectamente podido establecer que, para este caso, la demanda no tuviera por objeto "levantar" la garantía real, sino: a) no se llevara adelante con ese bien que el tercero alega que le pertenece; o b) se lleve adelante con ese bien pero teniéndose en cuenta el derecho del tercerista sobre el bien (copropiedad, superficie, usufructo, uso y habitación, servidumbre, etc.). Ello no se hizo, dando lugar al desconcierto mencionado.

La "solución" a este tema, auspiciada, primero (v. LAMA MORE, 2007: p. 117) y, luego, saludada (GONZALES BARRÓN, 2014: p. 111 y ss.), la dio el legislador, mediante el Decreto Legislativo N° 1069, que agregó el segundo párrafo del artículo 533, permitiendo el planteamiento de la tercería fundada "en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación", esto es, nos introdujo un *criterio sustancial con relevancia procesal*, no muy distinto del que otrora rigiera para las ejecuciones de hipotecas constituidas a favor del Banco Central Hipotecario del Perú (*et similia*).

Con ello, el legislador ha puesto solo un "parche" al problema, más no lo ha resuelto en absoluto, pues, a fin de cuentas ha privado al tercero (salvo en el inverosímil supuesto de tener el derecho alegado previamente inscrito, que en buena cuenta solo puede ocurrir en el caso patológico de duplicidad de partidas registrales) del medio para evitar la consumación –según la muy eficaz expresión de BOVE (1996: p. 200)– de una "ejecución injusta por el objeto".

Por el contrario, tratándose de la procedencia de la demanda de tercería de preferencia de pago, nunca ha surgido ninguna duda, tanto es así que vienen planteadas cotidianamente (en particular, por acreedores laborales).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2009): *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil.* Lima: Gaceta Jurídica; BOVE, Mauro (2006): "La distribuzione". En: Giampiero Balena y Mauro Bove. *Le riforme più recenti del processo civile.* Cacucci: Bari; BOVE, Mauro (1996): *Esecuzione forzata ingiusta.* Turín: Giappichelli; VICENTE [Y CARAVANTES], José de (1842): *Nuevo manual de práctica forense.* Madrid: Imprenta Omaña; COMITÉ DE REFORMA PROCESAL (1912): *Exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles.* Lima: Casa Editora Sanmartí; ESCRICHE, Joaquín (1847): "Juicio ejecutivo". En: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3ª ed. tomo II. Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja; FAZZALARI, Elio (1983): *Istituzioni di Diritto Processuale*, 3ª ed. Cedam: Padua; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel (1848): *Tratado académico forense de procedimiento judicial,* tomo II. Madrid: Librería de don Ángel Calleja; GONZALES BARRÓN, Günther (2014): "Tercería de propiedad". En: Günther Gonzalez Barrón y José Antonio

Álvarez Caperochipi. *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles.* Lima: Jurista Editores; GUALANDI, Angelo (1960): "Responsabilità per l'espropriazione e per il sequestro dei beni di un terzo". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; HEVIA BOLAÑOS, Juan (s/f): *Curia Philipica.* Edición faximilar de la edición de 1797. Valladolid: Lex Nova; LAMA MORE, Héctor (2007): "Comentarios y reflexiones acerca de las tercerías de propiedad contra hipotecas y garantías reales inscritas". En: *Revista oficial del Poder Judicial.* N° 1/2; LIEBMAN, Enrico Tullio (1946): *Processo de execução.* São Paulo: Saraiva; MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (1996): "Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral". En: *Ensayos de Derecho Procesal.* Barcelona: J. M. Bosch; PUNZI, Carmine (1960): "L'applicabilità dell'opposizione del terzo (*ex* art. 619 del CPC all'esecuzione in forma specifica". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile;* TAPIA, Eugenio de (1837): *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo quinto, 3ª ed. Valencia: Imprenta de don Idelfonso Monpiè de Monteagudo; VEGAS TORRES, Jaime (2005): "La ejecución dineraria". En: Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; ZANZUCCHI, Marco Tullio (1946): *Diritto Processuale Civile.* III. *Processo di esecuzione*, 3-4ª ed. Milán: Giuffrè.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La tercería de propiedad, llamada en doctrina como la oposición de terceros en la ejecución, tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo; sólo los bienes del deudor podrán servir de bienes - instrumento para la satisfacción del interés del acreedor, nunca de los terceros; es decir, la pauta interpretativa del fenómeno de la tercería se basa en el principio de responsabilidad patrimonial que en sentido procesal se puede expresar que toda ejecución dineraria parte de una premisa básica de orden sustancial; el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes que integran patrimonio - que deriva a su vez del principio de identidad que debe existir entre los sujetos de la obligación, el objeto de esta y su causa ***(Cas. N° 1532-2005-Lima)***.

En la tercería, el conflicto de intereses radica en el mejor derecho de propiedad que alega la actora en base a la prioridad registral en contraposición del que gozaría la parte demandada. La controversia en la tercería se circunscribe a los aspectos de índole obligacional, donde solo corresponde determinar el orden de prelación de los títulos, mas no se discute derechos de naturaleza real. La propiedad invocada por el tercero aludido como antítesis del que se encuentra premunido la demandante, no puede ser discutido en el proceso de tercería ***(Exp. N° 423-2002-Lima)***.

En el proceso de tercería corresponderá al demandante probar el derecho de propiedad que invoca respecto al bien afectado y la fecha desde la cual lo ostenta para lograr así oponerlo, debiendo el demandado favorecido con la medida cautelar o con la garantía en ejecución, por su parte, demostrar que entre el tercerista y el demandado en el proceso originario existe connivencia, para así desvirtuar la demanda ***(Cas. N° 2795-2000-Lima)***.

Artículo 534 | Oportunidad

La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor.
El juez competente es el juez del proceso en el que se interviene. (*)

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 533.

Eugenia Ariano Deho

1. INDIVIDUALIZACIÓN DEL *DIES A QUO*

El primer párrafo del artículo 534 fija el momento límite, el "hasta cuándo" se pueden plantear las demandas de tercería. Pero nos lo dice anteponiendo que pueden "interponerse en cualquier momento", planteando el problema de la determinación de su *dies a quo*.

En el CPC de 1912 el *dies a quo* se infería de su artículo 742: "Trabado un embargo (...) puede salir tercera persona, formulando oposición". Por tanto, estaba claro que el momento inicial para el planteamiento de las tercerías era el momento de la "traba" (esto es del perfeccionamiento) del embargo y no antes, lo cual, en aquellos tiempos, no representaba ningún problema porque la ejecución del embargo bien se podía producir a pocas horas de que hubiera sido ordenado.

El CPC, con sus enredos terminológicos, no queriendo emplear la palabra "embargo" donde tenía que emplearla, deja también él inferir "algo" parecido en el artículo 533: los bienes deben haber sido "afectados" "por medida cautelar o para la ejecución". ¿Significa esto que el embargo tiene que haberse ejecutado ya (anotándose en el registro que corresponda, tomándose los bienes tratándose de muebles, etc.)? ¿Si el tercero se entera (o lo "enteran"...) de la resolución que concede el embargo no podrá, por "prematura", plantear su demanda?

El problema no es meramente teórico (cuál es el momento de perfeccionamiento del embargo) sino también práctico y ha surgido en la praxis respecto (para variar) de la tercería "de propiedad", pues, en atención a la patológica ineficiencia de nuestro aparato judicial, es bien posible que exista un lapso temporal bastante

(*) 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.

amplio entre la fecha de concesión del embargo y su ejecución. Es así que han habido casos en los que se ha considerado improcedente una demanda de tercería "de propiedad" por haber sido planteada antes de la ejecución del embargo (ARIANO DEHO, 2004: p. 91 y ss.), solución absurda, porque si bien con esta tercería el tercero pretende *prevenir* el perjuicio que podría provocársele si ese embargo progresara hasta la enajenación forzada del bien, no hay que razonar mucho para considerar que también proceda cuando ese perjuicio esté meramente amenazado, esto es, cuando el embargo ya haya sido dispuesto pero aún no se haya "ejecutado" (lo que ocurrirá tarde o temprano).

Discurso distinto debe hacerse respecto de la tercería de preferencia de pago, pues en este caso, el tercero, a embargo dispuesto y no ejecutado, está a años luz de sufrir un perjuicio, en cuanto la prelación del crédito del embargante surge con la ejecución (v. art. 639). Es más, habría que considerar que aunque el embargo ya esté ejecutado, pero esté cumpliendo una mera función cautelar, esto es, de aseguramiento de la efectividad de la aún futura (y lejana...) ejecución, el tercero acreedor carezca aún de interés para demandar, en cuanto su perjuicio no está siquiera en situación de amenaza. De hecho, la tercería de preferencia de pago debería ser una figura privativa de la ejecución dineraria, en el sentido de que su *dies a quo* debería ser el inicio de la ejecución y no cuando exista un mero embargo cautelar (v., sobre el particular, la solución del art. 729 de la LEC española).

2. EL *DIES AD QUEM*

Los términos finales indicados en el artículo 534 confirman el nexo entre los procesos de tercería y la ejecución dineraria, tanto que los estadios de este último son los que entran en juego para determinar el límite temporal de la respectiva demanda.

Sin embargo, dado que los respectivos términos finales encuentran su razón en la diversidad del objeto de las demandas de tercería, conviene tratarlos por separado.

2.1. En la tercería "de propiedad"

Con toda simplicidad el artículo 534 establece que el momento final para el planteamiento de la tercería de propiedad es el del inicio del remate del bien.

Ello marca ya una diferencia con el momento final establecido en el CPC de 1912. Así disponía su artículo 747 que "la tercería excluyente no se admitirá después de aprobada la venta de los bienes que se refiera o de su adjudicación al ejecutante". La "aprobación de la venta" se producía, tratándose de inmuebles, naves y alhajas con la suscripción del acta de remate (art. 702, inc. 8) y tratándose de

muebles "por el hecho de efectuarse" (art. 706, inc. 10), lo que equivalía a decir "hasta la conclusión del remate". Si el remate se frustraba por falta de postores podía el ejecutante solicitar su adjudicación (art. 719). Ergo, hasta en tanto no pasaran los bienes (*rectius*, el derecho sobre los bienes embargados) al adjudicatario o al ejecutante, la tercería era perfectamente admisible.

Ergo, si comparamos el *dies ad quem* para el planteamiento de la tercería (hoy llamada) "de propiedad" del CPC de 1993 con el CPC de 1912, tenemos que tal término se ha adelantado sobremanera. A qué responda este "adelanto" nadie nos lo ha dicho. Quizá la explicación esté en la "mala fama" que se ganó esta tercería, utilizada maliciosamente, no pocas veces, como instrumento para frustrar el remate judicial (v. comentario *sub* art. 536).

Con todo, sea cual fuere el motivo del "adelanto" del momento preclusivo para el planteamiento de la demanda, lo cierto es que ha quebrado su *ratio*: que la propiedad sobre el bien (o el derecho objeto de enajenación forzada) *haya pasado ya* al patrimonio de otro (adjudicatario del remate o al ejecutante), lo cual, en el ordenamiento vigente, tratándose de muebles ocurre *recién* con la entrega del bien (v. arts. 740 y 744) y en el caso de inmuebles con la emisión del auto de adjudicación (v. arts. 739 y 740).

De hecho, en todos los ordenamientos "hermanos" al nuestro, el momento preclusivo para el planteamiento de la tercería de propiedad coincide con el perfeccionamiento del acto traslativo. Así, por ejemplo, en el ordenamiento español actual la tercería de dominio puede plantearse "hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera por cualquiera de los sistemas de enajenación forzosa previstos en la LEC" (VEGAS TORRES, 2005: p. 156; para la LEC 1881 v. art. 1533); en el ordenamiento argentino (el de la Nación), el *dies ad quem* está constituido por el otorgamiento de la posesión de los bienes (segundo párrafo del art. 97 CPCCN), etc.

En el ordenamiento italiano, la *opposizione di terzo,* si bien conforme al art. 619 de su CPC puede ser planteada hasta "antes que sea dispuesta la venta o la adjudicación de los bienes", los intérpretes están (más o menos) de acuerdo en que el término final "coincide no con la emanación de la resolución de autorización de la venta, sino con el momento en que se perfecciona la venta o la adjudicación" (GARBAGNATI, 1965: p. 1076; v. ya ZANZUCCHI, 1946: p. 297; más recientemente, v. las consideraciones de MONTELEONE, 2012: p. 278).

Por lo demás, si la demanda de tercería "de propiedad" tiene por objeto que se levante el embargo (o que este venga limitado en atención al derecho del tercerista), el momento final para su planteamiento debería coincidir con aquél en el que tal embargo *cesa* por agotamiento de función: en el caso de muebles cuando se

perfecciona su enajenación (con la entrega al adjudicatario); en el caso de inmuebles (y de muebles registrados) con el auto de adjudicación, que justamente ordena "que se deje sin efecto todo gravamen" (inc. 2 del art. 739).

De allí que sea cual fuere la razón por la cual se colocó en el artículo 534 que el momento final para el planteamiento de la tercería "de propiedad" sea el del "inicio del remate", este momento resulta poco razonable (por prematuro), pues nada asegura, a remate iniciado (en particular en el caso del remate de inmuebles), que la transferencia al adjudicatario (tercero o ejecutante) se llegue a perfeccionar (se piense, por ejemplo, en los supuestos del art. 471 y del primer párrafo del art. 744).

Y esta irrazonabilidad ha tenido su secuela en la praxis. Así, en algunos casos se ha considerado que una demanda de tercería es improcedente (por extemporánea) si interpuesta (y admitida) después de la fecha de la primera convocatoria a remate aun cuando en esa fecha no haya concurrido postor alguno, mientras que en otros se ha considerado que "la oportunidad para interponerla es antes que se efectúe la transmisión de la propiedad del bien, se produzca este mediante remate o a través de la adjudicación en pago al ejecutante", es decir, mucho más allá del momento señalado en el artículo 534, pues, al menos en el remate de inmuebles la "transmisión de la propiedad" se produce a través de un auto emitido *post* depósito de la diferencia de la suma ofrecida por el postor-adjudicatario del bien rematado (art. 739) (ARIANO DEHO, 2009: p. 29 y ss.).

Ergo, a estar a estas posiciones jurisprudenciales contradictorias, sería oportuno que el momento preclusivo (tan prematuro) del artículo 534, se ajuste *ex lege*, (algún día) a su *ratio*.

2.2. En la tercería de preferencia de pago

Si la demanda de tercería de preferencia de pago tiene por objeto que se disponga el pago al tercerista en lugar del ejecutante, es más que obvio que su *dies ad quem* sea aquel en el que tal "pago" es dispuesto (art. 747).

Pero el (llamado) "pago" al ejecutante es solo uno de los desenlaces de la ejecución dineraria: el otro es su subrogado, esto es la adjudicación del bien al ejecutante (tercer párrafo del art. 742 y segundo párrafo del art. 744).

Por tanto, la posibilidad de planteamiento de la demanda de tercería de preferencia de pago precluye con el acto final de la ejecución dineraria (pago o adjudicación al ejecutante), no habiendo, por el momento nada que agregar (se regresará *infra*, comentario *sub* art. 537).

3. COMPETENCIA. LAS OMISIONES DEL TEXTO ORIGINAL DEL CPC

El CPC en su lacónica regulación del proceso de tercería, incurrió en una importantísima omisión: no indicó al juez competente para conocerlos.

La omisión puede tener varias explicaciones.

La primera es la que explica un poco todos los defectos del CPC: la falta de ideas claras sobre el tema a regular y, como consecuencia, el haberse basado en el "trabajo" de otros. En el caso, como ya indicado (v. *supra*, comentario *sub* art. 533, 1), el haber tomado como plantilla la regulación de las tercerías en el Código de la Nación argentino, el cual nada dice (en esa parte) sobre la competencia. De ser esta la explicación, habría que reprocharle a los redactores del CPC el que no advirtieran que el Código argentino sí tiene una norma *ad hoc* sobre la competencia para conocerlas: el inciso 1 de su artículo 6: "A falta de otras disposiciones será competente: 1) en los incidentes, tercerías (...) el del proceso principal".

La segunda, más alarmante, es que no se haya considerado una omisión, sino la consecuencia "obvia" de tratarlas, en el artículo 100, como si fueran una "intervención de terceros". Y como intervenir es *insertarse* en un proceso que se lleva *inter alios* ante el juez X, se habrá pensado (quizá...) que estaba descontado que el juez "competente" para conocer de las demandas de tercería fuera aquel que se lleva adelante ante el juez X.

Con todo, sea cual fuere la explicación, lo cierto es que desde la entrada en vigencia del CPC de 1993 nos quedamos huérfanos de una norma expresa que estableciera quién debía ser el juez competente para conocer de los procesos de tercería. Y nos quedamos huérfanos, porque el CPC de 1912 *sí* lo establecía: "las tercerías se interponen ante el mismo juez que conoce del juicio en que se trabó el embargo" (art. 744).

El silencio del CPC tuvo su secuela en la praxis.

Así, frente a quienes opinaban, ya sea en atención a la naturaleza "incidental" de las tercerías (MORALES GODO, 2000: p. 57) o en base a la interpretación "integral" de los artículos 100 y el 536 (OBANDO BLANCO, 2003: p. 132), que el juez competente era el mismo juez del proceso en el que se dictó el embargo, parte de la judicatura, en atención a que el propio CPC establecía (y establece) que "la competencia solo se establece por ley" (v. art. 5) y que las tercerías se introducen con demanda, la determinación del juez competente debía regirse por las reglas aplicables a toda demanda "nueva", esto es, que no regía la identidad de juez (v. ARIANO DEHO, 2009: p. 25 y ss.).

No está de más decir que, el que las demandas de tercería puedan ser conocidas por un juez distinto de aquél que lleva adelante el proceso (que se ha llamado

en estos comentarios) *incidido*, no constituye ninguna anomalía. De hecho, sin salirnos de nuestro sistema, en el caso del embargo dispuesto por un juez penal, el propio ordenamiento procesal penal establece que el competente es el "juez civil" (art. 99 del CPP de 1940 y art. 308.2 del CPP de 2004).

Con todo, algo que estaba tan claro con el CPC de 1912, se volvió con el modernísimo CPC un tema opinable.

4. *SIGUE.* LA "SOLUCIÓN" DE LA LEY N° 30293

Como testimonio de que el "vacío" existía, la Ley N° 30293 ha tratado de llenarlo insertando al artículo 534 un segundo párrafo (que nada tiene que ver con el primero) que reza: "El juez competente es el juez del proceso en el que se interviene".

La escueta neo-fórmula no es la más feliz, pues parte de la premisa equivocada: que las demandas de tercería provoquen "intervenciones de terceros", cosa que, como se ha repetidamente señalado no es definitivamente así en la tercería "de propiedad" y lo es solo mediatamente en la tercería de preferencia de pago (v. *retro*, comentario *sub* arts. 533, 3.1 y 3.2).

Pero, en sustancia, con las palabras incorrectas, lo que ha hecho la Ley N° 30293 es regresarnos a la solución del CPC de 1912, esto es, que el juez competente para conocer de los procesos de tercería es el juez que dispuso el embargo o, en atención (hoy) a la existencia del proceso especial de ejecución de garantías, ante el que la sigue. Pero al parecer las fórmulas claras tampoco caracterizan a las leyes de reforma del CPC.

5. *SIGUE.* LOS PROBLEMAS PENDIENTES

Sin embargo, el párrafo agregado al artículo 534 ha dejado pendientes una serie de problemas particulares sobre quién deba ser el juez competente para conocer de las demandas de tercería tratándose de:

a) Embargo dispuesto en el ámbito arbitral. Naturalmente, el problema puede presentarse si es que se considera que a nivel arbitral, conforme a la Ley de Arbitraje de 2008 (D. Leg. N° 1071), es posible que se dicten medidas cautelares *in rem* (cosa que hay que dudar a estar a que el art. 47.2 solo permite emitir ordenes *in personam*), pero, de ocurrir: ¿ante quién puede acudir el tercero? La pregunta ciertamente es relevante respecto de la demanda de tercería "de propiedad", pues respecto de aquella de preferencia de pago, el problema ni se pone pues la ejecución está aún muy lejana (v. *supra*, 1). De lo que debemos tener la certeza es que no entra dentro de las competencias "arbitrales" el conocer de las demandas de

tercería (pues el tercerista no está sujeto a convenio arbitral alguno), por lo que el *juez* (obviamente, estatal) competente debe determinarse conforme a las reglas generales.

b) Embargo dispuesto por los Ejecutores Coactivos. Si bien el Código Tributario (en su art. 120, bajo el impropio nombre de "intervención excluyente de propiedad") y el TUO de la Ley de Ejecución Coactiva (Ley N° 26979, arts. 20 y 36), habilitan a los ejecutores coactivos para que conozcan de las demandas de tercería de propiedad (lo cual, sea dicho, es de dudosa constitucionalidad), no se establece ni raya sobre aquella de preferencia de pago. Como los ejecutores coactivos no son jueces sino funcionarios administrativos (por lo que solo tienen las atribuciones que expresamente les atribuye la ley), las demandas de tercería de preferencia de pago, no pueden sino ser de competencia judicial, conforme a las reglas generales (v., sin embargo, la Cas. N° 3202-2006-Lima: ARIANO DEHO, 2009: p. 162 y ss.).

c) Embargo dispuesto por Juez de Paz (inc. 6 del art. 6 y art. 32 de la Ley de Justicia de Paz, Ley N° 29824). Si las demandas de tercería, por ley, se sustancian por las reglas del proceso abreviado, el Juez de Paz no puede aplicarlo, pues el procedimiento para sustanciar los asuntos de su competencia es el establecido en el artículo 32 de la Ley de Justicia de Paz. Como consecuencia, en este caso, la respuesta, sobre quién sería el juez competente, es incierta.

Con todo, resulta evidente que un tema tan sensible como el de la competencia para conocer de los procesos de tercería, requiere de muchos ajustes, a comenzar diferenciando entre la tercería "de propiedad" con aquella de preferencia de pago.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2004): "Embargo de bien enajenado 'fraudulentamente' y *dies a quo* en la tercería de propiedad". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 65. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2009): *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil.* Lima: Gaceta Jurídica; GARBAGNATI, Edoardo (1965): "Opposizione all'esecuzione (Diritto Processuale Civile)". En: *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI. Turín: UTET; MONTELEONE, Girolamo (2012): *Diritto Processuale Civile*, 6ª ed., vol. II. Padova: Cedam; MORALES GODO, Juan (2000): "La tercería y la desafectación de los bienes". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 19. Lima: Gaceta Jurídica; OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (2003): "Proceso de tercería". En: *Temas del proceso civil.* Lima: Jurista Editores; VEGAS TORRES, Jaime (2005): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; ZANZUCCHI, Marco Tullio (1946): *Diritto Processuale Civile.* III. *Processo di esecuzione.* 3-4ª ed. Milán: Giuffrè.

Artículo 535 | Inadmisibilidad

La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 235, 236, 245, 424, 426; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

Respecto de la oposición de tercero a la ejecución, en todos los tiempos y un poco en todos lados, existe un difundido prejuicio: considerarla "un instrumento a través del cual tercero y deudor, de acuerdo entre ellos, quieren defraudar al acreedor" (BOVE, 1996: p. 250, en nota). De allí que primero la praxis y luego la legislación, tratara (y trate) de contener su uso malicioso con toda una gama de "técnicas" (v. ZANZUCCHI, 1946: p. 342).

Entre las fórmulas utilizadas para impedir el planteamiento de tercerías maliciosas está el requerir particulares medios de prueba a los efectos de darle curso.

Curiosamente en la legislación histórica hispánica, probablemente como reacción frente a una praxis restrictiva, se eliminó toda barrera enderezada a limitar la (mera) admisión de las tercerías. Es así que con una Instrucción de 1542 los reyes Carlos I y Juana mandaron que "*quando contra alguna muger por su dote, ó otras personas, no se mande dar información sumaria, sino que resciban luego á prueba con término ordinario á los opositores por via ordinaria*" (Ley 6, Título 15, Libro 4 de la Nueva Recopilación; Ley 16, Título 28, Libro 11 de la Novísima Recopilación). De allí que, en base a esta ley, HEVIA BOLAÑOS afirmara que: "Hase de recibir esta oposición, sin ser necesario para admitirla, que primero conste de su justificación, sino solo de la simple oposición" (1797: p. 169).

Será recién con la Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio de 1830 que se establecerá que el tercero, junto con el escrito de oposición, debía presentar prueba documental, "sin la cual se desestimará desde luego" (art. 381). De allí (con una pausa en la LEC 1855) la restricción se plasmará en el artículo 1537 de la LEC de 1881 con la (poco feliz) fórmula: "Con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se dará curso" (v. MONTERO AROCA, 1996: p. 560 y ss.).

Las restrictivas fórmulas legislativas españolas (las de 1830 y de 1881) no fueron tenidas en cuenta ni por nuestro Código de 1852 ni por aquel de 1912, habiendo este último acudido a otro remedio: la imposición de una multa, de resultar probada la "connivencia" entre tercerista y ejecutado (art. 764).

El CPC vigente, manteniendo la multa por connivencia (v. 538), más que probablemente "inspirándose" (desde la sumilla) en el artículo 98 del Código de la Nación argentino, nos introdujo como "requisito" para la admisión de la demanda de tercería el que el tercerista "pruebe" su derecho "con documento público o privado de fecha cierta", o, en alternativa, preste "garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar".

2. LA FUNCIÓN DEL "DOCUMENTO PÚBLICO O PRIVADO DE FECHA CIERTA"

De lo dicho emerge la función del requerimiento del 535: *prevenir* el planteamiento de demandas tendenciosas (o como los llaman los anglosajones "frívolas"), esto es, enderezadas únicamente a perturbar la marcha de la ejecución.

Por tanto, contrariamente a la expresión utilizada por la ley ("pruebe su derecho"), los documentos requeridos no están enderezados a "probar" *in limine* el (afirmado) derecho del tercerista, sino que sirven solo "para acreditar la seriedad de quien formula la petición" (MONTERO AROCA, 1996: p. 561). Que esta sea la función del requerimiento queda confirmada por la circunstancia de que el requisito documental cuente con un subrogado: el otorgamiento de una "garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar".

Y justamente es este subrogado lo que hace que debamos descartar que lo que establece el artículo 535 sea una limitación de los medios de prueba de las afirmaciones del tercerista, en el sentido de que los documentos requeridos sean los únicos *utilizables* en estos procesos. En efecto, pese a una difundida opinión (GONZALES BARRÓN, 2014: p. 120) los procesos de tercería no son procesos de *cognición sumaria* sino que lo son de *cognición plenaria* en cuanto (aunque en la tipicidad de su objeto, v. *supra*, comentario *sub* art. 533, n. 3.1. y 3.2.) no hay limitación de alegaciones, ni de medios de prueba (ofrecibles, admisibles y actuables), ni de la que se derivaría de la estructura del procedimiento (que son los más usuales factores de sumarización de la cognición).

Por tanto, debe quedar claro que el que conjuntamente con la demanda se presenten los documentos que tengan las características indicadas en el artículo 535 o, en alternativa, que se dé alguna "garantía", es solo requisito para admitir la demanda, cual garantía de la *seriedad* de la pretensión del tercerista.

3. LA IRRACIONALIDAD DEL "REQUISITO"

Aclarado que el requisito documental del artículo 535 (o su subrogado), lo es solo a los efectos de admitir la demanda, queda por ver que tan razonable es.

De plano, hay que reprocharle (nuevamente) al CPC el que haya dado una regla aplicable indistintamente a la tercería "de propiedad" y la de preferencia de pago, por cuanto estando en juego situaciones sustanciales tan disímiles, los requisitos documentales para admitir la demanda (que se reitera: está enderezados a contener tercerías maliciosas), tenían que adaptarse a tales situaciones.

Así el requerir que el tercerista presente un documento público (que, por definición siempre tiene fecha cierta) o privado "de fecha cierta", *tiene un cierto sentido* para la tercería "de propiedad", pues de él debe, *prima facie*, desprenderse que su (afirmado) derecho es "anterior" al momento de la traba del embargo. En cambio, exigir que se acompañe un documento de tales características, puede *carecer totalmente de sentido* tratándose del tercerista en preferencia, sobre todo cuando la preferencia creditoria alegada no dependa del tiempo (como es respecto de todos los créditos legalmente privilegiados).

Inclusive tratándose de una tercería "de propiedad", el legislador no ha tenido en cuenta la diversidad de leyes de circulación de los bienes: el solo consenso para los inmuebles (art. 749 del CC) y la entrega para los muebles (art. 947 del CC). En tal línea, la presentación de un documento público o privado de fecha cierta, puede ser pertinente respecto de los inmuebles, pues el documento podría bien representar el acto por el cual se habría adquirido el derecho alegado (título y modo, a la vez), pero no lo es respecto de los muebles, en donde, de tenerse un documento con tales características (lo que bastante raro) bien podría contener el acto apto para adquirir el bien (título) más no adquisición misma, esto es la entrega (modo). Por no decir, de los modos de adquisición originarios, en particular, la adquisición por prescripción (950 y ss. del CC).

Todo ello revela la insensatez de haber previsto un requisito tan "general" para admitir la demanda, que en buena cuenta *solo calza* respecto de un supuesto: el de adquisición a título derivativo de un derecho sobre inmuebles. En todos los demás, los terceristas estarán en dificultades para ver siquiera admitida su demanda, salvo el tener que otorgar su subrogado: la "garantía suficiente".

De allí que ordenamientos cercanos al nuestro hayan acudido a fórmulas más elásticas, que como tales se pueden adaptar a las diversas situaciones sustanciales cuya titularidad afirmen los terceristas. Así el Código de la Nación argentino, probable fuente de nuestro artículo 535 (y de dónde se extrajo el subrogado de la "garantía"), más cautamente, haya establecido que: "No se dará curso a la tercería

si quien la deduce no probare, con instrumentos fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funda". Por no decir de la LEC 2000 española, que superando la equívoca fórmula del artículo 1537 LEC 1881(v. *retro*, 1), ha establecido en sus artículos 595.3 (para la tercería de dominio) y artículo 614.1 (para la tercería de mejor derecho) que a la demanda debe acompañarse más simplemente de "un principio de prueba" del fundamento de la pretensión del tercerista (v. MONTERO AROCA; FLORS MATÍES, 2004: p. 1630 y ss., p. 1906 y ss.; VEGAS TORRES, 2005: pp. 157, 189).

Ahora bien, si la *ratio* de la exigencia es (se reitera) evitar tercerías maliciosas, hay que tener en cuenta que en todos los ordenamientos que adoptan como "técnica" la exigencia de la prueba *prima facie,* lo hacen además porque la pendencia del proceso de tercería produce *ex lege* efectos sobre la marcha de la ejecución. De ello se tratará *sub* artículos 536 y 537.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOVE, Mauro (1996): *Esecuzione forzata ingiusta.* Turín: Giappichelli; GONZALES BARRÓN, Günther (2014): "Tercería de propiedad". En: Günther Gonzales Barrón y José Antonio Álvarez Caperochipi: *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles.* Lima: Jurista Editores; HEVIA BOLAÑOS, Juan (s/f): *Curia Philipica.* Edición faximilar de la edición de 1797. Valladolid: Lex Nova; MONTERO AROCA, Juan (1996): "Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral". En: *Ensayos de Derecho Procesal.* Barcelona: J. M. Bosch; MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil,* tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch; VEGAS TORRES, Jaime (2005): "La ejecución dineraria". En: Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; ZANZUCCHI, Marco Tullio (1946): *Diritto Processuale Civile.* III. *Processo di esecuzione.* 3ª-4ª ed. Milán: Giuffrè.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En la demanda de tercería de propiedad es requisito para su admisión la presentación por el demandante de un documento público o privado de fecha cierta con el que acredite su derecho o, en su defecto, de una garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar ***(Exp. N° 808-2005-Lima).***

Tratándose de dos derechos, uno de índole personal y el otro referido al de propiedad, prevalece el que determina la titularidad del predio. Encontrándose probada fehacientemente la propiedad invocada por la parte actora con la minuta con fecha cierta, debe ampararse la tercería interpuesta. No resulta de aplicación los alcances del principio de preferencia según el cual la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro ***(Exp. N° 624-2003-Lima).***

Artículo 536 | Efectos de la tercería de propiedad

Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.

El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 533, 534, 535, 537.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 536, con fórmula por demás confusa, establece el efecto que produce la "admisión" de la demanda de tercería de propiedad: la suspensión del proceso "si estuviera en la etapa de ejecución", agregando, con una críptica conjunción concesiva, "aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes".

La ininteligible disposición solo se puede (tratar de) entender si se tiene presente el texto de su "plantilla": el artículo 99 del Código de la Nación argentino ("Si la tercería fuese de dominio, consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes, se suspenderá el procedimiento principal [...]), versión argentinizada, a su vez, del artículo 996 de la LEC 1855 ("Si la tercería fuere de dominio, consentida ó ejecutoriada que sea la sentencia de remate, se suspenderán los procedimientos de apremio hasta que se decida") y artículo 1535 LEC 1881 ("Cuando sea de dominio la tercería, luego que en el juicio ejecutivo recaiga sentencia firme de remate, se suspenderá el procedimiento de apremio, respecto de los bienes a los que se refiera, hasta la decisión de aquella"). La disposición argentina está a indicar que la pendencia de la tercería de dominio suspende el "principal" (o sea el proceso de ejecución) cuando llegue el momento de la venta (el procedimiento de apremio, en la terminología española) y no antes.

Ergo, ¿qué se ha querido decir en el enrevesado artículo 536? Pues que la admisión de la demanda de tercería de propiedad, sea cual fuere el momento en que se haya admitido, suspende *ex lege* la ejecución cuando *recién* (esto es, no

antes) se llegue al momento de la enajenación forzada del bien (remate judicial o adjudicación al ejecutante).

2. LA (BURDA) SOLUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN *EX LEGE* Y SUS PROBLEMAS

Como ya se ha visto (v. *supra*, *sub* art. 534, 2), el (prematuro) momento final para el planteamiento de la demanda de tercería "de propiedad" es el "inicio del remate del bien". Por tanto, ingenuamente, se podría pensar que mientras ello no ocurra, la demanda puede ser "eficazmente" planteada.

Sin embargo, ello no es así y no lo es porque el artículo 536 establece que es la "admisión" de la (demanda de) tercería la que produce el efecto suspensivo. Por tanto, la demanda puede haberse interpuesto oportunamente, pero mientras se la "califica" puede bien producirse la consumación del remate.

Esta brecha temporal entre la interposición de la demanda y su admisión ha terminado generando una gama de incertidumbres en la praxis. Es así que, a veces, se ha considerado que aunque se haya interpuesto a tiempo, si entre la interposición y la admisión se realiza el remate la tercería es inadmisible por extemporánea, mientras que en otros casos se ha considerado que el remate del bien no es óbice a la admisión de la tercería, con la única consecuencia que deba integrarse la *litis* con el tercero adjudicatario (v. ARIANO DEHO, 2009: p. 30 y ss).

Todo lo cual revela las incoherencias técnicas del CPC de 1993, incoherencias que no se encontraban en el CPC de 1912 que establecía con toda precisión que la sola *interposición* de la tercería de dominio suspendía el remate de los bienes embargados "mientras se [decidía] sobre su propiedad" (art. 751). O sea estábamos ante un caso de suspensión *ope legis* de la ejecución (en sustancia solo del remate del específico bien que se alegaba de propiedad del tercerista, pues si habían otros la ejecución seguía sin contratiempos). Pero, hay que notar que la suspensión del remate no se producía en todo caso, pues hacían excepción a la suspensión el que "la ejecución se [fundara] en un título inscrito en el Registro de la Propiedad que afecta al bien embargado y la tercería no se [apoyara] en título igualmente inscrito" (art. 752 inc. 1), y cuando se tratara de bienes deteriorables (art. 752 inc. 2), supuestos en los cuales si el tercerista ganaba "el juicio", tenía derecho "al valor de la cosa y a la indemnización de perjuicios" (art. 753).

El sistema del Código derogado era, pues, en extremo inteligente, pues a la par de establecer como regla la suspensión del remate como efecto de la mera interposición de la tercería, estableció también que tal suspensión no se producía en los casos en los que el ejecutante tuviera un título inscrito en el Registro de

Propiedad que afectara al bien embargado (en clara alusión a la hipoteca) y el tercerista no se fundara en título igualmente inscrito.

En cambio, el CPC vigente llega a una *burda* solución: condiciona la "admisión" de la tercería (además del previo control *ex* arts. 426-427) a la existencia "documento público o privado de fecha cierta", o, en alternativa, al otorgamiento de una garantía "a criterio del juez" (con lo cual se abre un inevitable bache temporal entre la interposición y la admisión) y, por el otro, se establece que la admisión es la que "sí o sí" produce la suspensión (con su abstrusa fórmula) del acto de enajenación.

Quedó (es un decir, porque ello nos viene del art. 99 del Código de la Nación argentino y no del CPC de 1912) como *única* excepción el de los bienes deteriorables o de conservación onerosa, en que se procede sí a la "venta" y, una vez producida, su "producto" queda "afectado al resultado de la tercería", o sea que, en este caso lo que se suspende es el pago al ejecutante.

Por tanto, fuera del caso de los bienes deteriorables o de conservación onerosa, una vez que la demanda pasa el filtro de su admisión, la suspensión de la ejecución (léase del remate o, en su caso, la adjudicación al acreedor ejecutante) es *automática,* esto es no requiere petición de parte (en la ejecución) porque funciona *ex lege.* Esta suspensión no admite atemperamiento alguno, pues el ejecutante no puede evitar la suspensión ni siquiera prestando una garantía.

Ciertamente, una opción mucho más racional y garantista hubiera sido no condicionar la admisión de la demanda de tercería a la presentación de documento específico alguno y que la suspensión no funcionara *ope legis*, sino *ope iudicis*, vale decir, a petición del tercerista, si es que contara con pruebas *prima facie* sobre la titularidad del derecho alegada (no necesariamente, los famosos "documento público o privado de fecha cierta" que es prácticamente imposible en el caso de embargo de muebles o en el caso de preferencias creditorias), con prestación de una garantía o no, según las circunstancias, que es la solución existente en Italia (v. art. 624 de su CPC) y en Alemania (v. § 769 ZPO).

3. DURACIÓN DE LA SUSPENSIÓN (Y OTROS TEMAS RELEGADOS)

La suspensión de la ejecución del primer párrafo del artículo 536, dura todo lo que dura el proceso de tercería, el que sustanciándose como proceso "abreviado", puede durar mucho tiempo. Y ello, no solo y no tanto, porque el llamado proceso "abreviado" de abreviado tiene solo el nombre, sino porque el legislador no se tomó el trabajo de dar reglas especiales sobre la sustanciación de este "especial"

proceso (por ejemplo, estableciendo que si la demanda viene desestimada en primera instancia, las impugnaciones no sean suspensivas).

De hecho, el legislador, tras establecer el efecto de la admisión de la demanda, no precisa absolutamente nada sobre lo que viene después, en particular, el sobre qué deberá pronunciarse en la sentencia y sus efectos sobre la ejecución (de estar ya pendiente). La probable explicación es que su "plantilla" (el Código de la Nación argentino) tampoco lo hace.

Obviamente, hay un total silencio de la ley sobre los criterios (sustanciales) en los que deba basarse el juez para resolver (ni siquiera por remisión). De allí que en la praxis reine una profunda incertidumbre. Tratándose de bienes inscritos, la Corte Suprema ha tratado –no muy satisfactoriamente– de poner fin al debatido tema, con la denominada Sentencia del Séptimo Pleno Casatorio (Cas. N° 3671-2014-Lima; v. GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL, 2015: p. 283 y ss.), en la que se ha descartado la aplicación de la normativa registral para resolver una tercería enderezada a levantar un embargo, cuando el acto de adquisición del tercerista sea anterior a su anotación, incluso si el acto adquisitivo no se ha inscrito.

Otro tema silenciado por la ley, atañe a si la sentencia con la que se decide una tercería "de propiedad" (ya sea en sentido favorable o desfavorable al tercerista) esté o no dotada de autoridad de cosa juzgada (v. a favor, ARIANO DEHO, 2009: p. 39 y ss.; en contra, GONZALES BARRÓN, 2014: p. 119 y ss.), tema sobre el cual hay que cuidarse mucho de acudir a la doctrina y las soluciones normativas españolas, pues en tal ordenamiento la tercería de dominio es considerada un incidente de la ejecución dineraria, que se resuelve por auto que "no produce los efectos de la cosa juzgada en relación con la titularidad del bien" (art. 603.1 LEC; v. MONTERO AROCA-FLORS MATÍES, 2004: p. 1700 y ss.; VEGAS TORRES, 2005: p. 159).

4. LA "SUSPENSIÓN" DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 536

Si el primer párrafo del artículo 536 es abstruso, el segundo no lo es menos. En efecto, el segundo párrafo del artículo 536 dispone: "El tercerista puede obtener la *suspensión* de la medida cautelar o de ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad".

¿Qué habrá querido decir nuestro legislador? Pues ni más ni menos que lo que con toda claridad disponía el artículo 754 del viejo Código:

> "El tercerista de dominio puede pedir, en cualquier tiempo, la suspensión o levantamiento del embargo, consignando el importe del crédito reclamado por

el acreedor y el valor probable, a juicio del juez, de las costas de la ejecución y de la tercería. En este caso, si se declara infundada la tercería se pagará al acreedor con la suma consignada".

Es decir, lo que quiso establecer el segundo párrafo del art. 536 es que el tercerista puede, durante la tramitación de la tercería, obtener la "suspensión" del embargo si es que otorga una garantía (siempre a criterio del juez), en cuyo caso tal garantía (que puede ser real o personal) lo será del derecho del acreedor a ver satisfecho el crédito por el cual se embargó el bien si es que, a la postre, la tercería es declarada infundada (que significa que el embargo estaba bien hecho).

El legislador, al igual que en el artículo 539 (v. *infra*) utiliza el término "suspensión de la medida cautelar", pero en este caso el discurrir de "suspensión" tiene un cierto sentido, en particular cuando objeto del embargo sean bienes muebles y para asegurar la efectividad del mismo hayan sido "depositados" o "secuestrados", en cuyo caso el sujeto embargado o ha cambiado su título de posesión (de poseer como propietario entra a poseer como depositario) o ha perdido todo "poder de hecho" sobre el bien, con la consecuencia, en ambos casos, de no poder usarlo.

De allí que, "suspender la medida cautelar" puede significar simplemente "suspender" el depósito o el secuestro, vale decir, sin que sin levantar el embargo (o sea el vínculo) pueda el tercerista recuperar el poder de hecho sobre la cosa y fundamentalmente poder "usarla" (se piense en vehículos, en maquinarias, en naves y aeronaves, etc.), sin perjuicio de proseguir con la tercería tendiente a la liberación del bien que el tercero sostiene que es suyo y, como tal, no responsable por la deuda en virtud de la cual se embargó.

Sin embargo, lo que no se entiende es cómo así el segundo párrafo del artículo 536 no permita (como lo permitía el CPC de 1912 y es lo que establece el segundo párrafo del art. 99 del Código de la Nación argentino) obtener el "levantamiento" del embargo, tal cual lo establecido en el artículo 628 (v.) para el "afectado" que puede sustituir el objeto del embargo depositando "el monto fijado en la medida" o sustituyendo el embargo con una garantía (para variar...) "a criterio del juez".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2009): *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil.* Lima: Gaceta Jurídica; GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL (2015): *Precedente judicial vinculante sobre la procedencia de la tercería frente al embargo inscrito*, tomo 30. Lima: Gaceta Jurídica; GONZALES BARRÓN, Günther (2014): "Tercería de propiedad". En: Günther Gonzalez Barrón y José Antonio Álvarez Caperochipi: *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles.* Lima: Jurista Editores; MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch; VEGAS TORRES, Jaime (2005): "La ejecución dineraria". En: Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Artículo 537 | Efectos de la tercería de derecho preferente

Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas. El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 533, 534, 535, 536.

Eugenia Ariano Deho

1. EFECTO SUSPENSIVO DE LA TERCERÍA DE PREFERENCIA DE PAGO

Si un tercerista en preferencia lo que pretende es que se ordene que, en una determinada ejecución, se le pague primero a él y no al ejecutante, es más que obvio que lo que se deba suspender es el "pago" al ejecutante (v. art. 747).

Ello significa que planteada (y admitida) la demanda de tercería, la ejecución sigue normalmente su curso hasta que llegue a su fase final, en cuyo momento se detiene. Cabe aclarar que ese momento puede ser efectivamente el "pago" (*rectius*, atribución satisfactiva) al ejecutante con el producto del remate judicial, pero también el de la adjudicación del bien "en pago" al ejecutante (v. art. 742 y 744) cuando el remate se haya frustrado, en tercera convocatoria, por falta de postores.

2. POSIBILIDAD DE NO SUSPENDER "EL PAGO"

El artículo 537, permite que "el tercerista" pueda evitar la suspensión del pago si es que otorga "garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas".

La disposición es (también ella) abstrusa: ¿es que acaso el tercerista, que *aún* no es parte de la ejecución (v. *retro*, *sub* art. 533, 3.2) podría ser ya satisfecho si presta una garantía? Podría ser, pero si tenemos presente que lo que la admisión de la demanda suspende es el "pago" al "acreedor" (*rectius*, al ejecutante), la salvedad del artículo 537 no puede sino estar referida a tal "acreedor" y no precisamente al "tercerista", como erróneamente indica el artículo 537. Ergo, los redactores del CPC se equivocaron en la individualización del sujeto que puede obtener –pese

a la pendencia de la tercería de preferencia– el "pago" previa prestación de una garantía (lo que constituye testimonio de la ligereza con la que se redactó el CPC).

Por tanto, de ser correcta esta "interpretación" del artículo 537, hay que saludarla, pues el ejecutante (que ha corrido con todo el coste de las actuaciones ejecutivas) podría, previa prestación de una garantía, obtener la satisfacción de su derecho de crédito (lo que, quizá, podría, además, inducir al tercerista a desistirse).

Sobre este punto, quizá convenga recordar que durante la vigencia del CPC de 1912, las consecuencias de la pendencia de la tercería (entonces llamada) "de pago", dependían de si el tercerista fundaba su derecho en un título ejecutivo o no. Es así que si el tercerista se presentaba con un "instrumento ejecutivo", la ejecución seguía su curso normalmente, "hasta la venta de los bienes embargados y depósito de su precio" (primer párrafo del art. 757). En cambio, si el tercerista salía "a juicio" sin instrumento ejecutivo, la ejecución continuaba "hasta que el acreedor [fuera] pagado bajo fianza" (segundo párrafo del art. 757). Ergo, el suspender o no el pago al ejecutante, *ex lege*, dependía, en buena cuenta, del *fumus boni iuris* del tercerista (un *fumus* objetivamente determinado por la ley), que, visto a la distancia, es una mejor fórmula que la existente (siempre que se salve el *lapsus* del legislador).

3. LA "INTERVENCIÓN" DEL TERCERISTA EN LAS ACTUACIONES EJECUTIVAS

El segundo párrafo del artículo 537 habilita al tercerista en preferencia para "intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien". La disposición nos viene (siempre probablemente) del artículo 100 del Código de la Nación argentino, el que, sin embargo, establece que el tercerista "será *parte* de las actuaciones relativas al remate de los bienes" [cursiva agregada].

La disposición pone sobre el tapete el problema sobre la "naturaleza" de la tercería de preferencia de pago: ¿es una intervención o no? Si se parte de la premisa de que una intervención determina que el (hasta ese momento) tercero se *inserte* como parte en el proceso que se llevaba, hasta ese momento, entre otros, no se puede considerar que con la mera presentación (y admisión) de la demanda de tercería de preferencia, el tercerista *ya sea* parte de la ejecución (un ejecutante sobrevenido). Como ya dicho (v. *supra*, *sub* art. 533, 3.2) el tercerista *aspira* a ser parte, pero mientras no se emita una decisión sobre su pretensión, él *no es aún parte*. En tal sentido, será lo que se resuelva en el proceso de tercería lo que determinará si el tercerista ingresa o no *como parte* en la ejecución (v., sin embargo, *infra*, 4), desplazando o no al ejecutante primigenio en el momento del pago.

Esa es la razón por la cual, líneas arriba (*supra*, *sub* art. 533, 3.2) se dijo que la tercería de preferencia se "aproxima" a un fenómeno de intervención, pero, no es propiamente una intervención.

Si esto es así, el segundo párrafo del artículo 537 implica una del todo especial habilitación legal para que un sujeto *no parte* actúe en un proceso que se lleva (aún) *inter alios*. Una habilitación que responde a una razón práctica: si el ejecutante, frente a la existencia del proceso de tercería de preferencia, de hecho, "abandona" las "actuaciones relativas al remate del bien" (por ejemplo, no solventa los honorarios de los tasadores o las publicaciones de la convocatoria a remate, etc.), el tercerista, en cuanto tercerista (y no parte aún) podrá hacerlo.

4. LA DURACIÓN DE LA SUSPENSIÓN (Y LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR)

La suspensión del "pago" (salvo en el caso indicado *supra* 2), conforme lo señala el propio artículo 537, dura "hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia". *Ergo*, hay que esperar que la decisión final quede firme.

Y aquí comienzan las omisiones del legislador, que nada ha dicho sobre los criterios para resolver la tercería, sobre los efectos de la sentencia que la resuelve, sobre quién asuma las costas de la ejecución en el caso de estimación de la tercería.

Comencemos con la primera omisión: aquella respecto de los criterios para resolver la tercería. De plano es una auténtica omisión, porque el CPC de 1912 sí los contenía. Es así que el texto original establecía que las "preferencias o prorrateo de los créditos se resolverá conforme a las reglas contenidas en el capítulo VI, título IX, de esta sección" (art. 769), esto es, las (articuladas) reglas para la graduación de los créditos establecidas para el concurso de acreedores, reglas que luego fueran refundidas en la Ley de Quiebra (Ley N° 7566) de 1932 (arts. 110 a 116), reglas estas que estaban vigentes en el momento en el que el CPC fue promulgado (por D. Leg. N° 768, del 29 de febrero de 1992, publicado el 4 de marzo del mismo año), pero que durante su *vacatio legis* fueron pulverizadas por las raquíticas reglas del artículo 7 de la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley N° 26116 de fines de 1992 (luego contenidas en el art. 24 de la Ley de Reestructuración Patrimonial de 1996 y, finalmente, en el art. 42 de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27804, del 2002).

Con todo, desde el momento que la tercería de preferencia de pago genera un conflicto entre acreedores, pese al silencio del CPC, su solución no puede sino hacerse en base a las normas sobre el orden de preferencia de los créditos cuando media un concurso entre acreedores, reglas estas que hoy están "condensadas" en el artículo 42 de la Ley General del Sistema Concursal (aunque este artículo

establezca que ese orden se aplica en "los procedimientos de disolución y liquidación", esto es, en los procedimientos concursales que se llevan ante la respectiva Comisión del Indecopi).

Por tanto, si los criterios para resolver una tercería de preferencia de pago son los establecidos para determinar las preferencias creditorias en los procedimientos concursales, una vez resuelta, ¿qué le sigue?

El CPC nada dice, pero, *nulla questio*, si es que la demanda de tercería viene declarada fundada: en la sentencia se deberá graduar los créditos (el del tercerista y el del ejecutante) y disponer el pago correspondiente, reactivándose (cuando quede firme la sentencia) la ejecución con un nuevo sujeto "parte": el tercerista.

Ahora, si es que el remate se ha frustrado por falta de postores y el demandante formuló instancia de adjudicación *ex* artículo 742 (v.), ¿qué se hace? La respuesta es difícil de dar, por cuanto el artículo 745 (v.) establece que "Si son varios los interesados en ser adjudicatarios, la adjudicación solo procederá si hay acuerdo entre ellos". ¿Y si no hay acuerdo? Lo sensato sería que la preferencia para la adjudicación la tenga el acreedor declarado preferente, con cargo a que deposite el "exceso" (de haberlo) conforme a lo "dispuesto" en el artículo 744 (v.).

Pero, ¿qué ocurrirá si es que la tercería de preferencia de pago es declarada infundada?

Ahora, la demanda de tercería podría ser declarada infundada porque el afirmado crédito del tercerista no es tal o porque, aunque existiendo el crédito, no es preferente al del ejecutante.

En el primer caso, no hay problema alguno, pues una vez firme la sentencia desestimatoria, se reanudará la ejecución disponiéndose el pago al ejecutante. Más problemático es el segundo caso, pues hay un crédito determinado judicialmente pero que no es preferente al del ejecutante. Lo sensato sería que, por (auténtica) economía procesal, en la sentencia, se gradúen los créditos (el del ejecutante y el del tercerista), reanudándose la ejecución con la presencia, ya como parte, del tercerista, para satisfacer su crédito con cargo al sobrante tras la satisfacción del ejecutante primigenio (aunque, hay que convenir, que ello debería estar establecido en la ley).

Por último, el tema de las costas y costos de la ejecución en el caso de la estimación de la demanda de tercería de preferencia.

Sobre el reembolso de las costas de la ejecución el CPC no dice lo que debería decir: que el producto de la ejecución se aplica primero al reembolso de las costas y costos (que deberían tener la primera preferencia). Y tampoco ha gastado palabra

alguna para el específico supuesto en el que la demanda de tercería de preferencia de pago sea estimada. Si el tercerista gana, un mínimo de justicia, sería que al ejecutante se le reembolsaran las costas de la ejecución (las que hubiera asumido él, obviamente) (v. art. 620.2 LEC española), pues lo contrario sería admitir un enriquecimiento sin causa por parte del tercerista.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2009): *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil.* Lima: Gaceta Jurídica; GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL (2015): *Precedente judicial vinculante sobre la procedencia de la tercería frente al embargo inscrito,* tomo 30. Lima: Gaceta Jurídica; GONZALES BARRÓN, Günther (2014): "Tercería de propiedad". En: Günther Gonzalez Barrón y José Antonio Álvarez Caperochipi: *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles.* Lima: Jurista Editores; MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil,* tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch; VEGAS TORRES, Jaime (2005): "La ejecución dineraria". En: Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien es cierto que la demanda de tercería preferente de pago ha sido interpuesta con anterioridad al acta del remate, aquella fue declarada inadmisible, siendo subsanada y admitida a trámite cuando ya se había producido la adjudicación de la embarcación en pago de crédito del ejecutante. La demanda deviene en improcedente al haberse extinguido el objeto respecto del cual se pretendía hacer valer el derecho preferente ***(Cas. N° 227-2009-Lima)***.

Si la tercería preferente de pago fue interpuesta en tiempo hábil, esto es, antes de la subasta; el efecto de ella es suspender el pago al acreedor hasta que se decida en forma definitiva sobre la preferencia; de lo que se colige que la inobservancia en la subasta sobre la presentación y admisión de la tercería no afecta la validez del acto del remate, sino el pago con el producto de la subasta. El banco ejecutante debió abonar el precio de la adjudicación conforme se ordenó en el acto mismo del remate; sin embargo se ha procedido a la transferencia de la propiedad, la que deviene en nula ***(Exp. N° 111-2001-Lima)***.

Interpuesta la demanda de tercería preferente de pago, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia; esto quiere decir que el juez debe analizar la naturaleza de los créditos contrapuestos y determinar cuál de ellos tiene preferencia de pago sobre el otro, de lo contrario, se estaría infringiendo el principio de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales ***(Cas. N° 174-1999-Lima)***.

Si bien en la tercería de derecho preferente sus efectos se retrotraen, a la fecha de la interposición de la demanda, al haberse rematado los bienes con posterioridad a la demanda, adjudicándose el banco demandante en pago de su crédito los bienes, legalmente dicho remate debería quedar sin efecto, no obstante ello, se aprecia que en la tercería se ha presentado garantía para el pago de los beneficios sociales, sin que el juez haya resuelto el pedido, analizando su forma de ofrecimiento y cuantía, por lo que antes de resolver el pedido de nulidad, el juez debe resolver el ofrecimiento, pues, de ser aceptada la garantía, la nulidad del remate y adjudicación tendría otro cariz ***(Exp. N° 2488-1998-Lima)***.

Artículo 538 | **Connivencia y malicia**

Si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

La mismas sanciones se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53 inc. 1, 109 inc. 1, 110, 111, 112.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

Se decía líneas arriba que las oposiciones de terceros a la ejecución tienen muy mala fama (v. *retro*, *sub* art. 535) porque, en todo tiempo y lugar, se han prestado (y se prestan) para servir de instrumento para defraudar las expectativas del acreedor ejecutante.

Y ello vale tanto para la tercería "de propiedad" como para aquella de preferencia de pago, pues el tercerista bien puede, en contubernio con el deudor embargado, utilizar la primera, para aparentar una titularidad sobre bien embargado y pretender sustraer de la ejecución (presente o futura) tal bien, bien que en la *realidad* sí es del deudor (y quizá sea el único un bien) y, la segunda, simplemente para aparentar la existencia de un crédito preferente para defraudar al acreedor en sus expectativas de satisfacción de su crédito.

De allí que, sobre todo en nuestra área jurídica, la medida más difundida para tratar de contener el que las tercerías sean utilizadas fraudulentamente, sea el prever un remedio *represivo-sancionatorio* (que como tal, funciona *ex post*), esto es, la imposición de sanciones (en el caso, multas) a los sujetos conniventes y haciéndolos responsables del daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la pendencia del proceso de tercería.

Ello ya estaba previsto en el artículo 764 del CPC de 1912 y es lo que establece el segundo párrafo del artículo 538, el que, a diferencia de la previsión del viejo Código, y en base (también en este caso) al artículo 103 del Código de la Nación argentino, extiende las responsabilidades a los "abogados" del tercerista y del "demandado" (léase, del deudor demandado).

2. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, CIVIL (Y PENAL)

Conforme al primer párrafo del artículo 538 el juez debe "imponer" la sanción de multa "más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas", si es que "se prueba la connivencia entre tercerista y demandado".

La laconicidad de la disposición abre toda una serie de cuestiones: ¿dónde y cuándo se "imponen" las sanciones?; ¿la "connivencia" debe haber sido alegada?; ¿para que el juez "imponga" la indemnización se requiere que se haya demandado?

Comencemos con el "dónde" y el "cuando". Dada la colocación sistemática de la disposición parecería que la "imposición" de (todas) las sanciones debería ocurrir en la propia sentencia del proceso de tercería, una sentencia que (obviamente) no podría sino ser desestimatoria de la demanda (no sería, ciertamente, sensato lo contrario). Ergo, todo parece indicar que la "connivencia" (esto es, el acuerdo fraudulento entre tercerista y deudor demandado) deba resultar "probada" en el propio proceso de tercería.

Ahora, para que un hecho pueda resultar "probado", primero tiene que haber sido alegado (y, estar entre los hechos necesitados de prueba). ¿Será también así en este caso? ¿O es que los hechos que configuran la "connivencia", pueden ser apreciados de oficio por el juez?

Respecto de la multa no cabe duda de que el juez pueda apreciar de oficio los hechos que configuran la "connivencia", pero como todo lo que puede apreciarse de oficio (se espera que algún día se entienda...) *previamente* a su imposición debería provocarse el contradictorio con los sujetos que se afectarían con la sanción.

No debería poder ocurrir lo propio respecto de la indemnización, pues aunque el artículo 538 señale que el juez "impondrá" (el pago) de "la indemnización de daños y perjuicios" (se entiende) a favor del acreedor (embargante o ejecutante) demandado, para que ello fuera siquiera posible no bastaría siquiera que se hubiera alegado la existencia de la "connivencia", sino que tendría que haberse planteado la correspondiente pretensión indemnizatoria, lo cual, a estar a lo dispuesto en el artículo 490 (v.) no es posible, puesto que el legislador no tuvo mejor idea que prohibir la reconvención en los procesos de tercería (!). Ergo, dado que el acreedor perjudicado está impedido (por ley) para reconvenir *dentro* del proceso de tercería, no le queda sino plantear *ex post* su pretensión indemnizatoria, esto es, luego que la sentencia desestimatoria de la tercería quede firme. Queda la duda de si esa pretensión pueda ser planteada (llamémosla así) en *vía incidental*, ante el propio juez de la tercería, tal como puede hacerse respecto de los daños ocasionados por medida cautelar "innecesaria" (v. art. 621) o deba iniciarse un proceso *ex novo*.

Por tanto, hay que concluir que en caso que de lo actuado resulte la "connivencia" entre el tercerista y el (deudor) demandado (uno de cuyos indicios podría ser su comportamiento no resistente), lo único que el juez podrá "imponer", en la sentencia que desestima la demanda, es la multa y, obviamente, el reembolso de las costas y costos, que no se "impondrán" porque lo disponga el artículo 538, sino en virtud de la regla general del artículo 412 (v.). Obviamente también será posible que el juez disponga en su sentencia la remisión "al Ministerio Público de copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente".

3. RESPONSABILIDAD DEL EMBARGANTE

El segundo párrafo del artículo 538 establece que las mismas sanciones (esto es, la multa, la indemnización y las costas y costos) indicadas en el primero "se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar".

El supuesto es inverso al del primer párrafo, en el sentido de que, en este caso, la sentencia del proceso de tercería debe de haberle dado la razón al tercerista y que de lo actuado resulte que el que haya actuado "maliciosamente" sea el embargante.

¿Qué significará, en este caso, la "malicia"? La respuesta depende de si la tercería es "de propiedad" o de preferencia de pago. Si es "de propiedad" debe implicar que el acreedor embargante *tenía conocimiento* que el bien cuyo embargo solicitó no pertenecía al deudor (o perteneciéndole, que existían derechos de terceros sobre él); si es de preferencia significa que el acreedor embargante *tenía conocimiento* de la existencia del crédito preferente y la ejecución se hubiera iniciado para burlar esa preferencia. Dicho más simplemente: se requiere que el acreedor (o el falso acreedor) haya actuado con dolo, esto es, con la intención de causarle un daño al tercerista.

Ahora, la responsabilidad del embargante establecida en el segundo párrafo del artículo 538, para el caso de una tercería "de propiedad" se superpone (y, en parte, contrapone) a lo previsto en el artículo 624 (v.), artículo que justamente establece las consecuencias de embargar un bien de tercero (v. ARIANO DEHO, 2009: p. 34 y ss.). En efecto, el segundo párrafo del artículo 624 establece que si "se acredita la mala fe del peticionante [del embargo], se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar". Resulta curioso que tratándose del mismo supuesto (embargo malicioso) el monto de la multa del artículo 624 sea distinto de aquél establecido en el artículo 538. Otra antinomia saltante entre las dos disposiciones es que las responsabilidades (disciplinarias, civiles y penales) del embargante, surgirían, según el artículo 538 de haber "solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar" (léase, un embargo),

mientras que conforme al art. 624 procedería "incluso si la medida no se hubiera formalizado" (¡perlas del CPC!).

Tratándose de la tercería de preferencia de pago, el artículo 538 responsabiliza solo al (pseudo)acreedor *en cuanto embargante*, lo que deja fuera al ejecutante de una ejecución de garantías, la cual, pese a que no hay embargo (v. *supra, sub* art. 533, 5) puede muy bien ser utilizada "maliciosamente" como instrumento para burlar a un acreedor preferente.

Otro aspecto a destacar es que en estos casos, al deudor (embargado o ya ejecutado) no parece alcanzarle la responsabilidad por una actuación "maliciosa", cuando perfectamente las tercerías podrían ser (y por lo general lo son) el producto de la "connivencia" entre el embargante y el deudor.

Con todo, vale lo dicho líneas arriba respecto de aquello que el juez podría "imponer" en la sentencia: la multa, el reembolso de las costas y costos y la remisión de copia de lo actuado al Ministerio Público. No podría, en cambio, por las razones ya dichas, "imponer" en la sentencia la "indemnización de daños y perjuicios".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2009): *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil.* Lima: Gaceta Jurídica. Se recomienda, para el Derecho italiano, el (viejo, pero aún actual) texto de GUALANDI, Angelo (1960): "Responsabilità per l'espropriazione e per il sequestro dei beni di un terzo". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si se llega a acreditar la connivencia y malicia entre el tercerista y el demandado la demanda de tercería deviene en infundada ***(Cas. N° 2570-2002-Tacna)***.

Artículo 539 | Suspensión de la medida cautelar sin tercería

El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario, el interesado puede interponer tercería, de acuerdo al artículo 533.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 533.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

La redacción de este artículo constituye un desafío para el intérprete por el conjunto de desaciertos lingüísticos y técnicos que contiene. Al igual que todas las disposiciones de este subcapítulo, la explicación puede encontrarse en su (probable) plantilla: el Código de la Nación argentino, en cuyo artículo 104 se establece:

> "**Levantamiento del embargo sin tercería.**- El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes.
>
> Del pedido se dará traslado al embargante.
>
> La resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo. Si lo denegara, el interesado podrá deducir directamente la tercería, cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 98".

Si se confronta la disposición argentina con la nuestra, queda en evidencia que efectivamente la primera constituye su "fuente", solo que el redactor patrio la "adaptó" (hay que decirlo de alguna manera...), tornándola simplemente absurda.

En efecto, mientras que el artículo 104 del Código argentino discurre (en sumilla y texto) de "levantamiento del embargo", nuestro artículo 539 discurre (en sumilla y texto) de "suspensión de la medida cautelar". Ergo, aparte de la manía del CPC (*rectius*, de sus redactores) de sustituir la palabra "embargo" por "medida cautelar", resulta evidente que la "adaptación" del molde argentino, sustituyendo aquello de "levantar" por "suspender" no solo es infeliz, sino que conduce a un absurdo: ¿qué es suspender una "medida cautelar"? Si suspender (en el segundo significado del DRAE) es "[detener] o diferir por algún tiempo una acción u obra", ¿es posible que un tercero que tiene "título de propiedad inscrito" pueda pretender la mera "suspensión" del embargo? (v. MESINAS MONTERO, 2002:

p. 75). Además, desde la sumilla del artículo 539, se infiere que el "pedido" del tercero es una alternativa a la tercería (*rectius*, al *proceso* por el que se sustancia la demanda de tercería). ¿Es que acaso demanda de tercería tiene por objeto la "suspensión de la medida cautelar"?

2. LA "NORMA" DEL ARTÍCULO 539

¿Qué se quiso establecer, pues, en el artículo 539? Pues lo que más claramente establece el artículo 104 del Código argentino, esto es, un remedio más "simple" (y alternativo al proceso de tercería "de propiedad") para que se deje "sin efecto" el embargo (o que se "levante", "alce", "desafecte", "desembargue" o la palabra que se quiera emplear ...) cuando el tercero posea un "título de propiedad inscrito", esto es "algo" más de aquello que se exige para *admitir* una demanda de tercería (v. *retro*, *sub* art. 535). Este remedio alternativo al proceso de tercería, cabe la aclaración, lo es solo respecto de aquel "de propiedad", no así, ciertamente de aquel de preferencia.

Por tanto, la "idea" encerrada en el (horroroso) texto del artículo 539, era (y es) brindarle al tercero, cuyo derecho sobre el bien embargado se desprenda de un registro, un camino mucho más veloz que el de la –llamémosla así– "tercería ordinaria", o sea, en buena cuenta, darle una suerte de "tercería-incidente" para liberar a su bien del vínculo del embargo sin pasar por "todo" un proceso abreviado (y sus impugnaciones).

Ahora, el remedio alternativo del artículo 539 es tan simple que se sustancia con un simple "traslado a las partes", sin que el legislador se haya dado el trabajo (tal cual el art. 104 del Código argentino) de establecer qué plazo tienen "las partes" para absolver el pedido del tercero.

Pero, el legislador (demostrando que es muy mal "adaptador" de disposiciones ajenas), a diferencia del artículo 104 del Código argentino, ha hecho "irrecurrible" la resolución (que debe ser un auto) que "suspende la medida" (léase, levanta el embargo), cuando la disposición argentina establece que la "resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo". Hay que dudar de la constitucionalidad de esta parte del artículo 539, pues, esa resolución que estima el "pedido" del tercero *equivale* a la sentencia del proceso de tercería, por lo que su apelación debería estar asegurada.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Ahora bien, este mecanismo alternativo solo puede funcionar tratándose de bienes inscritos y su supuesto legitimante es prácticamente un imposible pues

conforme al artículo 656 (v.), concordante con el artículo 2017 CC y artículo X del T.P. del Reglamento General de los Registros Públicos, cuando se embarga un bien registrado solo podrá inscribirse (*rectius*, anotarse) si el embargo del bien es "compatible con el título de propiedad ya inscrito" (o sea si el bien aparece a nombre del deudor y no de tercero) y si no se ha anotado el embargo el tercero no tendría nada de que lamentarse, pues el este es para él *res inter alios*.

Por tanto, sobre todo tratándose de inmuebles, salvo en el caso (patológico) de duplicidad de partidas registrales, es bastante remoto que este mecanismo alternativo al proceso de tercería "de propiedad" sea realmente útil. En cambio, tratándose de muebles registrados (por ejemplo, vehículos), es más factible, pues si el embargo ha sido asegurado simplemente con su depósito (el mal llamado "embargo en forma de depósito", art. 649) o su secuestro (el mal llamado "secuestro conservativo" del segundo párrafo del art. 643) y no con su anotación en el registro correspondiente, es bien posible que un tercero pueda presentarse ante el juez que dispuso el embargo con su "título de propiedad inscrito" (tratándose de vehículos, la vieja "tarjeta de propiedad", hoy llamada "Tarjeta de Identificación Vehicular", art. 33 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N° 27181).

Sin embargo, se ha interpretado que el remedio alternativo del artículo 539 sería aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien antes de la anotación del embargo y haya inscrito su título después (GONZALES BARRÓN, 2014: p. 123). Hoy, tras la denominada Sentencia del Séptimo Pleno Casatorio (Cas. N° 3671-2014-Lima; v. GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL, 2015: p. 283 y ss.), esta interpretación, que presupone la oponibilidad al embargante de la adquisición anterior, se ha vuelto más factible.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL (2015): *Precedente judicial vinculante sobre la procedencia de la tercería de frente al embargo inscrito*, tomo 30; GONZALES BARRÓN, Günther (2014): "Tercería de propiedad". En: Günther Gonzales Barrón y José Antonio Álvarez Caperochipi: *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles.* Lima: Jurista Editores; MESINAS MONTERO, Federico (2002): "Cuándo tercería, cuándo desafectación". En: *Actualidad Jurídica*, N° 102.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Debe desestimarse el pedido si las inscripciones no contienen en modo alguno título de propiedad alguno a favor de los recurrentes, sino más bien, el acuerdo según el cual el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él conforme lo señala el artículo 1583 del Código Civil ***(Exp. N° 118-2002-Lima)***.

SUBCAPÍTULO 6
IMPUGNACIÓN DE ACTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 540 | Procedencia (DEROGADO)

La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia.

Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa. (*)

Artículo 541 | Admisibilidad (DEROGADO)

Son requisitos para su admisibilidad que:

1. *Se refiera a un acto o resolución que cause estado;*
2. *El acto o la resolución se hayan impugnado en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en las leyes respectivas; y*
3. *Se interponga dentro de los 30 (treinta) días de notificada la resolución impugnada de acuerdo a Ley, o en el mismo plazo, producido el silencio administrativo de conformidad con los dispositivos vigentes.*

La admisión de la demanda no interrumpe la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre proceso cautelar. (*)

(*) Los artículos 540 al 545 del presente subcapítulo fueron derogados por la Ley N° 27584 del 07/12/2001, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Posteriormente esta ley fue modificada considerablemente por el Decreto Legislativo N° 1067, dando lugar a un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS del 29/08/2008.

Artículo 542 | **Competencia (DEROGADO)**

Cuando la resolución objeto de la impugnación es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de carácter local o regional, es competente en primera instancia la Sala Civil de la Corte Superior.

Cuando la impugnación se refiere a Resolución Suprema, o resoluciones emanadas de las asambleas regionales, del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Contraloría General de la República, del Tribunal Fiscal, Tribunal de Aduanas o de los órganos de gestión de la Corte Suprema, es competente en primera instancia la Sala especializada de la Corte Suprema.

Tratándose de la impugnación de resoluciones emanadas del Tribunal Fiscal, se aplicará el procedimiento establecido en el Código Tributario. (*)

Artículo 543 | **Representación especial (DEROGADO)**

Las actuaciones judiciales podrán realizarse mediante apoderado investido con facultades específicas para este proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales. (*)

Artículo 544 | **Intervención del Ministerio Público (DEROGADO)**

En estos procesos el Ministerio Público emite dictamen. (*)

Artículo 545 | **Acumulación (DEROGADO)**

Cuando la impugnación se sustente en situaciones análogas a las referidas en los artículos 509 y 510, puede demandarse acumulativamente la indemnización de los daños y perjuicios causados. (*)

(*) Ídem.

TÍTULO III
PROCESO SUMARÍSIMO

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 546 **Procedencia**

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. *Alimentos;*
2. *Separación convencional y divorcio ulterior;*
3. *Interdicción;*
4. *Desalojo;*
5. *Interdictos;*
6. *Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo;*
7. *Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y,*
8. *Los demás que la ley señale. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 58, 85, 181, 182, 200, 256, 293, 300, 305, 419, 460, 468, 606, 676, 792, 795, 993, 1014, 1017, 1073, 1074, 1078, 1116, 1163, 1412, 1839; C.P.C. arts. 547, 549, 5 DF, 1 DM, 2 DM; L.G.S. arts. 5, 9, 15, 22, 139, 140, 142, 143, 158, 200, 218, 219, 237, 240, 291, 338, 357, 359, 360, 381, 383, 384, 409, 410, 415; L.T.V. arts. 28, 32.2, 41.3, 101.3, 103.1, 105.1, 108.2.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 de 29/06/2007.

por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 33). Este acceso a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho reconocido constitucionalmente y entre sus basamentos se encuentra la atención pronta cuando el derecho conculcado es de suma envergadura.

En este sentido, procesalmente siempre ha existido una diferenciación al interior de los procesos de cognición. Es decir, sabiendo que los procesos pueden ser de diversos tipos según la finalidad perseguida o las causas que los generan (por ejemplo, cautelares, de ejecución, no contenciosos, etc.), en los procesos de cognición o conocimiento se busca que el juez conozca la causa y se pronuncie sobre la pretensión de fondo del justiciable. Estos procesos de cognición o más exactamente procesos contenciosos de cognición (CARNELUTTI, 1959: p. 1) se suelen dividir cuando menos en dos carriles, uno ordinario o común, de extensión regular para las vías más complejas, y otro sumario o de trámite corto para los temas más urgentes o de poca complicación.

Nuestro actual modelo procesal civil ha optado por trabajar con tres carriles: uno largo al que impropiamente llama de conocimiento, otro de extensión regular al que se denomina abreviado y uno corto al que ha designado como sumarísimo.

Estos procesos de cognición se caracterizan por tener fases mínimas encaminadas a un mismo fin, las cuales según CARNELUTTI son: la introducción, la instrucción y el pronunciamiento (CARNELUTTI, 1959: p. 3). En la introducción se tiende a poner a los sujetos procesales en la situación recíproca necesaria para el cumplimiento del proceso, en la instrucción se busca suministrar al juez los elementos necesarios para la decisión, y en el pronunciamiento se tiende a formar y a dar a conocer la decisión final del caso; haciendo hincapié en que la distinción lógica entre tales fases no siempre se corresponderá exactamente con la sucesión cronológica.

Conforme a lo dicho, para nuestro caso, el proceso sumarísimo, acorde al avance de la disciplina procesal, debe contar con los espacios mínimos para el ejercicio correcto de un debido proceso. En efecto, un proceso bien llevado cuenta, cuando menos, con un espacio para demandar, un espacio para contradecir, una audiencia de discusión y evaluación y la sentencia del caso. Como se puede apreciar, el proceso sumarísimo justamente cuenta con estas etapas: demanda, contestación, audiencia única y sentencia.

Tal y como adelantamos, las materias contenidas en un proceso sumarísimo suelen obedecer o a su urgente atención y/o a su relativa ausencia de complejidad del contenido de fondo de la *litis*. El artículo en estudio cumple, entonces, con señalar las materias que se tramitarán a través de esta vía.

2. ALIMENTOS

En este supuesto se conjugan tanto la urgencia de lo pedido como la simplicidad en la tramitación. Desde luego, los alimentos refieren lo necesario para que un sujeto pueda desenvolverse en su vida cotidiana. Por ello abarca propiamente la alimentación o sustento, pero también el vestido, la habitación, la educación, la salud y asistencia médica, la educación e instrucción, la capacitación para el trabajo y hasta la recreación (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 350). Y si bien la recreación puede no referirse a un tema de tutela urgente, no acontece lo mismo con la alimentación o la salud, pues ellos se conectan directamente con la integridad y hasta con el derecho a la vida. A lo dicho hay que añadir que por la modificación introducida por la Ley N° 30292 del 28 de diciembre de 2014, dentro del rubro de los alimentos se considera hoy a los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

Se explica, entonces, la ubicación de este tipo de pretensiones en este artículo por lo dicho, pero, además, también por cuanto esta materia no es excesivamente complicada. Ciertamente, en el tema de alimentos la materia probatoria gira primero en torno al vínculo parental que por lo regular se dirige al entroncamiento o a la posibilidad procreacional del demandado, y segundo sobre las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante, recalcando que no es indispensable que las posibilidades del alimentante sean probadas exhaustivamente (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 354). Es evidente que partimos de entender que el fundamento de los alimentos radica en el parentesco. Sin embargo, sabido es que existen por lo menos un par de excepciones a ello, tal y como lo mandan los artículos 414 y 870 de nuestro CC, además del caso de los concubinos (CORNEJO CHÁVEZ, 1998b: pp. 283-285).

Dicho de otro modo, tres son los presupuestos que permiten ejercer el derecho de pedir alimentos: un estado de necesidad en quien los pide, la posibilidad económica de quien debe prestarlos, y una norma legal que establezca la obligación, ya que se trata de una obligación civil y no de una simple obligación natural (CORNEJO CHÁVEZ, 1998b: pp. 252-254).

En fin, por extensión se tramitarán en este carril todos los demás procesos conectados con el establecimiento o fijación de una pensión alimentaria, como son su reducción, aumento, prorrateo y extinción.

Para terminar, es de hacer notar que como el CPC data del año 1994, luego de su dación, hacia el año 2000 se publicó el Código de los Niños y Adolescentes donde se consagró taxativamente que la vía para la tramitación de los alimentos era el proceso único allí regulado (arts. 160 literal e) y 161). Al establecerse un nuevo proceso, es de entender que este inciso 1 del

artículo 546 del Código adjetivo estaría derogado tácitamente, pues esta materia ha sido regulada por este nuevo dispositivo. Como manda el artículo 103 de nuestra Constitución, así como el I del CC, una norma jurídica puede ser derogada tácitamente cuando la disposición posterior regula íntegramente la materia prevista por la anterior.

Nosotros no creemos estar ante una derogación tácita porque encontramos algunas particularidades en la regulación especial del proceso sumarísimo aplicable al caso de alimentos previsto entre los artículos 560 y 572 del CPC que no están señaladas en el CNA, por lo que más bien ambas tramitaciones parecen complementarse. Pero, además, no hay que perder de vista que este último Código regula propiamente los alimentos cuando el beneficiado con ellos es exclusivamente un niño o un adolescente, dejando de lado otras hipótesis.

Ahora bien, en la praxis las características del proceso único son, en esencia, las mismas que las del proceso sumarísimo –hablando siempre en torno al tema de alimentos–, sin embargo, existen algunas disimilitudes de importancia, además de la denominación. El CPC prohíbe expresamente los informes sobre hechos (art. 559, inc. 2), lo cual parece estar permitido en el proceso único por el CNA de una lectura *a contrario* de su artículo 173. Igualmente, según el proceso único es competente no solo el juez de paz letrado –como ocurre en la vía sumarísima (art. 547)–, sino también el juez de paz (art. 96). En el mismo sentido, en el proceso único se mantiene el tema conciliatorio al interior de la audiencia única (arts. 170, 171 y 173), lo cual se suprimió del proceso sumarísimo (arts. 554, 555 y 557). En fin, en el proceso sumarísimo las tachas, oposiciones, excepciones y defensas previas se acreditan con medios de prueba de actuación inmediata (552 y 553), lo que no parece exigirse en el proceso único (arts. 169 y 171). Y quizás la diferencia más importante es que, según el artículo 164 del CNA, no es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos dentro del proceso único.

3. SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

La causa jurídica del matrimonio civil es hacer vida en común, por tanto un deber nacido de las nupcias es la cohabitación. Cuando los consortes desisten de cumplir con este deber pero por mutuo convencimiento pueden iniciar un proceso judicial para extinguirlo formalmente.

El mutuo consenso significa que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas (que no desean ventilar ante los tribunales) o porque difieren en la compatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación y solicitan judicialmente la exoneración mutua de los deberes de lecho y habitación (CORNEJO CHÁVEZ, 1998a: p. 364).

Este proceso judicial es necesario en la esfera jurídica pues no se debe olvidar que el deber de cohabitación no es un simple deber moral, sino un deber de índole jurídica. Por tanto, al igual que en un contrato, para dejar sin efecto el pacto es necesario el consentimiento. Ahora bien, a diferencia de los contratos, el matrimonio es considerado una institución pilar en el ordenamiento, siendo su naturaleza de orden público, por lo que su extinción de mutuo acuerdo debe hacerse con la participación de un oficial del Estado (que suele ser el juez) del mismo modo en que se celebró. Sabido es que este trámite se puede llevar a cabo no solo ante el juez sino ante el alcalde e, incluso, ante un notario público, siendo que en este caso nos limitamos al análisis de lo prescrito por nuestro Código adjetivo (art. 580 del CPC).

Como se conoce, la separación convencional en nuestro esquema jurídico es a-causal, es decir, no requiere de la expresión de motivaciones o causas que han generado la decisión de separarse. Bastará, entonces, con que ambos contrayentes estén de acuerdo con la separación para que ella sea amparable. Dicho de otra manera, con la separación por mutuo consentimiento se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para obtener la sentencia, por lo que procesalmente, se contempla un proceso sencillo o menos costoso (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 193).

Al respecto nuestra normativa ha decidido mantener para esta causal la separación en dos fases. En la primera solamente se decide la separación de los cónyuges con algunos efectos jurídicos importantes como la extinción del deber jurídico de cohabitación, así como la conclusión del régimen de sociedad de gananciales, si correspondiere. En la segunda, luego de haberse declarado esta separación, procederá la petición de divorcio que es la que rompe finalmente el vínculo matrimonial. O sea, mientras no se declare el divorcio, marido y mujer siguen siendo cónyuges. Evidentemente el espíritu de esta división en dos fases es mantener la posibilidad de reconciliación entre los cónyuges hasta antes de la emisión final de la sentencia de divorcio. Ergo, el estado de separación de cuerpos termina o por la renormalización de la vida conyugal o por la completa ruptura del vínculo.

Se explica que esta causa sea ventilada en un proceso sumarísimo por cuanto la dificultad probatoria se reduce notablemente, dado que bastará, por lo regular, con la firma de la demanda por ambos consortes para que se entienda manifestado el ánimo de separarse.

Como requisito procesal se exige el transcurso de dos años desde la celebración del matrimonio, lo cual se constituye en una garantía de seriedad del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión a los cónyuges frente a apresuradas decisiones resultado de desavenencias inmediatas (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 193). Además, se sabe que junto a la demanda se debe anexar la propuesta de convenio regulador, cuyo contenido mínimo debe abarcar lo referido

a los regímenes de la patria potestad, alimentos y liquidación de sociedad de gananciales (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 194).

Antiguamente la sentencia emitida era elevada en consulta, lo cual se sustentaba en que este mecanismo de separación implicaba que el Estado renunciaba, en favor de los particulares, a la facultad de administrar justicia, reduciendo al juez a la categoría de simple testigo, toda vez que el mutuo consenso no se dirige a satisfacer otro interés que el particular de los cónyuges, lo que significa olvidar que el matrimonio no es un simple negocio privado, sino una fundamental institución social (CORNEJO CHÁVEZ, 1998a: pp. 364-365).

4. INTERDICCIÓN

A diferencia del supuesto anterior, el fundamento de que un proceso de interdicción se tramite en esta vía ágil no es tanto la probanza de la incapacidad, sino más bien la urgencia que se tiene de esa declaración. En efecto, cuando se está ante lo que nuestro CC llama un incapaz relativo, es menester iniciar un proceso judicial para que se declare propiamente su incapacidad. A dicha tramitación se llama interdicción.

La interdicción o incapacitación es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causales establecidas por ley. Este término suscita la idea de algo externo a la persona, que no es otra cosa que la declaración judicial, resultado de un proceso seguido para alcanzarla. El fallo, entonces, modifica el estado civil y partir de ella la incapacidad queda constatada *erga omnes* (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 1998: p. 246).

Sabido es que en el artículo 44 del CC se enumeran los casos de incapaces relativos. El proceso de interdicción será de provecho sobre todo en los casos de quienes sufren retardo o deterioro mental, los pródigos o disipadores, los malos gestores, los ebrios habituales y los toxicómanos.

La utilidad de la interdicción es indiscutible sobre todo en el tema referido a la anulabilidad del acto jurídico. El acto celebrado por un incapaz relativo es para nuestro ordenamiento anulable, es decir, susceptible de cuestionamiento judicial para que se decrete la nulidad vía impugnación (ESPINOZA ESPINOZA, 2006: pp. 637-638; FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2004: p. 152). Cuando ya existe sentencia se presume la incapacidad del sujeto, y por tanto, el acto cae fácilmente; en cambio, si no existe sentencia previa, el demandante tendrá que probar la incapacidad del sujeto (RAMOS PAZOS, 1999: p. 691) y que, además, partiendo de la buena fe, era regularmente notoria, o sea que el co-contratante estuvo en la posibilidad de darse cuenta de la incapacidad; en caso contrario el acto será plenamente válido.

Por ende, es evidente que si el incapaz cuenta con un patrimonio considerable, la interdicción es urgente.

Pero el propósito de la interdicción es tuitivo, pues no se limita a la persona del condenado sino que también está en función de su familia (ESPINOZA ESPINOZA, 2006: p. 635), toda vez que la urgencia en algunos de estos casos obedece a temas de cuidado personal y administración patrimonial. Declarada la incapacidad, se procede a designar el representante que se hará cargo de la persona y/o de sus bienes, a través de los institutos de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso.

En efecto, el fundamento radica en el estado de desvalimiento en que puede encontrarse una persona para ejercer sus derechos y cuidar sus intereses personales y patrimoniales, la injusticia que entrañaría el aprovechamiento por terceros inescrupulosos de tal situación de desamparo, y los sentimientos de piedad filial, solidaridad familiar o social que impulsan a defender a quienes se hallan en estado de incapacidad (VÁSQUEZ GARCÍA, 1998: p. 344; PERALTA ANDÍA, 1996: pp. 457-458).

En fin, añadimos que, de conformidad con el artículo 583 del CC, pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el representante del Ministerio Público.

5. DESALOJO

El proceso judicial de desalojo tiene por objeto recuperar el uso y goce de un inmueble que se encuentra ocupado por quien tiene la obligación exigible de restituirlo, sea que se trate de un locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso u ocupante (FONT, 2003: p. 322).

El desalojo no es sino una pretensión posesoria en la que se hace efectiva la situación jurídica del poseedor mediato que exige la restitución del bien frente a uno inmediato. Y se tramita en un proceso sumarísimo por cuanto se manifiesta una reducción de la controversia, ya que la cognición se limita a la posesión. Mejor dicho, se trata de un caso de tutela rápida porque hay restricción de prueba y, como consecuencia de ello, disminución de trámites (GONZALES BARRÓN, 2013: p. 45). Pero si bien el desalojo se tramita en la vía sumarísima por cuanto el aspecto probatorio no es complejo, no es menos cierto que en algunos casos también pueda obedecer a su urgencia en la atención.

Y aunque en nuestro ordenamiento se lo ha ubicado en la vía sumarísima, en realidad, se trata de un proceso que suele contar con una tramitación especial, además de lo dicho, porque implica regularmente el uso de la fuerza pública para lograr el cometido, hecho que puede lindar con la vulneración de algunos derechos

fundamentales (LÓPEZ MENUDO, CARRILLO DONAIRE Y GUICHOT REINA, 2006; DI FILIPPO, 2013).

6. INTERDICTOS

Los interdictos son mecanismos de estricta defensa de la posesión, sin interesar si se tiene o no derecho a ella, pues se trata de una medida que pretende mantener la paz social, evitando la justicia por mano propia. Aquí la cognición del proceso es sumaria porque es limitada en controversia, y su trámite simplificado porque hay limitación de medios probatorios (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 400).

Se trata de un proceso sumarísimo porque hay que dar una solución rápida y restituirse las cosas al estado anterior. Por ello el interdicto concluye con un fallo provisional, que no reúne las condiciones de sentencia firme, pues es viable la discusión posterior sobre quién tiene derecho a poseer (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 502). Es decir, teóricamente es posible la protección de la posesión mediante una acción posesoria no interdictal, ejercitada en un juicio plenario, pero la realidad es que, por ser más rápido y económico se utiliza el juicio interdictal conocido simplemente como interdicto por denominarse interdicto la acción ejercitada en él (ALBALADEJO, 1994: p. 100).

Históricamente desde un inicio el fundamento de los interdictos consistía en la necesidad de dar pronta y eficaz solución a los derechos de los demandantes (ALZAMORA, 1946: p. 356). Así, como precedente histórico figura el *possessorium summariisimum* que era una forma de procedimiento posesorio creado por los antiguos prácticos y colocada al lado de los procedimientos ordinario y sumario, que resultaban o excesivamente lentos o excesivamente rigurosos, y surgió por la necesidad de regular rápidamente la cuestión de la posesión de la cosa controvertida durante el juicio posesorio (DE RUGGIERO, 1915: p. 853).

7. CAUSAS SIN VÍA PROPIA, INAPRECIABLES EN DINERO, DUDOSOS EN SU MONTO O URGENTES

El artículo 486, inciso 8 contiene una disposición muy similar para el proceso abreviado, y para el proceso de conocimiento, la única diferencia radica en que para el proceso sumarísimo se alude a los casos de urgente tutela jurisdiccional. Entonces, propiamente es la urgencia de tutela jurisdiccional la que hace diferente a las materias susceptibles de evaluarse bajo el carril sumarísimo. Pero, además, se debe tratar de temas no muy complejos pues, en caso contrario, se tendría que recurrir al proceso de conocimiento.

Como se mostrará más adelante, este tratamiento es inadecuado, pues en materia procesal siempre existe un proceso común que se asigna a todas las causas que no tuvieren un carril preestablecido. Por lo regular ese carril suele ser el más *ancho* donde existen mayores plazos y etapas, donde se pueden actuar mayores medios de prueba (por eso se habla de prueba plena), pues es preferible sustanciar una causa simple en una vía *ancha*, que sustanciar una causa compleja en una vía *angosta*.

En efecto, el derogado CPC, originalmente tenía esa característica. El proceso ordinario o de mayor cuantía era el proceso común, mientras que el proceso de menor cuantía era el excepcional. Y si alguna causa no contaba con un trámite especial por mandato de alguna ley, o no encajaba en los supuestos de menor cuantía, se la tramitaba en la vía ordinaria.

Insistimos, salvo el tema de la urgente tutela para el caso del sumarísimo conforme al inciso 6 del artículo 546, la redacción del inciso 8 del artículo 486 para el abreviado y la de los incisos 1 y 3 del artículo 475 para el de conocimiento, las tres tienen exactamente similar redacción y, por tanto, similar propósito, lo cual es abiertamente asistemático. Con ello se desnaturaliza la determinación de un carril común u ordinario que suele existir en todo cuerpo normativo procesal. Por ello, con acierto la profesora Eugenia ARIANO ha dicho que mejor hubiese sido contar con un solo artículo que estableciera que en todos esos casos sería el juez quien determinase la vía procedimental que estimase adecuada (ARIANO, 2003: p. 161).

8. CAUSAS CON CUANTÍA NO MAYOR DE CIEN UNIDADES DE REFERENCIA PROCESAL

Se sabe que la URP es la Unidad de Referencia Procesal y siempre se la ha trabajado a base de la Unidad Impositiva Tributaria - UIT, equivaliendo a un 10 % de esta, proporción que se fija a través de una disposición anual al interior del Poder Judicial.

En este punto es menester iniciar indicando que el texto original prescribía que se tramitaban en este carril los procesos cuya estimación patrimonial no fuese mayor de 20 Unidades de Referencia Procesal - URP. Sin embargo, hacia el 29 de junio de 2007, a través de la Ley N° 29057, se modificó este inciso elevando el ámbito de conocimiento hasta 100 URP, ampliado el espacio procesal para que se solucionasen más rápidamente estas causas, y generando, a su vez, una mayor participación de algunos juzgados.

El monto referencial de las URP se determina por el petitorio de la demanda, o más exactamente **por el rubro** puntual donde legalmente se exige señalar el monto del petitorio, sin interesar si más adelante a dicho monto se agregan los intereses, las costas, los costos, o algún concepto por liquidar (art. 428 del CPC).

En fin, si casualmente una causa tuviese como monto exacto las 100 URP también será materia de proceso sumarísimo, según el tenor literal del inciso en examen.

9. LOS DEMÁS QUE LA LEY SEÑALE

El inciso en estudio es claro en dejar abierta la puerta a que el mismo CPC u otros dispositivos normativos determinen que ciertas causas se puedan ventilar en la vía sumarísima. El propio Código ha establecido a través de sus disposiciones modificatorias y finales algunas pretensiones que deben tramitarse en la vía sumarísima. Entre estos casos en los que la propia ley reserva esta vía tenemos:

Del Código Civil

- Conforme al artículo 28 y al artículo 3 de la Ley N° 28720, la demanda de usurpación de nombre por parte del presunto progenitor que se considere afectado por la consignación de su nombre en la partida de nacimiento de un niño que no ha reconocido.
- El pedido de una asignación de pensión hecho por el cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, consagrado en el artículo 58.
- La solicitud a convocatoria de asamblea general de una asociación cuando no menos de la décima parte de los asociados la hayan peticionado y haya sido denegado su pedido o no hayan sido atendidos dentro de los 15 días de haber sido presentada su petición, de conformidad con el artículo 85.
- Los pedidos de pérdida del derecho al plazo a favor del deudor por las causales de insolvencia después de contraída la obligación, no otorgamiento al acreedor de las garantías a que se hubiese comprometido, disminución de las garantías por acto propio del deudor, o desaparición de las garantías por causa no imputable a este, según el artículo 181.
- Conforme al artículo 182, el pedido para que el juez fije el plazo cuando en el acto jurídico no se lo ha señalado pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor; o cuando su determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y estos no lo hayan señalado.
- El pedido para señalamiento de plazo para la ejecución del cargo en caso de no haberlo, conforme al artículo 186.

- De acuerdo al artículo 200, la demanda de ineficacia de los actos gratuitos cuestionados vía acción pauliana.
- Según el artículo 256, el pedido de oposición para la celebración de un matrimonio civil.
- Conforme al artículo 293, la petición de uno de los cónyuges para ejercer cualquier profesión o industria o cualquier trabajo fuera del hogar, ante la negativa del otro, si lo justificase el interés de la familia.
- Según el artículo 300, el pedido de reglamentación de la contribución de cada cónyuge al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas.
- Según el artículo 305, cuando uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el pedido del otro para que pasen a su administración, en todo o en parte, estando obligado a constituir hipoteca u otra garantía, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.
- El pedido para resolver el disentimiento entre el padre y la madre del hijo menor en el ejercicio de la patria potestad o en su representación legal, conforme al artículo 419.
- De conformidad con el artículo 460, el nombramiento de curador especial, siempre que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos, a petición del padre, la madre, el Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio, confiriendo el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima.
- Según el artículo 468, el nombramiento de curador, a solicitud de parte o de oficio, para los hijos a fin de proveer a su seguridad y a la de sus bienes, y según los supuestos previstos en el artículo 606.
- La impugnación por parte de los acreedores del renunciante a una herencia que les genere perjuicio, según el artículo 676.
- Conforme al artículo 792, la petición de nombramiento de albacea dativo, si el testador no lo hubiera designado o si el nombrado no pudiese o no quisiese desempeñar el cargo, y los herederos no se pusiesen de acuerdo.
- El pedido de remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los 90 días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial; o dentro de los 30 días de

haber sido requerido notarialmente para ello por los sucesores, según el artículo 795.

- Según el artículo 993, ante un pacto de indivisión, si mediasen circunstancias graves, el pedido para que el juez ordene la partición antes del vencimiento del plazo.
- Conforme al artículo 1014, el pedido del propietario para la ejecución de las reparaciones ordinarias, que son aquellas que exigen los desperfectos que proceden del uso normal de los bienes y son indispensables para su conservación.
- Según el artículo 1017, la oposición del propietario a todo acto del usufructuario que importe una infracción de los artículos 1008 y 1009, así como el pedido al juez para que regule el uso o explotación.
- De acuerdo con el artículo 1116, el pedido del deudor hipotecario sobre la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación.
- Acorde al artículo 1163, la elección de la prestación en caso que no la realice la parte o el tercero encargado.
- El pedido de cumplimiento de la formalidad (u otro requisito) mandada por ley o convenida bajo sanción de nulidad, conforme al artículo 1412.
- Según el artículo 1839, el pedido para que en caso de desacuerdo, al ser varios los depositantes, no se hubiera dispuesto a quién se hará la restitución; aplicable también cuando a un solo depositante suceden varios herederos.

De la Ley General de Sociedades

En este rubro hay que tener en cuenta que la vigente Ley General de Sociedades - Ley N° 26887 data del año 1997, por lo que, al ser posterior al CPC, las materias originales previstas para este carril variaron, siendo ahora tales:

- Conforme al artículo 5, el pedido de cualquier socio para que, cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, se cumpliese con su otorgamiento.
- Según el artículo 9, el pedido de todo afectado para la modificación de la denominación o razón social, cuando sea igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, o cuando contenga nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor.

- Acorde al artículo 15, la petición de cualquier socio o tercero con legítimo interés para el otorgamiento de la escritura pública o la inscripción de los acuerdos que requieran estas formalidades y cuya inscripción no hubiese sido solicitada al Registro dentro de los plazos prestablecidos.
- El pedido contra el socio moroso por parte de la sociedad para excluir al socio moroso en el cumplimiento de su aporte, según el artículo 22.
- Acorde al artículo 143, la impugnación sustentada en defectos de convocatoria o falta de quórum.
- Conforme al artículo 158, el pedido de cualquier accionista para que el juez ordene las convocatorias en caso de que se produzca vacancia de directores en número tal que no pueda reunirse válidamente el directorio, y los directores hábiles o, en su defecto, el gerente general no las hubiesen convocado.
- De acuerdo al artículo 200, ante el derecho de separación del accionista, la solicitud por parte de la Sociedad para la determinación de plazos y forma de pago, para efectuar el reembolso del valor de las acciones, en caso de que dicho reembolso pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviese en posibilidad de realizarlo.
- La oposición del acreedor de la sociedad a la ejecución del acuerdo de reducción del capital, si su crédito no se encontrase adecuadamente garantizado, según el artículo 219.
- Conforme al artículo 237, el pedido para determinación del importe a pagar, cuando un accionista se proponga transferir total o parcialmente sus acciones y la transferencia fuera a título oneroso distinto a la compraventa, o a título gratuito, y el precio de adquisición no esté fijado entre las partes o establecida en el estatuto.
- Acorde al artículo 240, la petición de fijación del valor de la acción, cuando no se logra fijar el precio por los tres peritos nombrados, en el caso en que el pacto social o el estatuto establezcan que los demás accionistas tienen derecho a adquirir las acciones de un accionista fallecido.
- Según el artículo 291, la petición de fijación del valor de las participaciones sociales, cuando no se logra fijar el precio por los tres peritos nombrados, en el caso en que el socio se proponga transferir sus participaciones a personas extraña a la sociedad y ningún socio ni la sociedad deseen adquirirlas.

- El pedido por parte de cualquier socio, administrador o gerente para que se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan; o el pedido de cualquier socio, administrador, director o gerente, para que, si la junta general no se reúne o si reunida no adopta el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan, el juez declare la disolución de la sociedad, conforme con el artículo 409.

- Según el artículo 410, la petición de cualquier socio, accionista o tercero para que designe a los liquidadores y se dé inicio al proceso de liquidación, en caso de que la convocatoria no se realice o si la junta general no se reúne o no adopta los acuerdos que le competen, luego del mandato emitido por la Corte Suprema en tal sentido.

- Según el inciso 3 del artículo 415, la petición de emisión de resolución judicial para que termine la función de los liquidadores, a solicitud de socios que, mediando justa causa, representen por lo menos la quinta parte del capital social.

De la Ley de Títulos Valores

- Según el artículo 28, el pedido del cesionario o adquirente –así como las respectivas oposiciones– para que se haga constar la transmisión en su favor, en el mismo título o en hoja adherida a él.

- Conforme al artículo 101, el pedido para que, en caso de deterioro notable o destrucción parcial del título valor subsistiendo los datos necesarios para su identificación, el obligado principal lo reponga por otro o para que los demás obligados firmen el nuevo título valor, siempre que medie requerimiento notarial previo.

- La solicitud de ineficacia para que, en caso de deterioro total, extravío y sustracción, quien se considere con legítimo derecho sobre el título valor, se le autorice a exigir el cumplimiento de las obligaciones principal y accesorias, salvo que no resulten aún exigibles, en cuyo caso podrá solicitar la emisión de un duplicado quedando anulado el original, conforme al artículo 102.

- De conformidad con el artículo 105, la oposición del tenedor legítimo del título valor, que no hubiere sido emplazado y notificado con la demanda judicial.

- Según el artículo 108, el pedido de ineficacia de un título valor nominativos e intransferible así como la emisión de duplicado y de la intervención de los obligados solidarios, en el caso de deterioro total, extravío

y sustracción, siempre que medie requerimiento notarial no atendido oportunamente.

- Conforme al artículo 208, el pedido de ineficacia en caso de deterioro total, extravío y sustracción del cheque (conforme al art. 102), siempre que previamente, dentro del plazo de presentación, el emitente o el beneficiario o el último endosatario o tenedor legítimo hayan solicitado la suspensión de su pago a la empresa o al banco girado, por escrito, que tendrá carácter de declaración jurada, indicando su causa, bajo condición de interponer la demanda judicial de ineficacia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: Bosch; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho Romano.* Lima: UNMSM; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* vol. II, 5ª ed. italiana, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998a): *Derecho familiar peruano. Sociedad conyugal,* vol. I, 9ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998b): *Derecho familiar peruano. Sociedad paterno filial. Amparo familiar del incapaz,* vol. II, 9ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas. Derechos reales y posesión,* vol. I, trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1998): *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica,* vol. I, 9ª ed. Madrid: Tecnos; DI FILIPPO, María Isabel (2013): *Desalojo y derecho a la vivienda. Roles institucionales.* Buenos Aires: Dunken; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Derecho de las Personas,* 5ª ed. Lima: Rodhas; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2004): *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano,* 9ª ed. actualizada. Lima: Grijley; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GONZALES BARRÓN, Günther (2013): "Acción reivindicatoria y desalojo por precario". En: *Actualidad Jurídica,* N° 232. Lima: Gaceta Jurídica; GONZALES BARRÓN, Günther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LÓPEZ MENUDO, Francisco; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio (2006): *La expropiación forzosa.* Valladolid: Lex Nova; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (1996): *Derecho de Familia en el Código Civil,* 2ª ed. Lima: Moreno; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex (2001): *Manual de Derecho de Familia.* Lima: Gaceta Jurídica; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RAMOS PAZOS, René (1999): *Derecho de Familia,* 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile; VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda (1998): *Derecho de Familia. Sociedad paterno filial. Amparo familiar del incapaz. Jurisprudencia.* Lima: Huallaga.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, vol. II, 10ª ed. Barcelona: Bosch; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho Romano clásico*, 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal* Civil, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, vol. III, 4ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales principales: el derecho de propiedad y sus desmembraciones*, vol IV, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA; PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*, vol. III, trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La demanda de desalojo por ocupación precaria no es una acción reivindicatoria de manera simplificada, es ciertamente una acción posesoria que no está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión, y, por eso corresponde además de al propietario, a quien considere tener derecho a la restitución. Por ello, en un proceso de desalojo por ocupación precaria no se discute la propiedad del bien, tan solo el derecho a poseer, y, si acaso surgiera alguna discusión sobre el mejor derecho de propiedad, deberá expedirse una sentencia inhibitoria, para que ello se defina en el proceso que corresponda ***(Cas. Nº 2934-2006-Arequipa)***.

Artículo 547 Competencia

Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2) y 3), del artículo 546, los jueces de familia. En los casos de los incisos 5) y 6), son competentes los jueces civiles.

Los jueces de paz letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del artículo 546.

En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los jueces civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los jueces de paz letrados.

En el caso del inciso 7) del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez Unidades de Referencia Procesal, es competente para sentenciar el juez de paz y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal para resolver mediante conciliación; cuando supere esos montos, es competente el juez de paz letrado. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 24 inc. 3, 546, 549; C.N.A. arts. 96, 135, 137; LEY 27155 1ra. y 2da. DF; L.O.P.J. arts. 57, 65.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 547 nos da las pautas para la competencia en las causas a ventilarse en un proceso sumarísimo. Para su estudio empezaremos por un breve análisis crítico de la competencia como componente de envergadura de la administración de justicia, y terminaremos con una revisión evolutiva de todos los supuestos de este artículo para comprender mejor su objeto.

Al interior del texto constitucional (art. 139, inc. 1) se consagra un principio conocido como el de unidad jurisdiccional. En virtud de este principio se entiende que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Sin embargo, el acogimiento y establecimiento de este principio no impide la existencia, dentro de la organización judicial, de tribunales con jurisdicción para conocer determinadas materias.

Es de agregar, sin embargo que este dogma está seriamente discutido desde hace algunos años. Por ejemplo, para nosotros al lado de la jurisdicción judicial

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29887 del 20/06/2012.

está la jurisdicción militar y la arbitral (ROCCO, 2005: p. 57 y ss.) y ello por expreso mandato constitucional (art. 139). Sin embargo, también por disposición constitucional, tendrían jurisdicción en el Perú el Tribunal Constitucional (art. 202) y las comunidades campesinas (art. 149). A esto se puede agregar el discutido tema de la llamada jurisdicción administrativa enarbolada por los tribunales administrativos nacionales que solucionan controversias en sus respectivas esferas temáticas como los de Indecopi, Osiptel, Osinergmin, Tribunal Fiscal, Tribunal Registral, etc.

Es decir, se hace necesario que al interior del Poder Judicial existan divisiones en cuanto a la labor de administrar justicia, por diversos aspectos. Uno de ellos es que en la práctica sería imposible que un juzgado conozca y resuelva absolutamente todos los casos, motivo por el cual se hace necesario contar cada vez con mayor número de juzgados (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 334). Pero, adicionalmente a ello, es menester que existan juzgados ubicados y divididos por diversas materias, pues es obvio que un juzgador no podrá conocer a profundidad todas las áreas jurídicas.

Ciertamente, el desarrollo del Estado moderno ha impuesto la división del trabajo en la administración de la justicia, lo que ha generado una división en ramas jurisdiccionales (por ejemplo, civil, penal, laboral, etc.), y en cada una de estas, la creación de una pluralidad de jueces, a quienes se ha confiado la resolución de múltiples causas. De ahí que si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces, sin embargo su ejercicio es indispensable reglamentarlo dentro de cada rama jurisdiccional. Esta es la función que desempeña la competencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 99).

Así, la competencia puede ser entendida como la aptitud procesal de un ente para asumir el conocimiento de una causa específica sometida al poder estatal a efectos de su resolución.

Con ello tenemos que el fundamento y razón de ser de la competencia no es otro que la necesidad de especialización (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: pp. 62-66). Así como los abogados –sea en el litigio, en la vida académica o, en general, en la vida profesional– manejan con mayor calidad un área determinada del saber jurídico, del mismo modo los jueces se van preparando para ser especialistas en tal o cual rama del derecho, hecho que, evidentemente, eleva la posibilidad de mejores resultados en la administración de justicia. Por consiguiente, siempre que en un orden jurisdiccional existan varios órganos se impone la exigencia de delimitar la esfera de competencia de cada uno de ellos (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 95).

Lamentablemente todo este razonar discute seriamente que aún existan dentro del Poder Judicial, juzgados mixtos, o sea, aquellos que ven absolutamente todas las materias, los cuales si bien se pueden justificar por un tema práctico, son totalmente inaceptables desde una perspectiva de calidad en la administración de

justicia. Peor todavía es el caso de salas que conocen diversas causas como acontece con Salas Civiles que ven además temas laborales, constitucionales, contenciosos administrativos, etc., y en fin, mucho peor aún lo es el de las llamadas Salas Mixtas, donde se evalúa absolutamente todas las materias posibles, y por lo habitual en segunda instancia.

2. LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La competencia es uno de los presupuestos procesales y se la entiende como una parte de la jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella.

La competencia, como potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano (Rocco, 2005: p. 29), puede ser absoluta o relativa. Será absoluta o improrrogable cuando su observancia se torna en irrestricta e ineludible, en cambio será relativa cuando su observancia no sea rígida pudiendo las partes prorrogarla. Con ello, se suele determinar a la competencia por diversos rubros, los cuales refieren la materia, la cuantía, el territorio, la función, la conexión y el turno.

Por materia, se trata de una especie de competencia absoluta pues tiene carácter definitivo e inmodificable, aun por las partes y se determina por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que la regulan

Por cuantía, se toma en consideración el monto de las pretensiones procesales que se plantean en la demanda; por un lado, para determinar el juez que debe conocer la demanda, y por otro, para establecer el procedimiento en que se debe substanciar el asunto. También es un supuesto de competencia absoluta.

Por territorio, se refiere al ámbito territorial donde va a ejercer su función jurisdiccional el titular de la decisión. En este caso se trata de una competencia relativa, pues este tipo de competencia ha sido prevista para economía de las partes, por lo que puede ser prorrogada.

Por función o razón de grado, se trata, primero, de la competencia que tiene que ver con la jerarquía de los organismos jurisdiccionales. Por lo que, si por la naturaleza de la pretensión u otra análoga, no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, el asunto es de competencia del juez civil. Es un tipo de competencia absoluta.

Por razón de conexión con otros procesos, en este tipo de competencia se toma en consideración la conexidad que existe entre las pretensiones procesales, donde

está de por medio la economía procesal y la unidad de criterio. Al respecto, propiamente la conexión no es un factor de competencia ni un criterio para determinarla, sino una razón para modificada o extenderla a casos para los cuales no la tiene el juez, individual o separadamente. Gracias a ella un juez que no es competente para una causa o para algunas de las pretensiones formuladas en una demanda, o en excepciones o reconvenciones presentadas en el mismo juicio, puede conocer de ellas, en virtud de su acumulación a otras que sí le corresponden. La conexión no puede modificar la competencia cuando la ley la ha asignado con el carácter de privativa o improrrogable, ni cuando las diversas pretensiones o los varios procesos no son acumulables (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 121).

Por razón de turno, es un criterio para fijar la competencia de juzgados y salas de igual jerarquía y que tienen la misma competencia por razón de la materia, territorio y cuantía.

3. EXAMEN DE LA COMPETENCIA PARA LOS PROCESOS SUMARÍSIMOS

El artículo en comentario, luego de haberse establecido claramente las materias que se pueden ventilar por el carril del proceso contencioso sumarísimo, se dedica a señalar la competencia atribuida a los diversos juzgados de cada una de las causas allí indicadas. Este artículo 547 ha sufrido diversas modificaciones, las cuales vamos a revisar brevemente, examinando caso por caso.

Respecto del inciso 1

Como ya se ha hecho notar, el inciso 1 refiere el caso de los alimentos. La competencia para esta causa originalmente estuvo asignada para los jueces de paz letrados siempre que hubiere prueba indubitable del vínculo familiar, en caso contrario eran competentes los jueces civiles. Pero en el caso de tratarse de alimentos para menores eran competentes los jueces del niño y del adolescente.

Posteriormente, hacia el 11 de julio de 1999 con la entrada en vigor de la Ley N° 27155 se dispuso que la competencia para el caso de alimentos correspondía a los jueces de paz letrados siempre que existiese prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda, siendo competencia de los jueces de familia para todos los demás casos.

Luego de ello, por mandato del artículo 2 de la Ley N° 28439 del 28 de diciembre de 2004 se estableció que en todos los casos de alimentos eran competentes los jueces de paz letrados. Y pese a las constantes modificaciones posteriores, se mantuvo definitivamente que el tema de alimentos sea de exclusiva competencia de los juzgados de paz letrados.

Pero ello ocurrió al interior del texto del CPC, porque con la dación del CNA el 07/08/2000 a través de la Ley N° 27337, y la instauración del proceso único como vía para tramitar una causa de alimentos (arts. 160 literal e) y 161), en paralelo se iba trastocando esta competencia.

En efecto, según el texto original del CNA era el juez de paz el competente para conocer del proceso de alimentos de los niños o de los adolescentes cuando existía prueba indubitable de vínculo familiar, así como del cónyuge del obligado y de los hermanos mayores cuando lo solicitasen juntamente con estos, siendo que el mismo juez conocería de este proceso hasta que el último de los alimentistas haya cumplido la mayoría de edad; agregando que excepcionalmente conocería de la pretensión cuando el adolescente haya llegado a la mayoría de edad estando en trámite el juicio de alimentos. Pero si el vínculo familiar no se encontraba acreditado era competente el juez especializado.

Luego de ello, por la Ley N° 28439 publicada el 28/12/2004 (la misma que estableció la modificatoria final para el CPC para este caso) se decretó que era el juez de paz letrado el competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se propusiese accesoriamente a otras pretensiones. Y a ello se agregó que correspondía la competencia al juez de paz si así lo elegía el demandante, siempre que el entronçamiento estuviese acreditado indubitablemente. Y, finalmente, se añadió que era competente para conocer estos procesos en segundo grado el juez de familia, en los casos que hayan sido de conocimiento del juez de paz letrado, y este último en los casos que hayan sido conocidos por el juez de paz.

Esta regulación tuvo solamente una pequeña adición incorporada por la Ley N° 29824 del 03/01/2012, consistente en que cuando el entroncamiento familiar no estuviese acreditado de manera indubitable, podía el juez de paz promover una conciliación si ambas partes se allanaban a su competencia.

Para concluir, y ante la duda de cuál es la regulación correcta, diremos que cuando el beneficiado con los alimentos sea o un niño o un adolescente es aplicable lo dicho por el CNA (salvo los supuestos en que se demande accesoriamente a otras pretensiones conexas), en caso contrario se aplicarán las normas del CPC.

Respecto del inciso 2

El inciso 2 refiere el supuesto de separación convencional y divorcio ulterior. Para este caso, originalmente los competentes eran exclusivamente los jueces civiles. Luego, a través del artículo 3 de la Ley N° 27155 del 11/07/1999 se estatuyó que eran competentes para este tipo de procesos los jueces de familia, quedándose finalmente dichos magistrados como los competentes definitivos hasta la actualidad.

Respecto del inciso 3

El inciso 3 refiere los procesos de interdicción para los incapaces. Originalmente eran competentes para dirigir estos procesos los jueces civiles. La entrada en vigencia de la Ley N° 27155, no modificó este aspecto.

Pero con el artículo 2 de la Ley N° 28439 del 28/12/2004, se estableció que eran competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en el inciso 3 del artículo 546, los jueces de familia, quedando así hasta la actualidad.

Respecto del inciso 4

El inciso 4 refiere el caso del desalojo. Originalmente la competencia para el caso de desalojo se reservó para los jueces civiles cuando la renta mensual era mayor de 5 Unidades de Referencia Procesal o cuando no existía cuantía, y cuando la cuantía era hasta de 5 Unidades de Referencia Procesal eran competentes los jueces de paz letrados.

Así se mantuvo hasta el 29/06/2007, fecha en que el artículo 1 de la Ley N° 29057 determinó que cuando la renta mensual fuese mayor de 50 Unidades de Referencia Procesal o no existiese cuantía, eran competentes los jueces civiles, y cuando la cuantía fuese de hasta 50 Unidades de Referencia Procesal, eran competentes los jueces de paz letrados.

Respecto del inciso 5

Para el caso de los interdictos siempre la competencia ha estado reservada exclusivamente para los jueces civiles. Por tanto, desde la publicación del texto original del CPC no ha habido modificación alguna al respecto.

Respecto del inciso 6

Como ya se ha anotado, el inciso 6 refiere a las causas que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo.

Al igual que en el caso anterior, desde un inicio y hasta la actualidad se han reservado estos supuestos para la competencia exclusiva de los juzgados civiles.

Respecto del inciso 7

El inciso 7 alude a los casos cuya estimación patrimonial no sea mayor de 100 Unidades de Referencia Procesal. En un inicio la competencia para este caso estuvo regulada de modo que cuando la pretensión era de hasta 10 Unidades de

Referencia Procesal la competencia correspondía al juez de paz, y cuando superaba ese monto, era competente el juez de paz letrado.

A través del artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29 junio 2007, se prescribió que cuando la pretensión fuese de hasta 50 Unidades de Referencia Procesal, el competente era el juez de paz, mientras que si no superaba dicho monto, lo era el juez de paz letrado.

Con algo de mayor claridad, este párrafo fue sustituido por el artículo 8 de la Ley N° 29566, publicada el 28 julio 2010, consagrando que cuando la pretensión era hasta de 30 Unidades de Referencia Procesal era competente el juez de paz; cuando la pretensión era a partir de ese monto y hasta 55 URP, lo era el juez de paz letrado; y cuando superase las 55 URP, el competente era el juez civil.

Las dificultades que trajeron consigo tal regulación y el resurgimiento del tema conciliatorio obligó a una nueva modificación a través de la Ley N° 29824, publicada el 3 enero 2012, cuya vigencia se estableció para luego de tres meses contados desde su publicación. Allí se determinó que cuando la pretensión era de hasta 10 Unidades de Referencia Procesal, era competente para sentenciar el juez de paz y de hasta 50 Unidades de Referencia Procesal para resolver mediante conciliación; y cuando superase esos montos, era competente el juez de paz letrado, tal y como ha quedado redactado hasta la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol. I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal* Civil, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

Artículo 548 | Normativa supletoria

Es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones previstas en este capítulo.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 476, 559.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los defectos en la redacción de las disposiciones jurídicas que conlleva a problemas interpretativos serios lo constituye la redundancia (NINO, 1991: p. 279 y ss.) que consiste en que más de un dispositivo regula de modo muy similar o idéntico el mismo supuesto de hecho, generando una consecuencia jurídica equivalente. Cuando ambas normas son absolutamente idénticas, las dificultades se diluyen, pero cuando entre ambas hay alguna diferencia, las dificultades se acrecientan. No hay que olvidar que la norma procesal mantiene las características de generalidad y abstracción, en virtud de las cuales, respectivamente, ordena un comportamiento a todos los individuos y no a uno en particular, y no regulan eventos ya ocurridos, sino a supuestos que se pueden presentar en la realidad (CALAMANDREI, 1973: p. 122).

Entre los problemas de índole interpretativa que genera la redundancia están, por ejemplo, el no saber a ciencia cierta si la norma posterior ha derogado tácitamente o no a la anterior, bajo el criterio de temporalidad, pues se está regulando la materia prevista por la primera norma; o en su defecto, el desconocer cuál de ellas se preferirá a la otra bajo el criterio de especialidad (BOBBIO, 2013: p. 180 y ss.).

Justamente para intentar superar este inconveniente es que existen las normas de reenvío, que no son sino aquellas que, a fin de evitar una repetición de la regulación, remiten al operador jurídico a una regulación previamente establecida en otra disposición, que por lo habitual se encuentra en el mismo cuerpo normativo, pero que no hay impedimento en que se reenvíe a un dispositivo obrante en otra ley.

El caso del artículo 548 es justamente uno de esos supuestos, aunque su función final está referido a la integración normativa en el ámbito procesal, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la ley instrumental, pues, mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. La norma en comentario es un ejemplo de la llamada

autointegración normativa, porque la recurrencia se hace al texto de la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 476 aplicable al procedimiento de conocimiento para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 847).

2. EL REENVÍO AL ARTÍCULO 476

En el caso que nos ocupa, justamente el artículo 548 cumple con remitirnos al artículo 476 del Código, el cual se refiere a los requisitos de la actividad procesal y en su tenor se puede leer que: "El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto". Sin embargo, hace la salvedad de las modificaciones previstas para el proceso sumarísimo.

La Sección Cuarta es la referida a la postulación del proceso, por tanto, todo lo allí prescrito debe respetarse en el proceso sumarísimo que, como se señaló, es un trámite ágil pero que mantiene las etapas mínimas para evitar un menoscabo el debido proceso, y generar con ello indefensión.

3. LA REGULACIÓN DE LA POSTULACIÓN DEL PROCESO APLICABLE A LA VÍA SUMARÍSIMA

Con todo lo anotado y revisando detalladamente la regulación de la fase postulatoria, diremos que es aplicable al proceso sumarísimo lo referido a los requisitos de la demanda y sus anexos regulados en los artículos 424 y 425 respectivamente, haciendo hincapié en que para el caso de las excepciones y defensas previas solo se permitirán los medios de prueba de actuación inmediata, esto según el artículo 552 del CPC. Un medio de prueba de actuación inmediata –como se verá a detalle más adelante– es el medio dirigido a acreditar un hecho pero que se caracteriza porque, una vez admitido, puede ser actuado sin diligencia adicional.

En igual sentido las tachas u oposiciones solamente se acreditarán también con medios probatorios de actuación inmediata, lo cual ocurrirá en la audiencia única existente en este carril procesal, ello de conformidad con el artículo 553 del mismo cuerpo normativo.

El inciso 9 del artículo 424 que exigía precisar la vía procesal en la que se tramitaría la demanda y que en este caso correspondía a la sumarísima, ha quedado en el pasado con la modificatoria introducida por la Ley N° 30293 en diciembre de 2014.

Por otro lado tenemos que la regulación prevista para la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, previstas en los artículos 426 y 427 respectivamente, también es de usanza en la vía sumarísima. Sin embargo, por mandato del artículo 551, en caso de que el juez declare inadmisible la demanda, concederá al demandante solamente tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente, caracterizándose esta resolución por ser inimpugnable. Y si declarase improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados.

Ahora bien, en lo referente al artículo 428 concerniente a la modificación y ampliación de la demanda, tenemos que por la modificación introducida al artículo 559 mediante la Ley N° 30293, ahora ello está permitido en el proceso sumarísimo, por tanto, ya es viable modificar y ampliar la demanda. Al respecto se podría decir que por un razonamiento *a pari* (ATIENZA, 2004: p. 102) también podría acontecer ello con la reconvención; no obstante, en la modificatoria introducida al artículo 559 se dejó la prohibición sobre la reconvención, de modo tal que en un proceso sumarísimo esta sigue totalmente proscrita.

Lo mismo sucede con el artículo 429 referido a la presentación de medios de prueba extemporáneos. Por la modificatoria introducida al artículo 559 ya es procedente el ofrecimiento de medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda.

El traslado de la demanda previsto en el artículo 430 es idéntico, de modo tal que si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos las medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso, pero por un lapso de cinco días, según lo ordenado por el artículo 554.

Lo concerniente al emplazamiento y notificación del demandado o su apoderado, sea en su domicilio real, por exhorto o por edicto, así como los efectos de este emplazamiento o su nulidad por defecto en su tramitación, regulados en los artículos 431 al 439, también son de aplicación a la vía sumarísima. No obstante, es menester indicar que para el caso del artículo 435 que refiere el emplazamiento del demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, el plazo del emplazamiento no será mayor de quince días si el demandado se halla en el país, ni de veinticinco si estuviese fuera de él o se tratase de persona indeterminada o incierta, ello en virtud del artículo 550.

Nuevamente por la modificatoria introducida al artículo 559 ahora es totalmente procedente en la vía sumarísima la disposición contenida en el artículo 440 que regula la probanza de los hechos no invocados en la demanda. Ergo, si al contestarse la demanda se invocasen hechos no expuestos en ella, la otra parte podrá ofrecer los medios probatorios referentes a tales hechos.

La sanción por juramento falso prevista en el artículo 441 es de total uso en el proceso sumarísimo.

En lo referente a la contestación de la demanda prevista entre los artículos 442 al 444, toda esa regulación también es aplicable al proceso sumarísimo, con las atingencias hechas líneas arriba para el escrito de demanda.

Las excepciones y defensas previas reguladas entre los artículos 446 al 457 son de empleo también en el proceso sumarísimo, recordando que, por mandato del artículo 552 ambas se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente el ofrecimiento de medios probatorios de actuación inmediata. Pero, además, hay que tener en cuenta que si bien el artículo 447 establece que una vez propuestas las excepciones, ellas se sustancian en un cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal, para el caso de la vía sumarísima, por su tramitación especial prevista en el artículo 555, las excepciones tienen que resolverse en la audiencia única previamente al saneamiento procesal, a efectos de poder continuar con la fijación de los puntos controvertidos y la determinación de los temas que van a ser materia de prueba.

El tema de la rebeldía regulado entre los artículos 458 y 464 es plenamente aplicable al proceso sumarísimo, entendiendo que el plazo para contestar la demanda sin que se haga lo propio, para esta vía, es de cinco días, por mandato del artículo 554.

La figura del saneamiento procesal previsto entre los artículos 465 y 467 es también aplicable al caso de la vía sumarísima, pero con la atingencia de que dicho saneamiento se lleva a cabo en la audiencia única, de modo tal que si encuentran infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, se declarará inmediatamente saneado el proceso, esto en virtud del artículo 555.

Por último, tenemos al juzgamiento anticipado del proceso y a la conclusión anticipada del proceso previsto en los artículos 473 y 474 respectivamente, (pues todos los demás artículos fueron derogados) que también son de aplicación en el proceso sumarísimo.

4. LA REGULACIÓN NO APLICABLE A LA VÍA SUMARÍSIMA

Como ya se adelantó, el tema de la reconvención regulado en los artículos 443 y 445 está totalmente impedido de utilización en la vía sumarísima por mandato expreso del artículo 559.

El artículo 468 nos habla de la audiencia de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, que para el caso del proceso sumarísimo se trata

solamente de una única audiencia a la que también se denomina audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia.

Esta audiencia, por disposición de los artículos 554 y 555 –y donde las partes pueden hacerse representar por apoderado– tiene particularidades que difieren de la regulación general establecida por el artículo 468, de modo tal que todas las actuaciones se llevan a cabo en ella. Así, iniciada la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el juez ordena al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actúan los medios probatorios al respecto. Concluida esta actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso.

Luego el juzgador, con la ayuda de las partes procede a fijar los puntos controvertidos y a determinar los hechos que van a ser materia de prueba; por consiguiente rechazará los medios probatorios inadmisibles o improcedentes, disponiendo la actuación solamente de aquellos referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

A continuación se actúan los medios de prueba concernientes al tema de fondo, y, si lo solicitasen, el juez puede conceder la palabra a los abogados, para finalmente expedir la correspondiente sentencia, reservándose, excepcionalmente, su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

En fin, en este rubro hay que tener presente que por mandato expreso del artículo 559, son improcedentes los informes sobre hechos, entendiendo que este informe es el alegato oral vertido al finalizar la audiencia única, justamente antes de la emisión de la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATIENZA, Manuel (2004): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Lima: Palestra; BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho*, 4ª ed. trad. por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. Barcelona: Ariel.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol. I.

2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

Artículo 549 | **Fijación del proceso por el juez**

En el caso del inciso 6 del artículo 546, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 546 inc. 6.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Ya se mostró que el inciso 6 del artículo 546 del CPC prescribe que se tramitarán en la vía sumarísima las causas que no tengan una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo.

El artículo en análisis refiere que en estos casos será el juez quien determine si corresponde evaluar la causa en la vía sumarísima. Hasta allí el asunto es adecuado y entendible, pero lo controvertible es que la resolución que emita el juez en ese sentido tenga el carácter de inimpugnable, porque discute los fundamentos del debido proceso y las bases de un Estado de derecho, pero también porque el prescribir que dicha resolución se declare sin citación del demandado, se torna en un supuesto de difícil ocurrencia real.

La concesión de este poder al juez, si bien su intención no es nociva por los beneficios que persigue, se torna en sumamente discutible por los riesgos que entraña, máxime sabiendo que la confianza de la población en el Poder Judicial entre nosotros no es la mejor.

2. LA DISCUTIBLE INIMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN

Se ha dicho que la vía procedimental hay que entenderla como parte del mecanismo procesal a utilizar para el debate, pero no como el objeto del debate, el que se permite proponer a la parte actora, mas no fijarlo (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 848). Este podría ser el sustento de por qué a través de la Ley N° 30293 se modificó el artículo 424 del CPC referido al contenido de la demanda y de donde se eliminó la exigencia de señalamiento de la vía procedimental.

Es decir, la fijación de la vía procedimental sería más bien un asunto reservado finalmente para la judicatura. Se trataría, entonces, de una atribución concedida al juez, la cual hay que entenderla bajo el concepto publicístico que guía

al proceso civil, en la que el juez es el director del proceso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 848).

En este punto, preliminarmente podemos estar de acuerdo en que si el juez declara que a una causa le corresponde el proceso sumarísimo por su urgente tutela, dicha resolución devenga en inimpugnable. Y el sustento radicaría en que como se trata de un supuesto de tutela urgente, permitir su cuestionamiento o dilación a través de cualquier mecanismo procesal haría apartarse del espíritu de este carril procesal. Sin embargo, si recordamos que las apelaciones contra este auto en un proceso sumarísimo se concederían sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, ello en virtud del artículo 556 del Código, este sustento pierde algo de contundencia.

Pero, además, no parece atendible que ese mismo razonar pueda aplicarse a las causas que no tengan vía propia o que sean inapreciables en dinero o con duda en su monto, porque se podrían iniciar casos complejos o de necesidad probatoria abundante bajo este carril, so pretexto de su urgencia o bajo cualquier otro motivo, perjudicando al justiciable que necesita contar con más tiempo para hacerse de los medios de prueba suficientes para su defensa.

Toda resolución debiera ser susceptible de impugnación o revisión pues la regla general en materia procesal es la doble instancia, a tal punto que se trata de un principio del Derecho Procesal actual, contemplado para nosotros en el inciso 6 del artículo 139 de la Carta Magna, por lo que la inimpugnabilidad, si se la usa, debiera ser siempre de modo muy excepcional.

En efecto, la segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable, o en todo caso constituye un predominio de la razón sobre la autoridad, por ello la técnica legislativa procesal debe asegurar que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor dispendio posible de energías (a ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia) (COUTURE, 1958: p. 172).

Como sustento de la doble instancia tenemos que el tribunal de apelación ofrece una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procura la uniformidad de criterio (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 335), y ello debido al número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de estos, pero también por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquellas no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos, con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la resolución de primera instancia (ALSINA, 1956: p. 132).

Al respecto se podrá argüir que para asegurar una adecuada labor judicial basta con que la decisión sea debidamente motivada (tal y como lo exige explícitamente el artículo en estudio). Pero justamente allí está el contrasentido. La finalidad de que nuestro ordenamiento exija una debida motivación de las actuaciones judiciales es justamente para un adecuado control de su juridicidad por parte del justiciable a través de los medios de impugnación pertinentes. Ciertamente, a decir de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, la finalidad de la exigencia de motivación es doble, pues por un lado permite al ciudadano conocer las razones de la resolución y, por otro, se persigue garantizar su eventual control jurisdiccional a través del sistema de medios impugnatorios (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 270).

En otras palabras, ¿qué podría pasar si el juez no motiva debidamente la resolución que abre el carril sumarísimo a una causa sin vía propia?, pues absolutamente nada, porque es inimpugnable.

Pero además de contravenir el principio de pluralidad de instancias, la profesora Eugenia ARIANO ha mostrado con claridad que un tratamiento como el presente contraviene al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política que manda que nadie poder sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos (ARIANO DEHO, 2003: p. 153).

Ciertamente, de la mano del inciso 1 del artículo 51 del CPC –que dispone que el juez está facultado para adaptar la demanda a la vía que considere apropiada, siempre que sea atendible su adaptación– se asegura que el artículo bajo comentario atenta contra el preestablecimiento del proceso original y del juez natural, por lo que se puede concluir en que esta disposición concede un poder incontrolado e incontrolable al juzgador (ARIANO DEHO, 2003: p. 162).

Y como se recuerda bien, el juez natural es un principio fundamental de la organización judicial por el cual la distribución de la jurisdicción la establece la ley y no puede modificarse más que por ella, por lo que cualquier controversia, abstractamente considerada, o sea, antes de que surja efectivamente, pertenece a un determinado juez –y a una determinada vía–, de los cuales no puede desviarse al litigante (CHIOVENDA, 1922: p. 464).

En este caso puntual la vulneración no es tanto por el juez que debe conocer la causa sino por la vía procesal en la que debe tramitársela, que como tal debe estar prestablecida en la ley. Como dijimos, si bien es algo entendible para los casos urgentes que su tramitación se dé en un carril veloz y ágil como el sumarísimo, es totalmente posible que un juzgador abuse de este poder y pretenda tramitar en la vía sumarísima una causa que requiere un trámite plenario y amplio, sea por la amplitud de sus fases o por la mejor posibilidad de ofrecimiento de pruebas y preparación de la defensa, perjudicando al justiciable.

3. LA CUESTIONABLE AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DEL DEMANDADO

Pero el cuestionamiento no queda ahí, sino que el asunto es más complicado porque el artículo en comentario manda que la resolución se emita sin la participación del demandado. Al respecto, nos parece que si bien el espíritu del artículo, consistente en evitar dilaciones malintencionadas, era entendible al momento de la dación del CPC, por la influencia del derogado Código de Procedimientos Civiles, no lo es del todo en la época actual, donde los cánones procesales se han modificado y perfeccionado, respecto al modelo antiguo.

Con lo dicho tenemos que la ausencia de citación al demandado –aunado a la inimpugnabilidad– es expresión de lo máximo en términos de violación de las garantías para las partes, especialmente para el demandado (ARIANO DEHO, 2003: p. 162).

Sin embargo, no está de más precisar y compartir la idea consistente en que, si partimos de recordar que en el auto de admisión de la demanda se establece el camino procesal, a través del cual se debatirá la pretensión, no resulta coherente que la notificación de ella se realice sin citación del demandado, pues el emplazamiento del demandado contiene la notificación, entre otros, del auto de admisión de la demanda en el que justamente aparece la vía procedimental que se utilizará para la discusión del caso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 849).

En una palabra, el supuesto de que se determine la vía procedimental sumarísima como la correcta para la controversia sin que el demandado se llegue a enterar de ello, es un supuesto de inverosímil acontecimiento, al menos formalmente, pues hasta en los casos de rebeldía el demandado está correctamente notificado con la resolución en cuestión.

4. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN CARRIL ORDINARIO

La profesora Eugenia ARIANO enseña que en el anterior CPC, como es natural, la vía regular o común era el proceso ordinario y la vía excepcional era el proceso de menor cuantía, quedando en claro que la ley no dejaba ninguna posibilidad de adaptación por parte del juez, pues era la propia ley la que decidía el trámite (ARIANO, 2003: pp. 155 y 159). En una palabra, el proceso ordinario era el proceso para las causas de mayor cuantía, así como el proceso común cuando la causa no tuviera una tramitación especial.

La mencionada profesora muestra también que el artículo 303 del derogado Código establecía claramente que contra el auto del juez que resolvía que la causa era de mayor cuantía, no se concedía recurso alguno (ARIANO, 2003: pp. 157-158).

Es decir, era posible que un juicio especial como el de menor cuantía sí fuese tramitado en una vía mayor como la ordinaria, y allí no cabía impugnación. En cambio, si se había seguido como proceso de menor cuantía el que debía ser ordinario, era posible su anulación total ha pedido de parte, conforme al artículo 304 del abrogado Código. La lógica de este esquema es indudable, el exceso de facultades de trámites no impide que las actuaciones sean válidas; en cambio, el defecto de trámite y la insuficiencia de los plazos, es causa justificativa para rehacer el procedimiento.

Por lo anotado, entonces, concordamos plenamente con la profesora ARIANO quien ha sido muy clara al apoyar este tratamiento, donde el legislador apostó por el interés del justiciable de modo que si se exageraba la cuantía yendo al ordinario, el proceso era plenamente válido (y el actor tenía que cubrir al demandado las mayores costas) (ARIANO, 2003: p. 158); en cambio, si se minimizaba la cuantía yendo por el sumario, se exponía a que el demandado pidiera la nulidad de todo el proceso en cualquier estadio de la tramitación.

5. LOS MECANISMOS DE DISCUSIÓN DE LA RESOLUCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 549

Las medidas existentes antiguamente para solucionar un caso en donde se sustanciaba una causa en una vía que no le correspondía eran la nulidad y la excepción de naturaleza de juicio. Habría que revisar en qué medida ello sería viable para un caso actual.

Con la nulidad se cuestionaba la validez de la resolución que determinaba el carril por el cual se sustanciaría la causa. Lamentablemente hoy en día ello no es posible, porque el ámbito de utilización de la nulidad se ha cerrado notoriamente, debido a los efectos nocivos en su excesivo, malintencionado y abusivo uso bajo el amparo del sistema anterior.

Entonces, actualmente si en el auto de admisión el juez decretase que la vía es la sumarísima, queda claro que el justiciable no podrá impugnar, pero ¿será posible interponer una nulidad contra dicha resolución? Parece que ello no es hacedero porque, en primer término, nuestro CPC ha establecido que los medios impugnatorios contienen los pedidos de nulidad, por lo que si se presentase una nulidad de un auto de admisión, el juez la podría rechazar de plano por tratarse de un medio impugnatorio encubierto. En segundo lugar, como el juez ya decretó cuál es la vía idónea, quien va a resolver finalmente la nulidad va a ser el propio juez, y es bastante probable que resuelva tal y como declaró en un inicio, manteniendo su propia tendencia. Y en tercer lugar, insistimos en que es altamente probable que se rechace de plano la nulidad, porque, además, esta, para ser resuelta, requiere

de traslado a la contraparte, y, según el artículo en estudio, el demandado no debe participar en esta decisión, por tanto, *a fortiori*, no podrá cuestionarla.

Así las cosas, presentada la nulidad que cuestiona la determinación de la vía sumarísima para el proceso en evaluación de admisión, el juez la rechazará, incluso contando con "debida motivación". Y si alguien luego quisiera impugnar este auto se tropezará con una de las más grandes extrañezas de nuestro Código –resultado de un rezago anacrónico y asistemático– como es la prohibición de impugnación de las resoluciones que resuelven articulaciones procesales, plasmada en el artículo 365, inciso 2 de nuestro Código adjetivo.

Desde otra óptica, la idea de que exista una excepción de naturaleza de juicio (como se denominaba en los viejos Códigos de Procedimientos Penales y de Procedimientos Civiles), consistente en que se podía discutir la vía a través de la cual se empezaba el trámite, no es del todo descabellada. Evidentemente en el antiguo esquema procesal esa excepción no era de mucha ayuda (ARIANO, 2003: p. 156) pues, como ya se anotó, el proceso común era el ordinario, y solamente se tramitaban en el de menor cuantía o en alguna vía especial, algunos supuestos puntuales, y todo lo demás tenía que verse en la vía de mayor cuantía que era la común.

Pero para la regulación actual, estimamos que, en tanto no se clarifique el tratamiento vigente, dicha excepción sería de suma utilidad para los justiciables. Piénsese por ejemplo en un caso en donde no se cuenta con una vía propia pero donde la dificultad probatoria es patente, y el juez decide iniciar el proceso en una vía sumarísima. Por ejemplo, alguna vez, en un proceso de otorgamiento de escritura pública, causa que se suele tramitar como proceso sumarísimo, hemos visto una demanda en la cual se presentaron casi un centenar de medios probatorios. Evidentemente a la contraparte, para conseguir los medios de prueba suficientes para rebatir los propuestos por el accionante le podría tomar más tiempo que el concedido por el legislador para el proceso sumarísimo.

Dicho de otra manera, con la regulación actual es totalmente factible que un juez dictamine que, por ejemplo, una causa de nulidad de acto jurídico se tramite en la vía sumarísima por estimarlo de esa manera, sin que le quede opción al justiciable de cuestionar tal decisión, lo cual, evidentemente se constituye en un claro atentado contra el derecho de contradicción, además de ser un supuesto de disposición inconstitucional (ARIANO, 2003: p. 163).

6. LA NOCIVIDAD DEL ARTÍCULO EXAMINADO

Eugenia ARIANO insiste en que con esta regulación se ha dado excesivo poder al juez para poder decidir liminarmente si somete a las partes a tal o cual vía procesal (ARIANO, 2003: p. 162), y ello sin que las partes puedan oponerse ni antes

ni después, afirmación cuya evidencia cae por su propio peso, después de todo lo mostrado.

En fin, y aunque el artículo no esté pensado de ese modo, lo dicho también podría repercutir en contra del demandante. Por ejemplo, si postula su demanda en la vía abreviada porque considera que ese carril, por su medianidad, es el idóneo y el juez la admite pero en vía sumarísima, también las puertas de la impugnación están cerradas para él. Pensar de modo distinto, generaría un tratamiento discriminatorio que nuestro mismo Código prohíbe en su artículo VI.

Hay que aclarar, para ir terminando, que con la modificatoria introducida al artículo 424 por la Ley N° 30293, en virtud de la cual se suprime el inciso donde se exigía señalar en el escrito de demanda la vía procedimental para la causa, aparentemente se han solucionado el problema creando sistematicidad, pero en la realidad este nuevo tratamiento no ha hecho sino acentuar la indefensión de los justiciables en este rubro, pues antes por lo menos podían proponer la vía procesal idónea, ahora ni siquiera ello pueden hacer.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal* Civil, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. III. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

Artículo 550 | Plazos especiales del emplazamiento

Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos serán de quince y veinticinco días, respectivamente.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 435 párr. 3.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Previamente ya anotamos lo que debe entenderse por una norma de reenvío y cuál es su sustento. Remembrando diremos que uno de los defectos en la redacción de las disposiciones jurídicas que conlleva a problemas interpretativos serios lo constituye la redundancia (NINO, 1991: p. 279 y ss.) que consiste en que más de un dispositivo regula de modo muy similar o idéntico el mismo supuesto de hecho, generando una consecuencia jurídica equivalente. Cuando ambas normas son absolutamente idénticas, las dificultades se diluyen, pero cuando entre ambas hay alguna diferencia, los inconvenientes se acrecientan.

Ahora bien, entre los problemas de índole interpretativa que genera la redundancia están, principalmente, el no saber con certeza si la norma posterior ha derogado tácitamente o no a la anterior, bajo el criterio de temporalidad, al regular la materia prevista por la primera norma; o en su defecto, el desconocer cuál de ellas se preferirá a la otra bajo el criterio de especialidad (BOBBIO, 2013: p. 180 y ss.).

Justamente para intentar superar este inconveniente es que existen las normas de reenvío, que son aquellas que, a fin de evitar una repetición de la regulación, remiten al operador jurídico a una regulación previamente establecida en otra disposición, que por lo habitual se encuentra en el mismo cuerpo normativo, aunque no hay impedimento en que se reenvíe a un dispositivo obrante en otra ley.

2. EL SUPUESTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 435

El artículo en análisis, o sea el 550 del CPC, no hace sino remitirnos a la regulación prevista en los supuestos de hecho del artículo 435 alterando la exigencia normativa en el cómputo de los plazos de que trata dicha disposición. Y al igual que en los otros casos de remisión o reenvío, su función se encamina a la integración normativa en el ámbito procesal, pues, mediante ella se busca crear

una nueva ley aplicable al caso concreto cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. La norma en comentario es un ejemplo de la llamada autointegración normativa, porque la recurrencia se hace al texto de la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 435 del CPC para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 847)

Ciertamente, el artículo 435 nos habla del emplazamiento a un demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados. Este artículo textualmente prescribe lo siguiente:

> "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".

Al respecto, como se sabe bien, para poder trabar la *litis* es indispensable lograr que el demandado esté debidamente notificado, pues en caso contrario se estará generando un estado de indefensión al continuar la causa sin su participación.

Desde luego, entre el momento en que se pide la participación de la administración de justicia hasta la culminación suceden una serie de fases que originan el proceso judicial y, por ende la aparición de la relación jurídico-procesal. Este proceso comienza generalmente por la citación, la cual se realiza de ordinario por medio de la notificación de un escrito, que contiene la demanda y la resolución que la admite a trámite (CHIOVENDA, 1922: p. 102).

En suma, para constituirse la relación jurídica y poder así nacer el juicio, se requiere que medie la citación o emplazamiento a los demandados. Es este el primer presupuesto del proceso y al demandante le incumbe que se cumpla válidamente, pues de realizarse en forma irregular, se incurrirá en vicio de nulidad (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 321).

Por ello es que se ha dicho que el traslado de la demanda responde al principio de igualdad que gobierna al proceso civil, que se resume en la fórmula *audiatur altera pars* que quiere decir óigase a la otra parte. Y, justamente, con el traslado

de la demanda se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer su defensa, pudiendo eventualmente esta parte ejercer la contradicción si así lo estima conveniente. A fin de cuentas lo que se busca es brindar una razonable igualdad de posibilidades a las partes, en el ejercicio de la acción y de la defensa (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 850).

A la importancia sobre el ejercicio pleno del derecho a contradicción, se suma que el emplazamiento es de utilidad también para el cómputo de los plazos. En efecto, desde allí siempre se cuentan los plazos para las demás actuaciones procesales. Y al tratarse de la notificación de la demanda corre desde esa fecha el lapso para contestarla y sumado a ello –para el proceso sumarísimo– todas las demás actuaciones que se deben aunar a esta contestación, como, por ejemplo, la presentación de las excepciones y defensas previas.

Por ello mismo es que el artículo 435 del CPC ha previsto los supuestos de notificación en los casos en que el demandado es inubicable sea por desconocer de quien se trata o por ignorar su domicilio.

3. LA REGULACIÓN FINAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 550

Ahora bien, como ya adelantamos, el artículo 550 en estudio en estricto no nos reenvía al artículo 435 sin más, sino que lo hace a fin de alterar la consecuencia jurídica prevista como mandato para los sujetos procesales, variando el término final del plazo para dos casos puntuales de notificación.

En ese sentido el último párrafo de la norma reconstruida sería más o menos el siguiente, siempre para el caso del proceso sumarísimo:

> "El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de *quince* días si el demandado se halla en el país, ni de *veinticinco* si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta, *para el caso del proceso sumarísimo*".

Ya se conoce que el proceso sumarísimo se caracteriza por acoger bajo su techo a controversias donde la tutela judicial efectiva es urgente, o también porque los temas ventilados allí no suelen tener mayor complejidad procesal.

Así las cosas, esta reducción en el cómputo del plazo se entiende, toda vez que la naturaleza del proceso sumarísimo es la de ser una vía ágil, y tratándose de una causa ventilada que se caracteriza por su urgente atención, no es dable mantener los plazos tan extendidos de la regulación original, que no harían sino desnaturalizar la prosecución de las causas ubicadas para este carril adjetivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho*, trad. por Jorge Guerrero R., 4ª ed. Bogotá: Temis; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. por José Casáis y Santaló, 3ª ed. italiana. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. Barcelona: Ariel; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 nombrársele 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° 2113-1995-Lima)***.

Solo en atención a una cuantía reducida puede el juez facultativamente exonerar de las obligaciones de las publicaciones, caso en el que debe adoptar las medidas adecuadas, a fin de asegurar la difusión del emplazamiento. La Ley Procesal pone a disposición de los litigantes un mecanismo orientado a asistir a aquel que probablemente careciera de medios económicos suficientes para litigar ***(Exp. N° 577-1995-Lima)***.

Artículo 551 | **Inadmisibilidad o improcedencia**

El juez, al calificar la demanda, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 426 y 427, respectivamente.

Si declara inadmisible la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable.

Si declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 130, 131, 133, 426, 427.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los modos de explicar el desarrollo del proceso civil alude a tres filtros (TICONA POSTIGO, 1998), uno de admisibilidad, otro de procedibilidad y el último de fundabilidad. En el primero, o sea en el de admisibilidad, se evalúan los aspectos mínimos y preliminares de los actos procesales susceptibles de subsanación, de modo que permitan ingresar a su estudio o evaluación. En el segundo filtro, el de procedibilidad, se examina todo lo concerniente a la correcta conformación de la relación jurídico-procesal, de modo que se facilite con ello un pronunciamiento final sobre el fondo. Por último, en el juicio de fundabilidad, propiamente el juzgador emite su decisión dando la razón o no al justiciable.

Al respecto, hay que resaltar que si bien estos filtros actúan de modo consecutivo, como fases interrelacionadas, ello es así en un plano ideal. O sea, el modelo que trae consigo el CPC aspira a ello, a que solamente se llegue a la sentencia cuando el juzgador ya ha revisado correctamente los dos anteriores filtros y se dedique de lleno exclusivamente a sentenciar sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, en la realidad no siempre es así, pues es totalmente factible que habiendo superado (aparentemente) el filtro de procedibilidad, estando en la fase decisoria, el juez tenga que declarar improcedente el pedido de un litigante o emitir un fallo inhibitorio.

Ahora bien, se dice, y así lo recoge nuestro CPC, que la admisibilidad refiere un filtro de orden formal a los escritos judiciales; es decir, que se declarará inadmisible la demanda que no cumpla con un requisito de forma. Como contraparte

también se suele afirmar que la procedibilidad alude más bien a un tema de fondo, de manera tal que si una demanda no cumple con los requisitos de fondo será rechazada por ser improcedente. Desde luego, el artículo 128 del CPC textualmente prescribe que el juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente, y declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

No obstante, esto no es del todo correcto, primero porque cuando hablamos de fondo de la *litis* –como ya se anotó– estamos en el filtro de la fundabilidad, por tanto, no se puede decir que la procedencia filtra aspectos que tengan que ver con el fondo de la causa, más bien, recién superado el tamiz de la procedibilidad es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la *litis*, o sea de fundabilidad.

Así las cosas, el término improcedente no es muy cierto que esté ligado a la falta de un requisito de fondo. Se considera que este concepto está en relación con su posibilidad o no, de subsanación, lo cual quiere decir que si el acto es improcedente no es posible subsanarlo. En ese mismo sentido, si el acto es inadmisible, tampoco esto se refiere exclusivamente a un requisito de forma, sino que se halla en relación directa con la posibilidad de su subsanación. Por ello si un acto es inadmisible, es perfectamente subsanable. Por consiguiente, la inadmisibilidad se diferencia de la improcedencia en que en la primera hablamos de aspectos susceptibles de subsanación, en tanto que en la segunda, no es posible propiamente hablar de subsanación.

Y justamente el artículo en estudio nos da la razón cuando dice que ante un supuesto de inadmisibilidad se concederá un plazo –que para este caso es de tres días– a fin de que el demandado subsane la omisión advertida. En cambio, al tratarse de un supuesto de improcedencia, el juez, de plano, ordenará la devolución de los anexos, evidentemente sin pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

2. LOS SUPUESTOS DE INADMISIBILIDAD

El artículo 551 bajo examen cumple con remitirnos al artículo 426 a efectos de que el juez que conoce un proceso sumarísimo pueda declarar inadmisible una demanda. Efectivamente, los supuestos de inadmisibilidad de la demanda están plasmados en el artículo 426 del CPC, y son solamente cuatro: no tener los requisitos legales; no se acompañen los anexos exigidos por ley; el petitorio sea incompleto o impreciso; o contenga una indebida acumulación de pretensiones.

2.1. La ausencia de requisitos legales

Nuestro Código adjetivo ha dispuesto que los escritos elaborados por los abogados deben contar con algunos requisitos mínimos a efectos de ser presentados

sin riesgo de ser rechazados. Gran parte de estos requisitos legales se encuentran plasmados entre los artículos 130 y 133 del CPC que, como se ve, refieren aspectos esencialmente formales de presentación aplicables a todo escrito elaborado por las partes.

Adicionalmente, algunos requisitos legales se encuentran también establecidos en el artículo 424, y que si bien aluden más bien a las exigencias para la presentación de la demanda, se extienden, en cuanto sea aplicable, a otro tipo de escritos. A ello se pueden agregar algunas disposiciones que se van estableciendo a través de resoluciones o directivas al interior del Poder Judicial o de los distintos distritos judiciales.

No es posible en este espacio una revisión pormenorizada de estos requisitos, por cuanto escaparíamos del objetivo del presente estudio, sin embargo, estimamos necesario algunas apreciaciones críticas, sobre todo porque estamos hablando de causas urgentes tramitadas al interior de la vía sumarísima. Uno de los más álgidos problemas que se presentan en este rubro es el referido al rechazo liminar de los escritos de las partes pero por parte del personal administrativo del Poder Judicial. Ciertamente, en casi todos los distritos judiciales el encargado de evaluar estos requisitos legales lo constituye el personal administrativo de mesa de partes o del Centro de Distribución General, quien en muchas ocasiones se niega a la recepción y, peor aún, a emitir algún tipo de acreditación de que el justiciable intentó presentar su escrito. Los abogados, conocedores de ello, en lo posible se evitan tales inconvenientes, sin presentar queja alguna al respecto, y procuran cumplir con todos los reqüerimientos hechos por este personal, que a veces, abusa de su posición.

En puridad, nuestro Código ha destinado la evaluación de los requisitos legales, no al personal administrativo del Poder Judicial sino exclusivamente al juez, pues en caso de no cumplirse con alguno de los requisitos es necesaria la emisión de una resolución que así lo determine, y, obviamente, el personal administrativo no puede emitir resoluciones. Además, el tenor de la introducción del artículo 426, concordante con el artículo 551, ahora en estudio, es claro en reservar tal atribución al magistrado cuando dice que será el juez quien declare la inadmisibilidad.

El modo en que se ha intentado salvar esta incidencia es a través de resoluciones al interior de cada distrito judicial autorizando el rechazo de los escritos que no cumplan con los requisitos legales, por parte del personal administrativo; sin embargo, insistimos, ello va contra el mandato expreso del Código.

Este tipo de actuaciones ha generado en más de una oportunidad algunos abusos en contra de los justiciables, perjudicando el derecho de defensa sobre todo cuando se está ante plazos a punto de vencerse por su cortedad, lo cual se agrava cuando se trata de una causa de urgente envergadura, como sucede en la mayoría de las causas ventiladas en el proceso sumarísimo.

Conocedores de esta problemática, por ejemplo, para el caso del proceso de amparo constitucional, en la parte final del artículo 42 del CPConst. vigente se estableció que en ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del juzgado o sala correspondiente, medida que sería saludable imitar en el proceso civil, sobre todo cuando se esté ante casos de pronta tutela.

2.2. La falta de presentación de anexos exigidos por ley

En el artículo 133 del CPC algo se habla de los anexos exigidos por ley en la presentación de escritos de las partes que pueden generar supuestos de inadmisibilidad. Allí se dice que cuando se trata de escritos y anexos, quien los presente debe acompañar tantas copias simples de ambos como interesados deba notificarse. A lo dicho, se puede agregar que el tema de los anexos también se encuentra previsto en el artículo 425, y si bien este artículo se refiere estrictamente al caso de la demanda, también es aplicable, en cuanto fuere posible, a los demás escritos presentados por las partes.

Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en el artículo 133 del CPC se establece que el auxiliar jurisdiccional correspondiente verificará la conformidad y legibilidad de las copias, de modo tal que si no las encuentra conformes, ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito. Como se puede ver, reserva esta actuación nuevamente al auxiliar jurisdiccional y no propiamente al personal administrativo. Tanto es así que en el mismo artículo se consagra que todo reclamo sobre la idoneidad de las copias será resuelto finalmente por el juez en el día, por resolución inimpugnable.

En fin, sea como sea, si se pretende rechazar liminarmente el escrito por un tema de anexos, la declaración de inadmisibilidad la tendrá que hacer el juez a través de la resolución correspondiente.

2.3. La imprecisión o falta de completitud del petitorio

Es claro que si el petitorio no es preciso o es incompleto el escrito debe rechazarse a efectos de ser subsanado. Ni qué decir que esta verificación es de exclusiva atribución del juzgador (lo cual, por cierto, discute si propiamente estamos ante un aspecto meramente formal).

Sin embargo, no hay que olvidar que existe una excepción, conocida como de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, a través de la cual se faculta a la contraparte el poder cuestionar –entre otros– la falta de claridad en el petitorio, cuya utilización en este caso sería última, toda vez que, evidentemente, lo ideal es que el juez que inicialmente detectó este tipo de anomalías rechace la demanda a efectos de su subsanación. Por ello se ha dicho que al

control que hace el juez al calificar la demanda, nada impide que este se vuelva a reproducir en el saneamiento, así como que la contraparte lo ejerza en el plazo para interponer excepciones (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 854).

2.4. La indebida acumulación de pretensiones

Como se sabe, antes la de modificatoria introducida por la Ley N° 30293 en diciembre del año 2014, este supuesto era causal de improcedencia de la demanda, siendo a partir de la dación de esta modificación, causal de inadmisibilidad.

La explicación de dicho cambio radica en que con él se pretende agilizar las causas en cuanto fuere posible, pues al ser la indebida acumulación un supuesto de improcedencia, la demanda era rechazada de plano con el consecuente archivo de la causa y ordenando la devolución de los anexos, lo que exigía al justiciable iniciar el proceso nuevamente, aclarando las pretensiones o acumulándolas debidamente. Ahora, lo que hace el juez es rechazar la demanda por inadmisible concediendo un plazo al justiciable para la subsanación respectiva a fin de continuar luego con el proceso.

Es este otro claro ejemplo de que no siempre la inadmisibilidad tiene que ver con meros aspectos formales, y la improcedencia, con aspectos de fondo.

3. LA MODIFICATORIA INTRODUCIDA AL ARTÍCULO 426

Como ya quedó indicado, la Ley N° 30293 modificó el artículo 426 del CPC referido a las causales de inadmisibilidad de la demanda. Allí donde ahora dice que es un supuesto de rechazo la indebida acumulación de pretensiones, anteriormente se refería a la propuesta inadecuada de la vía procedimental.

Evidentemente la anterior regulación no era acertada. Y ello porque se entiende que si el demandante proponía una vía procesal distinta, era el juez quien emitiría la resolución de inadmisibilidad. Y en tal resolución, por el mandato constitucional contenido en el artículo 139, inciso 5 de nuestra Carta Magna, referido a la debida motivación de las actuaciones judiciales, era el juez quien debía explicar el motivo por el que consideraba que la vía procesal propuesta no era la idónea. Al plasmar este razonar, indirectamente estaba diciendo cuál era la vía procesal correcta. Entonces, ¿por qué no directamente el juez ordenaba la vía correspondiente para la causa ventilada, ahorrando tiempo y esfuerzo?

Además, el otro problema que podía surgir era cuando el demandante proponía una vía inadecuada y el juez la acogía favorablemente. Como ya se sabe, para el caso del proceso sumarísimo, el demandado en un caso como este quedaba en total indefensión, ya que dicha resolución es inimpugnable.

4. LA INIMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN Y SUS PROBLEMAS

El artículo en estudio reza:

> "Si declara inadmisible la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable".

La primera duda que surge al leer este párrafo refiere cuál es la resolución que es inimpugnable, la que declara inadmisible o la que archiva definitivamente la causa.

Si revisamos bien, en el supuesto previsto normativamente solamente se habla del archivamiento como apercibimiento, por tanto, aún no se cuenta con la resolución de archivamiento del caso, sino solamente con la que declara inadmisible y que, por consecuencia lógica concede al accionante la oportunidad para que subsane la omisión del caso. Por consiguiente, la resolución a la que alude la inimpugnabilidad no es otra sino la que declara inadmisible la demanda y concede un plazo para su subsanación bajo apercibimiento de archivar la causa.

Ahora bien, entendemos que la calidad de inimpugnabilidad de esta resolución se puede explicar desde que los supuestos para rechazar una demanda por defectos de forma o mejor dicho con posibilidad de subsanación, están taxativamente señalados en el artículo 426, y son de sencilla verificación y, por ende, también de sencilla subsanación.

Sin embargo, ¿qué pasaría si un juez declarase inadmisible una demanda basado en un supuesto no previsto por el anotado artículo?, ¿qué mecanismo de defensa tendría el justiciable para hacer valer su derecho? Al pensar en la respuesta no se olvide que, por lo regular, estamos ante causas que necesitan tutela urgente.

5. LOS SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA

Los supuestos de improcedencia de la demanda están plasmados en el artículo 427 del CPC. Ellos refieren los siguientes casos:

- El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar.
- El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar.
- Advierta la caducidad del derecho.
- No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
- El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

La modificatoria introducida por la Ley N° 30293 suprimió de entre los supuestos de improcedencia a la carencia de competencia y a la indebida acumulación de pretensiones. En el primer caso es entendible cuando se trate de una competencia prorrogable, pero no de una competencia absoluta (ROCCO, 2005: p. 29; DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 104 y ss.), ello incluso teniendo la contraparte la opción de presentar la excepción respectiva; porque ¿qué sucederá, por ejemplo, si un demandante, en extremo, propone una demanda de desalojo ante un juez laboral, y al demandado se le vence el plazo para deducir la excepción respectiva? ¿Podrá el juez emitir una resolución rechazando la demanda o tendrá que esperar hasta el saneamiento procesal (esto asumiendo de que en dicho estadio pueda declararla improcedente)?

Y en cuanto a la indebida acumulación, ya vimos que ha sido incorporada como causal de inadmisibilidad, lo cual parece encontrar una mejor explicación.

Para terminar diremos que el artículo 446 ha regulado las excepciones que pueden proponer las partes como modo de defensa técnica procesal. En tal sentido, si el juez obvió rechazar la demanda *in limine* por la ausencia de un supuesto de procedibilidad queda a la contraparte deducir la excepción correspondiente a fin de paralizar el proceso.

Correlacionando, entonces estas excepciones del artículo 446 con los supuestos de improcedibilidad de la demanda del artículo 427 tenemos lo siguiente:

- Cuando el demandante carezca de legitimidad para obrar (art. 427, inc. 1), el demandado puede recurrir a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante (art. 446, inc. 6). Al respecto se sabe que por la legitimidad para obrar el juez debe verificar que el derecho conculcado corresponde precisamente a quien lo hace valer, es decir a quien la ley le concede tal favor, y que la pretensión está dirigida justamente contra quien la ley establece que debe dirigirse (CHIOVENDA citado por TICONA POSTIGO, 1998: p. 279). Dicho en palabras más sencillas, al discutirse la legitimidad para obrar se cuestiona que por lo menos uno de los polos de la relación jurídico-procesal es errado; y ello se debe a que en la relación jurídico-sustantiva es otro sujeto quien ostenta la titularidad, distinto a quien la está pretendiendo hacer valer en sede procesal.

- Cuando el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar (art. 427, inc. 2), aunque en estricto no cuenta con una excepción de falta de interés para obrar, según el caso, podría utilizar las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 446, inc. 5), litispendencia (art. 446, inc. 7), cosa juzgada (art. 446, inc. 8), desistimiento de la pretensión (art. 446, inc. 9), conclusión del proceso por conciliación o

transacción (art. 446, inc. 10), prescripción extintiva (art. 446, inc. 12), o convenio arbitral (art. 446, inc. 13). El interés para obrar ha sido entendido como el actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se halla un sujeto, y que lo determina a solicitar la intervención judicial como último camino, con el fin de solucionar el conflicto de intereses en el que se ve envuelto (TICONA POSTIGO, 1998: p. 287). Se cuenta con interés para obrar cuando el pretensor ha agotado todos los medios a la mano para poder satisfacer su interés, no quedándole otra opción que recurrir al poder judicial. Ahora bien, entre nosotros se ha dicho que por la doctrina que informa nuestra codificación procesal, es el juez el que debe verificar al calificar la demanda el interés procesal del actor como uno de los requisitos mínimos para que el derecho de acción sea ejercitado de modo válido (TICONA POSTIGO, 1998: p. 286). Pero propiamente entre nosotros no existe una excepción de falta de interés para obrar, como sí existe una de falta de legitimidad para obrar, dejando al litigante en desprotección cuando se enfrenta a una situación de esta naturaleza cuya discusión no encaje en los demás tipos de excepciones.

- Cuando se advierta la caducidad del derecho (art. 427, inc. 3) procede interponer la excepción de caducidad (art. 446, inc. 11).

- Cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (art. 427, inc. 4) o el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible (art. 427, inc. 5), se puede deducir la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda (art. 446, inc. 4).

Llama entonces poderosamente la atención que la primera excepción prevista por el artículo 446 del Código discuta la competencia del juzgador, cuando del artículo 427 se ha retirado tal supuesto. Es decir, la competencia es un presupuesto procesal, y si recordamos que un presupuesto procesal se entiende como una condición a fin de que pueda darse un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia, sea favorable o desfavorable sobre la pretensión en discusión, no es del todo sistemático que se la haya descartado como supuesto de improcedencia y se la siga manteniendo como supuesto de excepción.

Por último, el supuesto del antiguo inciso 7 del artículo 427 referido a la indebida acumulación de pretensiones, podría ser discutido con la excepción de oscuridad y ambigüedad de la demanda, pero, como ya se hizo notar, ahora es un supuesto de inadmisibilidad, por lo que su tratamiento es distinto. Sin perjuicio de ello, estimamos que sigue siendo posible cuestionar una indebida acumulación vía la anotada excepción.

6. LA DECLARATORIA DE IMPROCEDENCIA

Para terminar tenemos que la última parte del artículo 551 bajo análisis establece que si declara improcedente la demanda, el juez ordenará la devolución de los anexos presentados. Esto se debe relacionar con la última parte del artículo 427 del CPC que en su tenor determina que si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión, la cual, evidentemente puede ser apelada previa comunicación al demandado del recurso interpuesto, siendo que la resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

Ciertamente, para el proceso sumarísimo en el artículo 556 se establece que la resolución citada en el último párrafo del artículo 551 –o sea la que declara improcedente la demanda– es apelable con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; RUBIO CORREA, Marcial (1987): *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil.* Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Artículo 552 | Excepciones y defensas previas

Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 446, 447, 448, 455, 457, 548, 555.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

La redacción del artículo 552 del CPC es bastante elocuente. El sustento de que las excepciones y las defensas previas se presenten en el proceso sumarísimo al momento de la contestación de la demanda obedece a que se trata de una vía procesal corta y ágil. En ese sentido, los plazos para este carril son cortísimos por lo que no se puede conceder más tiempo al demandado para que deduzca sus excepciones, puesto que lo desnaturalizaría.

Además, como las causas ventiladas en esta vía no suelen traer mayor complicación probatoria, la elaboración de una excepción no suele ser muy embarazosa, partiendo siempre del ideal normativo consistente en que efectivamente el demandado cuenta con los cinco días efectivos para ejercer su defensa, lo cual no siempre acontece en la realidad, sea por defectos en la notificación, sea por desconocimiento de la norma procesal o por descuido al recurrir extemporáneamente a la asesoría de un letrado.

Ahora, concordando la prescripción del artículo 552 con el mandato del artículo 548 tenemos que en general toda la regulación de las excepciones y defensas previas prevista entre los artículos 446 y 457 son de empleo para el proceso sumarísimo, pero ambas se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente el ofrecimiento de medios probatorios de actuación inmediata.

Resaltaremos, por último, la regulación del artículo 457 en virtud del cual las costas, costos y multas del trámite de las excepciones y defensas previas serán de cargo de la parte vencida, pero con el agregado de que atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el juez puede condenar al pago de una multa entre 3 y 5 Unidades de Referencia Procesal. Para nuestro caso, aunque el Código ha previsto una regulación adecuada de modo que el proceso sumarísimo no se vea perjudicado con la interposición temeraria de una excepción, aun así el deducir una excepción puede dificultar la fluidez que se preconiza para este tipo de vía procesal. Y ello

es así porque el carácter de las excepciones, sobre todo las dilatorias, ha hecho creer frecuentemente que el fin de la excepción es el de dilatar o de alargar el juicio, circunstancia a la que no es ajeno el impropio y malicioso uso que se hace de este tipo de defensas en la actividad forense (COUTURE, 1958: p. 116).

2. LAS EXCEPCIONES PROCESALES EN LA VÍA SUMARÍSIMA

Las excepciones son una suerte de defensa técnica que una de las partes opone contra la pretensión de la otra, a fin de suspender o extinguir el ejercicio de dicha acción, según si la excepción es dilatoria o perentoria, respectivamente (FONT, 2003: p. 119), lo cual se lleva a cabo inmediatamente después de presentada la demanda.

Ya se anotó previamente que uno de los modos de explicar el desarrollo del proceso civil comprende hasta tres filtros que hay que sobrepasar para arribar a buen puerto (TICONA POSTIGO, 1998). En el de admisibilidad se evalúan los aspectos mínimos y preliminares de los actos procesales susceptibles de subsanación, de modo que permitan ingresar a su estudio o evaluación. En el segundo filtro, llamado de procedibilidad, se examina todo lo concerniente a la correcta conformación de la relación jurídico-procesal, de modo que se facilite con ello un pronunciamiento final sobre el fondo. Por último, en el juicio de fundabilidad, propiamente el juzgador emite su decisión dando la razón o no al justiciable.

Las excepciones procesales no se ubican en el plano del filtro de admisibilidad, pues no vienen a atacar cuestiones subsanables fácilmente o aspectos de forma. Tampoco alude al filtro de fundabilidad porque aún el juez no se pronuncia sobre quien tiene finalmente la razón sobre el fondo de la *litis*. Las excepciones se encuentran en el tamiz de la procedibilidad pues se encaminan a discutir regularmente y en esencia a los presupuestos procesales y a las condiciones de la acción (VON BÜLLOW, 1868), de modo tal que si son amparadas impiden el pronunciamiento final del juzgador sobre el fondo de la controversia. En resumen, la interposición de las excepciones procesales pretende atacar el hecho de considerar que la relación jurídico procesal está bien establecida, cuestionando sea un presupuesto procesal sea una condición de la acción.

Ahora bien, si recordamos, hoy en día se conciben a los presupuestos procesales como aquellos elementos mínimos exigibles a efectos de que pueda existir por parte de la judicatura un pronunciamiento válido sobre el fondo de la *litis*. Se trata de supuestos previos al juicio, requisitos sin los cuales el proceso no puede existir o tener validez formal, y deben, por ello, concurrir en el momento de formularse la demanda, a fin de que el juez pueda admitirla e iniciar el proceso; o de requisitos para que el proceso pueda ser adelantado normalmente, una vez que es iniciado (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 317). Regularmente se entiende que estos

presupuestos son tres: *la competencia del juzgador, la capacidad de las partes y los requisitos de la demanda* (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 317 y ss.).

Sobre la *competencia* ya dijimos que se trata de la parte de la jurisdicción aplicable a un caso concreto por parte de un órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella. En efecto, si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces, sin embargo su ejercicio es indispensable reglamentarlo dentro de cada rama jurisdiccional. Esta es la función que desempeña la competencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 99). Así, la competencia puede ser entendida como la aptitud procesal de un ente para asumir el conocimiento de una causa específica sometida al poder estatal a efectos de su resolución.

En lo concerniente a la *capacidad procesal de las partes*, se sabe que la capacidad procesal es la aptitud para ejecutar actos procesales válidos por parte de los elementos activos de la relación jurídica procesal. Es decidida y delimitada por la propia norma procesal en atención a la existencia y necesidad de una determinada vía procedimental. No necesariamente es la capacidad para ser parte, pues es parte procesal quien realiza actividad procesal al interior de un proceso por derecho propio o en nombre de otra. En un proceso normalmente quien es parte material es parte procesal, sin embargo, puede ser que por razones de imposibilidad, por economía procesal o por motivos de conveniencia, quien es parte material no participe en un proceso, siendo, en cualquiera de estos casos, imprescindible el uso del instituto llamado representación procesal.

No todas las personas que concurren a un proceso lo hacen como partes y no siempre las partes obran personalmente, porque suelen hacerlo por intermedio de sus apoderados o representantes. Existe una distinción entre partes en sentido material y en sentido formal. Las primeras son los sujetos del litigio; las segundas, los sujetos del proceso, distintos del juez. En un proceso contencioso, estos sujetos son siempre dos: demandante y demandado, cada uno de los cuales puede consistir en una o varias personas y aumentar en el curso del juicio con sus litisconsortes y coadyuvantes por intervención (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 582).

En cuanto a los *requisitos de la demanda* ellos fluyen en esencia del artículo 424 del Código, sin embargo hay que agregar las exigencias meramente formales previstas en el artículo 130 que también le son aplicables. En este punto hay que incidir en que los aspectos subsanables y meramente formales serán, en puridad, parte del filtro de admisibilidad.

Por su parte, las *condiciones de la acción* suelen ser dos: *la legitimidad para obrar y el interés para obrar* (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 317 y ss.).

En cuanto a la *legitimidad para obrar* se sabe que el juez debe verificar que el derecho conculcado corresponde precisamente a quien lo hace valer, es decir a quien la ley le concede tal favor, y que la pretensión está dirigida justamente contra quien la ley establece que debe dirigirse (CHIOVENDA citado en TICONA POSTIGO, 1998: p. 279). Esta legitimidad se la entiende como la probable adecuación lógico-jurídica de los sujetos de la relación sustantiva a la relación procesal, y será activa si se corresponde con el demandante y será pasiva si se corresponde con el demandado.

Por último, el *interés para obrar* es conceptualizado como el actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona definida, y que lo determina a solicitar, por vía única por no tener alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de intereses, en el cual es parte (TICONA POSTIGO, 1998: p. 287). Se cuenta con interés para obrar cuando el pretensor ha agotado todos los medios a la mano para poder satisfacer su interés, no quedándole otra opción que recurrir al Poder Judicial.

Al respecto es saludable rescatar la idea de CALAMANDREI consistente en que de todas las denominaciones dadas a la tutela judicial, él prefiere la de garantía jurisdiccional, porque la palabra garantía lleva ínsita la idea de un remedio, de una defensa, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un inicio, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía (CALAMANDREI, 1973: p. 135). Así, el Estado garantiza la observancia del derecho, en cuanto es normal y deseable que el derecho sea voluntariamente observado por aquellos a los cuales se dirige como reglas de su conducta, y solo cuando falte esta voluntaria observancia, empieza el momento jurisdiccional del derecho, esto es, la puesta en práctica, por parte del Estado, de los medios de garantía dispuestos a hacerlo observar.

Ahora bien, por mandato expreso del artículo 446 del CPC las únicas excepciones procesales que el demandado puede deducir son las siguientes:

- Incompetencia.
- Incapacidad del demandante o de su representante.
- Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado.
- Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
- Falta de agotamiento de la vía administrativa.
- Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado.

- Litispendencia.
- Cosa juzgada.
- Desistimiento de la pretensión.
- Conclusión del proceso por conciliación o transacción.
- Caducidad.
- Prescripción extintiva.
- Convenio arbitral.

Como acabamos de ver en el artículo anterior, las excepciones se dirigen, en esencia, a cuestionar aspectos de procedibilidad de la demanda, buscando llevar a cabo una defensa técnica que genere la paralización del proceso. Ahora vamos a correlacionar estas excepciones del artículo 446 del CPC tanto con los presupuestos procesales como con las condiciones de la acción:

- El primer presupuesto procesal es la competencia del juzgador la cual es atacada justamente por la primera excepción llamada de incompetencia, de tal modo que si el demandado estima que el juez que ha admitido la demanda no es el competente, podrá deducir esta excepción a efectos de paralizar la controversia. En este punto es necesario resaltar lo ya dicho en cuanto a que llama poderosamente la atención que la primera excepción prevista por el artículo 446 del Código discuta la competencia del juzgador, cuando del artículo 427 se ha retirado tal supuesto. Es decir, la competencia es un presupuesto procesal, y si recordamos que un presupuesto procesal se entiende como una condición a fin de que pueda darse un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia, sea favorable o desfavorable sobre la pretensión en discusión, no es del todo sistemático que se la haya descartado como supuesto de improcedencia y se la siga manteniendo como supuesto de excepción.

- El segundo presupuesto procesal es la capacidad de las partes, la cual puede ser discutida por las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, o la de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, dependiendo, evidentemente, del hipotético ante el cual nos encontremos.

- El tercer presupuesto procesal alude a los requisitos de la demanda. Como adelantamos, cuando se trate de vicios meramente formales y de sencilla subsanación propiamente estamos inmersos en el filtro de admisibilidad y no en el de procedibilidad, por lo que, en puridad, no existe excepción alguna

para discutir estos aspectos. Más bien, como la esencia de la demanda lo constituye el petitorio y los hechos que lo sustentan, cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (art. 427, inc. 4), o el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible (art. 427, inc. 5), se puede deducir la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. E incluso somos de la idea de que también prosperará esta excepción en el supuesto de la indebida acumulación de pretensiones, pues aunque ahora sea un supuesto de inadmisibilidad que debe ser evaluado por el juez, es totalmente factible que un juez admita una demanda con una indebida acumulación de pretensiones, quedándole al justiciable deducir este mecanismo de defensa.

La primera condición de la acción es la legitimidad para obrar. Cuando el demandante carezca de ella (art. 427, inc. 1), el demandado puede recurrir a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante (art. 446, inc. 6).

La segunda condición de la acción es el interés para obrar. Cuando el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar (art. 427, inc. 2), aunque en estricto no cuenta con una excepción de falta de interés para obrar, según el caso, podría utilizar las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 446, inc. 5), litispendencia (art. 446, inc. 7), cosa juzgada (art. 446, inc. 8), desistimiento de la pretensión (art. 446, inc. 9), conclusión del proceso por conciliación o transacción (art. 446, inc. 10), prescripción extintiva (art. 446, inc. 12), caducidad (art. 446, inc. 11), o convenio arbitral (art. 446, inc. 13). Cuando la causa ya ha sido resuelta a través de otro mecanismo de resolución de conflictos, las excepciones que atacan este interés para obrar operan como una suerte de *sustracción de la materia* del ámbito judicial antes de ser trabada la *litis*.

Al respecto, entre nosotros se ha dicho que por la doctrina que informa nuestra codificación procesal, es el juez quien debe verificar al calificar la demanda el interés procesal del actor como uno de los requisitos mínimos para que el derecho de acción sea ejercitado de modo válido (TICONA POSTIGO, 1998: p. 286). Pero propiamente entre nosotros no existe una excepción de falta de interés para obrar, como sí existe una de falta de legitimidad para obrar, dejando al litigante en desprotección cuando se enfrenta a una situación de esta naturaleza cuya discusión no encaje en los demás tipos de excepciones.

3. LA TRAMITACIÓN DE LAS EXCEPCIONES EN LA VÍA SUMARÍSIMA

Como adelantamos, en general toda la regulación de las excepciones y defensas previas prevista entre los artículos 446 y 457 del CPC son de empleo para el

proceso sumarísimo, con la precisión de que ambas se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente el ofrecimiento de medios probatorios de actuación inmediata.

Revisando, entonces, hay que tener en cuenta que si bien el artículo 447 establece que una vez propuestas las excepciones, ellas se sustancian en un cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal, ello no es de total aplicación para el caso de la vía sumarísima puesto que por la tramitación especial que la regula –en esencia prevista en el artículo 555– las excepciones tienen que resolverse previa e inmediatamente en la audiencia única, a efectos de sanear o no definitivamente el proceso y continuar con la fijación de los puntos controvertidos y la determinación de los temas que van a ser materia de prueba.

En la misma senda, tenemos que en el artículo 448 aplicable también al proceso sumarísimo se establece que solamente se admitirán los medios probatorios documentales que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en que se absuelven. No obstante, el artículo 552 hace la precisión de que solamente se permitirán en esta vía sumarísima los medios de prueba de actuación inmediata.

En lo concerniente al artículo 449 que regula la emisión del auto que resuelve la excepción, nuestro Código precisa que una vez absuelto el traslado de la excepción o transcurrido el plazo para hacerlo, se la resolverá dentro de los diez días siguientes, siendo que si la declara infundada, declarará también el saneamiento del proceso, y en caso contrario, aplicará lo dispuesto en los artículos 450 y 451.

Para el caso del proceso sumarísimo, la absolución de la excepción se la hace en el mismo día de la audiencia, tal y como manda el artículo 555, por tanto no hay posibilidad de que transcurra el plazo para contestar la excepción sin haberlo hecho. Igualmente, las excepciones se resuelven en la misma audiencia, ergo, tampoco se puede postergar su resolución. Más bien, sí opera la declaratoria de saneamiento procesal en caso de declararse infundada la excepción, lo cual también se hace en la misma audiencia.

Entonces, como se puede ver en el artículo 555, al inicio de la audiencia, luego de que el juez ordena la absolución de las excepciones por parte del demandante y actuadas las pruebas correspondientes, las resuelve en el mismo acto, de modo que se las encuentra infundadas procede a declarar saneado el proceso. Empero, si las encuentra fundadas se procede tal y como manda el artículo 450 que nos habla del modo de resolución de las excepciones y de su impugnación. Allí se expresa que las excepciones se resuelven en un solo auto, y 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 la apelación, el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes.

Finaliza este artículo 450 decretando que el auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo, lo cual coincide exactamente con la regulación prevista en el artículo 556 para el caso del proceso sumarísimo, donde además se agrega que dicho medio impugnatorio debe presentarse dentro del tercer día de notificada la resolución.

En este espacio basta agregar que por mandato del artículo 454 los hechos que configuran excepciones no pueden ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones.

4. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES

Los efectos que se generan al resolver una excepción están ubicados en el artículo 451, también aplicable plenamente al proceso sumarísimo.

Primero diremos que si el auto que rechazó la excepción queda consentido o ejecutoriado, no habrá mayor problema pues, por mandato del artículo 555 el juzgador ha continuado con la audiencia. Pero para el caso en que quede consentido o ejecutoriado el auto que declaró fundada alguna de las excepciones los efectos procesales se detallan a continuación.

Para el caso de las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y de falta de legitimidad para obrar del demandado:

- Suspender el proceso hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, o, en su caso, hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio, si se trata de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante.
- Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que se fije, si se trata de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
- 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 se fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

En estos tres supuestos, vencido los plazos sin que se cumpla con lo ordenado, el juez procederá a declarar la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

Para las demás excepciones el corolario es 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.

En este punto hay que tener presente que de conformidad con el artículo 453 son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro: 1) que se encuentra en curso; 2) que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme; 3) en que el demandante se desistió de la pretensión; o, 4) en que las partes conciliaron o transigieron. Precisando que se debe cumplir con la conocida *triple identidad* prevista en el artículo 452 que establece que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

Es necesario precisar que en el caso de la excepción de incompetencia, el juez debe proceder a remitir los actuados al juez que corresponda quien continuará con el trámite del proceso en el estado en que se encuentre, y si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia hubiera ocurrido, puede renovar algunas actuaciones, tal y como lo permite el artículo 50, que nos habla de los deberes del juzgador.

5. SOBRE LAS DEFENSAS PREVIAS PROCESALES EN LA VÍA SUMARÍSIMA

La defensa previa viene a ser una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción en el proceso, que corresponde al demandado y que 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 Narváez, 2008: p. 856). Dicho de otra manera, las defensas previas no son sino medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el accionante realice la actividad que la norma sustantiva prevé como acto previo al planteamiento de la demanda (Carrión Lugo, 1994: pp. 363-364).

En el carril sumarísimo las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión, la donación al tutor o curador (arts. 1628 y 540 del CC), el derecho de retención (art. 1127 del CC), las excepciones de contrato no cumplido (art. 1426 del CC), de caducidad de plazo (art. 1427 del CC) y de saneamiento (art. 1527 del CC), la compensación (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2005: p. 101 y ss.), y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan

de modo idéntico al de las excepciones, tal y como manda el artículo 455 concordante con el artículo 552 en estudio; ello debido a que se tratan de instituciones que tienen una naturaleza similar pero estas acontecen en sede material, motivo por el cual pueden ser consideradas como una suerte de *excepciones sustantivas*.

Evidentemente el efecto, por estar ubicadas en ámbitos jurídicos distintos, difiere en algo, pareciéndose más a las excepciones dilatorias antes que a las perentorias. Desde luego, declarada fundada una defensa previa la consecuencia que se genera es suspender el proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción, tal y como se dispone en el artículo 456.

Basta añadir que para CHIOVENDA (1922: pp. 319-320) las defensas previas serían más bien ejemplos de excepciones dilatorias, pues estima que estas excepciones excluyen la acción como actualmente existente y utiliza como ejemplos de ellas a la excepción de un término convencional y al *beneficium excussionis*.

6. SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA DE ACTUACIÓN INMEDIATA

Termina el artículo en estudio afirmando que tanto las excepciones como las defensas previas se pueden acreditar únicamente con medios probatorios de actuación inmediata.

Respecto de los medios de prueba de actuación inmediata, tenemos que se entiende por tales a los medios dirigidos a acreditar un hecho pero que se caracterizan porque, una vez admitidos, pueden ser actuados sin diligencia adicional, como ocurre, *verbi gracia* con los documentos o las declaraciones. Es decir, como la evaluación se tendrá que hacer en la audiencia única, no sería dable que se actuase alguna prueba que postergara la culminación de la audiencia, por requerirse el agregado de un periodo temporal.

Así, por ejemplo, la pericia sería un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata ya que el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando ello una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como se espera ocurra en la vía sumarísima (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 857).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA;

CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario (2005): *Tratado de las Obligaciones.* Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XVI, 3ª parte, tomo IX. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas; VON BÜLLOW, Oskar (1868): *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. por M. Rosas. Buenos Aires: EJEA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I, Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las excepciones están concebidas como toda defensa que el demandado opone contra la demanda del actor, cuestionando unas veces el aspecto formal del proceso en el que se hacen valer las pretensiones, y otras veces, cuestionando el fondo mismo de la pretensión procesal, es decir, negando los hechos en que se apoya la pretensión o desconocimiento el derecho que de ellos el actor pretende derivar ***(Apel. N° 41-2004-Lima)***.

Artículo 553 | Cuestiones probatorias

Las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 300, 301, 302, 554, 555.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

La profesora Marianella LEDESMA enseña que la impugnación procesal puede ser de tres tipos: recursiva, impugnatoria o remedial (LEDESMA, 2008a: pp. 1046-1047). La impugnación recursiva se usa para atacar tanto el error como el vicio y tiene que ver con la reflexión en el criterio lógico-jurídico usado por el juez al momento de decidir. En cambio, la pretensión impugnatoria alude a la revisión civil por fraude procesal, y permite el ataque a un proceso culminado definitivamente, cuando la sentencia se obtuvo como consecuencia de una actividad dolosa, figura que para nuestro caso se recoge en la institución de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Por último, los remedios están referidos al vicio en que puede incurrir el juez sea de mutuo propio o por inducción por parte del litigante, siendo que este tipo de impugnación procesal se encamina a evitar la desviación del curso del procedimiento. Así, las cuestiones probatorias serían más bien remedios procesales, toda vez que tienen que ver con el curso sano del procedimiento (aunque a veces también los recursos lo hacen, aunque en estricto ellos se utilizan para el error).

Las cuestiones probatorias son mecanismos de defensa procesal que pretenden discutir la calidad de un medio de prueba para ser acogido justamente como prueba en el proceso. O más claramente, se trata de cuestiones incidentales que se provocan con el ofrecimiento de los medios probatorios y tienen como finalidad destruir la eficacia probatoria de estos (LEDESMA NARVÁEZ, 2008a: p. 1041).

Es necesario indicar que para el profesor (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 29), en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba) (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 29). Así, puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza.

Pero en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de estos. Y agrega que la simple admisión de la prueba se limita al estudio de su conducencia, pertinencia o relevancia, de su utilidad y oportunidad, mientras que la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal en que debe adoptarse alguna decisión sobre los hechos de la causa o de ciertos problemas incidentales (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 303).

En nuestro sistema procesal las cuestiones probatorias comprenden a la tacha y a la oposición. Las tachas u oposiciones están condicionadas a la admisión del medio probatorio que se cuestiona, pues resulta incoherente que frente al ofrecimiento de un medio probatorio, que es materia de tacha u oposición, luego se admita a trámite la incidencia provocada, a pesar de que el medio probatorio ha sido desestimado de plano por no guardar relación con los puntos en controversia. Ergo, la admisión y trámite de las incidencias deben operar luego de la admisión del medio probatorio que se cuestiona (LEDESMA NARVÁEZ, 2008a: p. 1042).

Por disposición del artículo 300 de nuestro Código instrumental la tacha se puede interponer contra los testigos y los documentos, en cambio, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial.

Entre los problemas que encontramos en este rubro tenemos que el mismo artículo indica que también pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos, sin precisar cuál de las cuestiones probatorias será utilizable para cada caso. Pero, además, nos chocamos con la incertidumbre de ignorar cuál es el plazo correcto para la presentación de las cuestiones probatorias al interior del carril sumarísimo.

2. EL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS CUESTIONES PROBATORIAS EN LA VÍA SUMARÍSIMA

En cuanto al plazo de presentación de la cuestión probatoria, como adelantamos, la discusión consiste en saber si ella debe presentarse al momento de contestar la demanda o en la misma audiencia, o si, en defecto de ambos supuestos, existe otro plazo distinto.

Aboga por la audiencia como oportunidad correcta para la presentación de la cuestión probatoria el artículo 301 del Código que indica que la absolución de la cuestión probatoria debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo que el previsto para la cuestión probatoria en sí, anexándose los medios probatorios correspondientes.

Ciertamente, por las características del proceso sumarísimo, donde el oferente del medio de prueba no va a tener plazo para preparar la absolución de la cuestión probatoria, el propio artículo 301 agrega que si bien la tacha, la oposición o sus absoluciones, que no cumplan con los requisitos indicados, serán declaradas inadmisibles de plano por el juez en decisión inimpugnable, precisa que estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo. Con ello el legislador ha intentado disminuir la aparente desigualdad de las partes. Es decir, como el justiciable que interpone la cuestión probatoria ha tenido suficiente tiempo para elaborarla, al presentarla en la audiencia misma suele dejar desarmado a la contraparte. Por ello es que el artículo 301 no exige mayor formalidad a la absolución de la cuestión probatoria. Y, por ende, el plazo para la presentación de la cuestión probatoria sería en la audiencia misma.

Curiosamente, a favor de que la presentación de la cuestión probatoria sea al momento de presentarse la demanda se suele citar también al artículo 301. Y la interpretación es que –siempre dentro del proceso sumarísimo– los requisitos exigidos para la presentación de una cuestión probatoria (incluyendo el plazo) no son exigibles para sus absoluciones. Con ello lo que se quiere decir –a contrario– es que la cuestión probatoria si cuenta con un plazo y con requisitos por cumplir. Pero como no se ha precisado exactamente cuál es ese lapso temporal, se entiende que ello opera al momento de contestar la demanda (LEDESMA NARVÁEZ, 2008a: p. 1047 y 2008b: p. 859).

Sin embargo, este razonamiento nos lleva exactamente al lado contrario que el supuesto anterior. O sea, si el demandado interpone una cuestión probatoria al contestar la demanda, da posibilidad para que el demandante cuente con el tiempo suficiente para preparar la absolución y no quedar desarmado el día de la audiencia, lo cual se torna en un razonamiento bastante aceptable desde una perspectiva de equidad, máxime si recordamos que entre la presentación de la demanda y la realización de la audiencia en la vida real puede mediar mucho más tiempo que el previsto por el legislador.

Sin embargo, no hay que olvidar que también el demandante puede interponer una cuestión probatoria contra los medios de prueba ofrecidos por el demandado; entonces, allí la duda subsiste.

Con lo dicho es bastante claro que la presentación de una cuestión probatoria debe contar con un plazo a efectos de no generar desigualdad en el trato a los justiciables, pues no es muy acorde a la equidad declarar que una de las partes el mismo día de la audiencia saque a la luz una cuestión probatoria contra uno de los medios de prueba vitales para el demandante, perjudicando notablemente su derecho de defensa.

En la praxis forense, la incógnita de cuál es el plazo para la presentación de la cuestión probatoria se ha venido resolviendo, por lo general, asimilándolo con el estipulado para contestar la demanda, o sea cinco días. Empero, al respecto es menester resaltar que ello contraviene abiertamente el espíritu del legislador para el caso de la vía sumarísima, cuyo fundamento es el de dotar a los justiciables de un proceso ágil y rápido, desde que el plazo para la formulación de las cuestiones probatorias, por ejemplo, para el proceso abreviado es de tres días, tal y como de manda en el inciso 1 del artículo 491. Con ello se tiene que es contraproducente que el proceso sumarísimo que debe ser el carril más corto, cuente con un plazo mayor que el previsto para una vía media como es la abreviada, para estas actuaciones.

Sea como sea, lo ideal es que si se concede ya sea tres o ya sea cinco días al demandado para presentar las cuestiones probatorias, el demandante debería contar con el mismo plazo para también formular las cuestiones probatorias que estimase contra los medios de prueba ofrecidos por el demandado al momento de presentar la demanda.

Así las cosas, originalmente el demandado tendría cinco días para presentar sus cuestiones probatorias, mientras que el demandante tendría hasta diez días para formular las suyas (que es el plazo para la realización de la audiencia), generándose una situación de ventaja procesal para el demandante, pues tendría más tiempo para preparar sus cuestiones probatorias y además tendría mejor posibilidad de preparar su absolución, máxime teniendo en cuenta que entre la contestación y la audiencia, en la vida real casi nunca hay esos diez días de distancia.

Por tanto, insistimos, la salida equitativa sería que ambas partes presentasen sus cuestiones probatorias (y la respectiva absolución) en el día de la audiencia, o, mejor aún, que ambas cuenten con un plazo idéntico para formular sus cuestiones probatorias, absolviéndose ambas el día de la audiencia única.

Evidentemente queda descartado de plano la tacha contra tachas, no solo porque nuestro sistema parece negarlas, sino porque el trámite especial del proceso sumarísimo, en espíritu, lo impide.

3. EL TRÁMITE DE LAS TACHAS Y OPOSICIONES EN LA VÍA SUMARÍSIMA

El artículo 301 del Código da las pautas para la tramitación de las tachas y oposiciones. Allí se indica que la tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. Para el caso del proceso sumarísimo tenemos que los medios de prueba permitidos necesariamente

tienen que ser de actuación inmediata ya que toda esta ocurrencia procesal acontece en la audiencia única, tal y como lo dispone el artículo en examen.

Se agrega en la regulación general contemplada en el artículo 301 que la actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia de pruebas, iniciándose esta por la actuación de las cuestiones probatorias, por lo que es evidente que esta actuación, para el caso de la vía sumarísima, se hace en la audiencia única.

Por último, la regulación matriz precisa que el medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.

En fin, al litigante que maliciosamente formulase una cuestión probatoria se le impondrá una multa entre tres y diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos de su tramitación, ello por mandato del artículo 304 aplicable extensivamente al proceso sumarísimo.

4. LOS MEDIOS DE PRUEBA DE ACTUACIÓN INMEDIATA

Al igual que para el artículo anterior, el presente decreta que las tachas u oposiciones solamente podrán acreditarse con medios de prueba de actuación inmediata.

Recordando diremos que se entiende por medios de prueba de actuación inmediata a aquellos dirigidos a acreditar un hecho pero que se caracterizan porque, una vez admitidos, pueden ser actuados sin diligencia adicional, como ocurre, verbi gracia con los documentos o las declaraciones. Es decir, como la evaluación se tendrá que hacer en la audiencia única, no sería dable que se actuase alguna prueba que postergara la culminación de la audiencia, por requerirse el agregado de un periodo temporal.

Por ejemplo, la pericia sería un medio de prueba que no resiste el supuesto de actuación inmediata ya que el juez debe designar los peritos, esperar que estos acepten el cargo, realicen la pericia, emitan el dictamen y luego se ratifiquen en la pericia y se proceda al debate pericial si lo hubiere, importando ello una serie de etapas imposibles de agotarse en un solo acto, de manera inmediata, como se espera ocurra en la vía sumarísima (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 857).

5. LA CUESTIÓN PROBATORIA SOBREVINIENTE

La cuestión probatoria sobreviniente es un supuesto de posible materialización en la vida práctica, consistente en que cuando ya ha pasado el estadio de cuestionamiento probatorio se llega a conocer la existencia de una causal que, de haber sido utilizada oportunamente hubiere dado lugar a una tacha u oposición

con la probabilidad de haber sido fundada. En estos casos, extraordinariamente, se permite la utilización de la cuestión probatoria, siempre respetando el derecho de defensa de la parte que puede verse afectada en tal sentido.

El artículo 302 de nuestro Código regula este infrecuente supuesto estableciendo que, excepcionalmente, cuando se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad al plazo para interponerla, se informará al juez, por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El juez, sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar.

Esta regulación es bastante improbable de utilización en el proceso sumarísimo puesto que por mandato del artículo 555 el juez deberá emitir la sentencia en la misma audiencia única; ergo, en ese contexto sería inverosímil que se presente el supuesto previsto normativamente. Sin embargo, como el propio artículo 555 posibilita al juzgador que excepcionalmente, pueda reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia, el único supuesto viable de presentarse una cuestión probatoria sobreviniente sería justamente en este corto lapso de diez días.

Ahora bien, formalmente ya dijimos que es casi imposible la aparición del supuesto de una cuestión probatoria sobreviniente. No obstante, en la vida práctica sucede que muchas de estas audiencias únicas se suelen llevar a cabo luego del tiempo permitido por ley, o también se suelen suspender y a veces por plazos relativamente extensos (al igual que la emisión de la sentencia) so pretexto de la excesiva carga procesal, lo que fácilmente permitiría la aparición de un supuesto de esta naturaleza en la vía sumarísima.

Con lo dicho y tomando como ejemplo a las declaraciones testimoniales, tenemos que se puede tachar a un testigo si con posterioridad a la proposición llegase a conocimiento la existencia de alguna causal de tacha (LARENA BELDARRAIN, 2007: p. 250); por consiguiente es perfectamente entendible que se llegue a conocer recién la causal cuando propiamente ha precluido el plazo para tacharlo, máxime si recordamos que los plazos en la vía sumarísima son breves.

Pero, además, aunque nuestro Código no lo contempla de ese modo, es totalmente factible que en el proceso sumarísimo, por la cortedad del plazo, sí se conozca la causal, pero el conseguir el medio de prueba de actuación inmediata en el corto tiempo para responder a ella sea improbable; en este supuesto somos de la opinión que también procedería la cuestión probatoria, siempre que se haya dejado anotada esta situación en el escrito respectivo.

Para terminar, todo este razonamiento último hecho para el caso de los testigos es ampliable a los demás medios de prueba.

6. LOS SUPUESTOS DE LA TACHA DE TESTIGOS

Estando a que los testigos suelen ser un medio de prueba bastante usual en la vía sumarísima, obviamente además de los documentos, no está demás revisar brevemente las causales de tacha contra ellos. El artículo 303 del CPC ha regulado estos supuestos de tacha y allí se dice que, además de los casos previstos en el artículo 229, los testigos podrán ser tachados por las causales previstas en los artículos 305 y 307 en cuanto sean pertinentes.

Si revisamos pormenorizadamente, el artículo 229 prohíbe expresamente que declare como testigo el absolutamente incapaz (salvo lo dispuesto en el art. 222 que refiere que los menores pueden declarar en los casos permitidos por la ley), quien ha sido condenado por delito que a criterio del juez afecte su idoneidad; el pariente dentro del 4° grado de consanguinidad o 3° de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria; quien tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y, el juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.

Por su parte, el artículo 305 habla de las causales de impedimento del juez para dirigir un proceso y son cuando: ha sido parte anteriormente en este; él o su cónyuge o concubino, tienen parentesco dentro del 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso (siempre que el abogado ya haya estado ejerciendo el patrocinio de la causa); él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes; ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite.

Por último, el artículo 307 contiene las causales de recusación contra el juez a fin de que se aparte del proceso cuando: es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos; él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el 2° grado, 1° de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público; él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes; haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor; tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y, exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; LARENA BELDARRAIN, Javier (2007): "La prueba de testigos". En: *El proceso civil. Parte general. El juicio verbal y el juicio ordinario*. Madrid: Dykinson; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El Código Procesal Civil no contiene limitación alguna a la actuación de medios probatorios de oficio en los procesos sumarísimos ***(Cas. Nº 1259-1999-Lima)***.

Por tratarse de un proceso sumarísimo, los medios probatorios deben ser ofrecidos únicamente al momento de la interposición de la demanda o su contestación ***(Exp. Nº 543-1996-Lima)***.

Artículo 554 **Audiencia única**

Al admitir la demanda, el juez concederá al demando cinco días para que la conteste.

Contestada la demanda o trascurrido el plazo para hacerlo, el juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de trascurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad.

En esta audiencia las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 68, 70, 442, 553, 557; C.N.A. art. 171.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos contenciosos de cognición se caracterizan por tener fases mínimas encaminadas al mismo fin, las cuales son la introducción, la instrucción y el pronunciamiento. En la introducción se tiende a poner a los sujetos procesales en la situación recíproca necesaria para el cumplimiento del proceso, en la instrucción se busca suministrar al juez los elementos necesarios para la decisión, y en el pronunciamiento se tiende a formar y a dar a conocer la decisión final del caso; haciendo hincapié en que la distinción lógica entre tales fases no siempre se corresponderá exactamente con la sucesión cronológica (CARNELUTTI, 1959: p. 3).

Conforme a ello, el proceso sumarísimo, acorde al avance de la disciplina procesal, debe contar con los espacios mínimos para el ejercicio correcto de un debido proceso. Así, un proceso bien llevado cuenta, cuando menos, con un espacio para demandar, un espacio para contradecir, una audiencia de discusión y evaluación y la sentencia del caso. El proceso sumarísimo justamente cuenta con estas etapas: demanda, contestación, audiencia única y sentencia.

En ese derrotero, el artículo 554 del CPC determina que una vez que el juez verifica que la demanda presentada cumple con los requisitos mínimos para ser admitida (sea porque está bien elaborada o porque se han subsanado los errores originales), procederá a hacer lo propio emitiendo el auto de admisión, trasladando dicha demanda al demandado por espacio de cinco días para que se proceda a su contestación.

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

El espacio de cinco días –entiéndase hábiles– es un plazo corto, debido a las características de la vía sumarísima, pero también, justamente por la naturaleza de las pretensiones fijadas para este carril se torna en un plazo bastante razonable; luego de ello procederá a señalar fecha para la realización de la audiencia correspondiente.

2. LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El derecho de acción ligado al derecho de acceso a la tutela judicial efectiva implica que el sujeto recurre al poder judicial a fin de que se cristalice la justicia establecida en la ley. Por tanto, este derecho de acción envuelve tanto al demandante como al demandado, porque ambos aspiran a que el juzgador aplique la ley correspondiente y solucione su controversia dándoles la razón. Pero por un tema técnico y de practicidad terminológica cuando hablamos del ejercicio del derecho de acción del demandado se le denomina propiamente contradicción.

Aquí es menester indicar que CALAMANDREI, de todas las denominaciones dadas a la tutela judicial, prefiere la de garantía jurisdiccional, porque la palabra garantía lleva ínsita la idea de un remedio, de una defensa, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un inicio, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía CALAMANDREI (1973: p. 135). Así, el Estado garantiza la observancia del derecho, en cuanto es normal y deseable que el derecho sea voluntariamente observado por aquellos a los cuales se dirige como reglas de su conducta, y solo cuando falte esta voluntaria observancia, empieza el momento jurisdiccional del derecho, esto es, la puesta en práctica, por parte del Estado, de los medios de garantía dispuestos a hacerlo observar.

Ese derecho de contradicción se manifiesta a través de diversas actuaciones procesales, pero por excelencia se habla de él cuando estamos frente al escrito de contestación de la demanda, que es el espacio donde el demandado hace notar su defensa contra la pretensión del accionante, salvo, claro está, que se allane a la demanda. Cuando ya se tiene la demanda y la contestación, propiamente podemos hablar de *litis* judicial, de contradictorio, de relación jurídico-procesal.

Ciertamente, cuando por la naturaleza contenciosa de la demanda existe parte demandada y traslado del libelo, se presenta la contestación de la demanda como uno de los actos estelares o principales del proceso, pues 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, 1966: p. 493).

Y a lo largo de todo el proceso continúa esta tónica de contradicción, pues la tarea de las partes iniciada con la citación y con el escrito de respuesta, continúa desarrollándose; de ahí que la sustanciación se manifieste como un diálogo entre las partes: el demandado responde al actor, el actor replica al demandado, este, a su vez, contrarréplica (CARNELUTTI, 1959: p. 41). En efecto, el proceso es una actividad que comienza con la demanda, se integra con la contestación, a la que sigue la prueba y termina con la sentencia, actividad que está regulada por la ley para evitar la arbitrariedad del juez y los excesos de las partes. El proceso se hace sobre la base de un conflicto de intereses, es decir que supone una dialéctica en la que se afirman hechos y se reclaman derechos que se contraponen, lo cual obliga –para asegurar una sentencia justa– a colocar a las partes en un pie de igualdad para la exposición de sus fundamentos y el control de los actos de procedimiento (ALSINA, 1956: pp. 99-100).

Entonces, notificado el demandado con la demanda, debe proceder a contestarla y para ello debe cumplir con las mismas formalidades establecidas para la demanda, pero con los ajustes del caso, pronunciándose sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda, tal y como se dispone en el artículo 442 de nuestro Código instrumental.

Al respecto, basado en el principio de probidad, se ha dicho que la finalidad de exigir que tanto la demanda como la contestación se hagan a través de una exposición escrita clara y breve (a fin de que no constituya una emboscada para el adversario), es evitar la malicia en la conducta de las partes contendientes; por ello, contestada la demanda, es en principio inmodificable (COUTURE, 1958: p. 191).

En fin, indiscutiblemente la contestación debe hacerse dentro del plazo de ley, que para el supuesto del proceso sumarísimo, por mandato del artículo en estudio es de cinco días, en caso contrario el demandado será declarado rebelde con todas las consecuencias que ello implica. Es decir, en nuestro sistema procesal no es exigible contestar la demanda, pues en el Derecho moderno ya no se aplica esta medida, pero se consigue la contestación de la demanda por medio del estímulo que resulta de la pérdida de poderes y oportunidades de defensa, estableciéndola como una carga para el demandado, especialmente por la pérdida de la oportunidad para excepcionar (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 494).

3. LA FIJACIÓN DE LA AUDIENCIA ÚNICA

Las audiencias son parte importante a lo largo del proceso, y como en el proceso sumarísimo únicamente hay una sola, la envergadura de ella es mayor.

Siguiendo con las fases mínimas de un proceso actual, recogido correctamente en el proceso sumarísimo (ALSINA, 1956: pp. 99-100), el artículo bajo análisis

sigue señalando que una vez que el demandado ha contestado la demanda luego del plazo de cinco días (o también si no lo ha hecho dentro del plazo correspondiendo declararlo rebelde), el juzgador procederá a fijar la fecha de la realización de la audiencia única, llamada por nuestro Código audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, en el mismo auto donde tiene por contestada la demanda.

Lo mismo deberá hacer el juez, o sea, señalar la fecha de la audiencia, en caso de que el demandado no conteste la demanda, pero en este caso en el auto procederá a declararlo rebelde.

Por último, es menester precisar que el artículo exige al juez que la audiencia se fije dentro de los diez días siguientes a la fecha de contestación de la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla sin que ocurra lo propio.

Al respecto, como bien se conoce, en la vida real rarísima vez se cita a audiencia única dentro del lapso inmediato de los diez contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda (incluso cuando el mismo Código manda ello *bajo responsabilidad*). Ello, obviamente se debe a la excesiva carga procesal existente al interior del Poder Judicial, de tal manera que la finalidad buscada por el legislador de dotar a los justiciables de un proceso ágil y corto, no pasa de ser una buena intención, pues, si en el papel el proceso sumarísimo debe durar unos quince días hábiles (máximo veinticinco si es que el juez posterga la emisión de la sentencia), en la praxis un proceso de este tipo dura en promedio entre seis meses y un año.

Al respecto, creemos que el agregado *bajo responsabilidad* al interior de una ley o de un documento de tramitación administrativa está siempre demás. Ello por cuanto se sabe que en la Administración Pública toda actuación que no encaje dentro de los cánones regulares administrativos generará responsabilidad. En tal sentido, la actuación del funcionario o servidor público que se ajuste dichos cánones, en la medida de lo posible, no podrá nunca generar responsabilidad de naturaleza administrativa, ¿o es que acaso hay sanción a los jueces por no fijar la fecha dentro de los diez días cuando su agenda está copada y es imposible hacerlo?

Para terminar, es menester indicar que la denominación original de esta audiencia fue modificada, y los aspectos que explican tal cambio se detallan a continuación.

4. LOS ANTECEDENTES DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 554

El artículo 554 del CPC fue modificado por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28 de junio de 2008, pero el único cambio consistió en variar la denominación de la audiencia de saneamiento, conciliación,

pruebas y sentencia por audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, es decir, suprimiendo el término *conciliación*.

Este Decreto Legislativo N° 1070 no era sino una ley que modificó diversos artículos de la original Ley de Conciliación - Ley N° 26872, y que por su primera disposición final estableció su entrada en vigencia progresivamente en los diferentes distritos conciliatorios según el calendario oficial a aprobarse por decreto supremo, exceptuando de dicho calendario a los distritos conciliatorios de Lima, Trujillo y Arequipa, así como el distrito judicial del Cono Norte de Lima, salvo la provincia de Canta, en los cuales sería aplicado a los 60 días calendarios desde su publicación.

Estos calendarios de vigencia progresiva se hicieron desde el año 2010 hasta el año 2014. Así para el año 2010 se publicó el 30 de abril el calendario oficial vía Decreto Supremo N° 005-2010-JUS, para el año 2011 el Decreto Supremo N° 008-2011-JUS se publicó el 6 julio de dicho año, para el año 2012 y 2013, el 21 de octubre de 2012 se publicó el Decreto Supremo N° 015-2012-JUS, y por Decreto Supremo N° 008-2014-JUS publicado el 30 de septiembre de 2014 se aprobó el calendario para el año 2014.

5. EL FUNDAMENTO DE LA INSTALACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN EL PERÚ

Cuando dos sujetos se ubican de manera antagónica son obligados a recurrir a los mecanismos institucionalizados oficialmente, a efectos de alcanzar una solución a la pugna en que se ven envueltos. El sujeto busca, entonces, acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo de satisfacción de intereses. Esta satisfacción a bajo costo se constituye en el objetivo público primordial en materia de administración de justicia. Hoy en día tal meta puede alcanzarse a través de la perspectiva judicial, donde se intenta brindar al ciudadano tutela judicial efectiva para la solución de sus conflictos, así como a través de la perspectiva plural, donde se promueve a favor del ciudadano otros mecanismos más acordes con su realidad.

La instalación oficial de la conciliación en el Perú como uno de estos mecanismos alternos, buscaba otorgar a la comunidad un arquetipo de relaciones humanas con base en la solidaridad y el respeto a los derechos humanos, presentándose como una fórmula que coadyuvaría a enfrentar la severa crisis del aparato judicial, dado que se dirigía a trasladar el manejo de los conflictos a los propios sujetos involucrados, para que, con la ayuda de un tercero imparcial, se pudiese arribar a buen puerto. La severa crisis que envolvía al sistema judicial obligaba a recurrir

a los mecanismos alternos, pues mediante ellos las partes solucionaban su controversia sin tener que soportar la pesada maquinaria oficial.

Con todo lo dicho, en noviembre de 1997 se promulgó la Ley de Conciliación, Ley N° 26872, declarando, en virtud de su artículo 1, de interés nacional su institucionalización y su desarrollo. Esta ley regula propiamente la institución de la conciliación extrajudicial (PEÑA GONZÁLES, 1999: p. 201), por lo que, de entrada, contenía errores por corregir hasta en su denominación.

Al promulgarla, simultáneamente se estableció una *vacatio legis* antes de consagrarse su obligatoriedad para poder acudir a una instancia judicial. Sin embargo, tal exigencia solo regía en determinados lugares del Perú. En efecto, desde el 14 de enero del año 2000, está fijada como un requisito de procedibilidad en aquellos procesos en los que se discuten materias conciliables y en los lugares fijados por la ley, por tanto, no se podía iniciar un proceso judicial si es que previamente no se había recurrido a la conciliación, salvo algunas puntuales excepciones.

Por ello, no debe parecernos anómalo que, inclusive, en el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos se postule el ejercicio de ciertas acciones en determinado lapso de tiempo, con el fin de favorecer que las partes en litigio recurran a estas técnicas alternas (GARCÍA CANTEROS *et al.*, s.a.).

En su texto se establecen las instancias donde llevar a cabo la conciliación, como son los centros de conciliación, que son entidades debidamente acreditadas y autorizadas por el Ministerio de Justicia, así como los juzgados de paz letrados. Pero también se añade a la justicia de paz, referida a jueces comunales que, por lo general, son personas ilustres de un lugar dado. Anotaremos que una modificación legislativa introducida por la Ley N° 27398 del 13 de febrero de 2001, estableció que aún no estaban establecidas las condiciones para que la justicia de paz actúe paralelamente como instancia conciliatoria.

La conciliación es una institución consensual. Los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. A su vez, no tiene naturaleza jurisdiccional, desde la perspectiva del conciliador, toda vez que este no resuelve controversias, solo propicia soluciones.

El cumplimiento de los acuerdos conciliatorios (totales o parciales) es judicialmente exigible. Las conciliaciones se ejecutan como sentencias, pues el acta constituye título de ejecución. Para esto, habrá que entender que un título de ejecución es aquél que contiene actos constitutivos de prestaciones declaradas por el órgano jurisdiccional –aunque también pueden tener su origen en la voluntad de las partes involucradas en el conflicto– cuyo efecto será de vinculación formal entre los partícipes de la controversia (LEDESMA NARVÁEZ, 2001: p. 53).

6. LAS CRÍTICAS A LA LEY DE CONCILIACIÓN

Desde antes de la fecha de su dación, hacia fines del año 1997, la institución de la conciliación era bastante cuestionada debido a los diversos aspectos que tocaba y que, aparentemente, contradecían al sistema normativo imperante, incluyendo a la propia Constitución Política.

Ciertamente, cuando se debatía en el Congreso de la República el Proyecto de la Ley de Conciliación, la discusión se centró en su obligatoriedad e inconstitucionalidad, como puntos más controvertidos. Se decía que la conciliación violaba a la Constitución por inmiscuirse en el campo de la justicia que era exclusivo del Poder Judicial. En esa directriz, la defensa para la instalación de la conciliación en el Perú fue ardua, lo que se tradujo al final en una respuesta positiva.

Elaborada la ley, en el Perú se dio un periodo de tres años entre su promulgación y la vigencia de la conciliación obligatoria. Pero en este lapso no hubo una política estatal de implementación del sistema conciliatorio que pudiese, al menos mínimamente, crear las condiciones adecuadas para su aplicación. Y aunque se acreditaron más de diez mil conciliadores, la inmensa mayoría de ellos lo hizo en condiciones precarias y sin cubrir mínimos estándares de capacitación (La Rosa Calle, 2001: p. 199). Además, la falta de compromiso por parte de los funcionarios estatales para una buena marcha de la conciliación se traslucía por la inexistencia de una adecuada difusión y promoción de tal mecanismo.

En una palabra, la conciliación, desde un inicio resultó controvertida a causa de las aspiraciones que intentaba lograr, pues como usualmente acontece entre nosotros, la dación de esta ley ocasionó mucha expectativa de diversa índole, pero nuestros legisladores, luego del primer paso, se olvidaron y el asunto se estancó.

Inicialmente, los indicadores del Ministerio de Justicia señalaban que solo asistían la mitad de los invitados a conciliar. Algunas hipótesis explican esto por el desconocimiento acerca de la existencia del mecanismo conciliatorio, mientras que otros conjeturan que prevalece un prejuicio (alentado en algunos casos por los abogados) sobre la conciliación, a la cual se le estaría atribuyendo una suerte de trámite previo para llegar a las instancias judiciales. Al respecto, Iván Ormachea, originalmente planteó desplegar diversas estrategias para convencer a los usuarios y sus asesores jurídicos de los beneficios de la conciliación, para promover la asistencia a las audiencias (Ormachea, 2001: p. 7).

Así las cosas, hasta el propio Ministerio de Justicia llegó a indicar un peligroso déficit de capacitación y formación básica, debido a la mala calidad de los programas de formación y capacitación de conciliadores, razón por la cual en mayo de 2001 se modificó el Reglamento de la Ley de Conciliación y se establecieron

requisitos mínimos de calidad que debían cumplir los cursos de formación de conciliadores. Posteriormente, en febrero del año 2005, nuevamente se modificó el Reglamento, intentado reformular las estrategias para el buen funcionamiento de la conciliación en el Perú.

De lo evaluado se tiene que nos enfrentamos a una posible insatisfacción con los acuerdos conciliatorios evidenciado por el incumplimiento de ellos. Es decir, un regular porcentaje de acuerdos a los que han llegado las partes, no se cumplen. Esto podría indicar que los interesados han sido presionados a suscribir acuerdos con los cuales no estaban necesariamente conformes, y, si esto fuera así, se estarían tergiversando los fines y alcances de la conciliación.

No está demás agregar la desconfianza en el sistema por considerar que la obligatoriedad afecta a la naturaleza voluntaria de la conciliación y el derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. No por azar, Iván ORMACHEA afirmó años atrás que, probablemente, demostrar la viabilidad de la conciliación, como sistema previo al inicio de un proceso judicial, sería el mayor reto a vencer (ORMACHEA, 2001: p. 7).

En conclusión, diremos que las críticas a la conciliación extrajudicial han sido severas (ARIANO DEHO, 2001; TORRES VÁSQUEZ, 2002: p. 19), sin embargo, la estimación hecha es que, cuando el sistema de conciliación funcione con normalidad, los jueces verán reducida su carga procesal en casi 40 % (BARREDA, 2002: p. 17).

Aun así, a la conciliación no hay que juzgarla únicamente por la utilidad que presta a la función jurisdiccional, pues su valor reside en ser una propedéutica para la paz (CASTILLO, 2002: p. 12). Y es que, lamentablemente, en nuestro caso, la conciliación nació más por una decisión política de poder reducir la ingente carga procesal existente, que por una verdadera conciencia de los beneficios de un mecanismo tan favorable y necesario (VIGO CARRILLO, 2002: p. 10).

Finalmente, diremos que se ha insistido en el retorno al sistema facultativo de la conciliación (TORRES VÁSQUEZ, 2002: p. 19; MACEDO TORO, 2003: p. 20), sobre todo para evitar su descrédito y en tanto el Estado no demuestre voluntad política para definir las políticas públicas que deben impulsar el sistema conciliatorio (ORMACHEA, 2002: p. 8). Sin embargo, el establecimiento facultativo de la conciliación y la exigencia de ser abogado para poder ser conciliador, son dos modificaciones que, en palabras de Carlos CASTILLO, terminarían por sepultar a la conciliación, en vez de perfeccionarla y protegerla, por cuanto, no se ha probado, aún, la ineficacia de este medio alternativo (CASTILLO, 2002: p. 12).

En definitiva, la conciliación extrajudicial no logró copar las expectativas puestas en ella, posiblemente debido a la premura y a la irregularidad con la que

fue instaurada en nuestro ordenamiento jurídico. Y decimos esto, por cuanto, creemos que era conveniente intentar algunas acciones anteriores y paralelas a su institucionalización, de modo preferente en lo referido a la difusión de sus beneficios. La promulgación de la ley jamás pudo agotar el cimiento que la conciliación extrajudicial requería para poder tener éxito entre nosotros. La responsabilidad estatal no podía quedar concluida con la dación de una ley y en exigir o no su obligatoriedad. La dación de una ley de tal tipo exige contar con el soporte de una política educativa que desarrolle una pedagogía de la paz, proyectada a todos los niveles de la población.

7. LA FALTA DE CAPACITACIÓN DE LOS JUECES EN MATERIA CONCILIATORIA

En el esquema original de la Ley de Conciliación, el conciliador es la persona capacitada y acreditada que cumple labores en un centro de conciliación, propicia el proceso de comunicación entre las partes y, eventualmente, propone fórmulas conciliatorias no obligatorias (LEDESMA NARVÁEZ, 2001: p. 6). En el Perú, primigeniamente la conciliación se ejercía sin las exigencias de la capacitación por parte del conciliador, y es recién con la vigencia de la Ley N° 26872, que se incidió notoriamente en ella (LEDESMA NARVÁEZ, 2000: p. 113).

Según lo dicho, para ser conciliador se requiere estar capacitado como comunicador y estratega en la toma de decisiones, así como estar preparado en técnicas de negociación y en medios alternativos de solución de conflictos, además de contar con una buena trayectoria ética y moral.

El esquema original del CPC –que por cierto data del 1994– propugnaba también que la conciliación se constituía en un buen mecanismo para solucionar los conflictos. Lamentablemente dejaba tal actividad en manos de los jueces y siempre dentro del proceso judicial.

Dicho de otra manera, en los tres carriles procesales (de conocimiento, abreviado y sumarísimo) había un espacio para fomentar un acuerdo conciliatorio entre las partes bajo la dirección del juez. Este espacio conciliatorio era de índole obligatoria, a tal punto que si el juez no proponía fórmula conciliatoria la audiencia adolecería de un vicio de nulidad. Pero como acabamos de ver, para ser conciliador se necesita una especial formación, y era evidente que gran parte –sino la totalidad– de nuestros magistrados de la época no contaban con dicha formación (lo cual también es altamente posible que acontezca en la actualidad).

Entonces, como el plan original del codificador no funcionó, es que se estableció a la conciliación como un mecanismo pero fuera de proceso, es decir,

propiamente extrajudicial. Y para ello, era indispensable suprimir este aspecto al interior de las audiencias celebradas ante los órganos judiciales.

8. LA DACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1070

Aunque la idiosincrasia peruana juega en contra, la conciliación extrajudicial es un medio interesante a efectos de lograr los frutos que en otras latitudes, no tan disímiles a la nuestra, ha alcanzado. Se trata de una gran opción, no solo para aligerar la inmensa carga procesal con la que cuenta el Poder Judicial, sino por tratarse de un verdadero intento de lograr una sociedad que conviva con el diálogo, intentando mantener las buenas relaciones con todos.

Siendo que la conciliación extrajudicial se torna en una senda interesante, pese a todas las dificultades por las que ha tenido y tiene que pasar, se hacía necesaria la búsqueda de mecanismos que la doten de mayor viabilidad y seguridad jurídica.

Por lo dicho y convencidos de la existencia de muchos sujetos que preferirían arreglar un asunto por sí mismos sin tener que recurrir a la demoledora y parsimoniosa maquinaria judicial, a través del Decreto Legislativo N° 1070 se intentó una reformulación de esta institución, y como parte de ella se insistió en hacer de la conciliación extrajudicial un mecanismo de exigencia previa a la instalación del proceso judicial, reafirmando que los jueces no eran los sujetos idóneos para llevarla a cabo al interior de un tramitación judicial, por lo que, en definitiva se suprimió la fase conciliatoria de todos los procesos judiciales.

Para el caso del proceso sumarísimo, la audiencia única que también constaba de una ineludible etapa conciliatoria, se vio modificada abandonando tal fase de modo definitivo.

9. LA REPRESENTACIÓN IRRESTRICTA POR ABOGADO

Ingresando al último punto de análisis tenemos que uno de los presupuestos procesales consiste en la capacidad de las partes al interior del proceso. Esta capacidad procesal es la aptitud para ejecutar actos procesales válidos por parte de los elementos activos de la relación jurídica procesal, siendo tal decidida y delimitada por la propia norma procesal en atención a la existencia y necesidad de una determinada vía procedimental.

La capacidad procesal no necesariamente es la capacidad para ser parte. Es parte procesal quien realiza la actividad procesal al interior de un proceso por derecho propio o en nombre de otra. En un proceso quien es parte material es parte procesal normalmente, sin embargo, bien puede ser que por razones de imposibilidad,

por economía procesal o por motivos de conveniencia, quien es parte material no participa en un proceso. En cualquiera de estos casos, es imprescindible el uso del instituto llamado representación procesal. Como ya se dijo, no todas las personas que concurren a un proceso lo hacen como partes y no siempre las partes obran personalmente, porque suelen hacerlo por intermedio de sus apoderados o representantes. Existe una distinción entre partes en sentido material y en sentido formal. Las primeras son los sujetos del litigio; las segundas, los sujetos del proceso, distintos del juez. En un proceso contencioso, estos sujetos son siempre dos: demandante y demandado, cada uno de los cuales puede consistir en una o varias personas y aumentar en el curso del juicio con sus litisconsortes y coadyuvantes por intervención (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 582).

Justamente el artículo en estudio termina estableciendo que en esta audiencia única las partes pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna. En efecto, en la medida de lo posible todos los actos procesales deben realizarse con la intervención directa del juez y de las partes, pero en su defecto pueden participar sus representantes, ello en virtud del principio de inmediación (ALSINA, 1956: p. 100).

Esta regulación no es sino un fiel reflejo del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que refiere la atribución de toda persona a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 33).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2001): "Notas sobre la conciliación 'educativa'". En: *Legal Express*, N° 5. Lima: Gaceta Jurídica; BARREDA, Tito (2002): "Hacia una cultura de paz. Informe Especial". En: *Diario oficial El Peruano*, 1 de abril; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CASTILLO RAFAEL, Carlos (2002): "Defensa de la conciliación". En: *Diario oficial El Peruano*, 8 de agosto; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GARCÍA CANTEROS, Gabriel y AA.VV, (s.f): "Traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos". En: *I CD-Rom*, trad. por Gabriel García Canteros y otros; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LA ROSA CALLE, Javier (2001): "Los medios alternativos de resolución de conflictos y su relación con la administración de justicia. Algunas reflexiones a propósito de la implementación de la conciliación extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 29; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2000): *El procedimiento*

conciliatorio: un enfoque teórico-normativo. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2001): "El control de legalidad sobre la conciliación como elemento constitutivo para el título de ejecución". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 39, Lima: Gaceta Jurídica; MACEDO TORO, Marlene (2003): "Conciliación extrajudicial - En debate modificaciones de legislación vigente". En: *Diario oficial El Peruano*, 13 de marzo; ORMACHEA CHOQUE, Iván (2001): "La nueva ley de conciliación: algunos datos sobre los resultados de su aplicación". En: *Legal Express*, N° 5, Lima: Gaceta Jurídica; ORMACHEA CHOQUE, Iván (2002): "Conciliación extrajudicial: Razones para retornar al sistema facultativo". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 36; PEÑA GONZÁLES, Óscar (1999): *Manual de conciliación extrajudicial y comentarios a la Ley de Conciliación.* Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2002): Entrevista de Paúl Herrera Guerra, *Decano del CAL conforme con conciliación facultativa.* Lima, 15 de octubre; VIGO CARRILLO, Carlos Renzo (2002): "Uso de la conciliación extrajudicial en el Perú". En: *Diario oficial El Peruano,* 28 de junio.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En su (sic) proceso sumarísimo no puede ofrecerse pruebas en la audiencia única para justificar la tacha de documentos ***(Cas. N° 746-1999-Lima)***.

Artículo 555 Actuación

Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.

A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.

Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 470, 552, 553, 572; C.N.A. arts. 171, 173.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

CARNELUTTI enseña que son dos los conceptos que emergen de los actos realizados en presencia de otros, ya sea si se trata de un acto realizado *públicamente* o bien del acto realizado en *reunión* (CARNELUTTI, 1950: p. 476). Las prescripciones normativas procesales regulan el asunto de la publicidad solamente para los segundos, es decir para los actos que han de realizarse en reunión (aunque finalmente ambos tipos –los públicos y los de reunión– terminan por interferirse). Así, *reunión* significa no tanto presencia de varias personas en el mismo tiempo y lugar, cuanto tal presencia al objeto de obrar conjuntamente. Si la reunión tiende a la formación de un acto concursal debe llamarse *asamblea*; en caso diverso puede llamarse *convención* o *comparecencia*; y cuando la convención o comparecencia judicial es presidida por el juez toma el nombre de *audiencia.*

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

La audiencia no es sino uno de los tantos medios de comunicación al interior del proceso, pero se trata de un medio ya no entre las partes, sino entre estas y el juez y eventualmente con la intervención de terceros, como testigos, peritos, etc. Es el acto en el cual el juez escucha las peticiones que las partes formulan verbalmente o las aclaraciones que ellas hacen a su requerimiento, las declaraciones de los testigos, las explicaciones de los peritos, etc.; de todo lo cual se deja constancia mediante actas que se agregan a los autos (ALSINA, 1956: p. 690).

La citación a la audiencia debe contener aquello que le da el nombre, el llamamiento a juicio *(vocatio in ius)* del demandado a una audiencia determinada, y no solo debe notificarse antes de la audiencia, sino que entre la notificación y la audiencia debe mediar un plazo mínimo, al que se denomina *término para comparecer* (CHIOVENDA, 1922: p. 102) que para el proceso sumarísimo ha sido fijado en diez días.

El artículo 555 del CPC regula el desarrollo de la audiencia única al interior del proceso sumarísimo, acto al que ha preferido denominar audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, sin que por ello la denominación de única sea incorrecta, pues se la utiliza en parangón con la pluralidad de audiencias existentes para las vías abreviada y de conocimiento.

El claro derrotero marcado por el artículo, no es sino el desarrollo de todas las fases existentes en las otras vías procesales pero subsumidas en una sola, de tal modo que el saneamiento procesal y el saneamiento probatorio con la consecuente actuación de pruebas se dan en una sola audiencia, hecho que es factible debido a la común ausencia de complejidad de las materias ventiladas en la vía sumarísima, así como a la necesidad de urgente atención.

Es evidente que si la evaluación de la controversia no se termina en una audiencia, debe el juez fijar *otra* para su continuación, y en la *nueva* audiencia (aunque en realidad se trata de la misma, solo que se desarrolla en una nueva sesión) se procede del mismo modo, y si bien no es preciso que intervenga el mismo juez que ha estado presente en la primera, es recomendable que sea el mismo (CHIOVENDA, 1922: pp. 102-104), ello basado en el principio de inmediación. Al respecto basta añadir que, por las características que envuelven al proceso sumarísimo, esta decisión de continuar la audiencia en fecha distinta debe utilizarse siempre de modo excepcional.

2. LA RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS Y EL SANEAMIENTO PROCESAL

El juez debe procurar en la medida de lo posible emitir un fallo final sobre el fondo de la causa, es decir, emitir un juicio de fundabilidad al sentenciar. A efectos de evitarse esfuerzos vanos a lo largo del proceso cuenta con varios mecanismos

para establecer una relación jurídico-procesal válida, de tal modo que apunte, como decimos, a la emisión de una sentencia que finalmente se pronuncie sobre el fondo de la *litis* y resuelva definitivamente la controversia entre los justiciables. Y si bien no hay impedimento para que al emitir la sentencia pueda inhibirse o decretar que la relación procesal no era la correcta, ello deberá hacerse siempre de manera excepcional.

Ahora bien, se sabe que la relación procesal no es sino el vínculo que une o el espacio donde confluyen los posibles sujetos de la relación jurídico sustantiva. No se habla propiamente de la exacta identidad entre los sujetos de la relación sustantiva con los sujetos de la relación procesal, sino de una probable correlación entre los integrantes de una y otra, porque, a fin de cuentas, se asegura hoy en día, dicha determinación recién se hará con la sentencia final.

Ya se ha señalado que los mecanismos para verificar si es que estamos o no ante una adecuada relación jurídico-procesal apuntan a cotejar si se cumple con los *presupuestos procesales* y las *condiciones de la acción*. Los presupuestos procesales son aquellos elementos mínimos exigibles a efectos de que pueda existir por parte de la judicatura un pronunciamiento válido sobre el fondo de la *litis*, y regularmente se entiende que son tres: *la competencia del juzgador, la capacidad de las partes y los requisitos de la demanda* (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 317 y ss.)

Sobre la *competencia* ya dijimos que se trata de la parte de la jurisdicción aplicable a un caso concreto por parte de un órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella. En lo concerniente a la *capacidad procesal de las partes* también se ha anotado que se trata de la aptitud para ejecutar actos procesales válidos por parte de los elementos activos de la relación jurídica procesal, la cual es decidida y delimitada por la propia norma procesal en atención a la existencia y necesidad de una determinada vía procedimental. Finalmente, en cuanto a los *requisitos de la demanda* ellos fluyen en esencia del artículo 424 del Código, sin embargo, hay que agregar las exigencias meramente formales previstas en el artículo 130 que también le son aplicables.

Por su parte, las *condiciones de la acción* son dos: *la legitimidad para obrar y el interés para obrar.* La *legitimidad para obrar* se la entiende como la probable adecuación lógico-jurídica de los sujetos de la relación sustantiva a la relación procesal, y será activa si se corresponde con el demandante y será pasiva si se corresponde con el demandado (TICONA POSTIGO, 1998: p. 279). Por último, el *interés para obrar* es conceptualizado como el actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra un sujeto, y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra opción eficaz, la intervención del respectivo órgano jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de intereses, en el cual es parte (TICONA POSTIGO, 1998: p. 287).

Ya anotamos que CALAMANDREI, de todas las denominaciones dadas a la tutela judicial, prefiere la de garantía jurisdiccional, porque la palabra garantía lleva ínsita la idea de un remedio, de una defensa, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un inicio, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía (CALAMANDREI, 1973: p. 135). Así, el Estado garantiza la observancia del derecho, en cuanto es normal y deseable que el derecho sea voluntariamente observado por aquellos a los cuales se dirige como reglas de su conducta, y solo cuando falte esta voluntaria observancia, empieza el momento jurisdiccional del derecho, esto es, la puesta en práctica, por parte del Estado, de los medios de garantía dispuestos a hacerlo observar.

Ahora bien, como se conoce, la interposición de las excepciones procesales pretenden justamente atacar el hecho de considerar que la relación jurídico procesal está bien establecida, cuestionando sea un presupuesto procesal sea una condición de la acción.

Justamente por ello es que en la audiencia única el juez debe primero resolver las excepciones antes de pasar a sanear el proceso, entendiéndose por tal acción al hecho de emitir una resolución donde se determine que la relación jurídico-procesal está bien constituida. Por consiguiente, si las excepciones deducidas son resueltas como infundadas, el proceso sigue con la declaración del proceso saneado, pero si las decide fundadas se procederá tal y como manda el artículo 450 que nos habla del modo de resolución de las excepciones y de su impugnación. Allí se expresa que las excepciones se resuelven en un solo auto, y 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 la apelación, el superior la revoca, devolverá lo actuado para que el inferior recién se pronuncie sobre las restantes.

Para terminar diremos que el saneamiento procesal, o sea, en una palabra la refinación de la relación jurídico procesal como correcta, se fundamenta justamente en el principio de saneamiento, el cual consiste en que el juez debe depurar la tramitación de todo aquello que pueda entorpecer su pronunciamiento sobre el mérito de la causa, es decir sobre el fondo de la controversia (FONT, 2003: p. 26). Este principio se ve reflejado en los filtros de admisibilidad y procedibilidad a los que aludimos anteriormente, y que autorizan al juzgador a efectuar rechazos liminares.

3. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 555, EL SANEAMIENTO PROCESAL Y LA FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Al igual que para el artículo 554 y por los mismos fundamentos allí vertidos, el artículo 555, que nos habla del desarrollo de la audiencia única, se modificó

por disposición de la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070. El cambio consistió en suprimir todo lo referente a la conciliación intraprocesal a cargo del juez, de modo tal que antes se decía que declarado saneado el proceso, correspondía al juez propiciar la conciliación proponiendo su fórmula, y en caso de producirse esta, era de aplicación lo dispuesto por el artículo 470; en caso contrario se pasaba a fijar los puntos controvertidos con ayuda de las partes.

Como se puede ver, el artículo quedó redactado de tal modo que declarado saneado el proceso, inmediatamente el juez procede a determinar los puntos controvertidos con la intervención de las partes.

Esta determinación de los puntos controvertidos no es sino el equivalente a los objetivos del proceso. Es decir, llevando el plano metodológico investigativo a sede procesal, la determinación de los objetivos se convierte en el ¿para qué? del trámite, o sea, en su finalidad última, lo que hay que averiguar. Por tanto, al establecerse bien los objetivos a alcanzar, para este caso los puntos controvertidos, queda en claro que todo el trámite debe girar en torno a ellos, desechando todo aquello que se aparte de esa dirección y que pueda distraer el alcanzarlos.

Por ello mismo es que en el artículo se precisa que una vez fijados los puntos controvertidos, el juzgador tendrá que determinar los que van a ser materia de prueba, y esto se dice porque algunos puntos controvertidos pueden referirse a temas exclusivamente de derecho, antes que a temas fácticos.

Por último y para culminar con el saneamiento procesal se tiene que evaluar el tema de las defensas previas que, como ya se ha hecho notar, son una suerte de excepciones pero de naturaleza sustantiva cuyo efecto es la evitación del trámite procesal en tanto no se cumplan. Evidentemente las defensas previas discuten de manera directa al interés para obrar como una de las condiciones de la acción, pues el demandante no se encuentra en un actual y concreto estado de necesidad de tutela jurisdiccional, pues aún cuenta con la vía previa establecida en sede material como opción eficaz, por lo que no es necesaria aún la intervención del órgano jurisdiccional para la resolución del conflicto de intereses en el que es parte.

4. EL SANEAMIENTO PROBATORIO, LAS CUESTIONES PROBATORIAS Y LA ACTUACIÓN DE PRUEBAS

Como acabamos de decir, al fijarse los puntos controvertidos se establecen los objetivos a los cuales se debe dirigir toda la tramitación. Por tanto, es labor de los integrantes del proceso, y preferentemente del juzgador, vigilar que toda actuación se encamine hacia tales objetivos, evitando todo tipo de desvío o distracción.

Por ello mismo es que el artículo en estudio, en este rubro empieza diciendo que, luego de fijados los puntos controvertidos que van a ser materia de prueba,

el juez rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

A esta actuación se denomina saneamiento probatorio, es decir al acto a través del cual se depura y acrisola el proceso de los medios de prueba que son inadecuados o impertinentes para resolver la *litis*, a efectos de actuar únicamente las pruebas idóneas para acreditar los hechos en controversia, siendo que por ello el artículo bajo examen manda que se actúen las pruebas referidas a la cuestión de fondo.

A esta fase también la sustenta el acotado principio de saneamiento que, como vimos, proclama que el director del proceso debe filtrar la tramitación de todo aquello que pueda entorpecer su pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o sea sobre el fondo de la controversia (FONT, 2003: p. 26).

Luego de haber saneado las pruebas, estas son actuadas.

Al respecto, comentaremos que alguna vez nos hemos chocado con actuaciones dispares al interior del mismo poder judicial sobre un mismo punto, ambas en causas tramitadas en vía sumarísima. La cuestión a resolver es si es posible actuar una declaración (sea testimonial o de parte) si es que el pliego interrogatorio no está firmado.

Por la actuación del medio aboga el hecho de que el requerimiento de firma de la parte y de su abogado en el pliego interrogatorio se constituyen más en una costumbre procesal que en un mandato legal y que, en el peor de los casos, se trataría de un yerro susceptible de subsanación, incluso en la misma audiencia, por lo que la declaración debería tomarse de todas maneras. Como contraparte, como sustento para negar la actuación de la declaración por no estar firmada ni por la parte ni por el abogado se utilizan los artículos 131 y 132 del CPC que refieren la exigencia de firma por parte del justiciable así como la autorización por parte del abogado, respectivamente, para todo escrito.

Nosotros somos de la idea de que la declaración es totalmente posible de actuación en caso de no estar firmado el pliego interrogatorio ni autorizado por abogado, pues los mandatos de los artículos 131 y 132 del CPC se refieren más bien a los escritos de las partes, y no a los anexos que se encuentran regulados en el inciso 6 del artículo 130 y cuya única exigencia es su identificación con la numeración correspondiente. Así, propiamente al pliego interrogatorio es un anexo del escrito de demanda, por lo que bastará con que la demanda esté firmada y autorizada para que se entienda que el pliego interrogatorio ha sido elaborado por la parte a efectos de su actuación; pues, además, no se debe olvidar que se estila lacrar dicho sobre y no se abre sino hasta el día del audiencia. En fin, también

tenemos que esta situación no encaja propiamente en algún supuesto de cuestión probatoria. El magistrado que opina de modo distinto se olvida que el rechazo de la declaración por un mero prurito formal (si es que lo fuere) violenta los principios de dirección e impulso del proceso, así como el de finalidad última, al igual que el principio de trascendencia.

En efecto, el artículo II T.P. del CPC establece que la dirección del proceso está a cargo del juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en el Código, de modo que él debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Igualmente el artículo III T.P. precisa que el juez debe atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Por su parte, el principio de trascendencia utilizado en las nulidades enseña que no puede existir nulidad alguna por el mero interés de la ley, pues no hay nulidad sin perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea mediante la sanción de nulidad. La trascendencia indica que la nulidad solamente puede sancionarse cuando hay un fin que trascienda la nulidad misma, o sea, cuando exista un perjuicio y el interés jurídico en su declaración. Si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías del debido proceso, la nulidad debe desestimarse. En fin, como uno de los requisitos para la aplicación de este principio tenemos a la complementación del principio de instrumentalidad de las formas con el de la finalidad de los actos procesales.

5. LOS ALEGATOS FINALES Y LA EMISIÓN DE LA SENTENCIA

El artículo bajo examen manda que una vez actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten, es la oportunidad de los alegatos. Este alegato final no es sino el informe oral que reproduce el abogado como intento último de persuadir al juzgador de que su postura procesal es la correcta, en una palabra, de que tiene la razón, pues no hay que olvidar que el juez inmediatamente procederá a sentenciar.

Este informe, por lo general es muy breve porque las causas en sede sumarísima no son de mucha complejidad, pero además porque la premura en la resolución del caso así lo exige. Por tanto, estos informes no podrán ser escritos, incluso así la sentencia se prorrogue en su emisión, y esto lo decimos porque según el artículo 212 los abogados pueden presentar alegato escrito únicamente en los procesos de conocimiento y abreviado.

Respecto de los alegatos, se sabe que su gran utilidad –tanto si son escritos como orales– radica en que a través de ellos los litigantes proporcionan al juez una

recapitulación metódica de los hechos en que fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere, y las razones que se aducen para demostrar el derecho (ALSINA, 1958: p. 708). Esta alegación, entonces, como acto procesal de las partes, se encamina a afirmar o negar la existencia de un determinado hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 559).

Al respecto es menester precisar que por mandato del artículo 559 del Código no es procedente en la vía sumarísima el alegato referido a hechos. Si se recuerda que un alegato de derecho consiste en la aseveración de que una norma jurídica es la aplicable o inaplicable al hecho invocado, se comprenderá que este tipo de alegato no es sino un complemento de las alegaciones de hecho (relevadas por las pruebas en la vía sumarísima), cuya omisión o erróneo manejo por las partes se suple o rectifica con el principio *iura novit curia* (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 559).

Por tanto, el alegato en este tipo de procesos no será determinante, pues es la prueba actuada la que definirá si se ampara o no la demanda, pues, el alegato no constituye una pieza fundamental ni esencial del procedimiento, por lo que su no presentación ningún perjuicio ni sanción proviene al litigante (ALSINA, 1958: p. 708). Además, los alegatos no integran la controversia a resolver por el juez, pues en dicho periodo procesal las partes ya no están autorizadas a introducir nuevos elementos al proceso, puesto que el tema de debate judicial se formalizó con la demanda y la contestación (SADA CONTRERAS, 2000: p. 116).

Acabados los informes de los abogados el magistrado cumplirá con expedir la sentencia que, como acto estelar final, pondrá fin a la controversia.

Sin entrar a discutir a fondo las grandes controversias que giran en torno a la sentencia, diremos brevemente que ella constituye en esencia un acto de inteligencia del juez que se traduce en un juicio lógico cuya materia es la declaración de la norma jurídica aplicable al caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que la ley concede a un determinado interés (ROCCO, 2005: p. 57), con la cual se finaliza el conflicto (al menos formalmente), siempre dentro de la instancia evaluadora.

Por último, en el artículo en examen se prescribe que de manera excepcional el juzgador podrá reservar la emisión de la sentencia por un plazo que no podrá exceder de los diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho*

Procesal Civil según el nuevo Código, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2001): "Notas sobre la conciliación 'educativa'". En: *Legal Express*, N° 5. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; BARREDA, Tito (2002): "Hacia una cultura de paz - Informe Especial". En: *Diario oficial El Peruano*, 1 de abril; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CASTILLO RAFAEL, Carlos (2002): "Defensa de la conciliación". En: *Diario oficial El Peruano*, 8 de agosto; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; LA ROSA CALLE, Javier (2001): "Los medios alternativos de resolución de conflictos y su relación con la administración de justicia - Algunas reflexiones a propósito de la implementación de la conciliación extrajudicial". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 29; LARENA BELDARRAIN, Javier (2007): "La prueba de testigos". En: *El proceso civil. Parte general. El juicio verbal y el juicio ordinario.* Madrid: Dykinson; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2000): *El procedimiento conciliatorio: Un enfoque teórico - normativo.* Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2001): "El control de legalidad sobre la conciliación como elemento constitutivo para el título de ejecución". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 39, Lima: Gaceta Jurídica; MACEDO TORO, Marlene (2003): "Conciliación extrajudicial - En debate modificaciones de legislación vigente". En: *Diario oficial El Peruano*, 13 de marzo; ORMACHEA CHOQUE, Iván (2001): "La nueva ley de conciliación: algunos datos sobre los resultados de su aplicación". En: *Legal Express*, N° 5, Lima: Gaceta Jurídica; ORMACHEA CHOQUE, Iván (2002): "Conciliación extrajudicial: Razones para retornar al sistema facultativo". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 36; PEÑA GONZÁLES, Óscar (1999): *Manual de conciliación extrajudicial y comentarios a la Ley de Conciliación.* Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2002): Entrevista de Paúl Herrera Guerra, *decano del CAL conforme con conciliación facultativa.* Lima, 15 de octubre; VIGO CARRILLO, Carlos Renzo (2002): "Uso de la conciliación extrajudicial en el Perú". En: *Diario oficial El Peruano,* 28 de junio; VON BÜLLOW, Oskar (1868): *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Traducido por M. Rosas. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Artículo 556 | Apelación

La resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son solo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 368 incs. 1 y 2, 369, 371, 372, 551 párr. 3, 558.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Toda resolución debe ser susceptible de impugnación o revisión, pues la regla general en materia procesal es la doble instancia, a tal punto que se trata de un principio del Derecho Procesal actual, contemplado para nosotros en el inciso 6 del artículo 139 de nuestra Carta Magna. Este cuestionamiento de una resolución judicial se hace a través de los medios impugnatorios.

Un medio impugnatorio es el instrumento que la ley concede a las partes o terceros con interés legítimo para poder solicitar que el propio juez o su superior jerárquicamente realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de lograr una anulación o revocación total o parcial. Se trata de un instituto utilizable únicamente por los elementos activos de la relación procesal que tiene interés directo en el resultado del proceso o del acto procesal que se impugna, es decir, la parte o el tercero legitimado (MONROY GÁLVEZ, 1995: p. 302).

El objetivo de los medios impugnatorios es alternativo: declarar la nulidad del acto procesal o proceso que se impugna o intentar la revocación de uno de estos; siendo que la voz revocación, en este sentido significa pérdida de eficacia del acto o del proceso; todo ello conforme al artículo 355 del CPC.

Los medios impugnatorios se clasifican en remedios y recursos (el art. 356 del CPC recoge esta clasificación). Los recursos son utilizados exclusivamente para atacar a los actos procesales contenidos en resoluciones; por los remedios, en cambio, se pide se reexamine todo un proceso a través de uno nuevo o, por lo menos, el pedido de reexamen está referido a un acto procesal. El rasgo distintivo está dado porque el remedio está destinado para atacar toda suerte de actos procesales, excepto aquellos que estén contenidos en resoluciones. Con lo dicho, la apelación se convierte en el recurso por excelencia.

La apelación o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por una resolución –preferentemente la sentencia– de un juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior (COUTURE, 1958: p. 351). Ella se fundamenta en que es menester en la administración de justicia obtener la decisión más perfecta posible, lo que no hace irretractable el primer proceso sino que ordinariamente se admiten juicios reiterados y de diversos jueces en el mismo pleito (CHIOVENDA, 1922: p. 230).

En efecto, la segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable, o en todo caso constituye un predominio de la razón sobre la autoridad, por ello la técnica legislativa procesal debe asegurar que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor dispendio posible de energías (a ello tiende la solución de reducir los límites de la apelación a la revisión necesaria de los materiales acumulados en la primera instancia) (COUTURE, 1958: p. 172).

Como sustento de la doble instancia tenemos que el tribunal de apelación ofrece una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procura la uniformidad de criterio (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 335), y ello debido al número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de estos, pero también por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquellas no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos, con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la resolución de primera instancia (ALSINA, 1956: p. 132).

2. LOS EFECTOS DE LAS APELACIONES

Una apelación, según el artículo 368 de nuestro Código, puede concederse con efecto suspensivo o sin él, lo cual debe precisarse al momento de la concesión del recurso.

El *efecto suspensivo* implica que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. Es decir, lo resuelto por el *a quo* queda paralizado hasta que finalmente resuelva el recurso el superior jerárquico.

Este efecto no se utiliza regularmente pues importa una suerte de paralización de la resolución de la controversia en tanto no se materialice la administración de justicia a través del pronunciamiento del superior, lo cual puede perjudicar a los justiciables. Por ello mismo es que en el artículo 371 se señala que procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, además de los supuestos expresamente previstos en el Código.

Y justamente porque esta paralización puede perjudicar al justiciable es que nuestro legislador en el mismo artículo 368 ha ordenado que sin perjuicio de la suspensión, el juez que expidió la resolución impugnada puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte, y asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.

Por su parte, la concesión de la apelación *sin efecto suspensivo* refiere que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de esta. Es decir, bajo este supuesto el proceso sigue como si no hubiere habido apelación y solo cuando el superior resuelva de modo contrario, se retrotraerá las cosas al estado correspondiente.

Por lo dicho es que en el artículo 372 se precisa que 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, siendo que cuando el Código no haga referencia al efecto con el que se concede la apelación, se debe entender que se la ha concedido sin efecto suspensivo.

3. LAS CALIDADES DE LA APELACIÓN SIN EFECTO SUSPENSIVO

Las calidades de la apelación divididas en diferida o no diferida obran solamente para el caso en que la apelación se haya concedido sin efecto suspensivo.

Cuando hablamos de la *calidad de diferida* de una apelación nos referimos a que el juez ordena al momento de conceder la apelación que se reserve su trámite a fin de que sea resuelta por el superior juntamente con la sentencia u otra resolución que el juez señale; se trata de una especie de reserva del recurso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 872). En cambio *no será diferida* cuando el superior, inmediatamente llegado a su poder el recurso lo resuelve, sin esperar la emisión de la sentencia o de otra resolución.

Evidentemente en el caso de la calidad diferida el justiciable queda a la espera de la emisión de la sentencia (o la resolución respectiva), y por ello es que el artículo 369 precisa que la falta de apelación de la sentencia (o de la resolución señalada por el juez) determina la ineficacia de la apelación diferida. En una palabra, para que la apelación concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida opere es indispensable apelar también la sentencia (o la resolución correspondiente).

En la Casación N° 4708-2007-Lima se resolvió que:

> "(...) se desprende que en el desarrollo del proceso se concedieron dos apelaciones sin efecto suspensivo y con calidad de diferidas; en tal virtud, de

> acuerdo al numeral trescientos sesentinueve [sic] del Código Procesal Civil, debieron ser resueltas conjuntamente con la sentencia apelada por el Superior Jerárquico, lo cual no ha ocurrido".

La concesión con la calidad de diferida no es sino una excepción al efecto inmediato que normalmente produce la interposición del recurso, provocando que su revisión sea postergada siempre y cuando se apele de la sentencia o resolución definitiva. El fundamento radica en la conveniencia de evitar frecuentes interrupciones en desmedro de la celeridad procesal en primera instancia cuando se halla sometido exclusivamente a un régimen de apelaciones inmediatas (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 872).

La concesión de una apelación con la calidad de diferida puede ser perjudicial y riesgosa para el justiciable, pues además de estar concedida sin efecto suspensivo postergando la resolución de la controversia (piénsese en el caso de que el perdedor tuviese finalmente la razón), debe quedar a la expectativa de que su recurso recién sea conocido por el superior cuando se eleve conjuntamente a la sentencia apelada. Pero, además, porque como se ha establecido que la falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez determina la ineficacia de la apelación diferida, esto se convierte en un arma de doble filo. Imaginemos que un sujeto tiene a lo largo del proceso un par de apelaciones de dos autos, concedidas sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida y la sentencia sale a su favor. Evidentemente no va a apelar, pero la contraparte sí. Y qué sucederá si por ejemplo el superior revoca la sentencia, y el auto original apelado era sustancial para la causa. Pues simplemente, al no haber apelado la sentencia (que le era favorable) ha perdido eficacia su apelación del auto (que le era desfavorable y crucial para el proceso).

Y aunque en el artículo 372 se haya dispuesto que cuando el Código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida; el riesgo, ad empero, se acentúa desde que en la parte final del primer parágrafo del artículo 369 se establece que la decisión motivada por el juez concediendo la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida es inimpugnable. Sirva, entonces, para esta parte todo lo vertido al cuestionar la calidad de inimpugnable de la resolución prevista en el artículo 549.

Al respecto y para terminar, la profesora Marianella LEDESMA nos da a conocer la Casación N° 2028-2001-Huaura donde aparentemente –y de modo discutible– estaría la respuesta a este dilema (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 872). En efecto, allí la Corte Suprema estableció que, como no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue, el artículo 369 del CPC no diferencia quién debe interponer la apelación de la resolución o sentencia señalada por el juez que permitirá resolver, a su

vez, las apelaciones diferidas. En consecuencia –se dice– al haber sido apelada la sentencia de primera instancia por uno de los codemandados, debieron resolverse las apelaciones concedidas en calidad de diferidas, por más que fueran interpuestas por persona diferente, por tanto, no puede exigirse que sea el recurrente quien apele la sentencia para que se resuelvan sus apelaciones pendientes, pues en el presente caso la sentencia de primera instancia le fue favorable.

4. LAS RESOLUCIONES APELABLES CON EFECTO SUSPENSIVO EN LA VÍA SUMARÍSIMA

El artículo 556 señala expresamente que la resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro del tercer día de notificadas.

Estimamos que, como se trata de concesiones con efecto suspensivo, sería de aplicación para estos tres casos la regulación genérica del artículo 383 que señala que 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. Veamos ahora una a una estas resoluciones.

4.1. La resolución que declara improcedente la demanda

La última parte del artículo 551 establece que si declara improcedente la demanda, el juez ordenará la devolución de los anexos presentados. Esto se debe relacionar con la última parte del artículo 427 que en su tenor determina que si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión, la cual, evidentemente puede ser apelada previa comunicación al demandado del recurso interpuesto, siendo que la resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

Como se puede ver en el artículo 556 se establece que la resolución citada en el último párrafo del artículo 551, o sea la que declara improcedente la demanda, es apelable con efecto suspensivo, dentro del tercer día de notificada.

Es evidente que esta apelación se la conceda con efecto suspensivo, pues mientras está rechazada la demanda por improcedente, propiamente no se ha trabado la *litis* y por tanto no se puede seguir avanzando en el proceso, toda vez que nadie sale perjudicado con ello.

4.2. La resolución que declara fundada una excepción o una defensa previa

Como se evidencia del artículo 555, al inicio de la audiencia, luego de que el juez ordena la absolución de las excepciones por parte del demandante y actuados

los medios de prueba correspondientes, las resuelve en el mismo acto, de modo que si las encuentra infundadas procederá a declarar saneado el proceso.

Empero, si las encuentra fundadas se procede tal y como manda el artículo 450 que nos habla del modo de resolución de las excepciones y de su impugnación. Allí se expresa que las excepciones se resuelven en un solo auto, y si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o convenio arbitral, y si 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.

La parte final del artículo 450 decreta que el auto que declara fundada una excepción –agregaremos a la defensa previa– es apelable con efecto suspensivo, lo cual coincide exactamente con la regulación prevista en el artículo 556 para el caso del proceso sumarísimo, donde además se añade que dicho medio impugnatorio debe presentarse dentro del tercer día de notificada la resolución.

Lo usual es que tanto la excepción como la defensa previa sean declaradas fundadas en la misma audiencia, teniéndoselas por notificadas a las partes en ese mismo acto, por lo que el plazo empezaría a correr propiamente desde el día siguiente de la audiencia en la que se emitió el auto que las declaró fundadas.

Y si bien el artículo 556 señala el efecto con el que se concede la apelación para el caso de una excepción y una defensa previa declaradas fundadas, no comprende en su supuesto al caso en que las declarase infundadas. Estimamos, entonces que para este supuesto, o sea si se declara infundada una excepción o una defensa previa, la apelación se concederá sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida siempre que se la interponga en la misma audiencia, tal y como manda la segunda parte del artículo 556.

En fin, es también claro que la concesión sea con efecto suspensivo para el caso en que se declara fundada una excepción o una defensa previa, pues, como se ha venido diciendo, tanto la excepción como la defensa previa cuestionan la regularidad de la relación jurídico-procesal. Ergo, si el juez las declara fundadas estima que la relación jurídico-procesal no está bien constituida por lo que no puede seguir adelante con la solución de la controversia. Por ello no hay impedimento en suspender el proceso al conceder la apelación, y se tendrá que esperar a que el superior determine lo que corresponda.

4.3. La sentencia

Sabido es que la sentencia es la resolución judicial por excelencia pues es la que pone fin definitivo a la controversia y además porque debe, en la medida de lo posible, pronunciarse sobre el fondo del conflicto.

Como la sentencia pone fin a la instancia es sencillo entender que su apelación sea concedida con efecto suspensivo, pues a fin de cuentas, el juez que la emitió declina su competencia para su ulterior conocimiento, correspondiéndole ahora al superior jerárquico.

Es de anotar que si la sentencia se emite en la misma audiencia, el plazo para impugnar corre desde el día siguiente, pero si se la emite posteriormente, el plazo indiscutiblemente se postergará.

5. LAS RESOLUCIONES APELABLES SIN EFECTO SUSPENSIVO EN LA VÍA SUMARÍSIMA

El artículo 556 es diáfano en establecer que, salvo las tres resoluciones ya anotadas (la que declara improcedente la demanda, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia) todas las demás solamente son apelables durante la audiencia, y su concesión se da sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.

Este último artículo, que justamente define lo que se entiende por la concesión sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida, establece que la falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el juez determina la ineficacia de la apelación diferida, todo ello con las consecuentes discusiones vertidas para estos supuestos líneas arriba.

Además, entendemos que por estar mandado expresamente en la ley, la decisión de conceder la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida también será inimpugnable, ello a efectos de guardar coherencia con la parte final del artículo 369.

Es de hacer notar que la mayoría de las resoluciones emitidas al interior del proceso sumarísimo serán en la audiencia. Sin embargo, no hay óbice para que pueda haber alguna otra entre la admisión de la demanda y la emisión de la sentencia.

En todo caso, siempre que se trate de una apelación sin efecto suspensivo, sería de aplicación lo previsto en el artículo 380 que señala que 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.

Más bien no sería de aplicación el artículo 383 que señala que resuelta la apelación sin efecto suspensivo, el secretario del superior notifica la resolución a las partes dentro de tercer día de expedida, y 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, siendo que 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. Ello por cuanto, al concederse con la calidad de diferida, no tendría sentido aplicativo el comunicar al juez y esperar a que se ponga fin al proceso.

Por último, no está demás dejar bien en claro que no hay posibilidad en el proceso sumarísimo de una concesión de apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, cuyo supuesto genérico se regula en el artículo 377 del Código.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1995): *Comentarios al Código Procesal Civil.* Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

Artículo 557 | Regulación supletoria

La audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en este Código para la audiencia de prueba. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 202 a 212, 468 a 472.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Brevemente recordaremos los actos realizados en presencia de otros pueden ser o actos públicos o reuniones. La reunión significa la presencia de varias personas para un obrar conjunto. Si la reunión tiende a la formación de un acto concursal debe llamarse *asamblea*; en caso diverso puede llamarse *convención* o *comparecencia*; y cuando la convención o comparecencia judicial es presidida por el juez toma el nombre de *audiencia* (CARNELUTTI, 1950: p. 476).

El artículo 556 regula de modo bastante preciso la manera en cómo se tiene que desenvolver la audiencia única del proceso sumarísimo. Sin embargo, el legislador, con algo de cautela, sabiendo que no puede comprender en su texto todos los supuestos a presentarse en la realidad, ha establecido que, en caso de vacío o deficiencia, supletoriamente nos regiremos por el tratamiento previsto para la audiencia de pruebas.

Como ya se ha hecho notar anteriormente, este artículo también importa un supuesto de reenvío (NINO, 1991: p. 279 y ss.) con resultado de integración normativa, que opera para llenar los vacíos o lagunas de la ley procesal a través del instituto de la integración, cuya meta final es la creación de una nueva ley aplicable al caso concreto, cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón (LEDESMA, 2008: p. 873).

Por tanto, para comprender a cabalidad lo establecido en el artículo bajo análisis, se hace necesario dar una revisión a la regulación prevista para el desarrollo de la audiencia de prueba, ubicable entre los artículos 202 y 212 del Código.

Sin embargo, antes de proceder a tal revisión, precisaremos que con la dación del Decreto Legislativo N° 1070 que modificó el sistema conciliatorio,

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

de la regulación original que precisaba que la audiencia única se regulaba supletoriamente por lo dispuesto en este Código para las audiencias conciliatoria y de prueba, se procedió a suprimir la voz conciliatoria, quedando la supletoriedad en este artículo solamente para lo previsto en la audiencia de prueba.

2. LA REGULACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBA EXTENSIBLE A LA AUDIENCIA ÚNICA

Para empezar, el artículo 202 del CPC prescribe que la audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad, y antes de iniciarla, toma, a cada uno de los convocados, juramento o promesa de decir la verdad. Como vemos esto es de plena aplicación para el caso de la audiencia única del proceso sumarísimo.

El artículo 203 señala que la fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado, debiendo concurrir a ella las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, de ser el caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Es factible que se asista con abogados. Se agrega que salvo disposición legal distinta, si se prueba un hecho grave o justificado que impida la presencia de una parte, el juez podrá autorizar a actuar mediante representante. Por último se añade que si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella, y si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso. Toda esta regulación también es de plena aplicación a la audiencia prevista para la vía sumarísima.

En el artículo 204 se indica lo referente al acta de la audiencia. Allí se señala que corresponde al secretario redactarla, debiendo contener el lugar y la fecha de la audiencia, con los datos del expediente, los datos de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes, y un resumen de lo actuado. Al redactar el acta, los intervinientes pueden sugerir al juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia. Por último, el acta será suscrita por el juez, el secretario y todos los intervinientes, y si alguien se negara a firmarla, se dejará constancia de ello, siendo que el original se conservará en el archivo del juzgado, debiendo previamente el secretario incorporar al expediente una copia autorizada por el juez. Todo este tratamiento también es de aplicación exacta a la audiencia prevista para el proceso sumarísimo.

Ahora, por las características de la vía sumarísima preliminarmente no es muy asequible que se materialice en este carril los supuestos de actuación fuera del local del juzgado. No obstante, al analizar con algo más de detalle esta regulación, podemos ver que es factible que alguno de tales supuestos se presente, y al no haber prohibición expresa, podría, excepcionalmente llevarse a cabo una

actuación fuera del local del juzgado. Por ejemplo, el artículo 205 que regula estas situaciones prescribe que si por enfermedad, ancianidad u otro motivo atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y abogados. Y lo mismo puede acontecer para las más altas autoridades políticas de cada uno de los poderes estatales donde la audiencia puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

La regulación contenida en el artículo 206 también es de plena aplicación a la audiencia del proceso sumarísimo. Allí se prescribe que la audiencia es única y pública, sin embargo, si por el tiempo u otra razón procediera su suspensión, esta será declarada por el juez, quien, salvo imposibilidad, fijará inmediatamente la fecha de su continuación; y si la naturaleza de lo controvertido así lo exigiera, se podrá ordenar su realización en privado.

Al igual que en el caso anterior, la previsión del artículo 207 también es aplicable al supuesto del proceso sumarísimo. Allí se precisa que no participará en la audiencia quien al momento de su realización se encontrase manifiestamente incapacitado, para lo cual el juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en el acta de su decisión.

El artículo 208 solamente es aplicable a la audiencia única para el supuesto de la actuación probatoria propiamente, es decir cuando ya ha operado el saneamiento probatorio. Como se conoce, este artículo establece que el orden de la actuación de pruebas es el siguiente: peritos (quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos), testigos (con arreglo al pliego interrogatorio presentado y a quienes el juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración), reconocimiento y exhibición de documentos, declaración de parte (empezando por la del demandado).

El artículo en mención también nos habla de que la inspección judicial dentro de la competencia territorial del juez se realizará al inicio, junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el juez lo estima pertinente. Y cuando las circunstancias lo justifiquen, el juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial. El caso de la inspección judicial no suele ser de utilización en el proceso sumarísimo por tratarse de una prueba que retrasa la tramitación, por ello excepcionalmente se la emplea en los casos puntuales en que la propia ley así lo mande (por ejemplo, el art. 606 del CPC) o cuando el juez lo estime de oficio.

El artículo termina diciendo que cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante, y se

añade que si por cualquier causa no pudiera actuarse una de las pruebas admitidas, el juez podrá disponer la actuación de las disponibles, pero siempre la declaración de las partes será al final, lo cual es de total extensión a la audiencia única del proceso sumarísimo.

La confrontación prevista en el artículo 209 entre testigos, entre peritos y entre estos, aquellos y las partes y entre estas mismas, también es de utilización en la audiencia única si es que fuere necesario para lograr la finalidad de las pruebas.

Los informes orales, a solicitud de los abogados que así lo pidan, previstos en el artículo 210 están expresamente establecidos en el artículo 555 que regula el desarrollo de la audiencia única en la vía sumarísima, los cuales se hacen justamente antes de la emisión de la sentencia.

En el artículo 211 se establece que antes de dar por concluida la audiencia, el juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará. Ello no es del todo aplicable a la audiencia única de la vía sumarísima ya que el artículo 555 exige que la sentencia se emita en la misma audiencia, a menos que estemos ante el supuesto excepcional en el que el juez decida reservar la emisión del fallo.

Para terminar, el artículo 212 señala que dentro de un plazo común que no excederá de 5 días de concluida la audiencia, los abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado. Ergo, el alegato escrito no es viable de utilización en la vía sumarísima, por mandato expreso del artículo 212, pero además, porque el informe oral desplegado al final de la audiencia lo suple.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. Barcelona: Ariel.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código*

Procesal Civil, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se vulnera el principio de inmediación procesal, porque el juez que expidió resolución de primera instancia no fue el juez que actúo el casete en la audiencia de pruebas, defecto que fue advertido en el recurso de apelación, sin que la Sala superior lo haya analizado al expedir la sentencia de vista ***(Cas. N°3592-02-Lima)***.

Si bien la audiencia de pruebas es inaplazable, el juez se encuentra facultado a autorizar a una parte a actuar mediante representante, en caso de que un hecho grave o justificado impida su presencia, debiendo para ello solicitarse antes de la audiencia o en todo caso en el mismo acto ***(Exp. N° 3917-97-Lima)***.

Artículo 558 | Trámite de la apelación con efecto suspensivo

El trámite de la apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 376, 556.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Partiremos de recordar que la apelación es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por una resolución –preferentemente la sentencia– de un juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior (COUTURE, 1958: p. 351), y se fundamenta en que a través de la administración de justicia se pretende obtener la decisión más perfecta posible, lo que no hace irretractable el primer fallo (CHIOVENDA, 1922: p. 230).

La segunda instancia constituye una garantía para el justiciable, o en todo caso, un predominio de la razón sobre la autoridad (COUTURE 1958: p. 172). Se sustenta en que el tribunal de apelación ofrece una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procura la uniformidad de criterio (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 335), y ello debido al número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de estos, pero también por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos que no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos en primera instancia (ALSINA, 1956: p. 132).

Una apelación, según el artículo 368 de nuestro Código, puede concederse con efecto suspensivo o sin él, lo cual debe precisarse al momento de la concesión del recurso. El *efecto suspensivo* implica que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. Es decir, lo resuelto por el *a quo* queda paralizado hasta que finalmente resuelva el recurso el superior jerárquico.

El artículo 558 en estudio, como una nueva norma jurídica de reenvío con efecto integrativo nos remite al artículo 376 que regula el plazo y el trámite de la apelación de autos concedida con efecto suspensivo (NINO, 1991: p. 279 y ss.; LEDESMA, 2008: p. 873). Sin embargo, hace la precisión de que la remisión es solamente para efectos de la tramitación y no tanto para los plazos, pues ellos ya fueron definidos en el artículo 556.

Ciertamente, si recordamos, el artículo 556 señala que la resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son solo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.

Como ya se precisó, las únicas resoluciones apelables con efecto suspensivo aluden a la que declara improcedente la demanda, a la que declara fundada una excepción o defensa previa y a la sentencia. De esas dos solamente tienen la calidad de auto las dos primeras. Por consiguiente, el artículo bajo análisis debe leerse que el auto que declara improcedente la demanda y el que declara fundada una excepción o defensa previa son apelables dentro del tercer día de notificados y se sujetan al trámite previsto en el artículo 376.

2. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 376

Este artículo es algo extenso, así que procederemos a estudiarlo por partes, evaluando su pertinencia para el caso del proceso sumarísimo.

Inicia la disposición señalando que 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.

Como se puede evidenciar, esto no se cumple a cabalidad para la vía sumarísima, pues tanto el auto que declara improcedente una demanda como el que declara fundada una excepción o defensa previa cuentan con el plazo de tres días para su presentación desde su notificación. Por tanto, si se quisiera extender el artículo 376 a la vía sumarísima se podría decir que el inciso 2 es más acorde con el supuesto de la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa, pues tal resolución se la dictará en la audiencia misma. En cambio el auto que declara improcedente la demanda es más acorde al inciso 1.

En conclusión, respecto de esta parte podríamos decir que el auto que declara improcedente la demanda debe apelarse dentro de los tres días de su notificación, mientras que el que declara fundada una excepción o defensa previa se debe apelar en la misma audiencia pero su fundamentación se la puede hacer hasta dentro de tres días de concluida ella.

El artículo 376 luego prescribe que 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. Todo ello es de plena aplicación al proceso sumarísimo, en el caso de la resolución que declara improcedente la demanda porque la *litis* no está trabada y no hay inconveniente en remitir todo el expediente. Y en el caso de la que declara fundada una excepción o defensa previa porque el juzgador ha decretado que la relación jurídico procesal no está bien instaurada por lo que no es viable continuar con la causa, ergo, como no va a emitir sentencia alguna, no hay problema mayor en remitir el expediente al superior.

Continúa el artículo 376 describiendo el trámite a seguir y señala a continuación que 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. En esto no hay óbice para que esta regulación sea idéntica para el caso de la vía sumarísima, por tanto ese trámite es el mismo que se seguirá en el caso del proceso sumarísimo.

Luego, el mismo artículo 376 indica que es inadmisible la alegación de hechos nuevos, lo cual es entendible no solo para el proceso sumarísimo, pero con mayor incidencia en él, porque se desnaturalizaría su finalidad. Si recordamos, para esta fase los puntos controvertidos ya han sido fijados, incluso con la intervención de las partes. Y en esos puntos controvertidos se ha precisado los aspectos fácticos en disputa. Ergo, no es dable añadir hechos a los ya dados a conocer, además, porque ello violentaría contra el derecho de defensa del justiciable preparado para un tema, cuando se le agrega otro para el cual no estaba debidamente capacitado.

Pero si ello es así, como se explica que originalmente el artículo 559 del CPC proscribía expresamente los medios de prueba sobre hechos nuevos en el carril sumarísimo, y luego de la modificatoria, introducida en diciembre de 2014, ya se los permita.

La explicación está en que, en primer lugar, el artículo 559 se refiere a la permisión de *medios probatorios sobre hechos nuevos*, mientras que el 558 alude solamente a la prohibición de *hechos nuevos*. Pero, además y sobre todo, el artículo en estudio, o sea el 558 se refiere exclusivamente a la prohibición de la alegación de hechos nuevos pero en cuanto a la apelación del auto que declara improcedente la demanda o el que declara fundada una excepción o defensa previa, mientras que el artículo 559 se refiere a toda la tramitación sumarísima en general.

Consiguientemente, en todo el proceso sumarísimo estarán permitidos los medios probatorios sobre hechos nuevos, pero en la apelación de un auto que declara improcedente la demanda o que declara fundada una excepción o defensa previa estará prohibida la alegación de hechos nuevos.

Termina el artículo 376 indicando que la resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa, lo cual también es de extensión aplicativa para el caso de los procesos sumarísimos, sin mayor dificultad que las que fluyen de la vida real, sobre todo las referidas a la excesiva carga procesal de los juzgados y las salas.

3. LA CONCLUSIÓN DE LA TRAMITACIÓN

El artículo 558 nos remite solamente al 376 y no dice que es aplicable la devolución del expediente prevista en el artículo 383. Posiblemente ello obedece a que el artículo 558 habla exclusivamente de la tramitación del recurso concedido con efecto suspensivo.

Sin embargo podemos recurrir al artículo 383 para dejar en claro cómo termina finalmente la incidencia de una apelación concedida con efecto suspensivo, que si bien, por la sistemática que estamos analizando, se aplicaría a los autos que declaran improcedente una demanda o fundada una excepción o defensa previa, no hay obstáculo para su utilización para el caso también de la sentencia.

Con lo dicho tenemos, entonces que el artículo 383 prescribe que, 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.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho*, trad. por Jorge Guerrero R., 4ª ed. Bogotá: Temis; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; DEVIS ECHANDÍA,

Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León, TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El segundo párrafo del artículo 376 del Código Procesal Civil señala que la apelación se interpone en la misma audiencia, si el auto fue expedido en ella. Esto no debe significar que la parte que no asistió a dicha diligencia no pueda apelar con posterioridad y dentro del término correspondiente, pues es evidente que dicha norma procesal tiene el propósito de aligerar el proceso, y en modo alguno privar a la parte que no concurrió de la posibilidad de solicitar la revisión de la decisión judicial ***(Cas. N° 1201-2004-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)***.

Artículo 559 | **Improcedencias**

En este proceso no son procedentes:

1. La reconvención.

2. Los informes sobre los hechos. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 374, 428, 429, 440, 445, 548.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 559 originalmente contenía hasta seis supuestos de temas proscritos al interior del proceso sumarísimo, pero a fines del año 2014, más exactamente el 28 de diciembre, a través de la Ley N° 30293, se suprimieron todos los demás dejando estas prohibiciones solamente en dos.

En efecto, el artículo originalmente declaraba como improcedentes la reconvención, los informes sobre hechos, el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia, el ofrecimiento de medios de prueba extemporáneos, el ofrecimiento de medios de prueba sobre hechos nuevos y la modificación y ampliación de la demanda.

Es evidente que revisaremos con detalle los supuestos vigentes, pero aunque esté modificado el artículo, daremos una breve mirada a su regulación original, a fin de aproximarnos al porqué de la supresión de los otros temas.

2. EL FUNDAMENTO DE LAS LIMITANTES EN EL PROCESO SUMARÍSIMO

Por la misma naturaleza del proceso sumarísimo y por las características que le rodean era necesario colocar algunas particularidades limitantes, susceptibles de aplicación solamente en un proceso de mayor amplitud.

Como se ha referido, el proceso sumarísimo cumple con las partes mínimas de un trámite acorde a un esquema contradictorio actual. Por tanto, es indispensable

(*) 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.

suprimirle algunas etapas o actuaciones que podrían bien desnaturalizar su esencia, la cual, como se vio, no es otra que atender rápidamente la petición del justiciable, sea porque la actividad procesal no es muy compleja o, sobre todo, porque versa también sobre pretensiones de atención urgente.

En una palabra, la simplificación de las formas del debate y los plazos concisos del proceso, según la naturaleza del conflicto, contribuyen a la economía procesal, de manera que las pretensiones con una cuantía modesta deben ser objeto de trámites simples, mientras que las garantías deben ser incrementadas en la medida que aumenta la importancia económica de la controversia (LEDESMA, 2008b: p. 877).

En tal dirección, como ya se anticipó, el artículo bajo estudio originalmente prohibía la reconvención, los informes sobre hechos y el ofrecimiento de medios de prueba en segunda instancia, y luego nos remitía a tres artículos más del Código: el artículo 428 que refiere la modificación y ampliación de la demanda, el artículo 429 que alude a los medios de prueba extemporáneos, y el 440 que contiene lo concerniente al ofrecimiento de medios probatorios referidos a hechos nuevos. De todos estos supuestos solamente quedan los referidos a la prohibición de la reconvención y a los informes sobre hechos.

3. LA PROHIBICIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Un demandado puede guardar una postura netamente pasiva o inactiva, o, por el contrario, intervenir activamente de diversas maneras (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 211). Activamente, en un proceso judicial, el derecho de acción del demandado se puede llevar a cabo de dos modos. Uno de ellos es defendiéndose de la pretensión del demandante a través de la contestación de la demanda y con la utilización de alguna defensa permitida, como, por ejemplo, las excepciones. Pero la otra forma, además de defenderse de la demanda, consiste en interponer por su parte una nueva pretensión contra el demandado, de tal manera que respecto de esta nueva pretensión él hace las veces de demandante, y el demandante original hace las veces de demandado.

Justamente, a la demanda que efectúa el demandado contra el demandante es a lo que se conoce como *reconvención*, que como su nombre lo indica es una demanda desarrollada contra quien *conviene* a otro en juicio (CHIOVENDA, 1922: p. 690), la cual se sustenta en razones de economía procesal y equilibrio de poderes que deben reinar entre las partes procesales (LEDESMA, 2008b: p. 443), pero también para evitar la multiplicidad de procesos y facilitar, con ello, la administración de justicia (ALSINA, 1958: p. 200).

Al respecto hay que señalar que es preferible que entre la nueva demanda y la original exista conexión –porque en caso contrario se podría obstaculizar el

progreso de la demanda primigenia (ALSINA, 1958: p. 207)–, pero ello no siempre es así, toda vez que puede existir una *litis* reconvencional sin interdependencia (CARNELUTTI, 1950: p. 243). En este punto, es necesario precisar que se utilizan indistintamente términos como contrademanda, contrapretensión y reconvención, pero se las intenta diferenciar según el tipo de conexión que haya o no entre las pretensiones. Así, la *reconvención* sería el género, en cambio, en la *contrademanda*, la razón o causa de pedir es invertida por el demandado, quien considera que, respecto de la misma situación de conflicto, es el demandante el que tiene una obligación incumplida para con él; por ejemplo, cuando una persona demanda el perfeccionamiento de un contrato, habrá contrademanda si el demandado pretende su resolución. Por último, en la *contrapretensión* la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso se caracteriza porque guarda conexidad con la pretensión original del demandante (MONROY GÁLVEZ citado en LEDESMA, 2008b: p. 444).

Para nuestro ordenamiento procesal es esencial que entre la nueva demanda y la original haya conexión, y no solo eso, sino que será menester que aquella no vulnere la competencia del juez ni la vía procedimental. Ciertamente, el artículo 445 de nuestro CPC entiende que la reconvención solamente será admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. Pero además establece que será procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda, en caso contrario, será declarada improcedente. Por consiguiente, lo regulado en nuestro Código adjetivo como reconvención sería más propiamente una contrapretensión.

Y aunque nuestro Código no lo diga expresamente en este artículo, como un requisito adicional tenemos que el derecho a reconvenir de la parte demandada solo se puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda, lo que no quiere decir sino que la reconvención ha de conducirse contra el que demandó, sin la posibilidad de inclusión de tercero alguno (LEDESMA, 2008b: p. 442), y ello por cuanto, la reconvención solo puede deducirse cuando se invoquen intereses propios, ya sean originarios o adquiridos y únicamente con relación al actor (ALSINA, 1958: p. 210).

Entonces, nuestro Código se pliega a la línea que exige que entre las pretensiones de la reconvención y la demanda debe existir alguna conexión o afinidad, aunque no es necesario que se originen en el mismo título que les sirve de *causa petendi,* bastando con que las pretensiones del demandado se relacionen con los hechos que sustentan la relación jurídica llevada al debate por el demandante, por ejemplo, cuando se demanda la entrega de un bien y se reconviene el pago de los gastos de conservación. Evidentemente, con mayor razón será procedente la reconvención cuando ambas pretensiones provengan de un mismo título, como es el caso

de reconvenir al comprador que demanda la entrega del bien para el pago de su precio o para la resolución del contrato (DEVIS ECHANDÍA, 1966: pp. 202 y 496). Igual sería el hipotético del contratante que pide al demandado la resolución de un contrato bilateral por culpa de él y este se opone porque el contrato debe ser resuelto por culpa del primero (CARNELUTTI, 1950: p. 242).

La reconvención, como es evidente, se distingue de la excepción, pues mientras esta se limita a atacar las pretensiones del demandante, sin sacar el litigio del terreno que este le asigna en la demanda; aquella consiste en el planteamiento de un nuevo litigio y de una nueva controversia, llevando el proceso a un terreno distinto. Entonces, el demandado puede aprovechar el proceso iniciado por el demandante, para formular a su vez demanda contra este, con el fin de que se tramite simultáneamente con la suya y se decida por la misma sentencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 496).

Ergo, al ser una nueva demanda, la reconvención se la propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, y en la forma y con los requisitos previstos para ella, en lo que corresponda, tal y como manda el artículo 445 del Código instrumental.

Ahora bien, es más que entendible que, por la agilidad del proceso sumarísimo y por la cortedad de sus fases, y por ende, de su tramitación, el permitir la posibilidad de una reconvención perjudicaría el desarrollo de esta vía especial, cuya finalidad es dar pronta solución a las causas ventiladas en su interior, sea por su urgente atención, sea por su poca dificultad procesal.

En el caso de la urgente tramitación, permitir una reconvención dificultaría la tutela judicial pronta, haciendo que el justiciable que la reclamase se vea notoriamente afectado por su dilación, lo cual exigiría, al menos en la fase postulatoria, la duplicidad de tiempo para su correcta atención. Y en el caso de la débil dificultad procesal, justamente porque la causa no es de tanta complejidad, es que se torna en inviable el uso de la reconvención, la cual solamente podría usarse temerariamente para postergar la solución de un caso que no merece la pena tanta atención.

Desde luego, si revisamos someramente los procesos seguidos en la vía sumarísima, plasmados en el artículo 546 –dejando de lado los incisos 6, 7 y 8 que son supuestos de amplitud abierta– tenemos que, por ejemplo, para el caso de alimentos no sería posible una reconvención porque la discusión conectada a la *litis* se puede ventilar en otro proceso cuando cambien las circunstancias que definan la emisión de la sentencia (extrañamente hace algún tiempo, en un proceso de alimentos, el demandado ofreció como medio de prueba la práctica del ADN, y el juez entendió que ello se constituía en un supuesto de reconvención y por tanto, la rechazó de plano a base del inc. 1 del art. 559).

Anotaremos que como el CNA rigió desde el año 2000 se podría decir que habría derogado tácitamente la regulación del CPC, al instituir el proceso único para el tema de alimentos en lugar del proceso sumarísimo. Sin embargo, la regulación del CNA es exclusiva para cuando el beneficiado con los alimentos es o un niño o un adolescente, todos los demás supuestos son regulados por el proceso sumarísimo. Además, si se revisa bien ambas regulaciones son complementarias. Aun así precisaremos que por mandato del artículo 171 del CNA la reconvención sigue estando prohibida en el proceso único.

Por eso se ha dicho alguna vez que en alimentos solamente opera el supuesto de la cosa juzgada formal y no la cosa juzgada material. En efecto, en doctrina –y también en jurisprudencia– se considera la clasificación de la cosa juzgada en formal y en material (CHIOVENDA, 1922: p. 417 y ss.; ARCE VILLAR, 1997: p. 228). La cosa juzgada formal se presentaría cuando, pese a que no caben ya contra ella medios impugnatorios en el mismo proceso en que se dictó, su eficacia es meramente transitoria porque la misma cuestión jurídica debatida puede ser nuevamente sometida a otro proceso. En cambio, la cosa juzgada material o sustancial, por el contrario, sería la autoridad que asume la sentencia judicial cuando reúne no solo el carácter de inimpugnable en el mismo proceso, sino que, además, a ello se agrega el carácter inmutable o inmodificable. Es la cosa juzgada propiamente dicha.

Sobre este punto tenemos que la clasificación de la cosa juzgada en formal y material, se considera que ya no responde a una concepción moderna del proceso (SIMONS PINO, 2002; DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 551 y ss.; CIEZA MORA, 2001: p. 29; GARCÍA, 1997: pp. 189-190). Para Adrián SIMONS la cosa juzgada debe ser medida y apreciada en función al grado de inmutabilidad de las sentencias (SIMONS, 2002), es decir, cómo es que llega a formarse la cosa juzgada. Él propone una clasificación en sentencias definitivas (admiten solo un medio extraordinario de impugnación, como lo es la nulidad de cosa juzgada fraudulenta) y Sentencias Últimas (las que adquieren la autoridad de cosa juzgada, lo que quiere decir que, a diferencia de las anteriores, adquieren inmutabilidad colocándolas al margen de cualquier discusión posterior).

Por su parte, en el proceso de separación convencional y divorcio ulterior propiamente no sería posible una reconvención, desde la perspectiva de los cónyuges porque ambos están de acuerdo con la separación y porque propiamente no se ventila causal alguna como si fuese un divorcio-sanción, y desde la perspectiva del fiscal –que haría las veces de defensor del vínculo– su labor justamente se limitaría a defender al himeneo pero no sería posible que pueda reconvenir pretensión alguna contra los contrayentes. Desde luego, según el artículo 574 del CPC en este proceso el Ministerio Público actúa como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad.

En el supuesto de la interdicción, como el demandado es aquel sujeto al que se está intentado incapacitar, no hay mecanismo de que este sujeto reconvenga a sus demandantes, pues lo único que se tiene que probar es si adolece o no de incapacidad.

En el desalojo, como ya antelamos, su objeto principal es despojar del bien a quien lo tiene poseyendo, por parte de quien cuenta con un real o mejor derecho de poseer. Evidentemente probada la obligación del demandado de restituir el bien, no habrá mecanismo de oposición para el desalojo, por lo que no podría recurrirse a la reconvención. Y más bien, si el poseedor actual ofreciese como medio de prueba un título que lo amparase como propietario, la causa ya no podría continuarse en la vía sumarísima, sino que se necesitaría de un carril más amplio, esto por cuanto el desalojo no produce el efecto de clausurar el debate respecto de la propiedad, ni siquiera entre las mismas partes, por virtud de la cognición limitada del proceso y por tratarse de una acción posesoria (GONZALES BARRÓN, 2013: p. 53).

Similar a lo anterior, para el supuesto del interdicto como lo único que se tiene que probar es si se tuvo o no la posesión y si hubo o despojo o perturbación, es inviable aquí una reconvención.

Extrañamente en la Casación N° 1952-2008-Cusco se asevera que:

> "(...) es menester precisar en principio que el presente proceso se encuentra en ejecución de sentencia al haberse declarado fundada en primera instancia la *demanda reconvencional sobre interdicto de recobrar e indemnización por daños y perjuicios* incoada por el demandado, don Rufino Nihua Ramírez y otra contra la asociación demandante, siendo confirmada por resolución de vista".

Y aunque se suele intentar probar que el demandado tiene un mejor derecho a poseer que el demandante, ello no está en discusión en un proceso interdictal, siendo necesario recurrir a una vía procesal amplia y plena.

4. LA PROHIBICIÓN DE LOS INFORMES SOBRE HECHOS

Se entiende de modo general que el informe al que se refiere el artículo en examen es el alegato oral vertido al finalizar la audiencia única, justamente antes de la emisión de la sentencia. Este informe oral o alegato es el último intento formal de persuadir al juzgador de que se tiene la razón.

Respecto de los alegatos, se sabe que su gran utilidad –tanto si son escritos como orales– radica en que a través de ellos los litigantes proporcionan al juez una recapitulación metódica de los hechos en que fundan sus pretensiones, la prueba

que a cada uno de ellos se refiere, y las razones que se aducen para demostrar el derecho (ALSINA, 1958: p. 708). Esta alegación, entonces, como acto procesal de las partes, se encamina a afirmar o negar la existencia de un determinado hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho (LEDESMA, 2008b: p. 559).

Lo dicho da pie para dividir los informes según si la defensa es fáctica o jurídica pura. Así tenemos que en los alegatos de hecho el justiciable afirma la existencia o inexistencia de un determinado hecho, encaminada a fundamentar una petición procesal para lograr una decisión judicial favorable; mientras que los alegatos de derecho consisten en la aseveración de que una norma jurídica es la aplicable o inaplicable al hecho invocado (LEDESMA, 2008b: p. 559).

Respecto de la prohibición de alegar sobre hechos en sede sumarísima se ha dicho que esta limitante resulta coherente con lo regulado en el artículo 212 del Código donde se establece que los alegatos escritos se reservan para los procesos de conocimiento y abreviados, no extendiéndose a los sumarísimos, pues por su diseño procesal, las decisiones finales se emiten de manera casi inmediata, en la misma audiencia (LEDESMA, 2008b: p. 559). Pero si bien esta aseveración reafirma la utilización de alegatos orales en sede sumarísima, no sustenta tanto la prohibición de hacer alegatos sobre hechos.

Parece ser que esta prohibición obedece más bien a que las materias previstas para la vía sumarísima en el plan original del codificador versaban sobre temas reales cuya existencia tenía que estar debidamente probada, por lo que algún informe al respecto estaba demás. Así ocurría con los casos de alimentos, interdicción, desalojo e interdictos. Y para el caso de la separación convencional y divorcio ulterior, no se podría ingresar a evaluar los hechos pues, como ya se sabe, este tipo de separación es a-causal, es decir, no necesita de dar a conocer motivación o explicación alguna de la separación.

Ya anotamos para el caso de los alimentos que como el CNA rigió desde el año 2000 se podría decir que habría derogado tácitamente la regulación del CPC, al instituir el proceso único para el tema de alimentos en lugar del proceso sumarísimo. Sin embargo, la regulación del CNA es exclusiva para cuando el beneficiado con los alimentos es o un niño o un adolescente, todos los demás supuestos son regulados por el proceso sumarísimo. Además, si se revisa bien ambas regulaciones son complementarias. Al respecto, entonces, precisamos que el artículo 173 que regula el tema de los alegatos orales en la audiencia del proceso único no prohíbe expresamente que estos puedan referirse a hechos.

Por tanto, llevada a cabo la actuación de pruebas, no era sostenible un informe al respecto, pues ellas *hablaban* por sí solas acerca de si la demanda debía o no ser

amparada. Por ello en esta vía el informe final suele versar más bien sobre temas de puro derecho, y si se intenta conectarlo con algún aspecto factual, a lo mucho lo que se hace es ratificar o enfatizar acerca de la contundencia de las pruebas ya actuadas.

Y si se recuerda que un alegato de derecho consiste en la aseveración de que una norma jurídica es la aplicable o inaplicable al hecho invocado, se comprenderá que este tipo de alegato no es sino un complemento de las alegaciones de hecho (relevadas por las pruebas en la vía sumarísima), cuya omisión o erróneo manejo por las partes se suple o rectifica con el principio *iura novit curia* (LEDESMA, 2008b: p. 559). Por lo tanto, partiendo de lo dicho, queda en claro que el alegato en este tipo de procesos no será determinante, pues es la prueba actuada la que definirá si se ampara o no la demanda. O más claro aún, el alegato no constituye una pieza fundamental ni esencial del procedimiento, por lo que su no presentación ningún perjuicio ni sanción proviene al litigante, salvo los que se deriven de su natural merma en la defensa (ALSINA, 1958: p. 708).

Además, los alegatos no forman parte de la *litis* desde que no integran la controversia a resolver por el juez, pues en dicho periodo procesal las partes ya no están autorizadas a introducir nuevos elementos al proceso, puesto que el tema de debate judicial se formalizó con la demanda y la contestación, quedando vedado a los litigantes introducir nuevos elementos al juicio (SADA CONTRERAS, 2000: p. 116).

En fin, pese a lo anotado, al revisar las otras causas susceptibles de cognición en el proceso sumarísimo, además de las apuntadas, queda la duda de si el mantenimiento de esta prohibición es o no adecuado, peor aún, cuando en la vida práctica una distinción tajante entre lo referido a los hechos y lo referido al derecho, no se vislumbra del todo claro.

5. EL SUSTENTO DE LA SUPRESIÓN DE LAS DEMÁS PROHIBICIONES

Para terminar, revisaremos someramente las cuatro prohibiciones suprimidas del artículo en examen, acotando que, por un tema de mostración, hemos alterado el orden plasmado originalmente en el texto legal, a fin de facilitar también su comprensión.

El primer supuesto refería la prohibición de ofrecer medios de prueba en segunda instancia, lo cual era entendible en el plan original del codificador, pues desde la admisión de la demanda hasta el conocimiento por parte del superior de la apelación, era poco probable la aparición de algún medio de prueba adicional, por estar ante un lapso temporal relativamente corto. Y no se los permitía porque si en tan poco tiempo *aparecía* un medio de prueba, eso era entendido como

actuar temerario, pues el justiciable debió ponerlo en consideración en la etapa respectiva, como es la postulatoria, siendo poco creíble que en tan poco tiempo haya *surgido una nueva prueba.*

Si bien ese pudo haber sido el pensamiento del codificador, ello ocurría solamente *en el papel*, pues en la realidad los procesos sumarísimos se extendían durante meses enteros, y en algunos casos, sobrepasaban el año, hablando siempre en primera instancia. Hoy en día se ve que en ese transcurso de tiempo más o menos regular, hasta arribar a la cognición por parte del superior en caso de apelación, sí es posible afianzarse de nuevos medios de prueba. Por ejemplo, si se presentaba un informe pericial (como documento escrito), era posible contrastarlo con otro, pero evidentemente conseguir un informe pericial en cinco días –que es el plazo para contestar– era sumamente difícil; lo mismo ocurría a la inversa desde la contestación hasta la celebración de la audiencia cuya demora era de diez días, e igualmente desde iniciado el proceso hasta la emisión de la sentencia donde el lapso formal seguía siendo reducido. Pero como la realidad fue mostrando que estos tiempos se iban postergando, era totalmente factible conseguir los resultados de un nuevo medio probatorio, y como tampoco se podían ofrecer medios de prueba extemporáneos, solamente quedaba la opción de ofrecerlos en segunda instancia.

Conectado estrechamente a lo dicho un siguiente supuesto prohibía los medios de prueba extemporáneos, por las mismas razones que para el caso del ofrecimiento de medios de prueba en segunda instancia. Por consiguiente, todo el razonar crítico hecho en el acápite anterior vale también para este supuesto. No obstante, es indispensable recalcar que la admisión de medios de prueba extemporáneos, si bien ya está permitida en el proceso sumarísimo, ello siempre debe hacerse de modo excepcional a fin de no atentar contra el principio de preclusión procesal y dificultar el derecho de defensa de los justiciables.

Al respecto, en la Casación N° 1840-2004-Lima con claridad se enfatizó:

> "(...) el actor no ha producido prueba alguna del hecho de su posesión, pues no aparece más que documentos que no están destinados a acreditar su efectiva posesión sobre el inmueble que reclama; (...) se ha desnaturalizado el proceso de interdicto, porque en principio el interdicto de recobrar es una acción que se tramita en la vía del proceso sumarísimo y; como tal, en dicho proceso se prioriza, sin afectar las garantías mínimas del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, la celeridad e inmediación de los actos procesales, tendiente a la resolución inmediata del conflicto intersubjetivo de intereses, a través de una sentencia; (...) la regla general, aplicable a todos los procesos, prescribe conforme al artículo ciento ochentinueve (sic) del Código Procesal Civil, que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código (...) por ende, la naturaleza del proceso y la regla general sobre la oportunidad de los medios probatorios,

> es tajante en cuanto a su aplicación al proceso sumarísimo, no pudiendo permitirse el ingreso de nuevos medios probatorios extemporáneos que no acompañen a la demandada o a la contestación a esta, porque se afectaría la propia naturaleza del proceso sumarísimo; (...) la resolución (...) por la que se estaría declarando, según el recurrente, que se tendría presente los medios probatorios ofrecidos, no puede entenderse a esta, como una resolución admisoria de los medios probatorios, puesto que la misma no reúne los requisitos mínimos para ser considerada como tal; en principio, dicha resolución, atenta contra el principio de preclusión de la prueba, que no permite la admisión extemporánea de medios probatorios, y que '(...) informa a la dinámica procesal para darle orden y permitir el avance hacía el acto de conclusión del proceso (...) delimita el aspecto temporal de la actividad de aportación a fin de lograr la mejor administración del material probatorio y permitir la oportunidad contradicción de los medios probatorios ofrecidos' (...) la técnica judicial de declarar 'tener presente lo expuesto en cuanto fuera de ley', es una manifiesta mala práctica judicial, que orienta indebidamente, a los jueces, a confundir una resolución motivada y racional que admite los medios probatorios extemporáneos, al amparo del cumplimiento de la finalidad del proceso, que es la búsqueda de la solución del conflicto intersubjetivo de intereses y de la paz social en justicia, flexibilizando el principio probatorio de la preclusión de la prueba, conforme ha dejado establecido la tendencia procesal moderna, con un simple proveído propio de un escrito sin mayor relevancia a la *litis*".

Un siguiente supuesto proscribía los medios de prueba sobre hechos nuevos. Al igual que en los caso anteriores el fundamento se explica desde que en tan corto tiempo, como era la duración del procesos sumarísimo, no era muy factible la aparición de nuevos hechos, amén de que tales hechos podrían ser evaluados en otro proceso judicial, tal y como se anotó para algunos casos líneas arriba, al comentar la prohibición de la reconvención. Por todo lo dicho, entonces, la supresión de este inciso también nos parece atendible.

Por último, existía un supuesto que prohibía la modificación y ampliación de la demanda, pues se entiende que en tal corto lapso temporal como el que dura el proceso sumarísimo, difícilmente podría variar la situación de fondo que soportaba la demanda.

A lo dicho se puede anotar, sin embargo que, como en puridad se aspira a hacer del proceso sumarísimo uno corto, ágil y con igualdad de oportunidades (teniendo el demandante gran ventaja al poder demorarse el tiempo suficiente para elaborar la demanda, a diferencia del demandado quien solamente cuenta con cinco días para contestar), esta supresión legal no deja de generar dudas sobre su idoneidad y pertinencia.

Empero, para entender la supresión es menester revisar brevemente lo plasmado en el artículo 428 donde se dice que el demandante puede modificar la

demanda pero hasta antes de que sea notificada, lo cual evidentemente no altera el derecho de defensa del demandado.

Además, el artículo 428 añade que es posible 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. Esto último es totalmente factible de ocurrir en algunas materias ventiladas en vía sumarísima como, *verbi gracia*, la prevista en el inciso 7 del artículo 546 referido a la causa cuya estimación patrimonial no sea mayor de 100 Unidades de Referencia Procesal (recuérdese que este monto originalmente era mucho menor), aplicable, por ejemplo a la obligación de dar suma de dinero; así como a otras tantas ubicables en el inciso 8 que alude a los demás casos que la ley señale.

Por ejemplo, para el caso del interdicto, causa que se ventila en la vía sumarísima, se ha dicho que la pretensión de retención y la de restitución pueden ser intentadas simultáneamente, y además, aquel que entable interdicto de retener puede convertirlo en interdicto de recobrar durante la sustanciación de la causa sin que pueda alegársele que tal cosa implica una nueva demanda (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 186).

6. EL CASO DE LOS ALIMENTOS Y EL PROCESO ÚNICO

Para culminar señalaremos brevemente la problemática generada para el caso de los alimentos con la implementación del proceso único regulado a partir del artículo 164 del CNA.

Como se ha venido diciendo el CNA entró a regir en el año 2000, mientras que el CPC databa de 1994. Y como aquel Código regulaba el tema de los alimentos y estatuía al *proceso único* –en sus artículos 160 literal e) y 161– como la vía procesal para su evaluación, bien se podría entender que se habría derogado tácitamente la regulación del CPC correspondiente a la tramitación de los alimentos en la vía sumarísima (como manda el artículo 103 de nuestra Constitución, así como el I del CC, una norma jurídica puede ser derogada tácitamente cuando la disposición posterior regula íntegramente la materia prevista por la anterior).

Nosotros no creemos estar ante una derogación tácita porque encontramos algunas particularidades en la regulación especial del proceso sumarísimo aplicable al caso de alimentos previsto entre los artículos 560 y 572 del CPC que no están señaladas en el CNA, por lo que más bien ambas tramitaciones parecen complementarse. Pero, además, no hay que perder de vista que este último Código regula propiamente los alimentos cuando el beneficiado con ellos es exclusivamente un niño o un adolescente, dejando de lado otras hipótesis.

Ahora bien, en la praxis las características del proceso único son, en esencia, las mismas que las del proceso sumarísimo –hablando siempre en torno al tema de alimentos–, sin embargo, existen algunas disimilitudes de importancia, además de la denominación. Según el proceso único es competente no solo el juez de paz letrado –como ocurre en la vía sumarísima (art. 547)–, sino también el juez de paz (art. 96). En el mismo sentido, en el proceso único se mantiene el tema conciliatorio al interior de la audiencia única (arts. 170, 171 y 173), lo cual se suprimió del proceso sumarísimo (arts. 554, 555 y 557). En fin, en el proceso sumarísimo las tachas, oposiciones, excepciones y defensas previas se acreditan con medios de prueba de actuación inmediata (arts. 552 y 553), lo que no parece exigirse en el proceso único (arts. 169 y 171). Y quizás la diferencia más importante es que, según el artículo 164 del CNA, no es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos dentro del proceso único.

Al concatenar las prohibiciones y permisiones para el proceso sumarísimo contempladas en el artículo 559 del CPC con las del proceso único nos encontramos únicamente con una diferencia –y ni siquiera tan clara–, como es la permisión de los alegatos orales sobre hechos. Y llegamos a ese resultado desde que el artículo 173 que regula el tema de los alegatos orales en la audiencia del proceso único no prohíbe manifiestamente que estos puedan referirse a hechos, como sí lo hace el CPC.

Simplificando y para no apartarnos del objetivo de este comentario, tenemos que en el proceso único previsto por el CNA no se admite la reconvención (art. 171), pero sí se permiten los informes sobre hechos (art. 173 *a contrario*), así como el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia (art. 179) (arribamos a esa conclusión desde que en el artículo 179 se precisa que excepcionalmente las partes podrán alegar hechos nuevos, ocurridos después de la etapa postulatoria, con lo cual se deja abierta la puerta para presentar nuevos medios de prueba encaminados justamente a acreditarlos), el ofrecimiento de medios de prueba extemporáneos (art. 167), el ofrecimiento de medios de prueba sobre hechos nuevos (art. 167) y la modificación y ampliación de la demanda (art. 166).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ARCE VILLAR, César (1997): "La cosa juzgada fraudulenta". En: *El fraude procesal. Fundamentos doctrinarios para un estudio del artículo 178 del C.P.C.*, de IDAJUS, Lima: Palestra; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; CIEZA MORA, Jairo Napoleón (2001): "La cosa juzgada y la cosa

decidida en el ordenamiento procesal y procedimental peruano. A propósito de un precedente judicial". En: *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 37. Lima: Gaceta Jurídica; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GARCÍA, Alicia (1997): "La revisión de la cosa juzgada". En: *El fraude procesal. Fundamentos doctrinarios para un estudio del artículo 178 del CPC*, de IDAJUS. Lima: Palestra; GONZALES BARRÓN, Günther (2013): "Acción reivindicatoria y desalojo por precario". En: *Actualidad Jurídica*, N° 232, Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*, vol. III, trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; SIMONS PINO, Adrián (2002): "Cosa juzgada y nulidad de cosa juzgada fraudulenta. A propósito del comentario de una ejecutoria sobre la cosa juzgada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Base de datos jurisprudencial 2001-2002, 6153 Resoluciones a texto completo*. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia procesal civil y comercial.* Buenos Aires: Estudio; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La reconvención 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 reconvención, conexa con la pretensión de resolución de contrato, pues la misma no se fundamenta en la relación jurídica producto del referido contrato ***(Exp. N° 1199-1999-Lima)***.

CAPÍTULO II
DISPOSICIONES ESPECIALES

SUBCAPÍTULO 1
ALIMENTOS

Artículo 560 | **Competencia especial**

Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de este. El juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 24; C.C. art. 472 y ss; C.P.C. arts. 14, 24 inc. 3, 547 párr. 2; C.N.A. art. 92; LEY 27155 1ra. y 2da. DF; LEY 28439 art. 1 y ss.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

A efectos de ingresar al análisis de cada uno de los artículos del CPC sobre los procesos judiciales en materia alimentaria, es necesario empezar precisando que respecto de la conocida como "obligación alimentaria" existen dos tesis para definir su naturaleza, las cuales han sido desarrolladas por la doctora Cecilia Gabriela GONZALES FUENTES, quien señala que existen dos tesis respecto de la naturaleza de la obligación alimentaria:

a) *Tesis patrimonial*; de acuerdo a la cual se señala que el derecho de alimentos tiene una naturaleza genuinamente patrimonial, puesto que la prestación se cumple con el aporte económico o de bienes sin necesidad de que el deudor se preocupe del cuidado de la persona que recibe los alimentos;

b) *Tesis extrapatrimonial*; mediante la cual se señala que aunque la obligación de prestar alimentos es personal y aunque se exprese finalmente en una prestación económico esto no perjudica su real naturaleza" (GONZALES, 2007: pp. 14-15).

Por su parte, Gustavo BOSSERT y Eduardo ZANONNI señalan que "el derecho a percibir alimentos –y la correlativa obligación de prestarlos– deriva de una relación

alimentaria legal de contenido patrimonial, pero cuyo fin es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de las necesidades personales para la consevación de la vida, para la subsistencia de quien los requiere. De ahí que, si bien el objeto del crédito alimentario es patrimonial –dinero o especie– la relación jurídica que determina ese crédito atiende a la preservación de la persona del alimentado y no es de índole económica (en la medida en que no satisface un interés de naturaleza patrimonial)"(BOSSERT, ZANNONI, 1989: pp. 33-34).

Nosotros compartimos el pensamiento que sigue la tesis extrapatrimonial del derecho alimentario, pues si bien es cierto que para su ejercicio se necesita materializarlo mediante diversos actos de naturaleza patrimonial –como lo son el pago de una suma de dinero o la entrega de determinados bienes– el surgimiento de este derecho es previo a la forma como se exterioriza, surgiendo este derecho alimentario por el solo hecho de tener la calidad de hijo o de padre al formar parte de una familia.

Realizada esta precisión sobre la naturaleza del deber de otorgar una pensión alimenticia, procederemos a analizar los diversos supuestos que el CPC nos presenta, empezando por el artículo que ahora nos llama, a efectos de analizar el juez competente desde el punto de vista territorial para el caso de los procesos judiciales en materia alimenticia.

2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL

El juez, por la calidad que ostenta, goza de jurisdicción, entendida esta como el poder y a la vez el deber de administrar justicia a nombre del Estado. Sin embargo, a pesar de gozar de esta facultad, no puede ejercerla en todo el territorio nacional, sino en donde la propia ley se lo permite. Bajo la premisa señalada, podemos afirmar que todo juez posee jurisdicción mas no todos son competentes para un determinado caso.

La ley es la encargada de señalar precisamente la competencia que puede o no ostentar un determinado juez, clasificando esta competencia en cuatro aspectos bien marcados:

a) *Competencia por cuantía;* por ejemplo en los casos de obligación de dar suma de dinero, en donde se solicita el pago de un determinado monto. Será este monto, el que determine la competencia del juez.

b) *Competencia por jerarquía;* podrá corresponder a los casos de juzgado de paz, juzgado de paz letrados, juzgado especializado, Sala Superior o Sala Suprema.

c) *Competencia por materia;* dependerá de lo que se solicite en la demanda para que se pueda determinar el juez competente.

d) *Competencia por territorio;* será el ámbito territorial lo que determine qué juez podrá pronunciarse ante determinada demanda.

Como observamos la competencia territorial es precisamente uno los aspectos que determinarán la competencia de un determinado juez para el pronunciamiento dentro de un proceso judicial determinado.

El artículo 14 del CPC, el cual señala las reglas generales de la competencia para todos los procesos judiciales que regula este cuerpo normativo, señala que cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.

Será la citada norma general la que deberá aplicarse para los procesos, salvo que exista alguna normativa especial que varíe lo señalado.

3. DEL DOMICILIO DE LAS PARTES

De conformidad con lo señalado con el artículo 33 del CC, el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un determinado lugar.

Juan ESPINOZA ESPINOZA, respecto de la finalidad del domicilio, precisa que "tiene por finalidad determinar la ubicación del sujeto en el espacio, para los efectos de ejercitar los derechos o de cumplir obligaciones que se le imputan"(ESPINOZA, 2004: p. 503).

La relevancia del domicilio en los procesos judiciales en materia alimentaria es importante, pues de él dependerá el juez que será competente para analizar determinados casos.

4. DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL ESPECIAL EN EL CASO DE ALIMENTOS

Como lo habíamos precisado anteriormente, el artículo 14 del CPC, establece las reglas generales de la competencia; sin embargo, permitía que estas reglas generales sea dejadas de ser observadas en el hipotético caso de que existe otra normativa que permita que se otro juez sea el competente.

Precisamente el artículo 560 del CPC, que venimos comentando señala una excepción especial a estas reglas generales de la competencia: ya no será el juez competente desde el punto de vista territorial, solamente el juez del lugar donde

se encuentra la persona natural a la que demanda para que cumpla con el pago de una pensión alimentaria, sino que señala, que también será posible interponer la demanda ante el juez del lugar donde reside el alimentista.

Por tanto, existiendo una normativa especial, es necesaria la aplicación de esta para este tipo de procesos judiciales y no perjudicarse los intereses de los demandantes, más aún si del propio texto del artículo materia de comentario, se señala que no procederá ningún cuestionamiento a la competencia territorial del juez ante el cual se interpuso la demanda para que se fije el monto de la pensión alimenticia en virtud del presente artículo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GONZALES FUENTES, Cecilia Gabriela (2007): *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.* Lima: Poder Judicial; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Astrea; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): *Derecho de las Personas.* Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PLÁCIDO V., Alex F. (2002): *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque del Derecho de Familia,* 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012): *La familia en el Código Civil peruano,* 3ª ed. Lima: Ediciones legales.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La obligación de pagar una pensión alimenticia entre los cónyuges implica el cumplimiento del deber de asistencia entre ellos, por lo que, ante la falta de pago voluntario, quien tenga derecho para solicitarlo puede pedir la determinación judicial de dicha pensión. Por otro lado, la ley no exige que el solicitante de los alimentos se encuentre en total imposibilidad de proveer a sus necesidades, en consecuencia, el que se cuente con medios de subsistencia no significa que no existe estado de necesidad para solicitar alimentos ***(Cas. Nº 3065-98-Junín).***

Las imputaciones injuriosas realizadas por el padre biológico, en el proceso de alimentos precedente a esta causa, en el que ha negado permanentemente su paternidad, sustentan el daño moral invocado, ameritándose se fije un monto de reparación civil ***(Exp. Nº 1648-1998-Lima).***

Si bien cuando se inició el proceso de alimentos, la menor no estaba reconocida por su progenitor; y, posteriormente durante el trámite del proceso, el demandado efectuó el acto del reconocimiento; resulta procedente continuar con el proceso de alimentos, invocando los principios de economía y celebridad procesal ***(Exp. Nº 2732-1997-Lima).***

Artículo 561 **Representación procesal**

Ejercen la representación procesal:

1. *El apoderado judicial del demandante capaz;*
2. *El padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad;*
3. *El tutor;*
4. *El curador;*
5. *Los defensores de menores a que se refiere el Código de los Niños y Adolescentes;*
6. *El Ministerio Público en su caso;*
7. *Los directores de los establecimientos de menores; y,*
8. *Los demás que señale la ley.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 58, 62, 63, 66, 68, 113; C.N.A. arts. 42 a 47.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Los alimentistas, entendidos estos como los sujetos de derechos que ejerciendo su derecho, exigen el otorgamiento de una pensión alimentista para poder cubrir sus necesidades ante la carencia de recursos económicos que les impide valerse por sus propios medios, debido a su situación especial, no pueden hacer valer sus derechos por sí mismos, sino que necesitan del apoyo de terceras personas que puedan actuar en nombre de ellos, para lograr la tan ansiada fijación de la pensión alimenticia.

Precisamente el artículo que será materia de comentario, analizaremos esta representación necesaria para satisfacción de los intereses de los alimentistas.

2. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

Respecto a la representación dentro del proceso judicial, DEVIS ECHANDÍA señala que "si bien la capacidad para ser parte corresponde a toda persona natural o jurídica, esto no impide que existan personas que no puedan concurrir por sí mismas a un proceso, necesitando hacerlo por intermedio de otras, representantes o apoderados. En los procesos civiles, los incapaces comparecen al proceso como demandantes o como demandados, por medio de sus representantes legales

y las personas jurídicas lo hacen por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según se su naturaleza" (DEVIS, 1985: pp. 431-432).

Sin perjuicio de lo señalado, conforme lo resalta Elvito RODRÍGUEZ, "las personas que tiene capacidad de ejercicio y que pueden estar en el proceso, pueden intervenir directamente o por intermedio de apoderado" (RODRÍGUEZ, 2005: p. 38).

Conforme se observa, la representación procesal puede ser empleada a favor de los incapaces e inclusive a favor de las personas capaces pero que por diversos motivos no desean intervenir en el proceso en forma personal.

3. EL APODERADO JUDICIAL DEL DEMANDANTE CAPAZ

Los alimentistas pueden ser clasificados teniendo en cuenta su capacidad de goce y ejercicio en dos clases:

a) *Alimentistas capaces;* piénsese en el caso de los mayores de edad, que de conformidad con lo establecido en el artículo 424 del CC, tienen todo el derecho de exigir el pago de una pensión alimenticia a su favor.

b) *Alimentistas incapaces;* aquí encontramos por ejemplo el caso de los menores de edad que por su estado natural, requieren de una pensión alimenticia para poder cubrir sus necesidades.

Precisamente para el caso de que el alimentista sea capaz, podría otorgar un poder –sea esta poder notarial o por acta ante el mismo juzgado– a efectos de que sea representando durante el proceso judicial que determinará el monto de la pensión alimenticia a su favor.

La única condición para poder considerado como apoderado judicial del alimentista capaz, es tal como los señala el artículo 70 del CPC, ostentar la capacidad de para comparecer en un proceso judicial.

4. LOS PADRES COMO REPRESENTANTES DE SUS MENORES HIJOS

La patria potestad es aquel deber poder que surge como consecuencia de la filiación legal que une a un presunto padre como aquel recién nacido y genera una series de derechos y deberes del presente padre frente a este.

Respecto de esta mención de "derechos-deberes", los doctores Gustavo BOSSERT y Eduardo ZANNONI, señalan que en la patria potestad, "no estamos en el campo de los meros derechos subjetivos, organizados sobre la base del interés

individual del titular del derecho, sino ante derechos-deberes, que se confieren –en el caso, a los titulares de la patria potestad– no solo atendiendo a sus intereses, sino principalmente, considerando el interés de otro sujeto (en el caso, el menor bajo patria potestad) por lo cual, los derechos que se confieren implican correlativos deberes. Así por ejemplo, si bien los padres tienen el derecho de educar y mantener a sus hijos, tiene a su vez esos mismos deberes (...)" (BOSSERT, ZANNONI, 1989: p. 420).

La amplia lista de facultades y derechos se encuentran reguladas en el artículo 423 del CC, entre los que se encuentran el proveer al sostenimiento y educación de los hijos, dirigir el proceso educativo de estos así como su capacitación para el trabajo, corregirlos moderadamente, aprovechar de los servicios que sus hijos les puedan ofrecer, tenerlos bajo su compañía, representarlos en cualquier actividad civil, administrar los bienes de sus hijos y usufructuarlos

Como se observa, como consecuencia de la patria potestad, los padres tiene el deber de atender sus necesidades y representarlos en el ejercicio de sus derechos; atendiendo a esta posibilidad es que el artículo que venimos comentando destaca la posibilidad de que los padres actúen como representantes legales de los alimentistas para lograr la tan ansiada pensión alimenticia que requiere para poder cubrir las necesidades de estos.

5. LOS DEFENSORES DE MENORES, EL MINISTERIO PÚBLICO, DIRECTORES DE ESTABLECIMIENTOS DE MENORES Y OTROS QUE LA LEY AUTORIZA

Debe tenerse en cuenta que la familia dejó de ser un ente privado para ser protegido por la sociedad y el Estado, tal como lo reconoce Hernán CORRAL TALCIANI al señalar que "es evidente que la privacidad de la familia, en su aspecto de soberanía moral, no puede absolutizarse, ni para vulnerar los derechos individuales de sus miembros ni para desconocer las legítima competencia de la sociedad. La familia no puede concebirse ni como un feudo en permanente hostilidad frente a la comunidad organizada (...) De esta formar no podrá invocarse el derecho a la privacidad familiar para amparar atentados contra la vida, la integridad física o psíquica y otros derechos fundamentales de las personas que componen a la familia" (CORRAL, 2005: p. 282).

Además que conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes señala que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.

Tanto lo señalado por la doctrina como por la normativa, refleja el interés que tiene el estado por salvaguardar los intereses de la familia y en especial de los alimentistas que la conforman, en los diferentes procesos judiciales en que siendo estos partes procesales, puedan encontrarse pendiente de resolverse.

Precisamente, por este interés de protegerlo, les brinda la posibilidad de diversos agentes distintos a los padres a actuar en representación de los intereses de los alimentistas a efectos de garantizar que se les brinde la tan ansiada protección que se refleja en la fijación de la pensión alimenticia a su favor. Así tenemos que los legitimados para esta representación:

a) Los defensores de menores.

b) El Ministerio Público.

c) Directores de establecimiento de menores.

d) Otros que la ley expresamente autoriza.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1985): *Teoría general del proceso.* Buenos Aires: Editorial Universidad; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil.* Lima: Editora Jurídica Grijley; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Astrea; CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): *Derecho y Derechos de la familia.* Lima: Grijley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999): *Derecho familiar peruano.* Lima: Gaceta Jurídica; GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca (2008): *Manual de Derecho de Familia. Doctrina y jurisprudencia y práctica.* Lima: Juristas Editores; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008): *Derecho de Familia en el Código Civil.* 4ª ed. Lima: Idemsa.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La distinción entre la legitimidad para obrar y la representación procesal radica en que la primera se verifica con la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, que otorga la calidad de parte procesal; en cambio, el representante legal actúa en nombre del titular de un derecho subjetivo, por lo tanto no tiene calidad de parte. Siendo esto así, la falta de legitimidad para obrar es una causal de improcedencia de la demanda, mientras que la representación es un requisito subsanable, que puede ser cuestionado vía excepción ***(Cas. N° 1205-99-Lambayeque).***

Artículo 562 | Exoneración del pago de tasas judiciales

El demandante se encuentra exonerado del pago de tasas judiciales, siempre que el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 179 a 187.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Los alimentistas, actúen estos por su "propia mano" –en el caso por ejemplo de aquellos capaces mayores de edad– o actúen por medio de sus representantes legal –en el caso de los menores de edad– se encuentran en un estado de necesidad tan peculiar, que no poseen los ingresos económicos que requieren para poder cubrir el conjunto de necesidades que estos poseen.

Además debe tenerse en cuenta, que conforme lo señala CORNEJO CHÁVEZ, "el derecho a los alimentos, posee una calidad de vital, desde que de los alimentos percibidos dependerá la supervivencia del sujeto en tanto que no pueda valerse por si mismo" (CORNEJO, 1999: p. 575).

Precisamente, el ordenamiento jurídico peruano, reconoce esta situación que rodea a los alimentistas y pensando en ellos, es que procede adoptar una serie de medidas como las que se presentan en el presente artículo, a efectos de eliminar las "barreras" que puedan impedir a estas personas necesitadas de apoyo, a hacer valer sus derechos dentro del marco de un proceso judicial.

2. DE LOS ARANCELES JUDICIALES APROBADOS PARA EL PRESENTE AÑO

Mediante Resolución Administrativa N° 001-2016-CE-PJ, se aprobó el cuadro de valores de los aranceles judiciales para el año 2016, los cuales deberán observados para el acceso a la tramitación de los diversos procesos judiciales que se interpongan ante el Poder Judicial.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 de 27/07/1997.

Los valores judiciales se encuentran en función de la Unidad de Referencia Procesal (URP), la cual actualmente posee el valor de S/ 395.00 (trescientos noventa y cinco con 00/100 soles).

Existen aranceles judiciales para los diferentes tipos de actos procesales, los cuales serán declarados inadmisibles en caso de que no se presenten la acreditación del pago de los aranceles que en el citado cuadro se mencionan.

3. DE LA NECESIDAD DE EXONERACIÓN DEL PAGO DE LAS TASAS PARA LOS ALIMENTISTAS

El presupuesto para interponer una demanda de alimentos es precisamente el "encontrarse en un estado de necesidad" al no poder cubrir las necesidades del demandante con sus propios recursos económicos.

Al tratar lo referencia al estado de necesidad, Alex PLÁCIDO señala que "el estado de necesidad se traduce en una indigencia o insolvencia que impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios, destacando que respecto de los menores de edad, se presume *iuris tantum* el estado de necesidad y con relación a los mayores de edad, se trata de una cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial" (PLÁCIDO, 2002: pp. 352-353).

Si tenemos en cuenta la realidad citada y sumamos a esta particular situación, el hecho de que cada vez que desee presentar algún escrito o desarrollar un determinado acto procesal, tenga la obligación de abonar cualquiera de los valores arancelarios señalados en el punto anterior, sencillamente provocaríamos que estos alimentistas se vean doblemente perjudicados.

Surge de esta manera, un deseo de la sociedad de garantizar que estos alimentistas puedan exigir sus derechos, motivados por un principio de solidaridad y de saber colocarse en la situación en que estos se encuentran.

Ana MELLA BALDOVINAO, resalta precisamente la existencia de la solidaridad, al precisar que "el derecho alimentario constituye una expresión jurídica del principio de solidaridad y asistencia familiar que involucra la satisfacción de las necesidades humanas dentro de un determinado entorno familiar, según la normativa vigente de cada ordenamiento legal" (MELLA, 2013: p. 23).

El pensamiento y razonamiento señalado es precisamente el que motivó al legislador, a que mediante determinadas disposiciones legales, se exonere a los alimentistas, de la obligación de realizar el pago de los valores aranceles que deberían corresponder para poder hacer valer sus derechos, conforme le es requerido a cualquier persona que acude al poder judicial para lograr la solución del conflicto de intereses que pueda estar viviendo.

Entre las disposiciones legales que se señalan, se encuentra precisamente el artículo 562 del CPC que es materia del presente comentario, mediante el cual se señala expresamente que el alimentista –demandante en los procesos donde se fija o aumenta el monto de la pensión alimenticia–, se encuentra exonerado del pago de los citados valores arancelarios.

Si bien es cierto existe esta exoneración, ¿existe límites para esta? El propio artículo materia de comentario nos brinda la respuesta al precisar que esta exoneración total de la obligación del pago de los valores arancelarios, se respetará siempre y cuando, el monto de la pensión alimenticia que se pretende no supere las veinte unidades de referencia procesal, esto es la suma de S/ 7,900.00 (siete mil novecientos con 00/100 soles).

Ante esta nueva precisión, surge la interrogante, ¿qué sucede si el monto que se pretende como pensión alimenticia supera los S/ 7,900.00 (siete mil novecientos con 00/100 soles)? La Resolución Administrativa N° 001-2016-CE-PJ precisa que en el caso de que el monto de la pensión solicitada supere la suma de dinero mencionada, si bien se deberá abonar un valor arancelario, solo tendrá que ser la mitad del valor que se precise en el cuadro de valores de los aranceles judiciales para el año 2016. En este sentido, si bien se exige un pago, aún se conserva la protección al alimentista para evitar vea perjudicado su interés por barreras arancelarias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999): *Derecho familiar peruano,* 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2002): *Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia,* 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MELLA BALDOVINO, Ana Misluka (2013): "El derecho alimentario en las uniones de hecho propias". En: *Gaceta Civil y Procesal Civil.* N° 5. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012): *La familia en el Código Civil peruano,* 3ª ed. Lima: Ediciones legales; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La solicitud de auxilio judicial tiene carácter de declaración jurada y su aprobación es automática; por lo que sus efectos se retrotraen a la fecha de la presentación del recurso ***(Cas. N° 1652-1999-Arequipa).***

Artículo 563 | Prohibición de ausentarse

A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria.

Esta prohibición se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria.

Para efectos de dar cumplimiento a la prohibición, el juez cursa oficio a las autoridades competentes. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 148, 675, 676.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

El alimentista luego de un gran esfuerzo en tiempo y molestias, tiene como esperanza y motivación que la sentencia que se expida en el proceso judicial que fijó el monto de la pensión alimenticia a su favor, sea ejecutada y de esa manera, tenga la posibilidad de percibir en forma mensual una determinada suma de dinero que le permita cubrir sus necesidades conforme lo requiere.

Sin embargo, muy triste es la realidad, cuando se observa que los alimentistas si bien han obtenido un "triunfo" en el proceso judicial al obtener una sentencia satisfactoria a sus intereses, aprecian que esta no puede ser ejecutada por diversos motivos, resultando ser simplemente un mandato judicial contenido en un papel pero sin mayor trascendencia para su vida. Precisamente estas situaciones se presentan cuando no se pensó en las diversas situaciones que se podrían presentar y que podrían ocasionar perjuicio en el alimentista.

El artículo que será materia de comentario, tratará de abordar una medida, como lo es el impedimento de salida del país, a efectos de permitir la ejecución de cualquier mandato que sea emitido dentro del proceso judicial, respecto del cumplimiento del pago de la pensión alimenticia a cargo del obligado a otorgarlo.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29279 del 13/11/2008.

2. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS JUDICIALES SOBRE MATERIA ALIMENTARIA

Las medidas cautelares que pueden aplicarse en los procesos judiciales sobre materia alimentaria, son diversas; sin embargo, quisiéramos proponer las siguientes para observación de los lectores:

a) *Medida cautelar de asignación anticipada;* de conformidad con lo establecido en el artículo 675 del CPC esta medida procederá dentro de los procesos donde se fije una pensión alimentaria a efectos de que mientras dure el trámite del proceso judicial hasta que sea emitida la sentencia, se fije una determinada suma de dinero como "pensión alimenticia previa" a cargo del demandado en el proceso judicial. Con ello se pretendería garantizar que no se deje en desamparo al alimentista durante el trámite del proceso.

   Sobre esta medida de asignación anticipada, Max MALLQUI REYNOSO señala que "esta disposición se fundamenta en que la prestación alimentaria no puede ni debe retardarse, cuando el derecho a percibirlo se había acreditado en forma fehaciente, por cuanto la ley contempla la situación del alimentista y no da lugar a que espere la resolución final del proceso. De Allí que el juez fije en forma prudencial esta pensión para atender mientras dure la secuela del juicio, pero esto no quiere decir que el monto fijado quede ratificado en sentencia, sino que por el contrario, puede ser mejorado o aumentado en cuanto al monto, incluso el juez podría dejar sin efecto en mérito a lo actuado" (MALLQUI, MOMETHIANO, 2002: p. 1397).

b) *Medida cautelar de embargo de los beneficios sociales;* esta medida cautelar permitirá evitar que en el hipotético caso de que el demandado sea despedido o renuncie a su centro de labores, los beneficios sociales que le serían otorgados por el término de su relación laboral, sean embargados para de esa manera, el alimentista no se vea perjudicado ante la nueva situación laboral del demandado.

Las medidas señaladas pretenden precisamente garantizar que la futura sentencia a ser expedida pueda ser efectivamente ejecutable.

3. DE LA PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE DEL PAÍS COMO MEDIDA DE CUMPLIMIENTO DEL PAGO DEL MONTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA MENSUAL

La prohibición de ausentarse del país, no es propiamente una medida cautelar, sino que se configura como un mecanismo legal para buscar que el pago del monto de la pensión alimenticia fijada ya sea en forma provisional (como lo es en

el caso de una medida de asignación anticipada de alimentos) o en forma definitiva (como lo será si la pensión ya fue fijada mediante sentencia que ha sido declarada consentida o ejecutoriada).

El artículo que es objeto de comentario, precisamente busca regular su aplicación en beneficio de los alimentistas. Para su procedencia deben observarse los siguientes presupuestos:

a) Se acredite de manera indubitable el vínculo familiar; esta precisión se realiza, con la finalidad de distinguirlo de los casos referidos a los hijos alimentistas que se encuentran regulados en el artículo 415 del CC, en el cual se precisa que se puede solicitar una pensión alimenticia a aquel que tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Aquí no existe un vínculo familiar, debido a que el alimentista no es propiamente hijo del obligado a brindarle alimentos y; por lo tanto, no existe de manera indubitable un vínculo familiar.

   Alex PLÁCIDO, sobre la figura del hijo alimentista, señala que "se trata en realidad, de un hijo extramatrimonial, cuya paternidad no ha sido reconocida ni declarada judicialmente" (PLÁCIDO, 2002: p. 297).

b) No se encuentre debidamente garantizado el cumplimiento del pago del monto de la pensión alimenticia fijada en una medida cautelar de asignación anticipada concedida;

c) No se encuentre debidamente garantizado el cumplimiento del pago del monto de la pensión alimenticia fijada en una sentencia;

En caso de observarse estos presupuestos, el alimentista podrá solicitar se acceda a esta medida y se proceda a disponer el impedimento de salida del país del demandado y así evitar que por un viaje al exterior, se produzca el no cumplimiento del pago necesario para satisfacer los requerimiento del alimentista.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MALLQUI REYNO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy (2002): *Derecho de Familia,* tomo II. Lima: Editorial San Marcos; PLÁCIDO VLCACHAGUA, Alex (2002): *Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia,* 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, (2008): *Procesos judiciales derivados del Derecho de Familia.* Lima: Gaceta Jurídica; DEL ÁGUILA LLANOS, Juan Carlos (2015): *Guía práctica de derecho de alimentos.* Lima: Ubilex Asesores.

Artículo 564 Informe del centro de trabajo

El juez solicita el informe por escrito del centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de este. Para otros casos, el informe es exigido al obligado al pago de la retribución económica por los servicios prestados por el demandado. En cualquiera de los supuestos indicados, el informe es presentado en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles, bajo apercibimiento de denunciarlo por el delito previsto en el artículo 371 del Código Penal.

Si el juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 565; C.P. art. 371; L.O.P.J. art. 185 inc. 4.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Javier Rolando PERALTA ANDÍA, al tratar sobre la pensión alimenticia y su fijación, señala que "en sentido lato, la pensión alimentaria, es una suma de dinero que por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, de una persona a favor de otra para su subsistencia. En sentido estricto, se dice que es la asignación fijada en forma voluntaria o judicialmente para la subsistencia de una persona que se haya en un estado de necesidad" (PERALTA, 2008: p. 693).

La fijación del monto de la pensión alimenticia a cargo del demandado, es un problema que es abordado por los jueces y partes procesales de diferentes maneras en los diversos procesos judiciales que se establecen.

El artículo 481 del CC establece que los alimentos se regulan por el juez en proporción a los siguientes aspectos:

a) *Necesidades del alimentista;* las cuales deben ser las que actualmente requiere y no las pasadas o futuras.

b) *Posibilidades económicas de aquel que debe otorgar la pensión alimenticia;* respecto de este punto, se tendrán en cuenta si el obligado es trabajador

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 29279 del 13/11/2008.

dependiente o independiente y además si posee otras cargas u obligaciones similares que atender.

Realizando un análisis sobre estas posibilidades económicas, Héctor CORNEJO CHÁVEZ señala adicionalmente que "compartiendo el criterio de Josserand, el juez habrá de considerar no solo los ingresos del demandado y su situación de familia, sino también sus posibilidades de ganar más de lo que actualmente gane, pero siempre dentro del marco de lo razonable" (CORNEJO, 1999: p. 579).

Respecto del ítem b, donde surge la citada capacidad económica del obligado y en virtud de la cual, se puede solicitar al empleador el apoyo para lograr una correcta investigación de esta. Procederemos a evaluar el papel del empleador en esta importante tarea.

2. DE LA NECESIDAD DEL APOYO DEL EMPLEADOR

La parte final del artículo 481 del CC, señala que no es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del demandado en el caso de alimentos; sin embargo, no podemos dejar de mencionar que es de vital importancia el determinar la capacidad económica de este a efectos de que pueda fijarse prudentemente el monto de la pensión alimenticia a su cargo.

Atendiendo a que muchas veces los alimentistas no cuentan con los documentos suficientes a efectos de lograr obtener la información necesaria respecto de la capacidad económica del demandado, la participación del empleador del demandado resulta ser de vital importancia, pues es precisamente el empleador quien sí posee la información tan ansiada respecto del monto que percibe en forma mensual el demandado.

En un gran número de casos en materia alimentaria, se espera precisamente la actuación de los empleadores para lograr con certeza la determinación de los reales ingresos de los demandados y de ahí que observan en diferentes expedientes judiciales, una resolución que precise que "como medio probatorio de oficio se requerirá al empleador del demandado informe sobre los ingresos reales de este y recibido el informe, recién se procederá a emitir sentencia". De esta manera, la llegada del informe del empleador, se transforma en un "hito" trascendental dentro del proceso.

3. DE LA SANCIÓN AL EMPLEADOR EN CASO NO CUMPLA DEBIDAMENTE CON LO ORDENADO

La importancia del informe del empleador para el proceso judicial, hace que la necesaria elaboración de este por parte del empleador sea no solo un acto de

colaboración voluntaria, sino que se transforme en una obligación que ostenta frente a la administración de justicia; por lo que su incumplimiento genera una serie de consecuencias de diversa índole, entre las que podemos encontrar las siguientes:

a) *En el ámbito del proceso judicial de alimentos;* el juez no podrá emitir sentencia sino hasta que el informe sea recibido, por lo que su no elaboración por parte del empleador, dilatará el tiempo del proceso perjudicando a las partes notablemente en sus intereses, sobre todo el interés del alimentista, quien se verá realmente perjudicado al no contar con una pensión que le permita cubrir sus necesidades.

b) *En el ámbito del Derecho Penal;* el incumplimiento por parte del empleador se encuentra tipificado como delito en el artículo 371 del Código Penal, el cual regula "la negativa a colaborar con la administración de justicia", por lo que el empleador podría recibir una sanción penal de pena privativa de libertad no mayor a dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

4. DE LA SANCIÓN AL EMPLEADOR POR REMITIR UN INFORME CON DATOS ERRÓNEOS

Como ya lo hemos mencionado, el informe por parte del empleador es necesario para que el juez proceda a emitir sentencia en forma correcta, ya que será en función del informe que se remita que finalmente se procederá a fijar el monto de la pensión alimenticia a cargo del demandado.

Lamentablemente, en ocasiones los empleadores en lugar de colaborar con la administración de justicia, optan por colaborar con una de las partes del proceso judicial para perjudicar a la otra. Así tenemos que brindan una información incorrecta favoreciendo al alimentista o al demandado en el proceso, lo cual provoca que el juez, guiado por un informe incorrecto, proceda a emitir una sentencia injusta que vulnere el derecho al debido proceso de las partes.

El ordenamiento jurídico, con la finalidad de generar un temor en el empleador que evite que este que proceda a remitir un informe erróneo que perjudique a la administración de justicia, establece sanciones penales contra el empleador.

Precisamente debido a que la realización de estos informes erróneos para ser remitidos al juzgado que los requiere constituye una infracción a la ley penal, el artículo materia de comentario, establece que si se descubre que el informe remitido por el empleador contiene datos erróneos, se procederá a informar de lo

acontecido al Ministerio Público para que dentro de sus atribuciones proceda a ejercer la acción penal que corresponda y se sancione al empleador.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008): *Derecho de Familia en el Código Civil.* Lima: Idemsa; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999): *Derecho familiar peruano,* 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DEL ÁGUILA LLANOS, Juan Carlos (2015): *Guía práctica de derecho de alimentos.* Lima: Ubilex Asesores.

Artículo 565 | **Anexo especial de la contestación**

El juez no admitirá la contestación si el demandado no acompaña la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada.
En este caso es de aplicación el segundo párrafo del artículo 564.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 425, 426 inc. 2, 444, 564 párr. 2.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Conforme lo precisamos al realizar los comentarios anteriores, la investigación de los ingresos del demandado es esencial para poder determinar la capacidad económica de este y así poder fijar el monto de pensión alimenticia a su cargo de acuerdo a las posibilidades económicas que ostente.

Existen diversas formas para poder descubrir los verdaderos ingresos del demandado por lo que se puede seguir diversos caminos para lograr el citado objetivo, por ejemplo:

a) *El informe del empleador del demandado de los ingresos de este;* el cual ya hemos comentado en el artículo anterior.

b) *El análisis de la cantidad de bienes que ostenta a su nombre el demandado;* esta verificación –la cual será sencilla, pues solo se requerirá hacer una búsqueda de registral con el nombre de demandado–.

c) *El análisis de los estados de cuenta bancaria a nombre del demandado;* lo cual puede ser solicitado por el juez para que se verifique la capacidad económica del demandado.

d) *La información de los ingresos por parte del propio demandado;* aunque parezca un poco ilógico, existe la posibilidad de que los demandados informen directamente sus ingresos al juzgado, sin embargo no es usual que lo realicen en forma voluntaria.

Es precisamente esta última opción, la que no siendo tan común, también resulta importante para los casos en que el demandado no es un trabajador

dependiente sino uno independiente y, por tanto, no se encuentra registrado en planilla alguna de una empresa.

El artículo que comentaremos, tratará del informe que el propio demandado deberá realizar dentro del proceso judicial, sobre sus propios ingresos para permitir que el juez los tenga en cuenta al momento de resolver.

2. LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN MATERIA ALIMENTARIA

Conforme lo establece en el inciso 1 del artículo 546 del CPC, los procesos judiciales sobre alimentos en los que el alimentista es un mayor de edad, la vía procedimental es la del proceso sumarísimo.

En los casos, en los que el alimentista es un menor de edad, la vía procedimental para la tramitación del proceso es la del proceso único.

Para ambos casos, proceso sumarísimo y proceso único, el demandado tiene la el plazo de cinco días hábiles para proceder a contestar la demanda y de esa manera pueda ejercer su derecho a la defensa ante la demanda que se interpuso en su contra, presentando todos los medios probatorios que considere.

Debe ser en esta etapa del proceso en que debe ejercer su defensa, la cual es conocida como etapa postulatoria, pues es la etapa en que las partes deben ofrecer todos los medios de prueba que consideran, los cuales serán analizados por el juez al momento de tomar una decisión en el proceso.

3. DE LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN ADJUNTARSE PARA QUE LA CONTESTACIÓN SEA ADMITIDA

El demandado, al escrito mediante el cual cumple con contestar la demanda dentro del plazo de los cinco días hábiles de notificado, deberá presentar cualquiera de los siguientes documentos:

- La última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta ante la Sunat.
- Documento que legalmente sustituya a la declaración jurada de impuesta a la renta.
- Declaración jurada de sus ingresos en hoja donde conste su firma legalizada. Este documento solo se admitirá si no tiene la obligación de efectuar la declaración jurada ante la Sunat.

Si bien podrá presentar otros documentos que considere, sin embargo no podrá dejar de presentar cualquiera de los documentos antes señalados, los cuales deben poseer información real.

En el hipotético caso, en que el demandado proceda a informar algún hecho falso en su declaración jurada, como lo es el hecho de informar que perciben menores ingresos de los que realmente obtienen en forma mensual y la parte demandante logra acreditar la citada falsedad, podrá solicitar que el juez remita al Ministerio Público copia certificada de los actuados para que proceda a denunciar conforme a sus atribuciones, conforme también lo hemos señalado para el caso de que el empleador remita información falsa al juzgado.

Recordemos la importancia de la evaluación de la capacidad económica del demandado para que el juez proceda a emitir debidamente una decisión judicial conforme a la situación real de las partes en el proceso, por lo que, el requerimiento al demandado de los documentos citados, son la primera muestra de capacidad económica de este que tendrá el juez para resolver.

4. DE LA POSIBILIDAD DE LA REBELDÍA DEL DEMANDADO Y DE LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEMANDADO

En el hipotético caso en que el demandado no proceda a contestar la demanda en el plazo de los cinco días hábiles que son otorgados por nuestro ordenamiento ya sea en la vía procedimental del proceso sumarísimo o único, el juez deberá proceder a declarar rebelde al demandado y fijará la fecha para la audiencia única correspondiente.

Debido a que el demandado no contestó la demanda no presentará los documentos señalados en el ítem 3 del presente comentario, sin embargo, ¿con el actuar del demandado se estará impidiendo que se investigue su real capacidad económica? La respuesta negativa es la correcta.

Recordemos lo que hemos señalado en la introducción del presente comentario. La contestación e informe por parte de del demandado de sus ingresos es solo una de las formas para lograr investigar los ingresos del demandado, no es el único de ellos.

Por lo que se deberá proceder a realizar cualquiera de los actos citados en la introducción del presente comentario, para proceder a obtener la real capacidad económica del demandado y así poder obtener una sentencia que resuelva el conflicto de intereses que se presenta.

Debe recordarse que conforme lo señalamos en nuestro libro sobre derecho de alimentos, los conflictos familiares, son tan particulares que poseen una característica muy especial: muchas veces no pueden ser resueltos por lo que nuestro ordenamiento jurídico ha señalado, sino que se podrá encontrar una mejor solución en los acuerdos que los miembros de la familia adopten (DEL ÁGUILA, 2015: p. 55); por lo que deberá acudir a la "creación" posible para descubrir las diversas manifestaciones de ingresos del demandado y así descubrir los reales ingresos del demandado.

En similar pensamiento, César LANDA ARROYO señala que los conflictos sobre Derecho de Familia tienen una naturaleza muy particular. Así, tratando sobre ellos señala que "el problema de la familia al no ser un fenómeno exclusivo ni fundamentalmente jurídico constitucional, no se solucionará jamás con solo promulgar leyes (o concretizar ejecutiva o jurisprudencialmente los derechos sociales que manda la Constitución) por bien inspiradas que ellas estén, si es que semejante esfuerzo no se integra en un contexto mucho más amplio y profundo" (LANDA, 1992: p. 134).

Por ello, que aquel que pretenda enfrentar un conflicto familiar, deberá tener en cuenta no solo las normas vigente en el momento del conflicto sino todo el contexto social en donde se desenvuelve el conflicto familiar a efectos de lograr una real solución a lo que se presente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEL ÁGUILA LLANOS, Juan Carlos (2015): *Guía práctica de derecho de alimentos.* Lima: Ubilex Asesores; LANDA ARROYO, César (1992): "Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia". En: *Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MALLQUI REYNOSO, Max; MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy (2002): *Derecho de Familia,* 1ª ed., tomo II. Lima: Editorial San Marcos; AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012): *La familia en el Código Civil peruano,* 3ª ed. Lima: Ediciones legales.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien no están debidamente acreditadas los ingresos económicos del obligado al conducir un alojamiento para pasajeros, ellos no son de rigurosa investigación, para su obligación de prestar alimentos, en aplicación del artículo 481 del Código Civil ***(Exp. N° 1503-1995-Lima).***

Artículo 565-A | Anexo especial de la demanda

Es requisito para la admisión de la demanda de reducción, variación, prorrateo o exoneración de pensión alimentaria que el demandante obligado a la prestación de alimentos acredite encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 425, 426 inc. 2, 444, 564 párr. 2, 565.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Benjamín AGUILAR LLANOS señala que "el instituto jurídico de los alimentos comprende una serie de normas dirigidas a garantizar el derecho a la subsistencia del ser humano. Fija la relación obligacional alimentaria, determinando al acreedor y deudor alimentario; establece las condiciones en que opera el derecho e incluso los criterios para llegar al quántum de la prestación" (AGUILAR, 2013: p. 13).

Precisamente, estos criterios para fijar el quántum de la prestación, responde a aspectos ya mencionados como la capacidad económica del demandado y las necesidades del alimentista, existiendo la necesidad de evaluarse en diferentes momentos las variaciones que puedan existir sobre estos dos aspectos.

Sin embargo, si bien reconoce la posibilidad de que el monto de la pensión alimenticia pueda ser variada, se resalta la importancia del cumplimiento del pago de la pensión alimenticia a cargo del demandado, siendo vital para la vida del alimentista, pues a partir del cumplimiento, podrá cubrir las necesidades que ostenta y de esa manera subsistir.

En caso de enfrentar una situación adversa y no perciba la tan ansiada pensión alimentaria por parte del demandado, será notablemente perjudicado al no poder subsistir por sus propios medios.

El presente artículo pretende precisamente hacer notar la importancia del cumplimiento del pago la pensión alimenticia, buscando concientizar al obligado a cumplir con su obligación frente a los alimentistas.

(*) Artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29486 del 23/12/2009.

2. PRETENSIONES EN LOS CASOS DE REDUCCIÓN, VARIACIÓN, PRORRATEO O EXONERACIÓN DE PENSIÓN ALIMENTARIA

El presente artículo regula diversas pretensiones, las cuales pueden solicitarse siempre que se cumplan los requisitos establecidos para cada una de ellas.

Con la finalidad de que pueda comprenderse con cada una de ella, así como los presupuestos que deben observarse, procederemos a realizar las siguientes precisiones a efectos de que se tengan en cuenta:

a) *Pretensión de reducción del monto de la pensión alimenticia*; mediante esta se tiene por objetivo lograr que la pensión previamente fijada por conciliación entre las partes o mediante sentencia, sea disminuida debido a que han disminuido la capacidad económica del obligado o el estado de necesidad del alimentista desapareció.

b) *Pretensión de variación en la forma de pago de la pensión alimenticia*; mediante esta se tiene por objetivo lograr que la pensión previamente fijada por conciliación entre las partes o mediante sentencia, sea variada en su forma de pago. Por ejemplo, si antes se debería otorgar el monto de la pensión en una suma de dinero, el obligado pretenderá realizar el pago de la pensión en dinero y en especies.

c) *Prorrateo del pago de la pensión alimenticia;* mediante esta se tiene por objetivo lograr que la pensión previamente fijada por conciliación entre las partes o mediante sentencia, sea asumida en forma concurrente por otros obligados o en todo caso, que la suma total de las pensiones alimenticias a cargo del obligado, no superen el 60 % (sesenta por ciento) de sus ingresos.

d) *Exoneración del pago de la pensión alimenticia;* mediante esta se tiene por objetivo lograr que la pensión previamente fijada por conciliación entre las partes o mediante sentencia, ya no sea exigida al obligado.

La necesidad de la existencia de estas pretensiones, es que la capacidad económica del obligado a brindar una pensión alimenticia es tan cambiante en el tiempo, que debe ser objetivo de análisis actuales que permitan la fijación de una correcta suma de dinero como pensión alimenticia.

Como ejemplo de lo que puede acontecer para variar la capacidad económica del obligado a brindar una pensión alimenticia, podemos encontrar las siguientes:

a) El nacimiento de nuevos hijos del obligado a prestar los alimentos, que requieren una similar protección que el alimentista que ya contaba con una pensión alimenticia previamente fijada.

b) El actual estado de desempleado del obligado a prestar alimentos, estado laboral que no tenía cuando se fijó la pensión alimenticia previa.

Estas situaciones presentadas así muchas otras, pueden observarse por el juez a efectos de verificar si existe o no variación en la capacidad económica del obligado.

3. DEL REQUISITO DE ESTAR AL DÍA EN EL PAGO DEL MONTO DE LA PENSIÓN ALIMENTARIA QUE DESEA MODIFICAR

Mediante el artículo único de la Ley N° 29486 publicada el 23 de diciembre del 2009, se incorporó el presente artículo que ahora es materia de comentario.

El objetivo de la incorporación del presente artículo, es evitar una injusticia que se presentaba constantemente. Anteriormente una persona que tenía la obligación de realizar el pago de una pensión alimenticia tenía la posibilidad de librarse del pago de esta, sin necesidad de haber cumplido con el pago de la pensión alimenticia, lo cual perjudicaba notablemente los intereses del alimentista quien no solamente debería enfrentarse a la situación de no percibir la pensión fijada, sino que vería como esta desaparecería ante una nueva sentencia judicial.

La situación presentada es la que se pretendía evitar con el nuevo requisito añadido para la interposición de demandas dirigidas a lograr la reducción, variación, prorrateo o exoneración de la pensión alimentaria a cargo del demandado.

El requisito deberá ser analizado por los jueces al momento de calificar las demandas. Sin embargo, no será el único momento en que pueda observarse, sino que existe la posibilidad de que el juez al momento de sentenciar, continúe precisamente con la observación del cumplimiento del requisito establecido.

Tengamos en cuenta que los alimentistas –demandados en los procesos en estos casos– podrán presentar al momento de contestar la demanda, pruebas que acrediten que en realidad los demandantes no se encuentran al día en el pago de las pensiones alimenticias a su cargo, por lo que las pruebas, deberán ser observadas al momento de sentenciar para determinar si realmente los demandantes cumplían o no con este requisito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013): "Panorama de la institución alimentaria en el Código Civil". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil,* tomo 5. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DEL ÁGUILA LLANOS, Juan Carlos (2015): *Guía práctica de derecho de alimentos.* Lima: Ubilex Asesores; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2004): *Filiación y patria potestad.* Lima: Grijley.

Artículo 566 Ejecución anticipada y ejecución forzada

La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de este.

Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta solo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.

Cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto.

En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 675, 802 a 816; LEY 28439 art. 1 y ss.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

En el artículo materia de comentario, se abordan diversos aspectos que realmente son muy interesantes, porque permite verificar las características muy particulares que posee la sentencia que es emitida dentro de un proceso judicial sobre alimentos y además el observar lo acontecido en la etapa de ejecución dentro de estos procesos judiciales.

La relevancia de la fijación de la pensión alimenticia y el pago de esta es necesario para la vida del alimentista, por lo que veremos la forma como el estado mediante este artículo, busca brindar facilidades para permitir un mayor cumplimiento por parte del obligado.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 28439 de 28/12/2004.

2. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La gran mayoría de procesos judiciales culminan con la emisión de una sentencia que pretende resolver definitivamente el conflicto de intereses que se presenta ante el juez, sin embargo, en muchos otros casos, las partes ejerciendo su derecho a acceder a una doble instancia, interponen el correspondiente medio impugnatorio para que en juez de mayor jerarquía, revoque la sentencia apelada y la reforme.

Ante este medio de impugnación interpuesto ante una sentencia, ¿qué es lo que usualmente sucede? ¿se ejecuta la sentencia sin importar el medio impugnatorio o se suspende su ejecución hasta que el superior jerárquico emita decisión final sobre el medio impugnatorio interpuesto? Usualmente, las apelaciones –medios impugnatorios contra la sentencia– son concedidas con efecto suspensivo, lo cual quiere decir, que la sentencia no podrá ser ejecutada hasta que el superior jerárquico la confirme luego de pronunciarse sobre el medio impugnatorio interpuesta.

El artículo 178 del Código de los Niños y Adolescentes señala expresamente que la sentencia es apelable con efecto suspensivo, lo que normalmente ocasionaría que se suspenda la ejecución de la sentencia hasta que el superior jerárquico emita decisión sobre la apelación tal como reconoce el doctor Jorge CARRIÓN LUGO al precisar que "tratándose de sentencia, el recurso se concede con efecto suspensivo, lo que significa que la resolución quede suspendida en su ejecución, entendida en su sentido más lato, hasta que sea resuelta la apelación por la instancia superior" (CARRIÓN, 2000: p. 575).

Lo anteriormente mencionado, ¿también se aplicará a las sentencias emitidas dentro de los procesos judiciales sobre alimentos? El artículo que es materia de comentario nos brinda la respuesta: sin importar si existe o no una apelación interpuesta, la sentencia expedida será ejecutada en forma anticipada. La finalidad de esta ejecución anticipada radica en la ya mencionada necesidad de cumplimiento del pago de la pensión alimenticia fijada debido a que de ella dependerá que se puedan cubrir las necesidades del alimentista.

A pesar de haberse dispuesto la ejecución anticipada de la sentencia, a efectos de no generarse un acto injusto, el artículo materia de comentario, señala que en caso de que el superior jerárquico no confirme la sentencia expedida por el inferior sino que la modifique en algún sentido, deberá procederse al correspondiente reajuste del pago y a la liquidación de lo abonado en exceso o de lo pendiente por pagar.

Tan particular es la apelación que se concede en materia de alimentos, que aunque parezca en contra de la naturaleza de la apelación, el superior sí se encuentra facultado para fijar una pensión alimenticia mayor a pesar de que el apelante es el

demandado quien precisamente pretendida con la apelación lograr que la pensión fijada por el inferior jerárquico sea disminuida por el superior.

El fundamento legal de esta respuesta se encuentra en el artículo 370 del CPC el cual establece que si bien es cierto el superior jerárquico se encuentra impedido de variar la resolución apelada, existen excepciones a esta regla:

- Que la otra parte también haya apelado la resolución.
- Que la otra parte se haya adherido a la apelación.
- Que sea un menor de edad la otra parte no apelante.

La tercera excepción citada, esto es que, la parte no apelante sea menor de edad, acontece precisamente en los casos sobre prestación alimentaria, por lo que el superior tiene toda la facultad legal para si lo considera, poder aumentar el monto de la pensión alimentaria.

3. EL USO DE CUENTAS BANCARIAS PARA EL DEPÓSITO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN SENTENCIA

Muchas personas cuando se enfrentan en un proceso judicial ya no desean reencontrarse con la parte con la que entraron en conflicto. Cuando sucede esto en los casos de los procesos judiciales sobre alimentos, puede ser fatal para la vida del alimentista, pues el obligado puede tener la voluntad del pago de la pensión, pero no desea tener contacto con la madre, quien actúa como representante del menor alimentista. Otra situación que se pueda presentar es que el obligado se encuentre en un lugar distante y no pueda entregar en forma personal el monto señalado como pensión alimenticia.

Precisamente, estas situaciones son que al ser analizadas por el legislador, vieron en el uso de una cuenta bancaria una vía para lograr el cumplimiento del pago de la pensión alimenticia fijada en sentencia.

Con esta finalidad, es que el juez dispone la apertura de una cuenta bancaria ante el Banco de la Nación la cual será destinada estrictamente para el depósito de la pensión alimenticia fijada y de esa manera el obligado sin necesidad de encontrarse personalmente con la madre y sin importar la distancia en que se encuentre, podrá realizar el depósito necesario para cumplir con su obligación frente al alimentista.

El sistema bancaria de esta manera de convierte en un agente de gran ayuda para el órgano jurisdiccional pero sobre todo del alimentista, pues no solamente permitirá mejorar el sistema del pago de las pensiones alimenticias sino también el control de estos pagos, pues con el solo hecho de obtener un reporte del estado de

la citada cuenta bancaria podrá verificarse precisamente si el obligado se encuentra o no al día en el pago de la pensión alimenticia fijada a su cargo, sin necesidad de que se presenten otro tipo de pruebas documentales que ameriten mayor valoración probatorio por parte del juez.

4. LA ENTREGA DIRECTA DE DINERO EN EFECTIVO COMO MODALIDAD DE PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN SENTENCIA

Existen ciudades donde no se cuenta con alguna entidad bancaria cercana y por tanto, el uso de cuentas bancarias para el depósito de las pensiones alimenticias que se hayan fijado, deviene en imposible.

Precisamente valorando esta realidad, el ordenamiento jurídico no descarta la posibilidad del pago del monto de la pensión, bajo la modalidad del pago en forma directa al alimentista, sino que lo regula e incentiva solo en los casos en que no sea posible el empleo de alguna cuenta bancaria para el cobro de la pensión alimenticia.

Coincidimos con el legislador es la búsqueda de un mayor empleo de cuentas bancarias para el depósito de la pensión alimenticia fijada en sentencia porque consideramos es la forma más eficaz para el seguimiento y control de las pensiones no pagadas por parte del obligado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Lima: Grijley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2003): *Filiación y patria potestad. En la doctrina y jurisprudencia.* Lima: Gaceta Jurídica; PELÁEZ BARDALES, Mariano (2010): *El proceso cautelar. Las medidas cautelares en el proceso civil y penal.* Lima: Grijley.

Artículo 566-A | Apercibimiento y remisión al fiscal

Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al fiscal provincial penal de turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal. (*)

CONCORDANCIA:
C.P. art. 149.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento en el pago de la pensión alimenticia es fundamental para la vida del alimentista porque dicha suma de dinero le permitirá terminar de cubrir sus necesidades y no verse perjudicado en el desarrollo de su vida.

Precisamente por lo fundamental de asegurar el cumplimiento, es que no solo en materia civil se pretende luchar por lograr el cumplimiento del pago, sino que también por la vía penal se establece un mecanismo legal para coaccionar al obligado a brindar la pensión a hacerlo, caso contrario, se procederá a sancionarlo con inclusive pena privativa de libertad. Procederemos a evaluar y comentar el presente artículo que es muy empleado para lograr el cobro de la pensión alimenticia fijada en sentencia.

2. LAS PENSIONES DEVENGADAS

Las pensiones devengadas mencionados por el artículo materia de comentario son aquellas que no han sido abonadas por el obligado y que deben ser computadas oportunamente a efectos de que el correspondiente pago total sea requerido al obligado, luego que sean aprobadas conforme al procedimiento que veremos al tratar el artículo 568 del CPC.

(*) Artículo incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 28439 del 28/12/2004.

3. REQUERIMIENTO DE PAGO BAJO APERCIBIMIENTO EXPRESO DE REMISIÓN DE COPIAS AL FISCAL

Cuando se genera una obligación pecuniaria existen diversos mecanismos legales para que, ante el supuesto de que el obligado no desee cumplir voluntariamente con el pago que se le viene solicitando, pueda cobrarse dicha deuda a través de bienes que pueda tener este a su nombre.

Para el caso de la deuda fijada luego de la aprobación de una liquidación de pensiones devengadas, si bien existen las mismas medidas legales para el cobro, también puede emplearse una medida estrictamente creada para estos casos: el acudir a la vía penal para lograr la coacción del pago de las pensiones devengadas.

Para lograr acceder a la vía penal como medida coactiva, existen dos caminos a los que el alimentista puede acudir (DEL ÁGUILA, 2015: p. 130):

a) Solicitar al juez del proceso judicial de alimentos, le otorguen las piezas procesales judiciales del expediente que le permitan acreditar el incumplimiento de lo ordenado en la sentencia y con las citadas copias certificadas, proceder a presentar la denuncia correspondiente ante la Fiscalía Penal.

b) Solicitar que el juez del proceso judicial de alimentos requiera expresamente el pago de las pensiones alimenticias aprobadas y no pagadas bajo expreso apercibimiento de que se proceda a remitir las copias certificadas de las piezas procesales pertinentes al Ministerio Público para que formalice la denuncia penal y ante el nuevo incumplimiento que pueda haber, decretando la ejecución del apercibimiento, proceda a remitir las copias certificadas de las piezas procesales pertinentes al Ministerio Público, conforme lo señala el artículo materia de comentario.

Ambas vías, tal como lo señala expresamente el artículo materia de comentario, son excluyentes.

De lo mencionado, surge una primera interrogante, ¿qué piezas procesales deberán ser remitidas al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones en la vía penal? Procedemos a precisar los documentos que consideramos necesarios para estos fines:

a) En el caso de que no haya existido un recurso de apelación en contra de la sentencia expedida en primera instancia, deberá presentarse la resolución que contiene la sentencia así como la resolución que declara el consentimiento de la sentencia expedida por no haber sido apelada.

b) En el caso de que sí haya existido un recurso de apelación en contra de la sentencia expedida en primera instancia y siempre que el superior haya resuelto finalmente la controversia, se deberá presentar la resolución que contiene la decisión final emitida por el superior jerárquico así como la resolución que contiende la decisión de que cumpla con lo ejecutoriado por el superior.

c) En el caso de que el conflicto haya sido resuelto sin un pronunciamiento sobre el fondo debido a que las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, se necesitará la resolución que aprueba esta conciliación.

d) La resolución que aprueba la liquidación de pensiones pendientes de pago.

e) La resolución que requiere el pago de la liquidación bajo expreso requerimiento de remitirse las copias certificadas al Ministerio Público para que actúen conforme a sus atribuciones.

La segunda interrogante que surge es, ¿qué podrá hacer el Ministerio Público al recibir las copias certificadas? La absolveremos en el punto siguiente.

4. DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

El fiscal penal que recibe las copias certificadas remitidas por el juzgado pertinente, procederá a realizar las investigaciones del caso, para determinar si es necesario o no formalizar la denuncia penal por omisión de asistencia familiar contra aquel que teniendo la obligación judicialmente establecida de brindar los alimentos, no lo hace.

El artículo 149 del Código Penal señala que este delito se tipifica por la omisión del cumplimiento de la obligación de prestar los alimentos que estableció una resolución judicial. Lo que se pretende proteger es el bien jurídico vida por parte del alimentista, porque se reconoce la necesidad que tiene este de percibir el monto de la pensión alimenticia a cargo del obligado.

El delito de omisión asistencia familiar es aquel entendido como el cometido por aquel obligado que se muestra renuente al pago de la pensión alimenticia fijada por conciliación o sentencia a su cargo; por lo que el obligado en caso de no abonar, inclusive podría ser sometido a pena privativa de la libertad.

Muchas veces, no nos agrada llegar a esta etapa del proceso, sin embargo, es un mecanismo comúnmente usado con la finalidad de logro el cobro de la pensión que tan importante es para el alimentista.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEL ÁGUILA LLANOS, Juan Carlos (2015): *Guía práctica de derecho de alimentos.* Lima: Ubilex Asesores.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GALLEGOS CANALES, Yolanda (2008): *Manual de Derecho de Familia.* Lima: Juristas; CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): *Derecho y Derechos de Familia.* Lima: Grijley; CHUNGA LAMONJA, Fermín (2002): *Derecho de menores.* Lima: Grijley.

Artículo 567 | Intereses y actualización del valor

La pensión alimenticia genera intereses.

Con prescindencia del monto demandado, el juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil.

Esta norma no afecta las prestaciones ya pagadas. Puede solicitarse la actualización del valor aunque el proceso ya esté sentenciado. La solicitud será resuelta con citación al obligado.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 1236; C.P.C. arts. 568, 569, 676.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

El transcurso del tiempo genera consecuencias en toda relación jurídica y por tanto, también dentro del marco de una relación jurídica familiar. Esto se manifiesta con mayor claridad en los procesos judiciales donde se fija un monto como pensión alimenticia, pues a través del tiempo, los citados montos pueden sufrir modificaciones en su real valor adquisitivo más aún si son fijados en la moneda vigente en el momento en que se emita la sentencia.

2. DE LA ACTUALIZACIÓN DEL MONTO FIJADO EN SENTENCIA DENTRO DEL MARCO DE UN PROCESO DE FIJACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Si nos colocamos en el supuesto de que la sentencia fue expedida en un valor correspondiente al inti y habiendo pasado el tiempo, el sol pasa a ser la moneda nacional, ¿no sería pertinente la actualización del monto fijado en sentencia?. Pues precisamente es lo que este artículo pretende señalar y destacar la importancia de la labor del juez en este breve procedimiento de actualización.

3. LOS INTERESES EN EL CASO DE LAS PENSIONES DEVENGADAS

La obligación alimentaria es aquella que surge a cargo del obligado a prestar alimentos frente al alimentista. Esta, se concretiza en una determinada suma de dinero, la cual debe por su naturaleza, ser abonada en forma mensual y adelantada para garantizar el cuidado y protección del alimentista.

Precisamente por tener una manifestación pecuniaria, es el que como toda deuda liquidable, como consecuencia del no pago y del transcurso del tiempo, genera intereses, que deberán ser debidamente afrontados por parte del obligado a brindar una pensión alimenticia.

Basados en lo precisado, cuando el secretario judicial o el perito deba realizar la liquidación de las pensiones alimenticias no abonadas, tendrá que observar la existencia de los intereses que se generaron como consecuencia del pago no oportuno de la pensión alimenticia fijada.

Como hemos precisado, esta pensión debe ser debidamente abonada en forma mensual, por lo que el no pago en su oportunidad, generará intereses que deberán ser liquidados oportunamente.

4. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA ACTUALIZACIÓN DEL VALOR DE LAS PENSIONES

Atendiendo a la naturaleza del proceso y, además, a la gran importancia que tiene la pensión alimenticia fijada para la vida del alimentista, ante la necesidad de una actualización del valor de las pensiones alimenticias puede darse su actualización en cualquiera de los siguientes momentos:

a) *Antes de que se emita sentencia;* piénsese en el supuesto en que en la demanda, se solicitó un monto como pensión alimenticia en base a una moneda vigente y que durante el proceso y previo a la expedición de la sentencia, esta moneda pierde vigencia ingresando otra al mercado. Ante este supuesto, el juez deberá permitir la actualización de la suma solicitada como pensión para garantizar que realmente el proceso judicial cumpla con sus fines: Se establezca una pensión alimenticia idónea a favor del alimentista.

b) *En fecha posterior a la emisión de sentencia;* en el supuesto caso, que habiéndose ya expedido una sentencia que fijaba el monto de una pensión alimenticia, esta fuera fijada en una determinada moneda que si bien en ese momento se encontraba vigente, al momento de que se pretenda la ejecución de la sentencia, otra moneda es la que está vigente. En este caso, a pesar de que el proceso ya cuenta con una sentencia consentida o ejecutoriada se permite la actualización del valor de la pensión fijada en sentencia.

Es necesario destacar, que estas actualizaciones del valor de la sentencia no afecta las pensiones alimenticias ya pagadas, ¿qué quiere decir esto? Que, si se realiza una actualización del valor en el mes de agosto, estas no afectarán las pensiones

ya abonadas en el mes de enero en otra moneda distinta a la que en estos momentos, como consecuencia de la actualización realizada, se encuentra expresada el monto de la pensión alimenticia fijada a cargo del demandado.

Finalmente, no debe olvidarse que estas actualizaciones deben siempre respetar el criterio de las necesidades existentes de los alimentistas así como las capacidades económicas del obligado a efectos de evitar que se generen actos injustos que perjudiquen a cualquiera de las partes interesadas, debiendo tenerse en cuenta en el momento de la actualización lo que señala Eduardo ZANNONI al señalar que "la cuota alimentaria, fijada judicialmente, deber tener en cuenta la condición y fortuna de los miembros de la familia, así como las tareas y roles que respectivamente la madre y el padre desempeñan dentro de ella (BOSSERT, ZANNONI, 1989: p. 431).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAMPANA VALDERRAMA, Manuel María (2003): *Derecho y obligación alimentaria.* Lima: Jurista Editores; BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia.* Lima: Editorial San Marcos.

Artículo 568 | **Liquidación**

Concluido el proceso, sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el secretario de juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el juez resolverá. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Las que se devenguen posteriormente, se pagarán por adelantado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 372, 675.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

El cálculo del monto exacto de las pensiones no pagadas, más conocidas como devengadas, por parte del demandado, en estos últimos tiempos, se ha convertido en una de las partes más esperadas del proceso judicial, debido a que sin importar el monto que se haya señalado en sentencia, se pretenderá reclamar toda la suma de dinero que el obligado no ha venido aportando oportunamente, desencadenando la conformación de sumas de dinero relativamente altas que pueden ser aprovechadas por el alimentista, quien inclusive, gracias a la aprobación de la liquidación, podrá adoptar una serie de medidas incluyendo como ya lo hemos visto, acudir a la vía penal, para lograr el cobro de las pensiones pendientes de pago.

Mediante el presente comentario analizaremos específicamente la forma cómo se debe realizar este cálculo a efectos de que sea comprendido por el lector, le facilite el camino de la ejecución de la sentencia obtenida del marco del proceso de fijación de una pensión alimenticia.

2. LA PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN DE PENSIONES DEVENGADAS DE LAS PARTES

Dentro del proceso judicial de fijación de la prestación alimenticia, existen dos posibilidades: que el obligado sea un trabajador dependiente o sea un trabajador independiente.

En el caso que sea dependiente es mucho más sencillo el cobro de las pensiones mensuales en forma oportuna, pues lo único que debió realizarse era la

solicitud de una retención mensual que permitiría que mes a mes se perciba la pensión alimenticia, por lo que el obligado siempre se encontraría al día en el pago de las pensiones a su cargo.

Distinto es el caso de aquel trabajador independiente, pues no se encuentra en una planilla que permita una sencilla retención de sus ingresos para beneficio del alimentista, por lo que la liquidación de pensiones devengadas que se genere, puede considerar varios meses pendientes de pago.

Ante esta particular situación, el alimentista o su representante deberá mediante un escrito presentado al juzgado, su propuesta de liquidaciones no pagadas durante los meses transcurrido, precisando en su liquidación, la multiplicación del monto fijado como pensión alimenticia por los meses en que considera no ha recibido dicha pensión.

Esta propuesta será puesta en conocimiento de la parte obligada por el plazo de tres días hábiles y, posteriormente, los agentes de administración de justicia emitirán su opinión al respecto de la propuesta presentada.

Es necesario señalar que la propuesta, debe señalar expresamente y en forma clara, el periodo de tiempo que se está considerando, porque será este el que será observado al momento de los agentes de administración de justicia procedan a resolver.

3. DE LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA QUE REALIZAN LA LIQUIDACIÓN DE PENSIONES DEVENGADAS

Luego de presentada la liquidación de pensiones por la parte interesada y con o sin la observación que pueda haber realizado el obligado a brindar los alimentos, los agentes de administración de justicia proceden analizar la propuesta de la pensiones no pagadas y ellos mismos, analizando el periodo de tiempo liquidado, realizan su propia liquidación teniendo en cuenta las pensiones no pagadas más los intereses que puedan haberse generado como consecuencia del no pago a través del tiempo.

Ante este procedimiento, surge la interrogante, ¿quiénes son estos agentes de la administración de justicia? Pueden ser los siguientes:

a) El secretario o especialista legal del juzgado.

b) El perito contable del área de apoyo del poder judicial.

En el caso de que sea el secretario o especialista legal del juzgado –que es el supuesto que nos señala el artículo materia de comentario–, el expediente que es tramitado, siempre se encontrará dentro del juzgado y no se necesitará de su remisión a otra sede.

Sin embargo, en el supuesto de que la liquidación sea realizada un perito contable de apoyo, el expediente será remitido al área de pericias del poder judicial, con la finalidad de que proceda a realizarse la liquidación y una vez efectuada, se proceda a devolver el expediente al juzgado.

Sin importar que agente de la administración realice la liquidación, esta será colocada en conocimiento de las partes para que en el plazo de tres días, procedan a precisar si se encuentran conformes o no con la liquidación realizada. Con o sin su absolución, el juez procederá a resolver finalmente la aprobación de un determinado monto como pensiones alimenticias no pagadas.

4. FECHA DESDE QUE SE INICIA EL CÓMPUTO DE LAS PENSIONES DEVENGADAS

Debe tenerse en cuenta, que el proceso judicial de fijación de pensiones alimenticias, posee una particularidad especial: La sentencia expedida tiene vigencia no desde el momento de su emisión, sino inclusive desde la fecha en que la demanda de alimentos fue notificada al obligado.

Por lo que como sugerencia a los lectores, deberá lograrse una rápida notificación de la demanda al obligado a efectos de que el periodo desde que sea exigible la pensión alimenticia sea mayor beneficiándose de esta manera al alimentista.

Esta situación no se aplica en países como Argentina, que inclusive de acuerdo a lo señalado Eduardo ZANONI, se busca qué pensión tenga vigencia lo antes posible, por ese motivo es que "la sentencia señala que la pensión fijada se abone en meses anticipados y además comienza a correr desde la interposición de la demanda" (BOSSERT, ZANNONI, 1989: pp. 40-41).

5. LA PARTICULARIDAD DEL PAGO ADELANTADO DE LAS PENSIONES DEVENGADAS POSTERIORES

Otro punto importante que debe ser considerado por las partes, es lo referente a los efectos de los pagos parciales que realice el obligado. Para que se nos comprenda mejor, brindaremos el siguiente ejemplo: piénsese en el caso de que el periodo comprendido entre enero y agosto de 2015, se haya aprobado una liquidación de pensiones devengadas e intereses por un total de S/ 4,000.00 (cuatro mil

con 00/100 soles). En el supuesto caso en el que el demandado realice un pago ascendente a dos meses de pensiones en el mes de octubre, de conformidad con el artículo materia de comentario, este pago será imputado a los meses de setiembre y octubre que han transcurrido, no imputándose al pago de las pensiones devengadas no pagadas.

En consecuencia, si el obligado desea ir pagando por partes la liquidación ya aprobada, deberá en forma mensual seguir pagando las pensiones a su cargo y realizar un pago adicional que será considerado como parte de pago de la deuda generada por la liquidación de pensiones aprobadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2003): *Filiación y patria potestad. En la doctrina y jurisprudencia.* Lima: Gaceta Jurídica; CAMPANA VALDERRAMA, Manuel María (2013): *Derecho y obligación alimentaria.* 2ª ed. Lima: Jurista Editores.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es nula la liquidación de pensiones devengadas tomando como referencia el tipo de cambio del dólar. El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta ni en cantidad diferente. Debe practicarse la liquidación conforme a los criterios fijados por el Banco Central de Reserva del Perú ***(Exp. N° 2205-1998-Lima)***.

Artículo 569 | Demanda infundada

Si la sentencia es revocada declarándose infundada total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 567, 568.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

El alimentista es la parte más interesada de que un proceso judicial donde se va a fijar el monto de la pensión alimenticia a su favor, llegue a un muy buen puerto y se logré fijar una pensión alimenticia que permita satisfacer sus necesidades o al menos las más urgentes.

Pero más allá del interés que pueda tener el alimentista, debe comprenderse que debe plantear su demanda ante el Poder Judicial en forma debida a efectos de evitar complicaciones en su tramitación y que al final del proceso, lo que se haya ganado con esfuerzo, sea posteriormente materia de devolución a su cargo.

Ante esta terrible y posible situación, deberá tenerse en claro los presupuestos para interponer la demanda de alimentos y evitar futuros contratiempos que perjudiquen notablemente al alimentista.

2. DECISIONES POSIBLES DEL JUEZ AL MOMENTO DE SENTENCIAR

Cuando evalúa una demanda que pretende que se fije una pensión alimenticia y todo lo acontecido durante su tramitación, el juez podrá tener una visión más clara de la situación familiar que rodea el proceso, analizando situaciones inclusive extralegales para tener una mejor convicción respecto del caso que tiene en su despacho.

Una vez analizado el panorama global, el juez podrá emitir sentencia, en tres sentidos con efectos totalmente distintos:

a) *Declarar fundada la demanda;* cuando observando la existencia de una relación jurídica procesal válida, aprecia además que existe razón ya sea total o en parte, en lo peticionado por el alimentista.

b) *Declarar infundada la demanda;* cuando a pesar de la existencia de una relación jurídica procesal válida, aprecia que no existe razón ya sea total o en parte, en lo peticionado por el alimentista.

c) *Declarar improcedente la demanda;* cuando el juez observa que la aparente existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, en realidad no existe conforme se logró acreditar en el proceso.

Si bien es cierto, en los casos de prestación alimentaria, no es tan usual encontrar una demanda sentencia que declare inundada o improcedente lo que se solicita, sí existe la posibilidad de que sea emitida una sentencia en este sentido, lo cual generará una obligación a cargo del alimentista que ya haya venido percibiendo un dinero como "pensión alimenticia" por parte del supuesto obligado.

3. DE LA NECESIDAD DE DEVOLUCIÓN DEL DINERO PERCIBIDO INJUSTAMENTE

El artículo materia de comentario, precisamente se avoca a señalar la necesidad de la devolución del dinero percibido por un "alimentista" cuya demanda haya sido declarada infundada o improcedente por el juez al momento de sentenciar. Esto con la finalidad de evitar injustos legales que perjudiquen indebidamente al demandado.

4. DE LOS INTERESES GENERADOS

Deberá tenerse en cuenta, que el efecto que ocasionaba el transcurso del tiempo por las pensiones no pagadas, es el mismo que se ocasiona sobre el monto de las pensiones alimenticias que deberá ser devuelto por parte del supuesto alimentista, quien también deberá cubrir el pago de los intereses que se pueden haber generado por el transcurso del tiempo computado desde que percibió el monto de las pensiones hasta la fecha exacta de su devolución.

5. ASPECTOS BÁSICOS A TENER EN CUENTA PARA INTERPONER UNA DEMANDA DE ALIMENTOS

Con la finalidad de evitar que las demandas interpuestas sean declaradas infundadas o improcedentes y se tenga que pasar por el terrible momento de la devolución de las pensiones recibidas, es necesario tener en claro unas precisiones básicas sobre este proceso que anteriormente hemos mencionado.

Conforme lo señala el CC en su artículo 474, se deben alimentos en forma recíproca: los cónyuges, los ascendientes y descendientes y, finalmente los hermanos.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes, el cual por razones de especialidad regula lo que debe tenerse en cuenta para el caso de alimentos a favor de un menor y adolescente, señala en su artículo 93, que si bien los padres tienen ambos el deber de otorgar alimentos para sus hijos, esta obligación, en caso de ausencia o desconocimiento del paradero de los padres, podría ser asumida por los hermanos mayores edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado u otros responsables del niño y del adolescente.

Los artículos precisados estrictamente señalan que los miembros de la familia son las que se deben alimentos entre sí. Sin embargo, existe un artículo específico que otorga alimentos aquella persona que sin encontrarse dentro del concepto de familia compartido, la ley le reconoce el derecho de percibir alimentos.

Hacemos referencia al artículo 415 del CC, el cual trata de la figura jurídica del hijo alimentista, mediante el cual nuestro ordenamiento reconoce la posibilidad de que se otorgue una pensión alimenticia a favor de aquel menor nacido como producto de posibles relaciones sexuales entre su madre y el obligado a otorgarlos (Del Águila, 2015: pp. 38-41).

Por otro lado, debe observarse las precisiones que realizó la Corte Suprema en la Casación N° 1371-1996-Huánuco, al expresar que "son tres las condiciones para la exigibilidad de alimentos: Estado de necesidad del solicitante, posibilidad económica del obligado a prestarlos y existencia de norma legal que establezca la obligación (...)" (Del Águila, 2015: p. 43).

Analizando lo señalado en la citada casación, en primer lugar debemos precisar que el citado "estado de necesidad del solicitante y la posibilidad económica del obligado a prestarlos" son elementos que nuestro CC, en su artículo 481, considera como elementos de evaluación para determinar el monto de la pensión alimenticia por fijarse.

Por su parte, la condición señalada por la citada casación referida a "la existencia de norma legal que establezca la obligación", va precisamente dirigida a amparar todas aquellas situaciones que han sido recogidas por la norma que son precisamente las que hemos mencionado el iniciar este punto de nuestro comentario.

Esperamos se tenga en cuenta lo señalado para evitar un perjuicio mayor al alimentista quien necesitando de un dinero para sobrevivir, luego pueda que se convierta en un deudor que deba otorgar un dinero que no tiene a otra persona.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Del Águila Llanos, Juan Carlos (2015): *Guía práctica de derecho de alimentos*. Lima: Ubilex Asesores.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2011): *La familia en el Código Civil peruano.* Lima: Ediciones Legales; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2000): *Derecho de Familia. Un nuevo enfoque en el estudio del Derecho de Familia.* 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien los cónyuges se deben alimentos recíprocamente, también es que para la procedencia de la demanda de alimentos debe acreditarse las necesidades de quien los pide. Si la parte actora no ha aportado ningún elemento de juicio que pruebe la necesidad para ser acudida alimentariamente por su cónyuge no procede amparar la demanda de alimentos ***(Exp. Nº 984-1993-Lima).***

Artículo 570 | Prorrateo

Cuando se demanda el prorrateo de alimentos, corresponde conocer del proceso al juez que realizó el primer emplazamiento. Mientras se tramita el proceso de prorrateo, el juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada.

CONCORDANCIA:
C.N.A. art. 95; LEY 28439 arts. 1 y ss.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

La realidad de las familias es realmente complicada hoy en día. El mundo nos lleva a ver lo que no es correcto como algo normal y tergiversa el real concepto de familia para vincularla netamente a relaciones que surgen como consecuencia de un vínculo sanguíneo, no existiendo mayor nexo entre las personas que la propia sangre.

Así tenemos el caso de padres que si bien tiene tal calidad por haber tenido una relación sexual con la madre, solo albergan una relación biológica con sus menores hijos, pero no existe un mayor contacto entre ellos y los menores. Observamos los casos en los que un hombre es padre de diversos hijos concebidos por diversas mujeres que no se conocen entre ellas y que luego descubrir esta triste realidad se ven en la necesidad de pretender salvaguardar los intereses de sus menores hijos en perjuicio de los otros hijos del padre, que ninguna culpa tienen de los errores de estos.

La situación planteada ocasionó que en múltiples ocasiones un solo padre, sea demandado por diversas madres con las que concibió hijos y, por tanto, tenga a su cargo, la obligación de otorgar una pensión alimenticia que supera lo que la ley permite en el artículo 648 del CPC, que es el sesenta por ciento del total de los ingresos del obligado.

Ante esta situación, surge la interrogante, ¿qué puede efectuar aquella madre que si bien contaba con una pensión alimenticia fijada a favor de su menor hijo, no puede ejecutarla porque ya preexiste una pensión alimenticia fijada también a favor de otro menor y a cargo del mismo obligado lo cual provoca se supere el sesenta por ciento de los ingresos de este? ¿Qué puede hacer aquel hombre que si bien desea cumplir con las pensiones alimenticias a su cargo, observa que se está afectando el cuarenta por ciento de sus ingresos que es intocable por ley? El artículo materia de comentario nos brinda la respuesta.

2. EL PRORRATEO DE ALIMENTOS

La demanda de prorrateo de alimentos tiene por objetivo esencial el salvaguardar la integridad de los alimentistas, garantizando que todos perciban una pensión alimenticia idónea que les permita subsistir conforme a las posibilidades de los padres.

Si bien en forma indirecta salvaguardan la integridad del obligado a prestar los alimentos, en realidad el objetivo principal son y serán siempre los alimentistas.

Precisamente por esta finalidad es que en la demanda de prorrateo se emplaza a todos los interesados y afectados. Así tenemos por ejemplo, que si existen dos menores hijos concebidos por el obligado con dos mujeres distintas, ambas serán emplazadas y el obligado justificará el por qué de la necesidad del prorrateo. Similar situación acontecerá en el caso de que sea una de las madres la que luego de contar de una pensión alimenticia fijada y darse cuenta que no la puede ejecutar al existir una pensión alimenticia previamente fijada a cargo del demandado y procede a interponer esta demanda para que las pensiones alimenticias sean adecuadas de tal manera que en el caso concreto, se fije 30 % de los ingresos para cada uno de los alimentistas.

No es muy empleada esta demanda a nivel judicial, sin embargo, es de gran utilidad cuando es empleada en forma debida.

3. EL JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER EL PROCESO DE PRORRATEO

Atendiendo a que partimos de la premisa que deben existir como mínimo dos pensiones alimenticias establecidas a nivel judicial a cargo del obligado, una de ellas debió haberse generado con anterioridad a la otra o al menos, la notificación de la demanda que exigía la fijación de una de ellas, debió haber sido recibida por el obligado con anterioridad a la otra. Precisamente este hecho es trascendental para fijar la competencia del juez.

La norma materia de comentario nos señala que el juez competente será aquel que realizó el primer emplazamiento, lo cual quiere decir, que el primer juez que notificó una de las demandas de alimentos que provocó la fijación posterior de una de las pensiones alimenticias, será el competente para observar la demanda de prorrateo de alimentos que se interponga.

No tendrá importancia el domicilio de los alimentistas para determinar el juez competente, sino que este ya se encuentra especialmente fijado por el tiempo de la primera notificación de cualquiera de las demandas que determinaron la fijación de las pensiones actualmente a cargo del obligado.

4. DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES SOBRE PRORRATEO

En los casos de fijación del monto de la pensión alimenticia, existen medidas cautelares que permiten asegurar el cumplimiento de la sentencia futura o que en todo caso, permiten que esta se ejecute en forma anticipada para garantizar la vida de los alimentistas, que como lo hemos precisado, es el objetivo principal en los casos referentes a prestaciones alimentarias.

Similar situación es la acontecida en los casos de prorrateo de alimentos, pues la necesidad de los alimentistas de que se resuelva el conflicto es realmente importante para sus vidas. Imagínese el caso de que un menor alimentista cuente en documentos con una pensión alimenticia, pero por limitación legal no pueda ejecutar su pensión debido a que se perjudicaría el 40 % de los ingresos de su padre, que como hemos visto es intocable; sencillamente los alimentistas se verán perjudicados.

Precisamente, teniendo en cuenta la realidad citada, el artículo materia de comentario señala la posibilidad de exigir al juez que mientras dure el proceso, pueda establecer modificaciones en las pensiones previamente establecidas a cargo del obligado, a efectos de permitir que los menores alimentistas no se vean perjudicados y de esa manera pueda garantizarse el cubrimiento de sus necesidades conforme corresponde. Negar la posibilidad de estas medidas o la improcedencia de estas, generará un profundo e irreparable daño en los alimentistas.

Sin perjuicio de la posibilidad brindada por la norma, debe tener en cuenta el juez que aún el proceso se encuentra en etapa de previa a la sentencia, por lo que debe ser prudente en las medidas provisionales que adopte. Así también lo resalta Alex PLÁCIDO que al señalar sobre la medida de asignación anticipada, destaca que "en caso de que esta sea fijada cuando todavía no se han probado acabadamente los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentista, la cuota de ser tan moderada como las circunstancias que lo aconsejen" (PLÁCIDO, 2000: p. 356).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2000): *Derecho de Familia. Un nuevo enfoque en el estudio del Derecho de Familia.* Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PELÁEZ BARDALES, Mariano (2010): *El proceso cautelar. Las medidas cautelares en el proceso civil y penal,* 3ª ed. Lima: Grijley; GONZÁLEZ FUENTES, Cecilia (2007): *El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.* Lima: Poder Judicial.

Artículo 571 Aplicación extensiva

Las normas de este subcapítulo son aplicables a los procesos de aumento, reducción, cambio en la forma de prestarla, prorrateo, exoneración y extinción de pensión de alimentos, en cuanto sean pertinentes.

CONCORDANCIAS:
C.C. art. 482; C.P.C. art. 570; LEY 28439 arts. 1 y ss.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Los diferentes artículos del CPC se encuentran debidamente ordenados y sistematizados de acuerdo a la situación que pretenden regular, con la finalidad de que la sociedad pueda comprender los fines de la normativa y poder autorregular sus conductas conforme a lo que el común de las personas acepta como ideal.

Precisamente, lo que señalamos también sucede en el caso de los diferentes artículos del CPC que regulan lo que debe acontecer sobre los diversos casos que tratan acerca de la fijación o temas cercanos a la fijación del monto y cumplimiento de la pensión alimenticia que sea fijada entre los cónyuges o frente a los hijos.

Así tenemos que si se observa los diferentes artículos que hemos venido comentando, encontrarán una íntegra relación entre ellos así como una complementación que deberá ser analizada y aplicada en forma sistemática para bienestar de los asesorados que se encuentren en conflicto.

En el presente comentario analizaremos esta "visión sistemática" de las normas a los diferentes casos que tratan sobre la fijación y modificación del monto o la forma de entrega de la pensión alimenticia fijada mediante sentencia judicial o por medio de un acuerdo conciliatorio.

2. AUMENTO DE PENSIÓN ALIMENTICIA

En referencia a la modificación de las pensiones fijadas en los procesos de alimentos, se señala que las sentencias que se emiten en los procesos de alimentos, siempre están sujetas a variación, pues si las necesidades del alimentista varían es una de las razones por la que podrían aumentar o disminuir. Por ejemplo, si el niño estudió en un colegio público pero luego ingresó a una universidad privada y no obtiene una beca, el monto podría incrementarse. Otras de las razones por las que se puede afectar el monto de la pensión de alimentos surge cuando varían

las posibilidades del que debe prestarlos, es decir, los ingresos del deudor alimentario se ven afectados de una u otra forma, por lo que no se encuentra en la posibilidad de continuar pagando la obligación alimentaria (BELTRÁN, 2010: p. 27).

Con la finalidad de acceder al ansiado aumento de las pensión alimenticia previamente fijada se debe tener en cuenta los siguientes presupuestos básicos que deben ser acreditados, pues caso contrario, no se podrá obtener una sentencia que acceda a lo pretendido o inclusive, se declarará la improcedencia de la demanda no existir conexión lógica entre los hechos plasmados y lo pretendido.

Estos presupuestos legales son los siguientes:

a) *Monto de pensión alimenticia previamente fijada:* el pretender el aumento de una pensión alimenticia, tiene su fundamento precedente en el hecho que previamente esta ya ha sido fijado por cualquiera de las vías legales permitidas: Conciliación extrajudicial o sentencia judicial.

   Esta pensión alimenticia previamente fijada es la que precisamente la que se pretende ser variada para interés de aquel beneficiado con el pago de la pensión; sin su existencia, cualquier interés de aumento sería improcedente.

   Precisamente por las razones expuestas es que como primer punto conclusivo a tener en cuenta para el lector, señalamos lo siguiente:

   > Si uno de los padres viene abonando mensualmente por voluntad propia una determinada suma de dinero como pensión alimenticia –y decimos en forma voluntaria porque no existe un acuerdo plasmado en una conciliación judicial o una decisión judicial que así lo coaccione– y se desea que este aporte un mayor por concepto de pensión alimentaria, para lograrlo deberá realizarse una conciliación para recién fijar una pensión alimenticia en el monto que se necesite o en todo caso interponer una demanda para pretender la fijación de una pensión alimenticia. No será procedente –y lo resaltamos, no será procedente– que se tenga como pretensión el aumento del monto de una pensión alimenticia debido a que esta aún no ha sido previamente fijada.

b) *Las necesidades de aquel que se beneficia con la pensión alimenticia han aumentado:* atendiendo al presupuesto básico de la preexistencia de una pensión alimenticia fijada, puede comprenderse por una cuestión lógica que las necesidades del alimentista existen, ya que en caso de estas no existieran no podía haberse fijado previamente la pensión alimenticia.

   Por el motivo indicado, es que cuando se pretenda el aumento de la pensión alimenticia, deberá acreditarse que la realidad del alimentista varió

de tal manera, que las necesidades existentes desde el momento que se determinó la pensión alimenticia previamente fijada, han aumentado.

A efectos de que se comprenda lo indicado, presentamos el siguiente cuadro como ejemplo:

Fecha de fijación de pensión	Edad del alimentista	Necesidades del alimentista	Monto de pensión que se fijó
2002	2 años	a. Comida b. Vivienda c. Salud	S/ 300.00
2014 (Se pretende el aumento de la pensión)	14 años	a. Comida b. Vivienda c. Salud d. Educación e. Recreación	Nuevo monto de la pensión alimenticia deberá ser superior atendiendo a que las necesidades del alimentista han aumentado notablemente, debido a que por su crecimiento requerirá de nuevas necesidades a ser satisfechas.

Como se desprende del ejemplo, las necesidades existentes en el año 2014 han aumentado notablemente por el solo hecho que el transcurso del tiempo ha generado el crecimiento del alimentista y con ello el de sus necesidades por cubrir, lo cual implicará la necesidad de aumentar la pensión alimenticia.

Entonces, la segunda reflexión que debe quedar clara es que debe acreditarse que las necesidades del alimentista han aumentado a que sea procedente la solicitud de aumento de la pensión alimenticia previamente fijada.

c) *Las capacidades económicas de aquel obligado a otorgar la pensión alimenticia han aumentado:* la realidad económica del obligado a otorgar la pensión alimenticia previamente fijada, es otro de los puntos a ser evaluados al momento de verificar la posibilidad del aumento del monto de la pensión. Es vital este análisis debido a que como se es de conocimiento, por concepto de pensiones alimentarias, solo se le puede requerir al obligado, un máximo de un sesenta por ciento (60 %) de sus ingresos, por lo que si estos aumentan, podrá un monto mayor de sus ingresos, ser afectado para que sea entendido como parte de la pensión alimentaria.

Es necesario precisar que en la mayoría de casos, los ingresos de una persona tienden a aumentar debido a que los conocimientos en la labor que desarrolla dentro del mercado laboral, se perfeccionan con el tiempo y, por lo tanto, le permiten obtener mayores ingresos, por ello, es que es muy probable acreditar los presupuestos para lograr el aumento de la pensión alimenticia.

Entonces, tercera reflexión que debe quedar clara es: debe acreditarse que el aumento de la capacidad económica del obligado a prestar alimentos a efectos de que sea procedente la solicitud de aumento de la pensión alimenticia previamente fijada.

3. REDUCCIÓN DE PENSIÓN ALIMENTICIA

Este proceso tiene por finalidad distinta que el obligado a brindar la obligación alimentaria ya no tenga el deber de realizar el pago mensual de obligación en un monto anteriormente señalado, sino en otro mucho menor.

Entre las principales características de este proceso judicial, podemos señalar a los siguientes:

- Este proceso es interpuesto por el que anteriormente fuera demandado en el proceso de alimentos o al que se haya obligado voluntariamente mediante una conciliación previamente realizada.
- El demandado en este proceso, será aquel beneficiado con la pensión alimenticia fijada anteriormente judicialmente o por vía de conciliación.
- El demandante debe encontrarse al día en el pago de las pensiones alimenticias, de conformidad con lo establecido en el artículo 565-A del CPC anteriormente analizado.
- Al igual que para el caso de aumento de pensión alimentaria, la sentencia que fijó la pensión alimenticia que se pretende modificar debe encontrarse consentida o ejecutoriada para que pueda ser posteriormente modificada en otro proceso judicial.

Con la finalidad de acceder a la reducción de la pensión alimenticia previamente fijada se debe tener en cuenta los siguientes presupuestos básicos que deben ser acreditados, pues caso contrario, no se podrá obtener una sentencia que acceda a lo pretendido o inclusive, se declarará la improcedencia de la demanda no existir conexión lógica entre los hechos plasmados y lo pretendido.

Estos presupuestos legales son los siguientes:

a) *Monto de pensión alimenticia previamente fijada:* el pretender la reducción de una pensión alimenticia tiene su fundamento precedente en el hecho que previamente esta ya ha sido fijado por cualquiera de las vías legales permitidas: Conciliación extrajudicial o sentencia judicial.

Precisamente por las razones expuestas es que como primer punto conclusivo a tener en cuenta para el lector, señalamos lo siguiente: si uno de los padres viene abonando mensualmente por voluntad propia una determinada suma de dinero como pensión alimenticia –y decimos en forma voluntaria porque no existe un acuerdo plasmado en una conciliación judicial o una decisión judicial que así lo coaccione– no será procedente que se tenga como pretensión la reducción del monto de una pensión alimenticia debido a que esta aún no ha sido previamente fijada.

b) *Las necesidades de aquel que se beneficia con la pensión alimenticia han disminuido:* atendiendo al presupuesto básico de la preexistencia de una pensión alimenticia fijada, puede comprenderse por una cuestión lógica que las necesidades del alimentista existen, ya que en caso de estas no existieran no podía haberse fijado previamente la pensión alimenticia.

Por el motivo indicado, es que cuando se pretenda la reducción de la pensión alimenticia, deberá acreditarse que la realidad del alimentista varió de tal manera, que las necesidades existentes desde el momento que se determinó la pensión alimenticia previamente fijada, han disminuido.

A efectos de que se comprenda lo indicado, presentamos el siguiente cuadro como ejemplo:

Fecha de fijación de pensión	Edad del alimentista	Necesidades del alimentista	Monto de pensión que se fijó
2002	16 años (Se encontraba estudiando en el colegio)	a. Comida b. Vivienda c. Salud d. Educación e. Recreación	S/ 500.00
2003 (Se pretende la reducción de la pensión)	17 años (Ya terminó el colegio y no piensa estudiar sino solo trabajar)	a. Comida b. Vivienda c. Salud d. Recreación	Nuevo monto de la pensión alimenticia deberá ser inferior atendiendo a que el menor a pesar de la posibilidad de apoyo no desea estudiar sino que inclusive se encuentra ya trabajando.

Como se desprende del ejemplo, las necesidades existentes en el año 2003 han disminuido al ya no estar estudiando el menor alimentista e inclusive este se encuentra trabajando contando con propios ingresos y con ello sus necesidades por cubrir han disminuido, lo cual implicará la posibilidad de disminuir la pensión alimenticia.

Entonces, la segunda reflexión que debe quedar clara es debe acreditarse que las necesidades del alimentista han disminuido para que sea procedente la solicitud de reducción de la pensión alimenticia previamente fijada.

c) *Las capacidades económicas de aquel obligado a otorgar la pensión alimenticia han disminuido:* la realidad económica del obligado a otorgar la pensión alimenticia previamente fijada, es otro de los puntos a ser evaluados al momento de verificar la posibilidad de la reducción del monto de la pensión.

Esta reducción de la capacidad económica del obligado a brindar la pensión alimenticia puede acreditarse mediante las siguientes situaciones:

- El nacimiento de nuevos hijos del obligado a prestar los alimentos, que requieren una similar protección que el alimentista que ya contaba con una pensión alimenticia previamente fijada.
- El actual estado de desempleado del obligado a prestar alimentos, estado laboral que no tenía cuando se fijó la pensión alimenticia previa.

Por lo tanto, debe acreditarse que la disminución de la capacidad económica del obligado a prestar alimentos a efectos de que sea procedente la solicitud de reducción de la pensión alimenticia previamente fijada.

4. CAMBIO EN LA FORMA DE PRESTAR LOS ALIMENTOS

A efectos de un mejor entendimiento de los fines de este proceso judicial, precisaremos los diferentes casos que puedan motivar el interponer la presente demanda:

- El obligado a brindar una pensión alimenticia o el beneficiado con esta, desea que la pensión alimenticia que se había fijado en un monto fijo, sea fijada en porcentaje.
- El obligado a brindar una pensión alimenticia o el beneficiado con esta, desea que la pensión alimenticia que se había fijado se había fijado en porcentaje, ahora sea en monto fijo.
- El obligado a brindar una pensión alimenticia, desea que la pensión alimenticia que se le había fijado a su cargo, sea abonada en parte en dinero y en parte en especies.

- El obligado a brindar una pensión alimenticia, desea que la pensión alimenticia que se le había fijado a su cargo, sea abonada ya no en dinero, sino solo en especies.

Las normas que hemos analizado, también serán aplicables a este proceso y el juez deberá analizar la necesidad de este cambio, observando lo mejor, no para el solicitante, sino para el beneficiado con el cumplimiento oportuno de la pensión alimenticia.

5. PRORRATEO DE ALIMENTOS

Hemos realizado el estudio del presente proceso cuando nos pronunciamos respecto del artículo 570 del CPC, pero solo resaltaremos, que tiene por objetivo esencial, el salvaguardar la integridad de los alimentistas, garantizando que todos perciban una pensión alimenticia idónea que les permita subsistir conforme a las posibilidades de los padres. Si bien en forma indirecta salvaguardan la integridad del obligado a prestar los alimentos, en realidad el objetivo principal son y serán siempre los alimentistas.

Precisamente por esta finalidad es que en la demanda de prorrateo se emplaza a todos los interesados y afectados. Así tenemos por ejemplo, que si existen dos menores hijos concebidos por el obligado con dos mujeres distintas, ambas serán emplazadas y el obligado justificará el porqué de la necesidad del prorrateo. Similar situación acontecerá en el caso de que sea una de las madres la que luego de contar de una pensión alimenticia fijada y darse cuenta que no la puede ejecutar al existir una pensión alimenticia previamente fijada a cargo del demandado y procede a interponer esta demanda para que las pensiones alimenticias sean adecuadas de tal manera que en el caso concreto, se fije 30 % de los ingresos para cada uno de los alimentistas.

No es muy empleada esta demanda a nivel judicial, sin embargo, es de gran utilidad cuando es empleada en forma debida. Las normas que hemos comentado, también serán aplicadas en el presente proceso.

6. EXONERACIÓN DE ALIMENTOS

Este proceso es similar al proceso de reducción de pensión alimentaria, sin embargo, tiene una finalidad distinta: Que el obligado a brindar la obligación alimentaria ya no tenga el deber de realizar el pago mensual de obligación alimentaria a su cargo.

Entre las principales características de este proceso judicial, podemos señalar a los siguientes:

- Este proceso es interpuesto por el que anteriormente fuera demandado en el proceso de alimentos.
- El demandado en este proceso será aquel beneficiado con la pensión alimenticia fijada anteriormente judicialmente o por vía de conciliación.
- El demandante debe encontrarse al día en el pago de las pensiones alimenticias, de conformidad con lo establecido en el artículo 565-A del CPC.
- Al igual que para el caso de aumento de pensión alimentaria y de reducción de pensión alimenticia, la sentencia que fijó la pensión alimenticia que se pretende modificar debe encontrarse consentida o ejecutoriada para que pueda ser posteriormente modificada en otro proceso judicial.

Con la finalidad de acceder a la exoneración de la pensión alimenticia previamente fijada se debe tener en cuenta los siguientes presupuestos básicos que deben ser acreditados, pues caso contrario, no se podrá obtener una sentencia que acceda a lo pretendido o inclusive, se declarará la improcedencia de la demanda no existir conexión lógica entre los hechos plasmados y lo pretendido.

Estos presupuestos legales son los siguientes:

a) *Monto de pensión alimenticia previamente fijada:* el pretender la exoneración de una pensión alimenticia, tiene su fundamento precedente en el hecho de que previamente esta ya ha sido fijado por cualquiera de las vías legales permitidas: conciliación extrajudicial o sentencia judicial.

   Esta pensión alimenticia previamente fijada es la que precisamente la que se pretende ser variada; sin su existencia, cualquier interés de exoneración sería improcedente.

   Precisamente por las razones expuestas es que como primer punto conclusivo a tener en cuenta para el lector, señalamos lo siguiente: si uno de los padres viene abonando mensualmente por voluntad propia una determinada suma de dinero como pensión alimenticia –y decimos en forma voluntaria porque no existe un acuerdo plasmado en una conciliación judicial o una decisión judicial que así lo coaccione– no será procedente que se tenga como pretensión la exoneración del pago del monto de una pensión alimenticia debido a que esta aún no ha sido previamente fijada.

b) *Las necesidades de aquel que se beneficia con la pensión alimenticia han desaparecido*: atendiendo al presupuesto básico de la preexistencia de una pensión alimenticia fijada, puede comprenderse por una cuestión lógica que las necesidades del alimentista existen, ya que en caso de estas no existieran no podía haberse fijado previamente la pensión alimenticia.

Por el motivo indicado, es que cuando se pretenda la exoneración de la pensión alimenticia, deberá acreditarse que la realidad del alimentista varió de tal manera, que las necesidades existentes desde el momento que se determinó la pensión alimenticia previamente fijada, han dejado de existir o en todo caso, ya pueden ser cubiertas por el propio alimentista.

A efectos de que se comprenda lo indicado, presentamos el siguiente cuadro como ejemplo:

Fecha de fijación de pensión	Edad del alimentista	Necesidades del alimentista	Monto de pensión que se fijó
2003	17 años (Se encontraba estudiando en el colegio)	a. Comida b. Vivienda c. Salud d. Educación e. Recreación	S/ 500.00
2006 (Se pretende la exoneración de la pensión)	20 años (Si bien está estudiando está también trabajando cubriendo todas sus necesidades)	a. Comida b. Vivienda c. Salud d. Recreación	El alimentista ya se encuentra en capacidad económica de cubrir –en caso de no ser la totalidad– gran parte de sus necesidades, por lo que no será necesaria una pensión alimenticia.

Como se desprende del ejemplo, las necesidades existentes en el año 2006 han disminuido al ya no estar estudiando el menor alimentista e inclusive este se encuentra trabajando contando con propios ingresos y puede cubrir sus necesidades, obteniendo mayores ingresos mes a mes como producto de su perfeccionamiento en sus estudios, lo cual implicará la posibilidad de exonerarse del pago de la pensión alimenticia.

Entonces, la segunda reflexión que debe quedar clara es: debe acreditarse que las necesidades del alimentista han desaparecido para que sea procedente la solicitud de exoneración de la pensión alimenticia previamente fijada.

c) *Las capacidades económicas de aquel obligado a otorgar la pensión alimenticia han disminuido de tal forma que cumplir con la obligación alimentaria podría ocasionar daños a su propia subsistencia:* la realidad económica del obligado a otorgar la pensión alimenticia previamente fijada, es otro de los puntos a ser evaluados al momento de verificar la posibilidad de la reducción del monto de la pensión.

Esta reducción de la capacidad económica del obligado a brindar la pensión alimenticia puede acreditarse mediante las siguientes situaciones:

- El nacimiento de nuevos hijos del obligado a prestar los alimentos, que requieren una similar protección que el alimentista que ya contaba con una pensión alimenticia previamente fijada.
- El actual estado de desempleado del obligado a prestar alimentos, estado laboral que no tenía cuando se fijó la pensión alimenticia previa.

La diferencia entre estos presupuestos de los señalados para el caso de la reducción de pensión alimenticia, es que esta disminución de los ingresos del obligado a prestar la pensión alimenticia ocasionará que en caso cumpla con el pago de ella, un grave daño a la subsistencia del propio obligado.

Por lo tanto, debe acreditarse que la disminución de la capacidad económica del obligado a prestar alimentos con este alto grado de consecuencias para su propia vida, a efectos de que sea procedente la solicitud de exoneración de la pensión alimenticia previamente fijada.

7. EXTINCIÓN DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

El presente proceso surge, cuando ya no existe la necesidad de continuar con el abono de la pensión alimenticia a favor del alimentista debido a que acontece situaciones como el fallecimiento del alimentista o el matrimonio del alimentista.

También las normas señaladas se aplican en lo que sea necesario para el presente caso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BELTRÁN PACHECO, Patricia (2010): "Padres buenos... Padres responsables. Sobre la Ley N° 29486 y algo más". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 107. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012): *La familia en el Código Civil peruano*, 3ª ed. Lima: Ediciones Legales; PLÁCIDO, Alex F. (2002): *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque del Derecho de Familia*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 572 | Garantía

Mientras esté vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente, a criterio del juez.

CONCORDANCIA:
C.N.A. art. 137 incs. b), e).

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Las resoluciones judiciales una vez que han quedado consentidas o ejecutoriadas, son expedidas con el objetivo de sean cumplidas a cabalidad y, de esa manera, permitan solucionar el conflicto que generó precisamente la interposición de la demanda que provocó la emisión de las resoluciones.

El caso de las sentencias, la cual sea tal vez, la resolución emitida más importante del proceso judicial, no puede verse excluida de esta necesidad de cumplimiento.

Precisamente el artículo materia de comentario resalta la necesidad de su cumplimiento y el papel realmente importante que asume el juez en hacerla cumplir o garantizar su cumplimiento en beneficio del alimentista que observa en la recepción oportuna de esta pensión, la mejor solución al problema de tener que cubrir sus necesidades.

2. LA NECESIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La diferencia entre la acreencia que ostenta un alimentista frente al obligado de prestar una pensión, es totalmente diferente a la que ostenta un simple acreedor frente aquel que le debe otorgar el pago de una deuda surgida a través de un préstamo.

Lo que venimos mencionado, se observa en la necesidad del cumplimiento de este deber alimentario. Así tenemos que en caso de que el obligado a brindar alimentos, no cumpla con el pago, afectaría gravemente la vida del alimentista, existiendo la posibilidad de ocasionar su muerte ante la imposibilidad de cubrir sus necesidades básicas. En cambio, en el caso de un acreedor de una deuda comercial, en caso de no recibir rápidamente el pago debido, no le afectará gravemente

porque ostenta diversas formas de obtención de ingresos que le permitirían cubrir sus necesidades independientemente si la deuda es cancelada rápida o lentamente.

Existe una solidaridad con la situación del alimentista, que tanto el Estado a través de la fuerza judicial, como lo sociedad entera, intentan protegerlo.

Ana MELLA BALDOVINO resalta precisamente la existencia de la solidaridad, al precisar que "el derecho alimentario constituye una expresión jurídica del principio de solidaridad y asistencia familiar que involucra la satisfacción de las necesidades humanas dentro de un determinado entorno familiar, según la normativa vigente de cada ordenamiento legal" (MELLA, 2013: p. 23).

3. LAS GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO

Los jueces reconocen la situación antes plasmada y por esa razón es que poseen toda la potestad para solicitar al obligado, a que brinde todas las garantías necesarias a efectos de asegurar el cumplimiento de la pensión alimenticia a su cargo. Así también poseen todas las facultades para disponer toda serie de medidas, a solicitud del alimentista, para garantizar el cumplimiento oportuno de la pensión alimenticia fijada en sentencia.

Procederemos a señalar algunas acciones que puede permitir el juez a efectos de asegurar el cumplimiento de la pensión alimenticia por parte del obligado:

- Impedimento de salida del país.
- Embargos en forma de retención de cuentas bancarias a nombre del obligado.
- Embargos en forma de retención del sueldo del obligado.
- Embargo en forma de retención del CTS del obligado.
- Embargo en forma de inscripción de los bienes inmuebles del demandado.
- Embargo en forma de secuestro de los bienes muebles del demandado.

4. GARANTÍAS OTORGADAS POR EL PROPIO OBLIGADO

Sin perjuicio de las medidas coactivas legales que pueda disponer el juez, el obligado puede ofrecer al juez garantías personales que le otorguen la "tranquilidad" necesaria para que comprenda que se verá cumplida la sentencia que fijó una pensión alimenticia a su cargo.

Así tenemos por ejemplo, las siguientes acciones:

- La entrega de una consignación que contenga el pago de cinco meses de pensión alimenticia no a manera de pagos adelantados de los meses siguientes de la pensión, sino a efectos de que el juez los tenga en reserva para los posibles casos de que el obligado se quede sin trabajo temporalmente o en caso de que el obligado desee viajar fuera del país.

  Debe tenerse en cuenta que este pago adelantado es solo a manera de garantía, por lo que mes a mes, el obligado deberá seguir otorgando la pensión alimenticia a su cargo.

- La entrega en custodia de algún bien mueble que sirva como garantía de cumplimiento de la pensión alimenticia.

  Solo quedará a criterio del juez el aceptar las garantías propuestas, por lo que este debe actuar con la prudencia y criterio necesario para proteger al alimentista que observa en el cumplimiento del pago de la pensión la forma de sobrevivir.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MELLA BALDOVINO, Ana Misluka (2013): "El derecho alimentario en las uniones de hecho propias". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 5. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999): *Derecho familiar peruano*, 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; PLÁCIDO, Alex (2002): *Manual de Derecho de Familia. Nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El porcentaje de la compensación por tiempo de servicios del obligado que se embarga en forma de retención, constituye una garantía para el pago de pensiones a futuro. Esta suma constituye una garantía mientras esté vigente la sentencia que ordena la prestación de alimentos, pudiendo el obligado pedir que se traslade a otro bien que a consideración del juzgador sea suficiente para responder de la obligación ***(Exp. N° 1646-1997-Lima)***.

El monto de la indemnización o compensación por tiempo de servicios embargado al obligado a prestar alimentos, sirve tanto para garantizar las futuras pensiones que se devenguen en los casos que se haya dejado de prestar servicios y no se labore o se perciba pensión que no alcance a cubrir las necesidades básicas de los alimentistas y/o para hacer efectivo el pago de pensiones adeudadas ***(Exp. N° 1128-1995-Lima)***.

SUBCAPÍTULO 2
SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

Artículo 573 | Aplicación supletoria

La pretensión de separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y la de divorcio, de conformidad con el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este subcapítulo. (*)

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 333 inc. 13, 354, 362.

Manuel Bermúdez Tapia

Cuando el legislador decidió incorporar el inciso 13 al artículo 333 del CC se basó en un elemento material objetivo que había congestionado el sistema judicial: las familias en crisis que registraban separaciones entre los cónyuges habían provocado nuevas situaciones jurídicas que generaban nuevos elementos de evaluación en sede judicial, porque se registraban terceros afectados.

Así, las familias que habían registrado una separación, sea por un motivo objetivo de adulterio o infidelidad o por una simple separación, y que no habían registrado un trámite de divorcio finalizado, en esencia registraban nuevos elementos de evaluación, como:

a) Generación de convivencias impropias por parte de uno o los dos cónyuges

Esta situación ha provocado que se registren casos de "relaciones paralelas" que con el tiempo provocarían situaciones en las cuales de debían determinar derechos de sucesión, derechos vinculados a la propiedad de determinados bienes, tanto aquellos adquiridos durante el matrimonio como aquellos adquiridos con posterioridad a la separación, entre otros elementos.

b) Nacimiento de hijos fuera de la relación matrimonial

Situación compleja principalmente para las mujeres casadas, quienes han debido ver limitados sus derechos en función al artículo 362 del CC.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 7 de la Ley N° 27495 de 07/07/2001.

La gravedad de este punto, está en el hecho de que los hijos nacidos de mujer casada con persona que no es el esposo no pueden tener la garantía directa e inmediata de que se les reconozca su identidad, y ante ello se genera un procedimiento especial para proceder a dicho reconocimiento.

Disfuncionalidad que a la fecha no ha sido atendida por el legislador y que el propio Poder Judicial tampoco ha logrado materializar en un proyecto de ley una reforma sobre este punto.

c) Derechos sucesorios en casos de familias múltiples

Situación devenida sobre todo por la aplicación decimonónica de la legislación en el ámbito jurisdiccional y ello debido a que los "derechos" se interpretan en función a lo que dispone la ley, y no en cuanto a una evaluación de la realidad social, la cual determina en múltiples situaciones que las familias paralelas son quienes han desarrollado una mayor afinidad social y familiar que aquella registrada en una municipalidad en un acta matrimonial.

Ante este panorama, es que el legislador optó por ceder en la "tutela del matrimonio" como institución social en el país y regular la separación convencional en función a la realidad nacional, y de este modo permitir que en casos de separación objetiva de más de dos años y de cuatro años (en caso se registren hijos menores de edad) el solicitante no requiera de una condición especial que legitime su petición.

La variación de la tradición de que solo quien resultase perjudicado por un cónyuge pueda plantear el divorcio, tanto como remedio como sanción, daba cabida a una regulación del divorcio consensual, el cual a la fecha aún es limitado en el país, principalmente porque existe una carga valorativa moral y social muy importantes en la psiquis de los cónyuges que condiciona un elemento procesal referencial: la procastinación en el trámite de sus derechos en sede judicial

Procastinación debido a que las partes asumen una condición displicente en la determinación de sus derechos, sin tomar en cuanta que dicha acción puede provocar condiciones jurídicas negativas para sus propios intereses en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 574 | Intervención del Ministerio Público

En los procesos a que se refiere este subcapítulo, el Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y como tal no emite dictamen. (*)

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 113 inc. 1.

Manuel Bermúdez Tapia

En este punto debemos analizar un elemento material: la intervención del Ministerio Público como parte procesal, y ante esta situación surgen dos situaciones totalmente diferenciadas.

a) Cuando no existe controversia respecto de la determinación de los derechos y obligaciones de los progenitores sobre los hijos menores de edad.

   La redacción del artículo 574 del CPC nos permite señalar que la intervención procesal es "figurativa", debido a que:

   i. Existe un acuerdo entre los progenitores sobre los derechos y obligaciones sobre sus menores hijos.

   ii. La patria potestad, en principio, corresponde a los dos progenitores y salvo excepciones esta es reconocida en las sentencias aún en casos de divorcio por causal.

   iii. La intervención del Ministerio Público no generará un dictamen fiscal y, por ende, su intervención provoca un elemento disfuncional en el desarrollo de actividades institucionales de dicha entidad que debe derivar a un fiscal a un proceso judicial (en una audiencia) disponiendo de recursos que pudieran ser mejor utilizados en otros procedimientos o actuaciones fiscales en otras circunstancias.

b) Cuando existe una controversia respecto de la determinación de los derechos y obligaciones de los progenitores sobre los hijos menores de edad.

Si bien este no es el caso que se da en los procesos de divorcio convencional, consideramos que la participación del Ministerio Público es limitada,

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

principalmente porque se ciñen a lo que las partes exponen en sus actuaciones procesales y, como regla general, se ubican en una misma posición que los magistrados del Poder Judicial, quienes no conocen los verdaderos motivos que han provocado la crisis familiar que ha generado la exclusión, negación o contradicción de posiciones entre los progenitores respecto de la determinación de derechos, obligaciones y condiciones con las cuales ambas categorías se efectivizan sobre sus hijos menores de edad.

Ante esta situación, las propias actuaciones jurisdiccionales resultan insuficientes, principalmente porque el propio sistema ha colapsado con la elevada carga procesal y por la malicia procesal de las partes, quienes suelen provocar la mayor litigiosidad del proceso.

Como consecuencia de esta situación es que la carga procesal y también el nivel de complejidad del caso suele ser excesivo para el Poder Judicial y Ministerio Público, quienes se ven condicionados negativamente ante la realidad social en la cual se desarrollan los conflictos familiares judicializados.

La falta de recursos en todo sentido, es en este contexto la principal deficiencia del sistema jurisdiccional en su conjunto y que amplía la carga de litigiosidad de las partes, provocando una serie de consecuencias como:

a) La exclusión de derechos y el posterior daño de derechos de los hijos menores involucrados en el conflicto.

b) La generación de procesos complementarios, derivados, secundarios y paralelos, los cuales en esencia provocan que diferentes juzgados analicen puntos controvertidos que podrían ser evaluados en un único juzgado.

c) La ejecución de acciones temerarias como la exclusión total de derechos entre las partes. Casos de obstrucción de vínculo, sustracción de menores, tanto en el ámbito nacional como internacional, o la provocación de patologías derivadas de la imposición de condiciones psicológicas como la alienación parental, son una muestra de la gravedad de este punto evaluado.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 575 | Requisito especial de la demanda

A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado solo requerirá de firma legalizada de los cónyuges.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 340; C.P.C. art. 576; C.N.A. art. 75 inc. g.

Manuel Bermúdez Tapia

Como regla general en casos de divorcio convencional, las partes asumen una condición de paridad entre derechos e intereses vinculados a la disposición de derechos respecto de los hijos menores y sobre los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Cuando el legislador detalla el acápite "que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad", debemos entenderla en forma relativa, por cuanto los progenitores no pueden condicionar, limitar o evaluar alguna acción sobre dicho derecho, el cual les asiste a ambos progenitores por su sola condición de tales, razón por la cual debemos entender que el legislador trató de hacer mención al "régimen de tenencia", esto porque antes de la dación del Código de los Niños y Adolescentes, se regulaba la "patria potestad" como un elemento equivalente a la tenencia.

Respecto de los alimentos y del régimen de visitas, que tampoco está determinado debido a la misma consideración expuesta en el punto anterior, debemos señalar que las partes exponen sus acuerdos en un convenio, el cual los vinculará.

Esto es, en mérito a una negociación las propias partes definen y determinan sus derechos, sin que sea necesaria una intervención de un tercero, en estos casos del juez.

Sin embargo, la informalidad en los cuales se desarrolla el contexto económico familiar suele ser un elemento negativo para uno de los cónyuges principalmente del que no conoce las acciones económicas de la contraparte, con lo cual se relativiza la liquidación de la sociedad de gananciales en mérito a la mala fe de una parte.

Esta situación que no se conoce de manera inmediata puede provocar una serie de circunstancias, que van desde un desbalance patrimonial producto de la liquidación como también en un acto de mala fe por parte de quien genera condiciones

económicas negativas a la sociedad de gananciales como, por ejemplo, en la gestión de los recursos y bienes.

Las acciones a las cuales hacemos mención se refieren al hecho de que un cónyuge administra una sociedad comercial que constituye un patrimonio diferente al de la sociedad de gananciales pero que la compone.

Téngase en cuenta que, en la mayoría de situaciones comerciales en el país las familias forman parte de una economía informal y cuando un solo cónyuge, al ser accionista de una empresa (por regla general) forma parte de esta, la "propiedad en acciones en la empresa" forma parte de la sociedad de gananciales y, por ello, su cónyuge también tiene legítimo interés y derecho en conocer lo que sucede en dicha empresa, pero que en la realidad esta situación es desconocida para dicha persona.

En este punto, lo que se ejecuta en la sociedad comercial usualmente no es de conocimiento directo por uno de los cónyuges que no tiene acceso a dicha información, y que a la liquidación de la sociedad de gananciales se ve perjudicada en forma indirecta porque la contraparte ha diferenciado en forma objetiva cada bien para así desvincular la relación entre la empresa en la cual la sociedad de gananciales tiene una propiedad de lo que corresponde a una actividad empresarial en la cual un "bien" forma parte de un activo diferenciado.

Eventualmente, estas situaciones cuando son conocidas por la parte perjudicada, provocan las nulidades del acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales y provocan conflictos judiciales sumamente complejos, que se agudizan cuando los bienes materia de evaluación ya no están en la esfera de vinculación de la parte acusada.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La separación convencional establece como requisito especial para su obtención y posterior disolución del vínculo matrimonial, el acuerdo de ambos cónyuges, respecto a todos los puntos que contiene la demanda. Resulta evidente el conflicto de intereses entre ambos cónyuges sobre la propiedad de un inmueble, pues, por un lado, ambos afirman en la demanda que se trata de un bien adquirido dentro del matrimonio, y, posteriormente el cónyuge mediante escrito, asocia sin su consentimiento, el nombre de su cónyuge y expresa en forma unilateral que el referido inmueble es un bien propio que le transfirió su señora madre, hecho que limita el derecho de defensa de la cónyuge ***(Exp. N° 632-1999-Lima)***.

Artículo 576 | Anticipación de tutela

Expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexado a la demanda, sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 575.

Manuel Bermúdez Tapia

El artículo materia de análisis hace mención expresa al efecto inmediato del acuerdo de voluntades por medio de la cual se genera el convenio.

Salvo se registre una situación excepcional, la sentencia debería contener los mismos elementos generados por las propias partes, toda vez que es una característica de los divorcios convencionales.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si los cónyuges acuerdan variar su pretensión de divorcio por causal a una de separación convencional, en la audiencia de conciliación deben acordar los otros puntos de la propuesta de convenio como la regulación de los regímenes de la patria potestad, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales ***(Exp. N° 2577-1996-Lima)***.

El convenio de las partes respecto a los bienes no es susceptible de ser modificado por el juez ***(Exp. N° 1512-1995-Lima)***.

Artículo 577 | Representación especial

Las actuaciones judiciales podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 58, 72, 75.

Manuel Bermúdez Tapia

La regulación del presente artículo nos permite flexibilizar la participación física de una de las partes procesales en el desarrollo del divorcio convencional, permitiéndose así alcanzar los objetivos propuestos por las mismas a través de un procedimiento notarial y registral en la cual se contenga las facultades expresas del apoderado.

Tales facultades incluso pueden comprender la capacidad de llegar a un acuerdo con la contraparte para la determinación inicial del convenio.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se requiere de facultades especiales para las actuaciones judiciales a través de apoderados en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en virtud del principio de literalidad ***(Exp. N° 951-1997-Lima).***

Artículo 578 | Revocación

Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia, cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión, en cuyo caso se archiva el expediente.

No se admite revocación parcial ni condicionada.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 555.

Manuel Bermúdez Tapia

El artículo precedente resulta cuestionable, pero no constituye una falla del sistema procesal.

En efecto, al tener las partes una discrecionalidad para optar por una decisión, esta puede revertirse, según sea determinado por sus intereses o por la defensa de sus derechos en caso estos sean afectados, probablemente por una acción maliciosa, temeraria o de mala fe, la cual provoque la decisión de revocar la decisión del cónyuge frente al convenio y frente al mismo proceso, por cuanto no se admite la revocación parcial ni condicionada.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 579 Contenido de la sentencia

La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces.

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 575.

Manuel Bermúdez Tapia

Uno de los elementos a tomarse en cuenta cuando se evalúan reformas normativas es el nivel de utilidad de tales reformas, principalmente para efectos de atender en forma inmediata una exigencia social.

En el caso de los divorcios convencionales debemos tomar en cuenta que las partes han llegado a una posición en conjunto, la cual prima sobre la formalidad del procedimiento para declarar la disolución del vínculo matrimonial y por ello resulta importante resaltar la acción de legislador de mantener en el sistema jurisdiccional un trámite que bien pudo haber sido excluido del mismo, para así poder derivarlo al ámbito notarial o municipal.

Téngase en cuenta que estos trámites no son contenciosos y, por lo tanto, su trámite dentro del ámbito jurisdiccional genera una carga procesal innecesaria porque son las propias partes quienes han acordado llegar a disolver el vínculo matrimonial.

Basta con observar el contenido del artículo 579 del CPC para comprender nuestra posición, por cuanto el juez asume una función administrativa condicionada por la acción de las partes procesales, y con ello reduce al propio sistema jurisdiccional a una formalidad innecesaria y cuestionable desde el punto de vista funcional del sistema de impartición de justicia en el país.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 580 | Divorcio

En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional. El juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció del proceso de separación convencional, resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad. (*)

CONCORDANCIAS:
C. arts. 4 y 5; C.C. art. 354 párr. 1.

Manuel Bermúdez Tapia

La redacción del artículo 580 del CPC nos permite observar una serie de plazos, según el procedimiento seguido por las partes, los cuales a nuestro criterio nos permiten cuestionar dos elementos:

a) Si existe un divorcio convencional, esto es que las partes estén de acuerdo en dicho procedimiento, sin importar las consideraciones que los hayan motivado a ello, la cuestión es: ¿Por qué el legislador le impone al juez una condición de esperar un plazo para resolver algo que, en principio, no está bajo una evaluación por parte de su juzgado?

   Esto es, es el propio juez quien es limitado en su labor jurisdiccional por un trámite sumamente sencillo, y que se ve forzado a actuar en defensa de una institución (el matrimonio) sobre la base de lo estipulado en los artículos 4 y 5 de la Constitución, cuando en esencia debe atender cuestiones mucho más complejas y de trámite urgente.

   La explicación del legislador más allá de una explicación es cuestionable, por cuanto resulta incoherente a la propia naturaleza del divorcio convencional.

b) La regulación de la "responsabilidad" en el acápite final del mencionado artículo es igualmente disfuncional a los objetivos de un "trámite expeditivo", el cual en principio no debería generar una "consecuencia" paralela en la entidad que lo tramita, porque para ello estas instituciones regulan un

(*) Texto según modificatoria efectuada por la primera disposición final de la Ley N° 29227 del 16/05/2008.

procedimiento y sobre ella establecen una tarifa, la cual permite alcanzar los objetivos propuestos por los solicitantes de un divorcio convencional tramitado en sede notarial o municipal.

Entonces, surge la cuestión: ¿El legislador ha tomado en cuenta estos elementos al momento de emitir la Ley N° 29227?

De manera adicional a esta posición crítica, debemos señalar que el subcapítulo resulta incompleto, principalmente porque tampoco existe una mayor regulación de la etapa de la ejecución de sentencia, en casos de los otros procedimientos que desarrollen un divorcio en sede judicial.

De esta manera se desarrolla uno de los grandes errores del sistema judicial en el ámbito de la especialidad de Derecho de Familia, el cual es el hecho de que el sistema se apoya en trámites pre, post y paralelos al desarrollo del proceso, los cuales en general suelen provocar la mayor carga negativa en cuanto a la ejecución de obligaciones, disfrute de derechos y determinación de condiciones o estados civiles.

En este sentido, emitida la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial, el juez de oficio debería notificar al Reniec el estado civil que se ha generado producto de su decisión, esto porque mejoraría la calidad del servicio de justicia en el país, generando una seguridad jurídica respecto de la condición personal de las partes que han tramitado su divorcio.

Resulta disfuncional que sean las propias partes quienes deban requerir dicho trámite con posterioridad a la emisión de la sentencia, con lo cual existe un período de tiempo que usualmente provoca la mayor controversia en el ámbito de las relaciones interpersonales de quienes justamente han planteado un divorcio, como pueden ser el acceso a la propiedad de determinados bienes.

En tal sentido, esta propuesta crítica detalla el hecho material de que las reformas que deben ventilarse tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal respecto de los procesos vinculados a la especialidad deben adecuarse a los nuevos contextos sociales, económicos y culturales que vive el país, por cuanto la realidad es totalmente distinta a como fue visualizada por el legislador a inicios de la década de los años noventa en el siglo pasado.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2012): *Derecho Procesal de Familia: aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

SUBCAPÍTULO 3
INTERDICCIÓN

Artículo 581 | Procedencia de la interdicción

La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del artículo 43 y 2 a 7 del artículo 44 del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.

CONCORDANCIAS:

C. art. 33 inc. 1; C.C. arts. 43, 44; 565, 566, 569, 584, 585, 586; C.P.C. arts. 547, 683; C.N.A. art. 75 inc. a.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

La demanda de interdicción se interpone con la finalidad de que mediante sentencia judicial se declare que una determinada persona con características especiales establecidas en la ley no puede valerse por sí misma y que, por lo tanto, necesita de la atención especial de otra persona para sobrevivir o ejercer sus derechos (legalmente a este tipo de personas se las declara *interdictas*). Como consecuencia de ello se instituirá el nombramiento de la persona, a la que se le denominará curador, que se encargará del cuidado y atención de la persona declarada interdicta durante todos los días de su vida, así como del ejercicio de sus derechos y la administración de los bienes que sean de su propiedad.

Respecto al requisito para el referido nombramiento, Yolanda GALLEGOS y Rebecca JARA nos señalan que "la interdicción constituye un requisito indispensable para instituir la curatela del incapaz. Ello se colige del artículo 566 del CC, el cual dispone que no se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44 del referido cuerpo de leyes" (GALLEGOS Y JARA, 2008: p. 498).

Sobre la curatela existen dos tipos de acuerdo a la doctrina, "la curatela típica, la cual es aquella instituida exclusivamente para incapaces mayores de edad y que atribuye al curador funciones relativas al cuidado de la persona y al patrimonio del curado (...) por su parte la curatela atípica, la cual es llamada también recortada o curatela por extensión, debido a que está dirigida a finalidades específicas y por excepción a los incapaces mayores y menores de edad" (PERALTA, 2008: pp. 650-651).

Para comprender mejor los requisitos y precisiones que deben observarse a lo largo del proceso judicial sobre interdicción, procederemos a efectuar un análisis breve de cada uno de los artículos que son señalados en el CPC respecto del proceso judicial de interdicción y así brindar al lector aspectos interesantes que la teoría y práctica del Derecho de Familia nos han permitido obtener para el mejor planeamiento de estrategias en el planteamiento de las demandas de interdicción o asesoramiento en este tipo de procesos judiciales.

2. LA CAPACIDAD DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Conforme lo señala Juan ESPINOZA, "la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ponerlas en actuación. Ambas constituyen el momento estático y dinámico de la categoría jurídica denominada sujeto de derecho" (ESPINOZA, 2004: p. 523).

La carencia de esta capacidad de ejercicio generará que cualquier acto que pueda desarrollar la persona afectada, pueda ser considerado como inválido. Así lo destaca Lizardo TABOADA CÓRDOVA al señalar que "si bien la capacidad de ejercicio no constituye un elemento del acto jurídico, debe concurrir con los elementos para que el acto jurídico sea válido, ya que este tipo de capacidad es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del acto jurídico" (TABOADA, 2002: p. 332).

Precisamente cuando la mencionada capacidad de ejercicio le es ajena a una determinada persona, por diversos factores internos de índole mental o por conductas que no puede evitar realizar, es que procederá la declaración de interdicción que analizaremos en el presente artículo del CPC.

3. PERSONAS QUE PUEDEN SER DECLARADAS INTERDICTAS

La característica principal y básica que tendrán las personas que serán declaradas como interdictas, es que son personas incapaces mayores de edad, así se puede desprender de lo dispuesto en el artículo 565 del CC el cual establece que: "la curatela se instituye para: 1. Los incapaces mayores de edad (...)". Ante esta característica básica, nos preguntamos, ¿cuándo se considera a una persona como mayor de edad?, ¿qué genera que una persona sea considerada como incapaz?

Absolviendo la primera interrogante, debemos observar que el ordenamiento jurídico peruano, establece que la mayoría de edad de una persona se inicia a partir de los dieciocho años de esta, conforme lo señala indirectamente el artículo I del Título Preliminar del CNA al precisar que niño es aquel ser humano desde su concepción hasta los doce años y será adolescente, aquel desde los doce años hasta los dieciocho años de edad.

Respecto de la segunda interrogante planteada, la normativa peruana señala que existen dos tipos de incapacidades: Una relativa y otra absoluta, las cuales se encuentran expresamente señaladas en los artículos 43 y 44 del CC, respectivamente.

Las personas consideradas como incapaces absolutas son las siguientes:

a) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

b) Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.

Las personas consideradas como incapaces relativos son las siguientes:

a) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

b) Los retardados mentales.

c) Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

d) Los pródigos.

e) Los que incurren en mala gestión.

f) Los ebrios habituales.

g) Los toxicómanos.

h) Los que sufren pena que lleva anexa a la interdicción civil.

De cada uno de estos casos señalados en el CC peruano, ¿cuáles son aquellos incapaces relativos o absolutos que puedan ser declarados como interdictos? El artículo que es materia del presente comentario nos brinda la respuesta a la interrogante. Sobre cada uno de ellos procederemos a hacer breves menciones a fin de que se tengan en cuenta:

a) Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

b) Los retardados mentales.

c) Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Respecto de estos primeros casos de incapacidad, Héctor Cornejo Chávez señala que: "más allá de las dificultades técnicas que pueden presentarse en cuanto a la tipificación de los sujetos de este primer grupo de incapaces, es manifiesto el propósito de la ley de asegurarles la protección que su estado requiere, tal es así que si se trata de un incapaz de este grupo que se encuentra internado en un

establecimiento especial, la ley preceptúa que sin perjuicio de dotársele en su momento un guardador definitivo, los directores de tales asilos actúan como curadores legítimos interinos" (CORNEJO, 1999: p. 754) (art. 570 del CC).

d) Los pródigos

Conforme lo establece el artículo 584 del CC, "puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible".

Es de conocimiento general que cónyuge, es aquella persona que contrajo matrimonio con el presunto interdicto. Por su parte, los herederos forzosos, conforme lo señala Juan ZÁRATE DEL PINO, son aquellos que "también son llamados legitimarios, los cuales son herederos preferenciales que tienen un derecho intangible de heredar a su causante, ya sea en la sucesión testada o en la intestada, quienes están amparados por disposiciones imperativas de la ley que les confiere ese derecho por estrecha vinculación con el causante, y tienen esa calidad los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge sobreviviente" (ZÁRATE,1998: p. 215).

Atendiendo a ambas figuras jurídicas –cónyuge y herederos forzosos– podemos verificar que en realidad el término herederos forzosos tiene en cuenta también al cónyuge, por lo que no era necesario hacer una mención por separado.

Como se observa del mencionado artículo 584 del CC, este responde al supuesto de afectación de futuros derechos sucesorios que surgirán y se busca, precisamente, evitar que en tiempo posterior la futura masa hereditaria que será distribuida entre los herederos forzosos, se vea disminuida por el actuar del aún propietario de los bienes que la conforman.

e) Los que incurren en mala gestión

El artículo 585 del CC, haciendo referencia a la mala gestión señala que: "puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos (...)".

En similar forma que en el anterior caso, en este supuesto se hace mención al cónyuge y herederos forzosos, por lo que nos limitaremos a lo anteriormente señalado, pues en este caso en específico se trata también de la protección de los futuros derechos sucesorios pero con la diferencia de que ahora se trata de la incorrecta administración de los bienes que conformarán la herencia. No se hace mención a la disposición irracional de ellos, como sí sucede en el caso de los pródigos, sino en que el propietario de estos bienes y futuro causante, está realizando

una mala administración de sus bienes que viene produciendo la pérdida de más de la mitad de estos por los errores de gestión cometidos.

f) Los ebrios habituales

g) Los toxicómanos

Referente a los *ebrios habituales y los toxicómanos*, el artículo 586 del CC señala que "será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena".

Conforme se aprecia de la disposición normativa, existen consecuencias especiales que debe generar la conducta de los ebrios habituales o toxicómanos a efectos de considerar tal conducta como causal idónea para declararlo incapaz e iniciar el proceso judicial de interdicción: 1. Exponer a su familia a caer en la miseria; 2. Necesite asistencia permanente; y, 3. Amenace la seguridad ajena. Si como consecuencia del citado actuar se genera alguna de tales consecuencias, será procedente la interposición de la demanda de interdicción correspondiente.

4. PERSONAS QUE PUEDEN INTERPONER LA DEMANDA DE INTERDICCIÓN

Las personas que poseen legitimidad para interponer una demanda de interdicción de una persona, son aquellas que pueden ser declaradas como curadores de esta en la futura sentencia que determine que deba ser declarada como interdicto.

Para definir quiénes son tales personas, debemos recurrir a lo señalado en el artículo 569 del CC, el cual dispone que a falta de un curador previamente nombrado, corresponde a las siguientes personas la posibilidad de ser nombradas como curadores del presunto interdicto:

a) A su cónyuge, siempre que no se haya separado judicial ni notarialmente y que conviva con él, salvo casos justificables que impidan la convivencia (razones de salud, de honor o actividad económica).

b) A sus padres.

c) A sus descendientes.

d) A los abuelos y demás ascendientes.

e) A los hermanos.

Por lo tanto, teniendo tales personas la posibilidad de ser declaradas como curadores del presunto interdicto, son las que se encuentran legitimadas para proceder a interponer la demanda de interdicción correspondiente.

5. PERSONAS QUE SERÁN LAS DEMANDADAS EN EL PROCESO JUDICIAL DE INTERDICCIÓN

El artículo materia de comentario establece las personas que ostentarán la calidad de demandadas en el proceso judicial de interdicción:

a) La persona cuya interdicción se solicita.

b) Las personas que teniendo el derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.

Sobre el ítem "a" señalado, no es necesario efectuar mayor precisión. Respecto de las personas señaladas en el ítem "b", debemos recordar que hace mención a aquellas señaladas en el punto 3 de nuestro comentario.

Surge en este proceso judicial, la figura de una acumulación subjetiva original, la cual es definida por Elvito RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ como "aquel caso donde la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas" (RODRÍGUEZ, 2005: p. 48); por lo que será necesario para que la demanda no sea declarada inadmisible o improcedente, que desde su inicio sea interpuesta contra todas las personas señaladas a fin de evitar nulidades futuras que perjudiquen el trámite del proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999): *Derecho Familiar peruano*, 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): *Derecho de las Personas*, 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebecca (2008): *Manual de Derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*, 1ª ed. Lima: Jurista; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008): *Derecho de Familia en el Código Civil*, 4ª ed. Lima: Idemsa; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 6ª ed. Lima: Grijley; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2002): *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, 1ª ed. Lima: Grijley; ZÁRATE DEL PINO, Juan Belfort (1998): *Curso de Derecho de Sucesiones*, 1ª ed. Lima: Palestra Editores.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (1995): *Manual de Derecho de Sucesiones. Teoría y modelos.* Lima: Berrio; MIRANDA CANALES, Manuel (1996): *Manual de Derecho de Sucesiones. Teoría y práctica*, 2ª ed. Lima: Jurídicas.

Artículo 582 | **Anexos específicos**

Adicionalmente a lo previsto en el artículo 548, a la demanda se acompañará:

1. *Si se trata de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan; y,*
2. *En los demás casos: la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. *arts. 188, 190, 192, 222, 233, 425, 426 inc. 2, 548.*

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Existen diversas demandas que pueden interponerse ante el Poder Judicial, las cuales albergarán diferentes petitorios y requerirán el cumplimiento de diversos requisitos y de la presentación de determinados medios probatorios a fin de acreditar que se goza del derecho que se desea ejercer con el apoyo de la facultad coercitiva de los jueces y se le permita a este conseguir la finalidad que tiene todo el proceso judicial, conforme lo señala Elvito RODRÍGUEZ, "resolver un conflicto de intereses, es decir, solucionar la *litis*" (RODRÍGUEZ, 2005: p. 20).

La normativa general que regula a las diversas demandas, se encuentra contemplada en la Sección Cuarta del CPC, la cual es precisamente aludida por el artículo que será materia de comentario al hacer referencia a lo previsto en el artículo 548 del CPC.

Además de esta normativa general que enmarca a todas las demandas interpuestas, deben tenerse en cuenta algunas precisiones particulares que nuestro ordenamiento realiza a cada una de las diversas pretensiones que se deseen exigir.

La demanda de interdicción no escapa de tal realidad, pues necesita también de medios probatorios especiales que deben ser ofrecidos en el escrito de la demanda de interdicción con la finalidad de que se pueda obtener una sentencia favorable a los intereses del demandante, conforme se encuentra reflejado en el texto de la sentencia en consulta expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur bajo el Expediente N° 77-2014 que expresamente indica que "antes de analizar la sentencia, es preciso señalar que este juicio está orientado a cuestionar

el estado de incapacidad del individuo a través de un proceso que supone la afectación directa (respecto del interdicto) de sus derechos e intereses morales y económicos. Para que proceda la presente se requiere de certificación médica sobre el estado del presunto interdicto como requisito especial, la que será expedida bajo juramento o promesa de veracidad, por el psiquiatra que expida dicho documento (certificado médico) debiendo ser ratificada en la audiencia única".

El presente artículo materia de comentario precisamente señala tales medios probatorios especiales que deben ser adjuntados. Los analizaremos y mencionaremos los motivos de su requerimiento especial en este tipo de procesos.

2. MEDIOS PROBATORIOS QUE PUEDEN SER PRESENTADOS EN UN PROCESO JUDICIAL

El ordenamiento jurídico de un Estado surge con la finalidad de regular las relaciones jurídicas que puedan surgir entre los diferentes sujetos de Derecho. A partir de esta finalidad es necesario que las disposiciones del ordenamiento sean respetadas para evitar un desquebrajamiento del orden establecido perjudicando a las diversas relaciones jurídicas constituidas y por constituir.

En el caso peruano, el ordenamiento jurídico establece diferentes medios probatorios que la ley permite sean empleados en los procesos judiciales a fin de que se logre el objetivo de resolver conflictos de intereses o aclarar una incertidumbre jurídica, logrando acreditar los hechos y otorgar certeza a las decisiones del juez, tal como lo dispone el artículo 188 del CPC al señalar que "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". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos medios probatorios deben ser los pertinentes a efectos de que se logre la finalidad precisada, caso contrario, los medios probatorios que se propongan, sencillamente, serán declarados improcedentes, como lo destaca el artículo 190 del CPC al precisar que: "los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez (...)".

Los medios probatorios son clasificados por nuestro ordenamiento en típicos y atípicos. Entre los medios probatorios típicos encontramos:

a) La declaración de parte.

b) La declaración de testigos.

c) Los documentos.

d) La pericia.

e) La inspección ocular.

Por su parte, los medios atípicos se encuentran señalados en el artículo 192 del CPC, el cual precisa que: "son aquellos constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios y (...) se actuarán y apreciarán por analogía a los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga".

Para el empleo de estos medios probatorios típicos o atípicos el ordenamiento jurídico establece límites legales, como lo son:

a) Que no se refieran a hechos no controvertidos, imposibles o que sean notarios o de pública evidencia.

b) Que no se refieran a hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvención o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

c) Que pretendan acreditar los hechos que la ley presuma sin admitir prueba en contrario.

d) Que no establezcan el derecho nacional que debe ser aplicado de oficio por los jueces.

Por lo tanto, deberá valorarse la pretensión que se desea hacer valer para definir qué medios probatorios serían los pertinentes para ofrecer en la demanda.

3. LA NECESIDAD DE PRESENTAR TESTIGOS Y DOCUMENTOS QUE ACREDITEN QUE EL PRESUNTO INTERDICTO ES PRÓDIGO O INCURRE EN MALA GESTIÓN

El caso de los pródigos o aquellos que incurren en mala gestión posee un trato especial, debido a que la citada calidad no puede ser probada mediante una certificación médica porque no responde a factores ligados estrictamente a cuestiones de salud de la parte interesada, sino a actos del presunto interdicto que deben ser verificados por terceras personas independientemente de sus conocimientos especializados en medicina o mediante documentos que acrediten la calidad de pródigos o de mala gestión por parte del presunto interdicto.

4. CERTIFICACIÓN MÉDICA SOBRE EL ESTADO DE SALUD DEL PRESUNTO INTERDICTO

La gran mayoría de demandas judiciales de interdicción posee su fundamento en el estado de deficiencia mental por parte del presunto interdicto, por esta razón

es que el principal medio probatorio que se adjunta en la gran mayoría de estas demandas, son los certificados médicos expedidos por las entidades de salud.

Frente a la presentación del certificado médico, nos preguntamos, ¿el solo hecho de presentar un certificado médico permite verificar la calidad de interdicto de la persona demandada? El documento no es suficiente.

Será necesario que el médico que haya expedido el citado certificado, proceda a su ratificación en la audiencia correspondiente (la cual será una única audiencia al enmarcarse la demanda de interdicción en la vía procedimental del proceso sumarísimo). En tal sentido, en la relación de los medios probatorios a ofrecerse se deberá señalar que también se ofrece la ratificación del médico que expidió el citado certificado y deberá la parte interesada asegurar su presencia a la citada audiencia.

5. OTROS MEDIOS PROBATORIOS QUE PUEDEN SER PRESENTADOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE INTERDICCIÓN

Debido a la experiencia obtenida en el desempeño realizado como especialista legal en juzgados de familia, abogado litigante y asesor de los demandantes en un proceso judicial de interdicción y, finalmente, como curador procesal nombrado para la defensa provisional de los intereses de los presuntos interdictos, a propósito del comentario de este artículo, es necesario mencionar que en los procesos judiciales sobre interdicción también se han presentado otros medios probatorios distintos a los anteriormente mencionados en el punto 3 y 4 de este comentario, los cuales compartiremos con ustedes para que los tengan en cuenta:

a) Copia certificada de la partida de defunción de los padres del presunto interdicto: Estos documentos se presentan en caso de que los padres hayan fallecido a fin de acreditar que no existe la necesidad de notificarles del presunto interdicto con la demanda de interdicción.

b) Documento expedido por el Reniec que acredite la no existencia de un matrimonio registrado a nombre del presunto interdicto: Este documento se presenta con la finalidad de acreditar que el presunto interdicto no se encontraba casado con nadie y, por lo tanto, no es necesario notificar a un posible cónyuge.

c) Certificado negativo de propiedad inmueble y vehicular: Serán necesarios tales documentos para acreditar la no existencia de bienes a nombre del presunto interdicto y, por lo tanto, no será necesario ninguna facultad especial de administración o disposición de un determinado bien al momento de que se emita la sentencia.

d) Copia literal de las partidas correspondientes a los inmuebles o vehículos del presunto interdicto: Estos documentos son realmente necesarios cuando lo que se pretenda con la interdicción y el consecuente nombramiento como curador, sea administrar y disponer de los bienes a nombre del presunto interdicto.

e) Boletas de los recibos de gastos realizados por el demandante para el cuidado del presunto interdicto: Documentos que permitirán verificar que el demandante es precisamente quien se encarga del estricto cuidado de la vida del presunto interdicto, y solo desea que se formalice el citado estado.

Se sugiere presentar y ofrecer tales documentos en forma adicional a los exigidos por ley al momento de interponer la demanda, para evitar que posteriormente sea requerida por el juez provocando que innecesariamente el proceso se dilate en perjuicio del presunto interdicto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 6ª ed. Lima: Grijley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Astrea; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, Tomo I. Lima: Temis; MONTERO AROCA, Juan (1979): *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción acción y proceso*, 2ª ed. Madrid: Tecnos; RAMÍREZ FUERTES, Roberto (1988): *Sucesiones.* Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien es cierto que de la copia certificada de la sentencia de interdicción y partida del Registro Personal se aprecia que la recurrente tiene la condición de curadora del representante de la empresa demandada, tal situación tutelar solo incide respecto a esta persona mas no le otorga la condición de representante de la empresa demandada, en tal sentido, no existe fundamento alguno que justifique la alegación de que debió haber sido emplazada en el presente proceso ***(Cas. Nº 1742-2001-Lima)***.

Para producir certeza respecto de la interdicción civil, resulta necesario que a la audiencia concurra el facultativo que expidió la certificación médica, conjuntamente con el presunto interdicto, para la respectiva ratificación prevista en el inciso 2 del artículo 582 del CPC así como, la identificación personal del demandado y la información que debe proporcionar directamente al juzgador, sobre el estado de salud actual del presunto interdicto ***(Exp. Nº 23-1998-Lima)***.

Artículo 583 | **Caso especial**

Cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 587, 588; C.P.C. arts. IV, 113, 581.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

La demanda de interdicción judicial se interpone por amor y deseo de protección que le brinda la familia a aquel afectado por una incapacidad. Así también lo reconocen Max MALLQUI REYNOSO y Eloy MOMETHIANO ZUMAETA, al señalar que "las razones que sustentan la curatela son los mismos en que se sientan la patria potestad y la tutela: (...) 1. El estado de falta de ayuda que puede encontrarse en una persona para actuar sus derechos y velar por sus intereses patrimoniales y personales. 2. La arbitrariedad que ocasionaría el beneficio por terceros inescrupulosos de la situación de abandono. 3. El origen de disociación que significaría el no corregir o castigar. 4. Los sentimientos de compasión familiar, la unidad familiar y social, hermandad humana o generosidad cristiana que impelen al ser humano normal a defender y amparar a quien se encuentra en tal estado (...)" (MALLQUI; MOMETHIANO, 2002: p. 1188).

Además de los presupuestos anteriormente analizados para interponer la demanda de interdicción en favor del presunto interdicto, existen situaciones muy especiales que se presentan en la vida de las personas que sufren de un deterioro mental que les impide valerse por sí mismas. Estas situaciones, muchas veces hacen que tales personas sean vistas como sujetos peligrosos debido a que no controlan su actuar y pueden ejercer algún tipo de daño sobre las personas que los rodean.

Precisamente al observar el grado de peligrosidad de las personas que no pueden controlar su comportamiento, es que el artículo que procederemos a comentar brinda una legitimidad especial para que las personas puedan interponer una demanda de interdicción para lograr que tales personas sean declaradas como interdictas. Procedamos a su análisis.

2. LOS LEGITIMADOS PARA INTERPONER LA DEMANDA DE INTERDICCIÓN

La legitimidad otorga a las personas interesadas la posibilidad de hacer valer sus pretensiones mediante la presentación de sus demandas ante el Poder Judicial a fin de que sea el juez quien emita decisión final sobre lo pretendido. Así lo destaca Hernando DEVIS ECHANDÍA, quien tratando sobre la *legitimatio ad causam o legitimación en la causa* señala que: "estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya sea por medio de sentencia favorable o desfavorable. De consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido de hacerlo" (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 290).

Conforme lo hemos señalado cuando realizamos el comentario del artículo 581 del CPC, las personas que normalmente poseen legitimidad para interponer una demanda de interdicción de una persona son aquellas que pueden ser declaradas como curadores de esta en la futura sentencia que determine que sea declarada como interdicto.

Las personas legitimadas tienen algo en común: Forman parte de la familia del presunto interdicto. Así tenemos que aquellos que pueden interponer esta demanda de interdicción serán:

a) El o la cónyuge del presunto interdicto, siempre que no se haya separado judicial ni notarialmente y que conviva con él, salvo casos justificables que impidan la convivencia (razones de salud, de honor o actividad económica).

b) El padre del presunto interdicto.

c) Los descendientes del presunto interdicto.

d) Los abuelos y demás ascendientes del presunto interdicto.

e) Los hermanos.

Sin embargo, en el presente comentario ya no nos quedaremos solo en la mención de estas personas generalmente legitimadas para la interposición de esta demanda, sino que se nos sitúa en un escenario especial en que el estado en que se encuentra el presunto interdicto genera peligrosidad no solo a las personas que conforman su familia, sino a la sociedad en general.

3. LA PELIGROSIDAD DEL PRESUNTO INTERDICTO COMO PRESUPUESTO DE APERTURA DE UNA LEGITIMACIÓN ESPECIAL

Cuando se afecta los intereses de la sociedad, como lo son –por ejemplo– la salud, la tranquilidad pública, entre otros, cualquier persona que se vea afectada o que vea la existencia de un riesgo de afectación a su integridad o la de los suyos, puede realizar cualquier acción legal que impida que este daño acontezca. Esta posibilidad de accionar no solo responde a un interés particular, sino responde a una necesidad social de mantener la estabilidad en beneficio de toda una colectividad.

Precisamente, al existir este interés de la colectividad frente el interés de una persona que pretende afectarla con o sin conocimiento total de sus actos, es que el Ministerio Público, en su papel de defensor de los intereses de la colectividad, recibe la legitimación necesaria para ejercer las acciones que considere pertinentes.

Debido a esta función innata del Ministerio Público, es que en el supuesto de que como consecuencia de la incapacidad del presunto interdicto de controlar sus actos genere un grave peligro para la tranquilidad pública, se le permite en el artículo 583 del CPC que sea el demandante en el proceso judicial de interdicción. En este mismo sentido se le permite a cualquier persona para que interponga esta demanda, en beneficio de la colectividad.

4. OTROS CASOS SEÑALADOS EN LA LEY DONDE EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDE ACTUAR COMO DEMANDANTE EN LOS PROCESOS JUDICIALES SOBRE INTERDICCIÓN

Además del supuesto colocado en el artículo materia de comentario, existen otras ocasiones establecidas en la ley donde se le permite al Ministerio Público interponer la demanda de interdicción a fin de lograr que una determinada persona sea declarada interdicta. Estas son las siguientes:

a) *En el caso de que la incapacidad radique en la calidad de pródigo o mal gestor del presunto interdicto*, conforme lo señala el artículo 587 del CC al precisar que: "pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, solo su cónyuge, sus herederos forzosos y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados". En este caso, el Ministerio público adquiere legitimidad debido a que *aquellos llamados a interponer la demanda de interdicción sean menores o estén incapacitados por alguna razón.*

b) *En el caso de que la incapacidad radique en la calidad de ebrio o toxicómano del presunto interdicto.* Así lo establece el artículo 588 del CC al señalar que: "solo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena". Como se observa, nuevamente se resalta la existencia de un *peligro para la seguridad ajena* como elemento que otorga legitimidad al Ministerio Público para que proceda a interponer la demanda correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy (2002): *Derecho de* Familia, tomo II, 1ª ed. Lima: San Marcos; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Universidad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2000): *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque en el estudio del Derecho de Familia*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012): *La familia en el Código Civil peruano*, 3ª ed. Lima: Legales.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los procedimientos sobre autorización para disponer derechos de incapaces, el Ministerio Público es parte en los procesos, solo en los casos en que no haya consejo de familia constituido con anterioridad ***(Exp. N° 0514-1997-Lima)***.

Los niños y adolescentes tienen como sus representantes a sus padres que ejercen la patria potestad, por lo que son ellos, sujetos de emplazamiento, interviniendo el representante del Ministerio Público como dictaminador. Al desconocer el paradero de la madre biológica, es válido el emplazamiento por edictos. Ante su inactividad debe nombrarse un curador procesal para ejercer el derecho de defensa en forma diligente ***(Exp. N° 923-1997-Lima)***.

Artículo 584 Rehabilitación

La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar, siguiendo las reglas de este subcapítulo. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 43 incs. 2 y 3, 44 incs. 2 a 7, 610, 612; C.P.C. art. IV.

Juan Carlos del Aguila Llanos

1. INTRODUCCIÓN

Debe comprenderse que existen diferencias entre el fin de la curatela y la terminación del cargo del curador que pueda ser nombrado luego de haberse obtenido una sentencia favorable en el proceso judicial de interdicción. Al respecto, Benjamín AGUILAR LLANOS nos señala que: "no son iguales el fin de la curatela y la terminación del cargo de curador. La primera acaba cuando ya no es necesaria la figura, y el segundo, termina cuando el guardador no puede o no debe continuar en el cargo pese a que el incapaz continúa haciéndolo" (AGUILAR LLANOS, 2012: pp. 577-578).

La incapacidad que pueda tener una persona en algún momento de su vida, puede no tenerla en un momento distinto, más ahora que gracias al avance de los diversos tratamientos existentes, pueden enfrentarse toda clase de desórdenes internos que pueda tener una persona y que perjudican su actuar de tal forma que haya sido sujeto de un proceso judicial de interdicción, lo cual generó como consecuencia que se le declare interdicta y se le nombre un determinado curador que velara por su subsistencia y sobre sus bienes.

Atendiendo a la posibilidad de que la citada incapacidad culmine, nuestro ordenamiento a través del artículo materia de comentario procede a señalar lo que sucedería en el supuesto caso que se presente esta rehabilitación. ¿Quién puede pedir la rehabilitación? ¿A quiénes deberá emplazarse para lograr que se declare rehabilitado al interdicto? ¿Qué documento debe presentarse a fin de acreditar la existencia de la rehabilitación pretendida? Son interrogantes que resolveremos al momento de analizar el presente artículo.

2. PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITAR LA REHABILITACIÓN DEL PREVIAMENTE DECLARADO COMO INTERDICTO

Las personas a las que el presente artículo otorga la facultad de solicitar la rehabilitación son las siguientes:

a) El declarado como interdicto.

b) La persona que fuera nombrado como curador del interdicto en el previo proceso judicial de interdicción.

c) Toda persona que alegue interés y legitimidad para obrar.

En similar sentido, el artículo 610 del CC reconoce esta legitimidad al también señalar que: "la curatela instituida conforme a los artículos 43 incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levante la interdicción. *La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado*".

Respecto del declarado como interdicto precisamente le brinda la legitimidad para solicitar la rehabilitación debido a que este recuperó su capacidad de ejercicio, la cual conforme lo señala Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, debe ser "entendida como la posibilidad del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos que goza en cuanto persona" (FERNÁNDEZ, 2009: p. 163).

3. PERSONAS QUE DEBERÁN SER EMPLAZADAS PARA LOGRAR QUE SE DECLARE LA REHABILITACIÓN DEL PREVIAMENTE DECLARADO COMO INTERDICTO

Las personas que deberán ser emplazadas serán las siguientes:

a) Todas aquellas personas que intervinieron como parte, dentro del proceso judicial de interdicción previo mediante el cual se declaró interdicto al ahora rehabilitado.

b) A la persona que fuera nombrada como curador del interdicto ahora rehabilitado.

4. DE LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN PRESENTARSE PARA ACREDITARSE LA REHABILITACIÓN

Como todo pedido ante el Poder Judicial, *la rehabilitación solicitada debe ser probada y solicitada en el momento oportuno*. A efectos de observar los *documentos que deben presentarse*, es necesario hacer mención a lo dispuesto en el artículo 612 del CC, el cual señala que: "la rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículo 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, solo se concede cuando el juez compruebe, *directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo*".

Conforme a lo señalado en el citado articulado, será necesaria la presentación de un examen médico que certifique la efectiva rehabilitación del anteriormente declarado como interdicto. Es cierto que señala que el juez en forma directa puede

observar la existencia de esta rehabilitación; sin embargo, sugerimos la presentación del correspondiente certificado médico a fin de brindar la certeza al juez de que no se trata de un breve periodo de estabilidad del anteriormente declarado como interdicto, sino que este se encuentra realmente rehabilitado.

Respecto del momento oportuno para solicitar esta rehabilitación debe tenerse en cuenta las siguientes precisiones:

a) *En el caso de que la declaración de interdicto haya procedido debido a que la persona era pródigo, incurría en mala gestión, era ebrio habitual o toxicómano,* de conformidad con lo establecido por el artículo 613 del CC, la rehabilitación solo podrá ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.

b) *En el caso de que la declaración de interdicto haya procedido debido a que la persona se encontraba privada de discernimiento, tenía un retardo mental o adoleciera de un deterioro mental que le impida expresar su libre voluntad,* se planteará tan pronto haya desaparecido la deficiencia mental, conforme lo señalado el artículo 612 del CC.

Finalmente, debemos precisar que mientras no se haya realizado el trámite correspondiente para que se determine la rehabilitación del previamente declarado como interdicto, este no podrá celebrar contrato alguno, más aún si sobre el interés privado de lo que en su deficiencia mental, considere el interdicto, va a privilegiar el interés familiar por velar tanto de la salud como de los bienes de este. Precisamente sobre este límite basado en el interés familiar, se ha pronunciado Alex PLÁCIDO, al señalar que: "el deber de actuar en interés de la familia es el límite de todos los derechos subjetivos familiares regulados en la ley que no pueden ejercerse contra el interés del grupo cualquiera que sea su amplitud" (PLÁCIDO, 2002: p. 34).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2012): *La familia en el Código Civil peruano*, 3ª ed. Lima: Legales; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2009): *Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*, 11ª ed. Lima: Grijley; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2002): *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque del Derecho de Familia,* 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Astrea; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): *Derecho de las Personas*, 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

SUBCAPÍTULO 4
DESALOJO

Artículo 585 | Procedimiento

La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este subcapítulo.

Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.

Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 586, 679, 688 inc. 9.

Fort Ninamancco Córdova

Para empezar, puede decirse que el llamado "proceso de desalojo", según el CPC, se traduce en una pretensión de "restitución de un predio". Es decir, que por medio de este proceso se consigue que a un sujeto le entreguen un predio, cosa que se logra conforme a las normas del proceso sumarísimo y en las contenidas en este subcapítulo. Una primera lectura de este dispositivo puede llevar al error de hacer creer que se refiere solo a los predios, empero el artículo 596 precisa que la regulación del llamado "proceso de desalojo", puede aplicarse también para lograr la restitución de bienes "muebles e inmuebles distintos a los predios en lo que corresponda".

Entonces, parece claro que el "proceso de desalojo" se puede utilizar para recuperar maquinaria y un establecimiento industrial, siendo este último un inmueble distinto a un predio. Piénsese en el caso en el que las instalaciones de una fábrica de zapatos en Trujillo están bajo el control de un ocupante precario. Este puede ser desalojado mediante el proceso en cuestión. Piénsese también en el caso de una nave o una bolichera, indebidamente poseída por un usurpador. Este bien también

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 de 29/06/2007.

puede ser recuperado mediante un proceso de desalojo. No se piense, pues, que estamos ante un mecanismo que solo protege a titulares de derechos sobre predios.

La norma en comentario concede una opción, o derecho potestativo para ser más técnicos, en favor del demandante arrendatario, en virtud del cual puede decidir si, junto a la pretensión de restitución o desalojo, peticiona también el pago de arriendos, si es que la demanda se fundamenta en esta causal. Es decir, si tenemos a un arrendador que desea desalojar a su arrendatario porque este no cumple con pagar la renta, el cobro de esta puede o no ser peticionado en el proceso de desalojo. Esto ya dependerá de la voluntad del arrendador (demandante). De inmediato surge la interrogante: ¿si la causa del desalojo no es la falta de pago de arriendos, puede acumularse en el proceso de desalojo este pago? Pues, a decir verdad, no debería haber mayor problema tampoco. La respuesta es positiva. Claro, el texto de esta norma parece no permitir esta acumulación. Tal como está redactado el segundo párrafo del artículo 586 del CPC, la acumulación solo es admisible si es que el desalojo se fundamenta en la falta de pago de renta por parte del arrendatario. No obstante, como ya se dijo, la reforma mencionada, al modificar el artículo 85 del citado Código, permite acumular sin problemas pretensiones que se tramiten en vías procedimentales distintas, siempre que se elija la vía más lata.

Si el arrendador decide peticionar el desalojo junto al pago de arriendos, no debe preocuparse por el hecho de que dicho pago y el desalojo sean pretensiones que se tramitan en vías procedimentales diferentes. En efecto, el pago de rentas, conforme indica el inciso 9 del artículo 688 del CPC, se tramita en el proceso único de ejecución, no en el proceso sumarísimo. No obstante, a la luz de la reforma del CPC de diciembre de 2014, en virtud de la Ley N° 30293, es posible acumular pretensiones que se tramitan en vías procedimentales diferentes, siempre que se elija la vía procedimental más lata. De igual forma, se puede decir que la norma exonera del requisito de la misma vía procedimental que deben tener las pretensiones que se acumularán.

Por otro lado, es obvio que el desalojo del arrendatario no puede tramitarse, en ningún caso, en un proceso único de ejecución. El cobro de la renta sí puede tramitarse en un proceso de ejecución, pero aquí no cabe la acumulación de la pretensión de desalojo.

¿Estas consideraciones valen para procesos de desalojo no vinculados a un contrato de arrendamiento? Qué sucede, por ejemplo, si se pretende desalojar a un usufructuario cuyo título ya perdió efectos por vencimiento de su plazo de duración. Si este usufructo implicaba una suma de dinero que el usufructuario debía pagar en favor de quien otorgó el usufructo, ¿el pago de esta suma puede acumularse al proceso de desalojo? Pues aquí se deben aplicar las reglas generales. Si el usufructo consta por escritura pública, pues ese monto podría tramitarse en un

proceso de ejecución. De no ser así, se tendrán que aplicar las reglas generales. Si el monto implicado no sobrepasa las 100 URP, será procedente la acumulación, ya que estaríamos antes dos pretensiones que se tramitan en una misma vía. Si el monto es mayor a las 100 URP, pues se tendría que acudir al proceso abreviado. En este último proceso podría ventilarse también el desalojo, si es que se pretende la acumulación.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El otorgamiento de escritura pública puede demandarse en la vía del proceso sumarísimo o del proceso ejecutivo; en el primer caso se puede demandar en mérito de un documento o contrato privado; en cambio, en el segundo caso solamente puede realizarse mediante un título ejecutivo que contenga una obligación de hacer ***(Exp N° 1098-2008-Lima)***.

No puede dilucidarse si es válido o no la celebración de un matrimonio al momento de emitir sentencia en un proceso de desalojo, pues el proceso sumarísimo no es la vía pertinente para ello, por lo que hasta que no se determine la nulidad del matrimonio celebrado, continúa la contrayente contando con título que justifique su posesión ***(Cas. N° 1770-2007-Lima)***.

La acción de desalojo por ocupación precaria no es una acción real, ni es una acción reivindicatoria simplificada: es ciertamente una acción posesoria y de naturaleza personal. No está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión y por eso corresponde, además del propietario, a quien considere tener derecho a la restitución. En esta acción no se discute la propiedad de un bien, tan solo el derecho a poseer, y si acaso surgiera una discusión sobre el mejor derecho de propiedad, deberá expedirse una sentencia inhibitoria, para que en el juicio que corresponda se defina este ***(Cas. N° 2725-2005-Lima)***.

En un proceso de desalojo por ocupación precaria el actor debe acreditar ser propietario o por lo menos tener derecho a la restitución del bien, y por su lado la parte emplazada debe acreditar tener título vigente que justifique la posesión del bien, no siendo objeto de probanza en este proceso la determinación del verdadero propietario del bien ***(Cas. N° 901-2005-Lima)***.

Artículo 586 Sujetos activo y pasivo en el desalojo

Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.

Pueden ser demandados: el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 220, 911, 1123, 1127 inc. 2, 1219 inc. 4, 1428 a 1430, 1700, 1704, 1708, C.P.C. arts. 585, 588, 598, 601.

Fort Ninamancco Córdova

La norma que establece la legitimación es bastante general. No establece pautas precisas para saber quién y cuándo puede emplear el proceso de desalojo. Salvo los sujetos aludidos en el artículo 598 del CPC, todo aquel que "considere tener derecho a la restitución de un predio" puede valerse del mecanismo procesal materia de estos comentarios. ¿Y quiénes son los aludidos en el citado artículo 598? Pues los sujetos afectados en su posesión y que pueden emplear los interdictos. Afectado en el sentido de considerarse "perturbado o despojado de su posesión" (art. 598 del CPC). Ciertamente la persona que se considere perturbada en su posesión no puede acudir al proceso desalojo, puesto que este, como ya vimos, sirve para restituir, y el perturbado en su posesión –se entiende– aun conserva esta. El perturbado es todavía poseedor, por lo que mal puede decirse que requiere restituir.

La pregunta que surge no puede ser otra: ¿Cuándo un despojado en su posesión debe acudir al desalojo y cuándo al interdicto? Pues simplemente hay que apelar a una lectura literal, pues de lo contrario se puede incurrir en complicaciones innecesarias. Y es que el indebidamente despojado, al considerar tener derecho a la restitución del predio, también podría querer plantear un proceso de desalojo contra quien lo despojó. De igual manera, todo aquel que se considere con derecho a la restitución de un predio podría querer plantear un interdicto (de recobrar) en lugar de un proceso de desalojo. Ante esta interrogante, lo mejor es apegarse al texto de la ley, de manera que el proceso de desalojo no debería ser empleado por quién ha sido víctima de un despojo. "Todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio" puede valerse del proceso de desalojo, a menos que se trate de una víctima de despojo, la cual tendrá que valerse del interdicto (de recobrar).

En tal sentido, pueden demandar el desalojo "el propietario, el arrendador, el administrador" y "todo aquel que considere tener derecho a la restitución de

un predio", siempre que no sea un despojado. Si el propietario, el arrendador o el administrador perdieron el predio en virtud de un acto de despojo, tienen que plantear un interdicto de recobrar, no un desalojo.

Por otra parte, la norma bajo comentario precisa que pueden ser demandados "el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución". Así, el proceso de desalojo lo plantea quien considere tener derecho a la restitución de un predio, contra aquel que se considere que tiene el deber u obligación de devolverlo o restituirlo. Y esto en términos bastante amplios, con la única exclusión de los sujetos implicados en un acto de despojo. En este punto, cabría preguntarse: ¿no sería más sencillo decir que el proceso de desalojo se plantea entre quien se considera con derecho a poseer un predio contra aquel que se considera que posee sin que tenga derecho a ello? Pues si se quiere ser riguroso, la respuesta podría ser negativa, aunque una regla vinculante (la segunda) del IV Pleno Casatorio Civil, sugiera lo contrario. Es cierto que, en la gran mayoría de los casos, la situación se plantea en términos de posesión. Un sujeto (demandante) que se considera con derecho a poseer, contra quien (demandado) vendría poseyendo sin derecho. No obstante, el texto de la regulación es claro: la legitimación en el proceso de desalojo no depende de la posesión del demandante ni del demandado. No es indispensable considerarse con derecho a poseer para demandar el desalojo, ni tampoco –rigurosamente hablando– el demandado tiene estar en posesión del bien cuya restitución se peticiona. Veamos esto con más detalle:

Para empezar, un propietario no poseedor podría demandar el desalojo. Es más, agregó que un propietario sin derecho a poseer podría, sin problema, plantear un desalojo. En efecto, piénsese en una persona que ha arrendado un bien inmueble de su propiedad, resultando que el arrendatario entregó el bien arrendado a un tercero, sin autorización del propietario. El arrendatario se va de viaje y se desentiende por completo del asunto. Sin duda sería absurdo sostener que el propietario no puede demandar el desalojo mientras no se venza el plazo del arrendamiento. Es cierto que mientras no ocurra tal vencimiento, el propietario no tiene derecho a poseer (derecho que, en nuestro ejemplo, le corresponde al desaparecido arrendatario), pero esto nada tiene que ver con la legitimación para plantear el desalojo. Ante el obrar indebido del arrendatario, es claro que el propietario puede recuperar el bien del tercero, sin necesidad de que se resuelva el contrato de arrendamiento (por entregar el bien a un tercero sin autorización). Sería hasta hilarante que el tercero triunfe en el proceso de desalojo alegando que el propietario nada puede demandar mientras no tenga un efectivo derecho a poseer. Se trata de un supuesto de la llamada "acción subrogatoria", en virtud de la cual el acreedor (propietario) ejercer los derechos del deudor (arrendatario), según estipula el inciso 4 del artículo 1219 del CC.

Hay que entender, pues, que los procesos de desalojo no siempre presuponen a dos poseedores en conflicto. Es decir, el fundamento de la demanda no siempre debe presuponer que el demandado es un poseedor ilegítimo y que el demandante es quien debe efectivamente poseer. En efecto, el demandado bien puede resultar ser también un servidor de la posesión. Esto se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 588 del CPC, que alude a un caso en el cual el demandante es poseedor y el demandado un mero servidor de la posesión.

De una lectura del artículo bajo comentario, se tiene los principales supuestos de procesos de desalojo: i) propietario contra arrendatario, ii) arrendatario contra subarrendatario, iii) propietario contra subarrendatario, y iii) propietario contra precario. Aquí el problema ha sido cómo entender el concepto de precario y, en general, cuando procede pedir la restitución de un bien en el proceso de desalojo y cuándo corresponde peticionar tal restitución en un proceso más amplio o lato. Y eso no es todo, como es sabido, la cosa se complicaba bastante cuando este artículo 586 planteaba un concepto de poseedor precario sustancialmente diverso al previsto en el artículo 911 del CC. Así es, según esta última norma, es poseedor precario el que ejerce posesión sin título alguno o cuando el que tenía ya feneció. Acá calza perfectamente el caso de un arrendatario (o subarrendatario) cuyo contrato tiene un plazo de duración ya vencido. Pero el artículo 586 mentado no es así, puesto que considera al arrendatario susceptible de desalojo como alguien que no es precario.

Esta situación no poco complicada fue materia del IV Pleno Casatorio Civil, el cual estableció las siguientes siete reglas jurisprudenciales vinculantes aplicables al proceso de desalojo:

i) "Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo".

   En esta primera regla, las Salas Civiles reunidas de la Corte Suprema hacen una interpretación práctica, que de alguna forma pretende ser sencilla, pero que, en honor a la verdad, no se ajusta al texto del artículo 586. Para esta primera regla, el inquilino o arrendatario que no ha pagado la renta o con contrato vencido, tiene la calidad de precario. Es precario, dice esta regla jurisprudencia vinculante, aquel que ocupa un inmueble sin título o cuando teniendo título, este ya no tiene efectos frente al demandante en el proceso de desalojo. Así, mientras el artículo 586 citado distingue entre precario y arrendatario que debe ser desalojado, la Corte Suprema los asimila.

ii) "Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de

propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer".

Esta regla señala que lo que se encuentra en discusión es si el demandado tiene derecho a poseer o no. Me permito precisar ahora lo que señalé líneas arriba. Dije claramente que, en la legitimación en los procesos de desalojo no necesariamente entra a tallar la posesión. Recuérdese que la legitimación es la afirmación del derecho invocado en la demanda. Así, con respecto a la legitimación activa, el demandante no necesariamente debe decir que es el titular genuino del derecho a poseer. Tampoco debe decir que el demandado es un genuino poseedor ilegítimo. Si una idea como esta se aplicara a rajatabla, muchas demandas serían declaradas improcedentes. En el mencionado caso del propietario no poseedor, este técnicamente no tiene derecho a poseer, y si puede plantear el desalojo es porque está en ejercicio de un derecho (a poseer) ajeno, no propio. En el siguiente supuesto ocurre algo análogo. El demandante señalará que el demandado no era un poseedor, sino el servidor de su posesión. Es verdad que si este servidor se "revela" contra su "servido", deja técnicamente de ser servidor y pasa a ser poseedor (este cambio se conoce como "reversión" de la situación posesoria). Pero lo cierto es que la demanda se fundamentará en el hecho de que el demandado fue un servidor.

Ahora bien, la segunda regla del Pleno Casatorio señala, como no podía ser de otra manera, que la parte demandada no tiene necesariamente que acreditar ser titular del derecho de propiedad. Es indispensable que acredite, más bien, que tiene derecho a poseer. No obstante, conforme a lo indicado líneas arriba, puede ser que el demandado sustente su contestación en el hecho de que el demandante no tiene derecho a poseer, mas ello no corresponde procesalmente hablando. No se trata de que el demandado demuestre que el demandante no tiene derecho a poseer, se trata más bien de que el demandado demuestre que tiene derecho a poseer el bien. Creo que no resulta ocioso reiterarlo, la propiedad puede acreditarse en los procesos de desalojo, como fundamento del derecho a poseer, lo que resulta errado es considerar que la propiedad sea lo que se tiene que acreditar de forma ineludible.

De igual forma, queda claro que esta segunda regla del IV Pleno Casatorio excluye la posibilidad de demandar a quienes se consideran a sí mismos servidores de la posesión. El servidor, ya lo sabemos, no es poseedor. El desalojo, se entiende, es un proceso que se entabla entre quienes se irrogan el derecho a poseer un bien. Por consiguiente, si se determina que el demandado no es más que un servidor, ello hace inviable la continuación del proceso de desalojo, tal como lo indica el artículo 588 del CPC.

iii) "Interpretar el artículo 585 del CPC, en el sentido que por *restitución* del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911 del CC, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no".

La norma precisa que la restitución se refiere a entregar el bien a quien tiene derecho a poseerlo. Este es el objetivo de un proceso de desalojo: que quien tiene derecho a poseer el bien, obtenga la posesión, sin que importe si es o no propietario. No es indispensable, entonces, que el demandante haya entregado el bien al demandado, de modo que el proceso de desalojo tenga por finalidad concretar una devolución. Antes de la dación de este Pleno Casatorio, se pensaba que el proceso de desalojo siempre entrañaba una devolución, de manera que el demandado podía contestar la demanda alegando que el demandante nunca le había entregado el bien. Con lo establecido en esta tercera regla vinculante, un argumento como este debe quedar absolutamente descartado.

iv) "Establecer, conforme al artículo 586 del CPC, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció".

Esta cuarta regla es corolario de todo lo dicho hasta el momento. El proceso de desalojo no solo puede ser planteado por el titular de cierto tipo de derecho a poseer, sino que puede ser planteado por el titular de cualquier derecho a poseer. De igual forma, el demandado no tiene que ser cierto tipo de poseedor sin derecho a la posesión, sino cualquier poseedor sin derecho a serlo. Entonces, una vez más, se nota que el proceso de desalojo abarca una amplia variedad de supuestos, todos los cuales implican el conflicto entre quien se considera con derecho a poseer contra quien es considerado sin tal derecho. Y el sujeto que posee sin derecho es catalogado como poseedor precario.

v) Se reconocen seis supuestos de posesión precaria, que son los siguientes:

Siendo estelar el rol que ocupa el concepto de poseedor precario en los procesos de desalojo, es preciso determinar cuando estamos ante un poseedor de tal calidad. Conforme a la lógica del Pleno Casatorio en mención, si el demandado no resulta ser poseedor precario, la demanda de desalojo deberá declararse infundada, mas no improcedente. Así, se plantean seis

supuestos de posesión precaria, cuya aplicación ciertamente no está libre de problemas.

a) "Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del CC. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia".

   Hay posesión precaria si el contrato que confería derecho a poseer al demandado, queda resuelto extrajudicialmente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1429 y 1430 del CC. Es decir, si el contrato queda resuelto en virtud de que una de las partes hizo valer lo que en doctrina se denomina resolución por autoridad del acreedor (art. 1429 del CC) o resolución por cláusula resolutoria expresa (art. 1430 del CC). Estos mecanismos de resolución extrajudicial deben cumplir con ciertas formalidades, a las que me paso a referir de forma muy sucinta:

   En el caso del artículo 1429 del CC, ante el incumplimiento de una de las partes, la otra puede requerirla mediante una carta notarial para que enmiende su conducta y proceda a cumplir con su prestación, dentro de un plazo mínimo de 15 días. Si transcurre este plazo y el incumplimiento persiste, el contrato queda resuelto de pleno derecho.

   En el caso del artículo 1430 del CC, se necesita una cláusula que establezca con toda precisión la prestación cuyo incumplimiento genere la facultad en la parte afectada de hacer valer la resolución, misma que se hace valer mediante una simple comunicación.

   Así las cosas, según esta regla del Pleno Casatorio, el juez debe verificar que estas formalidades se hayan cumplido, sin verificar si realmente se presentó el incumplimiento que da lugar a la resolución. En efecto, esta última verificación correspondería a un proceso de conocimiento, en el cual se emitiría una sentencia declarativa (no constitutiva, como sucede con la resolución judicial prevista en el art. 1428 del CC) de resolución contractual si se comprueba que hubo un incumplimiento que da lugar a la facultad de resolver. No obstante,

el Pleno Casatorio señala que si el juez considera que "los hechos revisten mayor complejidad", podrá declarar infundada la demanda. Cabe preguntarse: ¿Cuándo la mera verificación de las formalidades de la resolución extrajudicial puede revestir "mayor complejidad"? Pues nunca. Lo que en verdad sucede es que el IV Pleno Casatorio, implícitamente, les dice a los jueces que revisen si hubo incumplimiento o no. Si es difícil comprobar ello, pues deberá declararse infundada la demanda. Como salta a la vista, hay una gruesa contradicción. Por un lado se dice que el juez no debe analizar si hubo incumplimiento, pero en seguida se sugiere que debe hacerlo. En cualquier caso, para que esta regla del Pleno Casatorio cobre sentido, debe comprenderse que el juez del desalojo siempre debe limitarse a analizar si se cumplieron las llamadas formalidades de los artículos 1429 y 1430 del CC. Si se presentan ambigüedades en las comunicaciones que se hayan podido formular las partes, podría justificarse una declaración de la demanda como infundada. Mal se haría si es que en algún caso, por más "complicado" que fuera, el juez del desalojo se pone a evaluar la presencia del incumplimiento.

b) "Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del CC, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del CC, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que le poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título".

   En términos simples, se establece que el arrendatario devendrá en precario si es que se vence su contrato de arrendamiento y, además, se le comunica el requerimiento de restitución del bien. El solo vencimiento del plazo no vuelve precario al inquilino. Es necesario que junto al vencimiento, el arrendador acredite haber exigido la devolución del bien.

c) "Si el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del CC, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico–, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

La nulidad del acto jurídico que justifica el derecho a poseer, tanto del demandante como del demandado, puede ser materia de análisis en los procesos de desalojo. Empero, no se trata de cualquier caso de nulidad, sino de la nulidad manifiesta, contemplada en el artículo 220 del CC. Solo si el acto jurídico adolece de una nulidad evidente, obvia o palmaria, puede el juez basarse en tal nulidad para declarar fundada o infundada la demanda. Aquí, hay que decirlo, el juez tiene un margen un tanto amplio de actuación, puesto que el término "manifiesto" resulta ser bastante vago e impreciso. Por lo general, como bien sabido es, la nulidad de un acto jurídico encarna cuestiones que deben discutirse con cierta amplitud y detalle, cosa que es posible solo en los procesos de conocimiento. Por consiguiente, en un proceso sumarísimo solo podría sacarse a relucir la nulidad por falta de la forma sustancial o *ad solemnitatem*, cuya presencia es indudablemente obvia casi siempre (por no decir siempre). Las otras causales de nulidad, en cambio, casi siempre (por no decir siempre) generan problemas que no parecen poder ser resueltos en un proceso sumarísimo.

Ahora bien, si el juez del desalojo invoca la nulidad prevista en el mentado artículo 220, no podrá declararla en la sentencia, sino tan solo tomarla como fundamento en sus considerandos. De modo que si el juez declara en el fallo la nulidad del acto jurídico, por más que tal nulidad sea evidentísima, no hará más que provocar la nulidad de su sentencia.

d) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del CC.

Si el arrendatario no inscribe su contrato de arrendamiento, se expone a convertirse en precario. Así de sencillo. El IV Pleno Casatorio lanza un clarísimo mensaje a los arrendatarios, principalmente a aquellos cuyos contratos de arrendamiento son de largo aliento: si el arrendador vende el inmueble a un tercero, este podrá desalojar al arrendatario sin mayor problema. Para que esto no sea así, se requiere que el arrendador haya aceptado respetar el arrendamiento previo a su adquisición, tal como indica el artículo 1708 del CC.

Si el arrendamiento tiene una duración prolongada, lo mejor es hacer un esfuerzo económico adicional y registrarlo, porque de lo contrario, y aunque cueste decirlo, el arrendador puede hasta simular una donación

y hacer que el donatario desaloje a un arrendatario fiel al contrato y que tiene para un largo tiempo en posesión del inmueble. Nótese que esta regla casatoria, al igual que el artículo 1708 del CC, no distingue entre adquirentes a título gratuito y a título oneroso.

e) Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a discutir de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

   Si antes del IV Pleno Casatorio, la demanda de desalojo podía tener problemas ante un demandado que hubiere efectuado mejoras u otra clase de edificaciones o modificaciones sobre el bien, pues ahora ello ya no es problema. Esta regla casatoria es clara al señalar que no se puede estimar una contestación de demanda de desalojo fundada en el hecho de que el demandado ha efectuado alguna clase de construcción o cambio en el bien.

   Por otro lado, es verdad que el demandado podría alegar que existe un derecho de retención, conforme a lo previsto en los artículos 1123 y 1127, inciso 2, del CC. Así, puede alegar que tiene derecho a retener el bien, pues existe "conexión" entre este y el crédito derivado de las mejoras o modificaciones que hubiese hecho en el bien. Al margen de la validez que pueda tener esta alegación, la misma muy difícilmente puede tener éxito ante la contundente indicación de la regla casatoria ahora comentada.

f) La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

Me parece que hay otra contradicción, tal como sucede en el caso de la resolución extrajudicial del contrato que sustenta la posesión del demandado. Esta regla casatoria parece sugerir que, por lo general, el juez de desalojo no puede atender una contestación de demanda basada en una adquisición mediante prescripción adquisitiva. Así, el demandado no puede alegar que es dueño por usucapión. Sin embargo, si en el juez de desalojo "surge" la convicción de que se han presentado los requisitos para adquirir por prescripción, pues no estimará la demanda. Así las cosas, está claro que, guste o no, el juez de desalojo tiene que verificar si se cumplen los requisitos de la prescripción adquisitiva de dominio, pese a que esto corresponde, como lo establece el CPC, al proceso abreviado. Pienso que lo conveniente hubiera sido establecer que la usucapión no puede ser fundamento de la contestación de demanda de desalojo, ya que verificar tal fundamento desnaturaliza al proceso sumarísimo. Por lo demás, cada juez tendrá amplitud de libertad de criterio para decidir si cabe o no estimar la contestación del demandado, generándose inseguridad, que es precisamente lo que los plenos casatorios deben reducir al máximo.

vi) "En todos los casos descritos, el juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas".

El IV Pleno Casatorio trata de evitar que los procesos de desalojo no terminen con una declaración de improcedencia, de modo que pareciera que se "obliga" o "incentiva" a los jueces de desalojo a ver el fondo de la controversia siempre que sea posible. Decisión saludable, sin duda, pero que no quita los defectos antes advertidos. Por otro lado, la declaración de improcedencia tampoco puede ser vista como nociva por sí misma. El proceso de desalojo puede llegar hasta la Corte Suprema y, por ende, durar dos o hasta tres años, siendo más que lamentable que tanto tiempo se dedique a un proceso para que culmine sin declaración sobre el fondo. Siendo ello así, la improcedencia inicial evitaría estos duros problemas.

vii) "En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del CPC, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien".

Conforme a esta regla, queda claro que el interdicto de recobrar es excluyente del desalojo. Así, en caso de despojo indebido de la posesión, el mecanismo que puede emplear el afectado no es el desalojo, sino el interdicto de recobrar. El

plazo para que un despojado utilice este mecanismo es de un año. Vencido este plazo, no quedará más que emplear una vía procesal más lata, no ya un proceso sumarísimo. Y es que, en la praxis, solía ocurrir que vencido el plazo para aplicar el interdicto de recobrar, el interesado, en el afán de acudir a una vía breve, planteaba el desalojo. Esto ya no es posible.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Pueden demandar el desalojo: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, no teniendo esta numeración una razón de prelación, pues no se prevé la oposición entre los derechos de los enunciados, sino la posibilidad de que cualquiera de estos pueda accionar frente al arrendatario, razón por la cual no procede la intervención excluyente del propietario para sustituir al arrendador demandante ***(Exp. N° 1358-2007)***.

En los procesos de desalojo por ocupación precaria, no es imprescindible determinar si el actor es el propietario exclusivo o co-propietario del bien que reclama, puesto que la ley los legítima a ambos a iniciar las acciones legales que crean convenientes, en defensa de sus derechos reales, lo cual está protegido, incluso constitucionalmente ***(Cas. N° 2114-2004-Cusco)***.

Cuando se trata de acciones que tengan como pretensión la restitución del bien por ocupación precaria, el actor debe ser necesariamente propietario. Por lo tanto, si bien se ha afectado en uso el bien y el titular goza de las facultades de administración, también es cierto que él no ostenta la propiedad del bien, por cuya razón no goza de titularidad respecto del derecho discutido y por tanto carece de legitimidad para solicitar restitución del bien por ocupación precaria ***(Cas. N° 2369-2003-Lima)***.

Desde el momento de la muerte de una persona se transmiten a sus herederos sus bienes, derechos y obligaciones, por lo que no es necesaria la inscripción previa en el registro de la propiedad inmueble para interponer la demanda de desalojo ***(Cas. N° 3764-2002-Arequipa)***.

Artículo 587 Tercero con título o sin él

Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien este le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso.

Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.

El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única.

Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el juez aplicará lo dispuesto por el artículo 107.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 92, 93, 102, 103, 105, 107, 554, 555.

Fort Ninamancco Córdova

Según este artículo, hay que tener mucho cuidado con la situación posesoria del inmueble que se busca desalojar. Si el demandante sabe que existe un tercero, que obviamente no es el demandado, ocupando el bien, debe hacerlo saber en su demanda. Si el demandante no lo sabe, pues el servidor judicial encargado de la notificación deberá, si se percata, poner en autos al tercero sobre el proceso iniciado. Siendo ello así, lo mejor es plantear la demanda contra todos los terceros que puedan ocupar el inmueble.

Es necesario tener en cuenta que, en relación al tercero, pueden plantearse los siguientes escenarios: si el tercero no toma conocimiento del proceso, el mismo no le resultará oponible, corriéndose el riesgo de que el desalojo quede frustrado en la práctica. Si el tercero toma conocimiento, este tendrá que participar del proceso. El encargado de la notificación deberá dar fe de que el tercero se enteró del inicio del proceso de desalojo. Si sucede esto, ya no podrá el tercero alegar que no aparece como demandado en la demanda. El resultado del proceso le resultará oponible, aunque no se apersone.

Por último, la norma establece que si el tercero no resulta tener título para poseer, el juez deberá excluirlo del proceso, y continuar solo con el demandado. Se entiende que la evaluación de la presencia del título del tercero para poseer debe realizarse en la audiencia única.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Procede la denuncia civil de los subarrendatarios que ocupan el predio sub litis, toda vez que el resultado del mismo va a afectar sus derechos. Si se permite la incorporación al proceso del tercero que ocupa el predio, es menester integrar a los otros ocupantes del inmueble materia de la pretensión demandada, a efecto que puedan hacer uso de su derecho a la tutela jurisdiccional ***(Exp. N° 44888-1998-Lima)***.

El tercer ocupante del predio, puede actuar como litisconsorte voluntario, en este caso no integra la relación procesal, pero habiéndose incorporado con la calidad de necesaria, se incorpora a la relación procesal, por lo que necesariamente debe ser incluido en el pronunciamiento jurisdiccional ***(Cas. Nº 937-1998-Lima)***.

Quien teniendo un bien en nombre de otro; es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, Y si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso, en cuyo caso el juez emplazará con la demanda al poseedor ***(Exp. N° 911-1998-Lima)***.

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios. Tratándose de terceros, en acciones de desalojo, pueden estos ofrecer las pruebas en defensa de sus derechos a partir de la audiencia única. No es necesario tener la posesión física e inmediata del bien, para considerar a una persona como poseedor de este. La posesión puede ser mediata o inmediata, correspondiendo su defensa al poseedor mediato, quien la ejerce en virtud de un título ***(Exp. N° 165-1997-Lima)***.

Artículo 588 | Falta de legitimidad pasiva

Si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que solo se encuentra en relación de dependencia respecto de otro, conservando la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. IV, 105, 587.

Fort Ninamancco Córdova

Si el emplazado con la demanda no resulta tener la calidad de poseedor, sino que se encuentra bajo subordinación de un tercero, esto es un poseedor precario, pues deberá indicarlo así al apersonarse al proceso. Si el emplazado oculta esta clase de información y deja que el proceso continúe, sin que el genuino poseedor sea emplazado, se hará responsable por los daños y perjuicios que cause, tal como indica el artículo 105 del CPC.

Siendo rigurosos, esta norma no aplica si el demandado es un poseedor inmediato y no da aviso de la existencia del poseedor mediato. No obstante, si esto último sucede, se tendría que aplicar el artículo 587, de tal suerte que se tendría que notificar con la demanda a este último. Si el dema dando oculta esta información, deberá también indemnizar al demandante, pero no en aplicación de lo dispuesto en el artículo 588, sino por violentar el deber de buena fe procesal, previsto en el artículo IV del CPC.

Claro está, lo correcto es que el proceso no continúe contra el servidor de la posesión. En un desalojo no se demanda más que a poseedores. Así, el auto admisorio no se tendrá por bien notificado hasta que se le notifique al poseedor demandado.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas*

más frecuentes y sus soluciones. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los procesos de desalojo, la parte demandante puede ser además todo aquel que se considere con derecho a la restitución del bien. Si de los recibos de arrendamiento se advierte que el uso del bien continúa a nombre del último concesionario titular, los sucesores legales de este tienen legitimidad para incoar el desalojo promovido ***(Exp. N° 30755-1998-Lima)***.

Si los demandados, quienes ocupan el inmueble de litis como propietarios, vienen exigiendo judicialmente el cumplimiento del contrato a su anterior propietario y este ha transferido dicho inmueble al demandante, sin esperar que se defina la situación jurídica que conlleva la demanda de cumplimiento de contrato, no resulta posible amparar la demanda sobre desahucio por ocupación precaria, discutiendo el derecho de propiedad entre el demandante y demandado dentro de un proceso sumario ***(Exp. N° 279-1994-Lima)***.

Artículo 589 Notificación

Además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, esta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta.

Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 155, 157 al 161, 587.

Fort Ninamancco Córdova

El artículo 589 del CPC exige que, en todo caso, la demanda tiene que ser notificada en el predio materia de desalojo, si es que el domicilio del demandado es otro. Aquí hay que tener mucho cuidado, porque la falta de una notificación puede frustrar el desalojo, ya que el demandado puede denunciar la presencia de un vicio procesal fundada en tal falta.

Si el desalojo se produce en el marco de un contrato, hay que demandar al poseedor tanto en el domicilio contractual (especial), como en el predio materia de desalojo, si es que ambos no coinciden. De este modo, si solo se notifica en el predio materia de desalojo y el demandado nunca se presenta en juicio, puede correrse el peligro de que, avanzando el proceso, aparezca el demandado peticionando la nulidad de todo lo actuado porque no se le notificó en su dirección domiciliaria.

Por otra parte, la falta de numeración de un predio no puede ser impedimento para notificar en el mismo. El notificador, de ser el caso, tendrá que requerir la colaboración de los vecinos y levantar el acta, a fin de que no quede duda de que se notificó en el predio materia del proceso. De hecho, tampoco debe dudarse de que los vecinos tienen la obligación de colaborar con el juzgado en este aspecto, ya que bien puede el juez, en aplicación de sus facultades generales, ordenar lo que convenga para lograr una debida notificación.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas*

más frecuentes y sus soluciones. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Tratándose de un proceso de desalojo, además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, esta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinto. El conocimiento oportuno del texto de la demanda y la contestación de esta, no convalida la omisión de la notificación ***(Exp. N° 955-1998-Lima)***.

Es nula la sentencia si la demandada solo ha sido notificada en su dirección domicialiaria y no en el predio materia de desalojo. El apersonamiento de la demandada al proceso, no convalida ni subsana dicha omisión, pues ella tiene por objeto verificar si el predio se encuentra ocupado o no por un tercero ***(Exp. N° N-1159-1997-Lima)***.

Artículo 590 | Desalojo accesorio

Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 85, 87.

Fort Ninamancco Córdova

La regla en cuestión es fácil de entender, pero no respetarla puede ocasionar graves problemas al demandante en el marco de un proceso más de conocimiento o abreviado. La pretensión de restitución propia del desalojo puede acumularse en procesos de mayor amplitud que el sumarísimo, siempre que tal pretensión haya sido debidamente acumulada.

Si, por ejemplo, en un proceso de conocimiento se discute la titularidad de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble, gana el proceso quien no tiene la posesión del bien ¿podrá solicitarse al juez la restitución del inmueble si es que no se acumuló la pretensión de restitución? Pues no. Evidentemente, el razonamiento inverso cabe: si se acumula la pretensión de restitución en un proceso abreviado o de conocimiento, tal acumulación no podrá ser rechazada por el juez. No se puede decir que la restitución necesariamente debe ventilarse en un proceso sumarísimo independiente, luego de concluido el proceso de conocimiento o abreviado. Al contrario, conforme al artículo 590, es posible acumular la pretensión de restitución, de tal manera que, al sentenciar el proceso de conocimiento o abreviado, el juez puede ordenar ya el lanzamiento. El ahorro de tiempo, como se comprenderá, es importante. Por ello, como ya se dijo, "olvidar" acumular la pretensión de restitución puede complicar mucho al demandante en el factor tiempo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: Tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 591 | Limitación de medios probatorios

Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, solo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 213, 233, 262.

Fort Ninamancco Córdova

La norma regula de forma específica la prueba en los procesos de desalojo que se sustenten en falta de pago o vencimiento del plazo. Es claro que la norma se aplica básicamente a los desalojos derivados de problemas en la ejecución de un contrato de arrendamiento. Está claro que si el demandante desea desalojar por estas causales, puede presentar como medios probatorios documentos, declaraciones de parte y pericias.

De inmediato, debe advertirse que esta regla se aplica también al demandado, por elemental aplicación del principio de igualdad en el proceso. Por tanto, el demandado solo puede contestar la demanda presentado documentos, declaración de parte y pericia. Está claro, consecuentemente, que las declaraciones testimoniales de terceros no son aceptables en estos procesos. No obstante, sí merece resaltarse que puede entablarse un debate sobre pericias entre las partes, sin dejar de mencionar que puede entablarse también debates sobre cualquier clase de documento.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 592 | Requerimiento

El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 121, 147, 593, 691, 715.

Artículo 593 | Lanzamiento

Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.

Se entiende efectuado el lanzamiento, solo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.

Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.

CONCORDANCIAS:
C.C. art. 920; C.P.C. arts. 105, 107, 587, 589, 591, 592, 594, 691.

Fort Ninamancco Córdova

Una vez que la resolución judicial que declara fundada la demanda de desalojo queda firme, deben pasar seis días para que el juez pueda ordenar el lanzamiento. Sin embargo, el artículo 592 refiere que el juez ordenará el desalojo "a pedido de parte". Es decir, no corresponde que el juez ordene el lanzamiento de oficio. Tampoco se establece un plazo para que el demandante peticione el lanzamiento. Otro aspecto sumamente importante es que el lanzamiento se ordena contra todos los que ocupan el predio, sin excepción. Y claro, no podía ser de otra manera, porque de lo contrario, llegado el momento del lanzamiento, el demandado podría salir del inmueble temporalmente y dejar a otra persona como supuesta poseedora, frustrando así el lanzamiento de forma indefinida. De este modo, un tercero que se encuentre bajo control del bien materia del lanzamiento, no podrá alegar ser un ajeno al proceso o no estar debidamente notificado.

Se precisa que no existe lanzamiento mientras no se haya entregado el bien al demandante en su integridad y completamente desocupado. De este modo, mientras no se logre la desocupación total del bien, el lanzamiento puede darse por concluido. En consecuencia, no hay un número determinado de intentos o diligencias

que se pueden programar para lograr el lanzamiento. El juez de desalojo, junto a la Policía Nacional del Perú, deberá realizar todas las diligencias que sean necesarias para lograr el lanzamiento completamente.

Si el vencido, dentro de los dos meses de terminado el lanzamiento, recupera el bien, puede ser lanzado nuevamente. Empero, si el vencido recupera el bien después de transcurridos dicho par de meses, el vencedor del desalojo tendría que iniciar un proceso judicial de interdicto de recobrar. Debe entenderse, entonces, que una vez concretado el lanzamiento, el Poder Judicial dará su respaldo durante dos meses para que el vencedor "consolide" su posesión. Transcurrido este plazo, si el vencedor no puede evitar que el vencido recupere el bien, se tendrá que iniciar un nuevo proceso judicial. Debe recordarse que el vencedor siempre puede emplear los mecanismos de defensa extrajudicial de su posesión, de conformidad con lo previsto en el artículo 920 del CC.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se vulneró el principio de literalidad del artículo 1100 del Código Civil al pretenderse ejecutar un inmueble con numeración distinta también lo es que dicho aspecto ha sido ya materia de aclaración por los órganos de mérito al señalar que de la escritura pública y su ampliación se aprecia que el inmueble consignado sería el mismo que se encuentra registrado en la Partida Registral número 01131065 y en la Ficha Registral número 00110060 de los Registros de Predios de la ciudad de Arequipa con un área de trescientos sesenta y nueve punto cincuenta y dos metros cuadrados (369.52 m^2) coligiéndose por tanto que la decisión adoptada ha sido expedida conforme a ley ***(Cas. N° 261-2014-Arequipa)***.

Artículo 594 Sentencia con condena de futuro

El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento solo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.

Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, este deberá pagar las costas y costos del proceso.

En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.

Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.

Es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, el juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato.

La deuda del arrendatario judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos. (*)

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. IV, 144, 1697, 1699, 1701, 1703; C.P.C. arts. 330 al 333, 410 al 412, 585, 592, 593, 692-A.

Fort Ninamancco Córdova

El artículo 594 del CPC permite demandar el desalojo antes de que el plazo para restituir el bien venza. Si la demanda es amparada, el lanzamiento solo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo. Si el demandado se allanara y, al vencer el plazo, entregara el bien al demandante sin mayor problema, todas las

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 30201 del 28/05/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 01/08/2014, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

costas y costos del proceso deberán ser abonados por el demandante. Así las cosas, el demandante, si advierte que la otra parte asume comportamientos hostiles que le hacen plantearse que no habrá una entrega pacífica del bien luego de vencido el plazo para dicha entrega, puede iniciar el proceso de desalojo antes de que venza el plazo y, así, ahorrar tiempo. El objetivo es que, una vez vencido el plazo, el demandante ya cuenta con una orden judicial de desalojo. Acá, como es obvio, el juez debe limitarse a verificar si el demandado debe cumplir con restituir el bien dentro de un plazo determinado. Si los temores del demandante no tuvieran sustento, tendrá que asumir las costas y costos del juicio que entabló.

Por otra parte, el artículo 594 también contempla un mecanismo de desalojo que aparenta ser bastante expeditivo. Dicho mecanismo aplica para el caso de un arrendatario moroso de un bien inmueble. Pero cabe preguntarse ¿aplicaría para el caso de otro poseedor, como un usufructuario? Pienso que la respuesta es negativa, ya que el tenor de la norma sugiere que estamos ante un trámite excepcional para el desalojo. De ser así, la analogía no es admisible conforme preceptúa el artículo IV del Título Preliminar del CC.

Este mecanismo requiere un presupuesto: la "cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario", que debe constar al menos en documento con firmas legalizadas notarialmente o ante juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público ¿Es inviable, entonces, emplear este mecanismo en contratos de arrendamiento verbales? ¿Qué sucedería si la "cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario" se pactó de manera verbal en una reunión y queda constancia de ello en algún medio electrónico o magnético? Se trataría, qué duda cabe, de un caso inusual, pero ello no afectaría la eficacia de la cláusula, puesto que la formalidad que impone la norma no tiene a la nulidad como sanción de su inobservancia, según lo estipulado en el artículo 144 del CC.

¿En qué casos opera la "cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario"? No opera siempre, la norma restringe su radio de acción a dos supuestos en los cuales el arrendatario debe entregar el bien inmueble: i) por vencimiento del plazo del contrato, y ii) resolución del contrato por falta de pago conforme al artículo 1697 del CC. Así, se entiende que la tal cláusula es una declaración en virtud de la cual el arrendatario se "allana por adelantado" en caso sea demandado por la entrega del inmueble con base en alguno de los dos supuestos mencionados.

¿Pero se trata de un genuino allanamiento? El allanamiento implica, según lo establecen los artículos 330 y 333 del CPC, que el demandado acepta la pretensión que contra él se dirige, ante lo cual el juez, declarado el allanamiento, debe proceder a expedir decisión final de forma inmediata. Esto de ninguna manera sucede con la "cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario", puesto que cuando el arrendador demanda la entrega del bien, el artículo 594 del CPC establece que el

arrendatario demandado puede contradecir alegando la vigencia del contrato o el pago de la renta adeudada. El juez, a diferencia de lo que ocurre ante un verdadero allanamiento, no puede proceder a declarar el allanamiento y expedir sentencia inmediatamente. No, antes debe resolver sobre la alegación del arrendatario demandado.

En resumen, tenemos lo siguiente: si se pacta la cláusula de "allanamiento anticipado a futuro del arrendatario", el arrendador, en su oportunidad, podrá demandar la restitución del inmueble con base en el vencimiento del plazo o resolución por falta de pago. Notificado con la demanda, el arrendatario tendrá un plazo de seis días para contestar la demanda, pudiendo contestarla solo con base en dos consideraciones: i) que el contrato continúa vigente, o ii) que la deuda por renta ha sido pagada. En caso el demandado no acredite ninguna de estas dos circunstancias, el juez ordenará el lanzamiento en quince días hábiles. No hay ningún allanamiento verdadero, puesto que la ley no asume que el demandado está aceptando la pretensión de la parte demandante, ya que, por el contrario, puede negarla por completo. Como se verá en seguida, este mecanismo está lejos de ser expeditivo. Con esta ley, pese a quien le pese, el entrañable personaje de Don Ramón estaría en su "salsa".

Por último, el registro de deudores judiciales morosos puede ayudar al futuro arrendador a identificar a "malos" inquilinos. Pero, claro está, esta información no es suficiente. Si una persona se presenta ante usted, amable lector o lectora, diciendo que no figura en tal registro ¿ello es suficiente para que usted la califique como alguien confiable? La respuesta es obvia. Para que el registro reporte una utilidad genuina, tendrán que pasar varios años funcionando plenamente. Y aun así no será nunca suficiente, sencillamente porque la demanda de inmuebles para arrendar se renueva de modo constante. Téngase presente que la inscripción del deudor moroso es a petición del acreedor de conformidad con los artículos 594 y 692-A del CPC. La deuda debe quedar acreditada mediante una resolución judicial firme, el registro es de acceso público y gratuito, la inscripción está vigente en tanto no se extinga la obligación por cualquiera de las modalidades que contempla el CC, y se indica también que la inscripción no aplica en casos que involucren a entidades estatales.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas*

más frecuentes y sus soluciones. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La demanda de desalojo se ha interpuesto antes de vencido el plazo de arrendamiento por permitirlo así el artículo quinientos noventa y cuatro del Código Procesal Civil ***(Cas. N° 2686-2003-Ucayali)***.

Artículo 595 | Pago de mejoras

El poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. Este proceso no es acumulable al de desalojo.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 916 al 919, 1682; C.P.C. arts. 546 inc. 7, 561 inc. 8.

Fort Ninamancco Córdova

El Código es claro al señalar que el proceso de desalojo no se puede acumular con el proceso de pago de mejoras. El demandado puede plantear su proceso con el fin de obtener el pago de las mejoras que pueda haber realizado sobre el bien, pudiendo hacerlo también en un proceso sumarísimo. Pero cuidado, no siempre podrá ser así, puesto que si el poseedor sostiene que el valor de sus mejoras supera las 100 URP, pues su demanda de pago de mejoras no podrá tramitarse en el proceso sumarísimo. Esta lectura es impuesta por una interpretación sistemática del dispositivo bajo comentario con lo dispuesto en el inciso 7 del artículo 546 del CPC.

El CC señala, en su artículo 919, el derecho al reembolso de las mejoras que tiene el poseedor prescribe en un plazo de dos meses contados a partir del momento de la restitución del bien. Pero el CPC advierte que la demanda de mejoras debe interponerse en un plazo que vencerá el día del vencimiento del plazo de la contestación de la demanda del proceso de desalojo. Entonces hay que tener mucho cuidado aquí. Parece ser que el trámite de la demanda de pago de las mejoras sufre una alteración si el demandante ha sido previamente demandado por desalojo. De ser así, la norma procesal exige al poseedor un pronunciamiento rápido en torno a su posible pretensión de pago de mejoras. Creo que debe entenderse que todo está enmarcado en los procesos sumarísimos. Por tanto, si la pretensión del poseedor por mejoras supera las 100 URP, esta suerte de *ultimátum* no debería serle aplicable. La norma no precisa qué sucede si el poseedor no presenta su demanda de pago de mejoras luego de vencido el plazo para contestar la demanda de desalojo en su contra. Se podría interpretar que se trata de una causal de improcedencia.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando

el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se ha contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, al amparar la Sala Superior la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes considerando que estos carecen de legitimidad para obrar y demandar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, por el hecho de haber demandado el pago de mejoras, cuando la propia ley otorga dicha facultad al estar en posesión del bien sub-litis ***(Cas. N° 2493-02-Moquegua-Ilo)***.

La parte *in fine* de la referida norma procesal (art. 595 del C.P.C.), dispone que la pretensión de pago de mejoras no es acumulable al proceso de desalojo; que, en tal virtud, la Sala de mérito no podía supeditar su fallo a la definición previa sobre Pago de Mejoras, por tratarse de procesos independientes uno del otro, tanto más, si este ya se ha iniciado (...) por lo que en todo caso el impugnante debe hacer uso de los derechos que la Ley le otorga ***(Cas. N° 756-2000-Loreto)***.

Si el actor pretende darle el concepto de mejoras a una edificación y/o construcción completa sobre un terreno no resulta procedente el pago de ellas. Nuestro Código Civil, en su numeral 916, establece que existen tres tipos de mejoras, necesarias, útiles y de recreo, no refiriéndose de ninguna forma a construcciones completas sino a lo hecho sobre lo ya construido y/o edificado ***(Exp. N° 679-2002-Lima)***.

Resulta extemporáneo el pedido de pago de mejoras de tierras rústicas cuando el actor no ha ejercitado su reclamo en la oportunidad debida (comparendo del juicio de aviso de despedida) sino que lo hace un año después que se ejecutara la sentencia expedida en el mencionado proceso ***(Exp. N° 65-2001-Lima)***.

El poseedor tiene derecho al pago de mejoras cuando estas se han efectuado de buena fe, vale decir, cuando se han realizado con autorización expresa o táctica del propietario del predio o se han efectuado en la creencia que posee el bien con título válido ***(Exp. N° 1905-1999-Lima)***.

Las mejoras, entendidas como la alteración material del bien que tienen por finalidad repararlo, aumentar su valor o proporcionar mayor ornato o comodidad, deben ser abonadas por el dueño del bien al poseedor, salvo que se haya acordado expresamente que estas quedan en beneficio del propietario ***(Exp. N° 38716-1998-Lima)***.

Es obligación del juez ordenar el monto exacto del pago de las mejoras útiles y necesarias que efectivamente se hayan realizado y se encuentren en el inmueble materia de litis y no de los recibos, teniéndose en cuenta además, el valor de depreciación de las mismas. Es nula la sentencia que declara fundada el pago de mejoras basado en el dictamen pericial, que no disgrega aquellas mejoras que constituyen las necesarias y útiles; así como tampoco lo hace el juez ***(Exp. N° 52140-1997-Lima)***.

Artículo 596 | Restitución de otros bienes

Lo dispuesto en este subcapítulo es aplicable a la pretensión de restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios, en lo que corresponda.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 885, 886, 1666, 1677; C.P.C. arts. 85, 546, 585 al 589, 591 al 595, 688 inc. 9.

Fort Ninamancco Córdova

Tal como se expresó al comentar el artículo 585 del CPC, puede decirse que el llamado "proceso de desalojo" se traduce en una pretensión de "restitución de un predio". En otras palabras, por medio del proceso de desalojo se consigue que a un sujeto le entreguen un predio, cosa que se logra conforme a las normas del proceso sumarísimo y en las contenidas en este subcapítulo 4 del Título III de la Sección Quinta del CPC.

Asimismo, se mencionó que una primera lectura del artículo 585 puede llevar al error de hacer creer que se refiere sólo a los predios, empero el artículo 596 precisa que la regulación del "proceso de desalojo" puede aplicarse también para lograr la restitución de bienes "muebles e inmuebles distintos a los predios en lo que corresponda".

En el comentario antes aludido se señaló que parece claro que el "proceso de desalojo" se puede utilizar para recuperar maquinaria y un establecimiento industrial, siendo este último un inmueble distinto a un predio. De ahí que se haya puesto como ejemplo el caso en el que las instalaciones de una fábrica de zapatos en Trujillo están bajo el control de un ocupante precario, supuesto en el cual también procedería el proceso de desalojo. Asimismo, en el caso de una nave o una bolichera, indebidamente poseída por un usurpador, en que también podría recuperarse el bien mediante dicho proceso.

En similar sentido a lo dispuesto en el artículo 585 del CPC, consideramos que a los casos referidos en la norma materia de comentario también le son aplicables las disposiciones referidas a la opción, o derecho potestativo para ser más técnicos, en favor del demandante arrendatario, en virtud del cual puede decidir si, junto a la pretensión de restitución del bien distinto a un predio, peticiona también el pago de arriendos, si fuera el caso y si es que la demanda se fundamenta en esta causal. Sobre el particular nos remitimos a los comentarios desarrollados en el mencionado artículo 585.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; AGUADO LÓPEZ, José G. (2016): "Vicisitudes del proceso de desalojo. 'El amor en los tiempos del cólera': cuando el arrendador debe demandar al arrendatario la entrega del bien". En: AA.VV. *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Jhoel Chipana Catalán (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; AA.VV. (2014): *La propiedad: mecanismos de defensa*. Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2005): "Las mejoras entre el Código Civil y el Código Procesal Civil: tratando de desenredar una madeja muy enredada". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 78, marzo. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el demandado ha venido percibiendo utilidades como consecuencia del indebido alquiler que ha efectuado de los aires del inmueble que conduce; pese a que el accionante ha solicitado de manera reiterada la devolución del bien, debe abonar los frutos, pues ha obtenido provecho económico. Los frutos son provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. Estos pueden ser naturales, industriales y civiles ***(Exp. N° 63030-1997-Lima)***.

SUBCAPÍTULO 5
INTERDICTOS

Artículo 597 | Competencia

Los interdictos se tramitan ante el juez civil, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 605.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 1; C.C. arts. 920, 921, 974, 979; C.P.C. arts. 597, 598, 603, 605 párr. 2, 606.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

En el antiguo Derecho romano la voz interdicto refiere el medio empleado por el pretor para dar sanción a los derechos que el *ius civile* dejaba desprovistos de acciones. El magistrado dictaba un *decretum* ordenando lo que debía hacerse por el adversario o prohibiendo lo que no debía hacerse. Se trataba entonces de una declaración de principios pronunciada a petición de parte, por el magistrado del pueblo y que contenía una orden que debía acatarse por los que litigaban. Si la parte cumplía el *interdictum* voluntariamente, la controversia concluía, pero si no, el litigio se elevaba recién a la categoría de proceso. O sea, el interdicto no reemplazaba a la acción sino que era la ley de la causa o base del proceso (ALZAMORA, 1946: p. 355).

El *factum* (apariencia jurídica de un *ius*) tenía su propia protección pretoria (distinta de la defensa procesal del *ius*), por lo que se basaba en la potestad política en relación con el patrimonio (*res*) público, los derechos reales, el derecho de familia y la herencia. Esa defensa se denominaba interdicto. Así, el *interdictum* era una orden decretada por el pretor para salvaguardar las apariencias jurídicas en el ámbito de las relaciones patrimoniales privadas, y el orden público en el ámbito del patrimonio público (BETANCOURT, 2007: pp. 199-200).

Entre los interdictos que conoció el Derecho romano adquirieron especial importancia los interdictos posesorios (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 643), pues aunque la posesión no es un derecho y, por tanto, no contaba propiamente con acción, los poderes públicos tuvieron que intervenir para protegerla, a fin de asegurar el mantenimiento de la paz pública (MAZEAUD, 1960: p. 169). Así, los interdictos aparecen en la época en que el pretor romano no contaba con poder suficiente

para instituir acciones nuevas, limitándose a dictar órdenes a los particulares poniendo fin a las controversias que perturbaban la tranquilidad pública; siendo que su utilidad radicaba en que ante la aparición de casos donde no se contaba con acciones, llenaban un vacío legal, y al no fundarse en precepto escrito alguno, se modificaban conforme a las exigencias de la justicia (ALZAMORA, 1946: pp. 355-356).

En este antiguo Derecho romano el interdicto era una mera orden del magistrado (no del juez) dictada a instancias de la parte agraviada y se aplicaba principalmente cuando el interés lesionado tenía carácter casi público como estorbos en sitios públicos tales como carreteras, orilla del mar, ríos, etc., (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 499).

En las cuestiones interdictales no se solventaban derechos mediante un juicio, sino que con ellos se trataba de mantener el orden jurídico administrativo y de policía que debe reinar en una comunidad (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 643), es decir, su propósito era conservar el orden mínimo que debe haber en una colectividad. Por ello, una de las características más resaltantes era que el interdicto no constituía una sentencia absoluta y definitiva, pues el pretor no iba al fondo y a la verdad de los hechos controvertidos (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 499).

Sin embargo, con la aparición del procedimiento extraordinario los interdictos cayeron en desuso porque las partes procedían como si se les hubiera ya concedido, y demandaban directamente lo que entonces no habrían podido exigir sino por medio de la acción útil, resultante de la inejecución del interdicto que hubiesen alcanzado (ALZAMORA, 1946: p. 360).

Habiendo caído en desuso, las jurisdicciones eclesiásticas fueron las primeras en experimentar la necesidad de un procedimiento más rápido, destinado a hacer que cesara la violencia, por lo que crearon, hacia el siglo IX, el interdicto de recobrar, que no era sino una acción que se concedía, como en el Derecho romano, en caso de despojo por violencia. Ya en el siglo XIII aparece otra acción posesoria llamada interdicto de retener, que concede lo mismo que en el caso de despojo pero ante una simple perturbación, pero exigiéndose como prerrequisito una posesión anual. Esta acción fue duplicada por un interdicto de obra nueva destinado a proteger la posesión contra las perturbaciones futuras que pudieran causar las obras empezadas en el fundo vecino (MAZEAUD, 1960: p. 170).

2. LA POSESIÓN Y EL FUNDAMENTO DE SU PROTECCIÓN

Quien posee una cosa tiene todo el derecho de defenderla. Es decir, si alguien se ve en un estado en que se le pretende privar o perturbar en su posesión, puede utilizar los mecanismos fácticos a su alcance para defenderla. Así como la posesión

es un ejercicio fáctico, su defensa empieza también por actos de fuerza o de facto. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el repeler esa privación o perturbación en la posesión, si bien puede implicar el uso de la fuerza, ella siempre se la debe ejercer dentro de cánones regulares o razonables.

Evidentemente, esta defensa de la posesión ante su perturbación implica el ejercicio de actos reales inmediatos, y en el caso del despojo de la posesión, también se requerirá actos físicos de pronta ejecución para recuperarla. Por ejemplo, si un ladrón intenta robar un auto a un sujeto cualquiera, este puede utilizar su fuerza para retener el robo, y si ya se lo arrebataron, puede iniciar una persecución contra el ratero para recuperar su bien.

Para Beatriz AREÁN esta defensa extrajudicial de la posesión requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: una agresión violenta (el autor del ataque debe valerse de la fuerza, por lo que queda excluido el supuesto de usurpación clandestina), una reacción inmediata (entre el ataque y la defensa debe existir una verdadera unidad de tiempo, o sea que ante la agresión, se debe producir sin intervalo de tiempo la reacción, pues en caso contrario no quedará al desposeído otra opción que recurrir a la justicia), la imposibilidad de intervención del poder público (como es un remedio excepcional, se admite solo cuando la actuación de las autoridades no es posible, ya que si el agredido fuera a pedir auxilio, al regresar ya sería tarde por haberse consumado el despojo), y una defensa adecuada (debe haber relación entre el medio empleado por el agresor y aquel de que se vale el atacado, por cuanto cualquier exceso podría dar lugar a responsabilidad civil y penal por sobrepasar los límites de la propia defensa) (AREÁN, 1994: pp. 161-162).

Precisando el tema de la ausencia de intervalo de tiempo entre la agresión y la defensa de la posesión, se ha dicho que esta debe hacerse de acuerdo a los intereses en conflicto que la norma busca proteger. Sin embargo, cuando la tardanza en la recuperación del bien excede el tiempo objetivamente razonable para una respuesta del poseedor, entonces, debe entenderse que el despojo ha quedado consumado (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 381).

Y se afirma lo dicho puesto que entre nosotros normalmente la recuperación de la posesión requiere el auxilio de la fuerza pública, y según un entendido criterio de nuestra policía nacional la recuperación inmediata de la posesión debe realizarse en un plazo máximo de 24 horas desde el despojo (plazo que ha sido fijado arbitrariamente), siendo luego librado el caso al Poder Judicial (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 380).

A este punto viene en apoyo la modificación hecha al artículo 920 del CC por parte de la Ley N° 30230 del 12 julio 2014, referida a que la Policía Nacional del Perú así como las municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias

previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

Todo lo indicado líneas arriba ha sido acogido en parte por nuestro CC, que en su artículo 920 prescribe con bastante claridad que el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Al respecto, sabido es que originalmente se exigía que esta defensa se efectuase sin intervalo de tiempo, pero posteriormente se modificó el artículo, de modo que ahora es viable intentar la acción dentro de los quince días siguientes contados desde el conocimiento de la desposesión.

Ahora bien, agotada la defensa de facto sin mayor éxito para el poseedor, queda el camino del derecho para defender su posesión. O sea, una vez realizado el despojo o concluido el acto perturbador no puede el poseedor lesionado sino recurrir al amparo judicial (ALBALADEJO, 1994: p. 107).

Como la posesión está protegida en consideración a ella misma, coincida o no con la propiedad (PLANIOL y RIPERT, 1946: p. 174), se puede observar que el ordenamiento jurídico protege al poseedor por el solo hecho de serlo, contra cualquier perturbación o despojo de que sea objeto, por parte de otra persona, incluso si esta es quien tiene derecho a la posesión del bien. Pero, ¿cómo se explica que, por un lado, se proteja el poseedor incluso contra quien tiene verdadero derecho a poseer, y por otro, además, que el sistema jurídico proteja un poder no concedido por el propio ordenamiento, sino cuya naturaleza es de facto como es la posesión?

De entre las corrientes que intentan responder estas pregunta hay una que sobresale y por la cual se afirma que la protección de la posesión se apoya en la necesidad de mantener la paz social, evitando tanto la violencia o el despojo injustificado; es decir, con el paso del estado de naturaleza al estado civil se suprimió la justicia por mano propia. Ergo, para mantener la paz colectiva es menester proteger preventivamente al poseedor y, si a pesar de ello es perturbado o desposeído, será indispensable restituirle la posesión o hacer cesar la perturbación (ALBALADEJO, 1994: p. 99). En ambos interdictos, o sea en la protección contra el despojo o contra la turbación, se tiene como materia común la posesión y como objetivo común un bienestar social con seguridad jurídica (GONZÁLEZ LINARES, 2007: p. 245).

En efecto, ya vimos que el interdicto nació como un acto de policía, como un accionar de índole administrativa, es decir, como una medida para mantener el orden social, por tanto, con el interdicto lo que se busca es consolidar la paz

en la colectividad, no se busca discutir si es que el poseedor tiene o no el derecho a poseer el bien, pues ello se puede discutir en otro proceso. El interdicto, como buen acto de policía, busca ordenar el desarreglo generado en la sociedad por el despojo o amenaza en la posesión.

Así las cosas, la ley no debe permitir que una situación existente, aunque sea de hecho, como la posesoria sea atacada ni siquiera por el que persigue un fin justo en sí, y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor, toda vez que el ordenamiento jurídico ha de prohibir que cualquier sujeto se tome la justicia por su mano (ALBALADEJO, 1994: p. 100).

Y si se recuerda bien, el progreso de la cultura humana obedece al paso gradual del plano de la fuerza bruta al plano de la fuerza jurídica en la solución de los conflictos, de tal modo que en el derecho todo obedece al principio de sanción organizada de forma predeterminada, y la existencia del Poder Judicial se justifica claramente en razón de la predeterminación de la sanción jurídica (REALE, 1984: p. 107).

En otras palabras, aun cuando el demandante fuera un poseedor vicioso ello no justifica la acción arbitraria del demandado (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 396), toda vez que, como el interdicto tiene por finalidad defender al simple poseedor actual, muchas veces se podrían sancionar injusticias, favoreciendo al usurpador que naturalmente no tiene derecho sobre el bien. Lo que se resuelve en un interdicto es provisional, pues el que tiene derecho de poseer puede iniciar un proceso ordinario donde se puedan actuar pruebas sobre el derecho a poseer y contradecir lo resuelto en el interdicto, obteniendo que se le conceda definitivamente la posesión (GUZMÁN FERRER, 1982: p. 895).

En consecuencia, la protección de la posesión concedida por un interdicto es una protección frente a los ataques que esta dura y no mediante reclamación justificada ante los tribunales de aquel que la pida para sí, sino mediante actos con los que este pretende perturbarla o hacerse con ella por su propia mano (ALBALADEJO, 1994: p. 100).

3. EL FUNDAMENTO NORMATIVO LEGAL

El artículo 921 del CC es el principal fundamento de los interdictos. Allí se dice que el poseedor de bienes muebles inscritos o de inmuebles, puede utilizar los interdictos.

Es de hacer notar que antiguamente no era así, al menos en nuestra legislación. En el derogado CC, por mandato del artículo 831 solamente procedían los interdictos para los casos del poseedor de bienes inmuebles. No obstante, se ha

ubicado una jurisprudencia donde se señala que procede el interdicto de recobrar respecto de semovientes, lo cual se puede explicar porque según nuestra judicatura de entonces el artículo 831 del antiguo CC no había derogado expresamente las disposiciones de los artículos 988 y 990 del Código de Procedimientos Civiles que se referían tanto a los bienes inmuebles como a los bienes muebles (GUZMÁN FERRER, 1982: p. 895), por lo que, en resumen, se puede aseverar que en la derogada legislación se protegían tanto a los bienes inmuebles como a los muebles sin necesidad de estar o no inscritos.

Agrega el artículo 921 que si la posesión detentada por el poseedor fuese de más de un año, podrá rechazar los interdictos promovidos contra él. Esta última facultad concedida al poseedor de más de un año para rechazar los interdictos que se promuevan contra él, no es sino una cuestión de fondo que debe ser resuelta en la sentencia y en atención a las pruebas actuadas, puesto que dicho término es de caducidad (GUZMÁN FERRER, 1982: p. 895).

Lo dicho se complementa con el artículo 979 donde se prescribe que cualquier copropietario puede promover las acciones posesorias para defender su posesión, entendiéndose que esta defensa es contra terceros y no contra otro de los condóminos, pues por mandato del artículo 974 todo copropietario tiene derecho a servirse del bien común.

Aquí hay que precisar que en el caso de coposesión, cada poseedor puede utilizar los interdictos no solo contra extraños sino también contra los otros coposeedores, siempre que alguno de ellos lesione o arrebate su posesión (ALBALADEJO, 1994: p. 103).

Aun así se podrá ver que es en el CPC donde se regula ampliamente la materia. Ello ha sido explicado claramente por el profesor Fernando GUZMÁN FERRER quien (refiriéndose el CC abrogado de 1936) señaló que el anteproyecto del anterior Código mencionaba expresamente que uno de los efectos principales de la posesión era el derecho que asiste al poseedor de servirse de los interdictos (GUZMÁN FERRER, 1982: p. 894). Esta mención expresa era más acertada que la tomada por el derogado Código de 1936 (similar al actual), el cual, por imitar al Código francés, dejó la materia al Código de Enjuiciamientos Civiles, extralimitándose en su empeño de separar lo sustantivo de lo adjetivo. Pero, además, las acciones previstas en el artículo 831 del derogado CC ya lo estaban desde la entrada en vigencia del antiguo Código de Procedimientos Civiles hacia 1912.

4. LOS TIPOS DE INTERDICTOS

Nuestro CPC, por mandato del artículo 598, confiere al interesado la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier acto que atente contra

ella, sea de ataque o de despojo. Sin embargo, nuestro propio Código, acogiendo los precedentes históricos, recoge taxativamente hasta dos tipos de acciones interdictales: la de recobrar (art. 603) y la de retener (art. 606), que se analizarán más adelante. Sin embargo, se conocen también en doctrina otros tipos de interdictos como son el de adquirir, el de obra nueva y el de obra ruinosa.

El *interdicto de adquirir* propiamente no es un arma defensiva de la posesión atacada, sino que es solo un medio de convertir en posesión mediata o inmediata –según la que tuviese el causante– la posesión que sobre los bienes de aquel recibe el heredero por el hecho de aceptar la herencia. Este interdicto procede cuando el heredero no tomó por sí solo aquella posesión, particularmente por encontrar oposición de otro poseedor que le niega su cualidad de heredero (ALBALADEJO, 1994: p. 106). Como se trata de adquirir la posesión, este interdicto difiere de los demás en los que se procura recuperar la posesión perdida o mantenerse en ella cuando es turbada. Sin embargo, este interdicto teóricamente es inviable, ya que requiere que nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto y que nadie sea poseedor de ella. Así, si se trata de inmuebles que no pertenecen a particulares, es el Estado dueño y poseedor, y si se trata de muebles sin dueño, cualquiera los puede adquirir por apropiación, por lo que no necesita recurrir a interdicto alguno (AREÁN, 1994: p. 179).

Por su parte, el *interdicto de obra nueva* pretende suspender una obra en el estado en que se halle a petición de quien estime que tiene derecho a su no realización (ALBALADEJO, 1994: pp. 106-107) y dirigida contra el dueño de ella, y si fuere desconocido, contra el director o encargado de la obra; motivo por el cual no será admisible cuando la obra estuviere concluida o próxima a su terminación, hecho que en la realidad da lugar a difíciles problemas interpretativos (AREÁN, 1994: p. 180).

Por último, con el *interdicto de obra ruinosa* se busca conseguir la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas; o, de ser el caso, conseguir la demolición total o parcial de una obra ruinosa (ALBALADEJO, 1994: p. 107).

Para terminar, aunque se ha dicho que la denuncia de obra nueva no difiere en nada de las otras acciones posesorias, y no puede ser subordinada a condiciones que no resultan de la naturaleza de las cosas (AREÁN, 1994: p. 171), los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, en puridad, no son acciones posesorias, pues la legitimidad activa no solo se la concede a los poseedores, sino a cualquier interesado no poseedor.

Quizá la explicación radica en que el interdicto por obra nueva en realidad fue pensado para cuando hay pérdida efectiva de posesión, ya que precisamente la obra al comenzarse a hacer en un inmueble del poseedor, lo priva de la posesión, pudiendo consistir también en la destrucción de una obra existente en dicho inmueble (AREÁN, 1994: p. 171). En esta línea de pensamiento también es posible que la turbación en la posesión sea provocada por una obra nueva que se comienza a hacer en otro inmueble, pero que menoscaba la posesión del afectado (AREÁN, 1994: p. 172). Y en cuanto a la obra ruinosa es entendible que los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, estén garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder, generalmente, concedido a las municipalidades que ordena la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina (AREÁN, 1994: p. 173).

5. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE INTERDICTOS

Ya sabemos que al interior del texto constitucional (art. 139, inc. 1) se consagra el principio de unidad jurisdiccional, en virtud del cual la función jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial; sin embargo, ello no impide la existencia, dentro de la organización judicial, de tribunales con jurisdicción para conocer determinadas materias. Es decir, se hace necesario que al interior del Poder Judicial existan divisiones en cuanto a la labor de administrar justicia, por diversos aspectos. Uno de ellos es que en la práctica sería imposible que un juzgado conozca y resuelva absolutamente todos los casos, motivo por el cual se hace necesario contar cada vez con mayor número de juzgados (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 334). Pero, adicionalmente, es menester que existan juzgados ubicados y divididos por diversas materias, pues es obvio que un juzgador no podrá conocer a profundidad todas las áreas jurídicas.

Ciertamente, el desarrollo del Estado moderno ha impuesto la división del trabajo en la administración de la justicia, lo que ha generado una división en ramas jurisdiccionales (por ejemplo, civil, penal, laboral, etc.), y en cada una de estas, la creación de una pluralidad de jueces, a quienes se ha confiado la resolución de múltiples causas. De ahí que si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces; sin embargo, su ejercicio es indispensable reglamentarlo dentro de cada rama jurisdiccional. Esta es la función que desempeña la competencia (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 99).

Así, la competencia puede ser entendida como la aptitud procesal de un ente para asumir el conocimiento de una causa específica sometida al poder estatal a efectos de su resolución, y su fundamento no es otro que la necesidad de especialización (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: pp. 62 y 66), hecho que, evidentemente, eleva la posibilidad de mejores resultados en la administración de justicia. Por consiguiente, siempre que en un orden jurisdiccional existan varios órganos se impone

la exigencia de delimitar la esfera de competencia de cada uno de ellos (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 95).

Ahora bien, tal y como lo plasma el artículo 597 del CPC los interdictos son de competencia exclusiva de los jueces civiles pues su contenido es esencialmente de índole civil, si bien puede tener, además, connotaciones administrativas y hasta penales. Esta disposición no hace sino redundar en lo ya normado en el artículo 547, sin embargo, precisa como excepción el caso del segundo párrafo del artículo 605.

Ciertamente, el artículo 605 del CPC nos refiere el supuesto del despojo de la posesión pero a consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso donde el desposeído no ha sido emplazado o citado.

En este caso puntual el CPC permite también recurrir al interdicto de recobrar, sin embargo precisa, por un tema de celeridad procesal, que este tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el mismo juez que la expidió, solicitando la restitución.

En la Casación N° 578-2004-Cusco se aseveró al respecto que:

> "(...) en el caso sub materia, según se podrá colegir del petitorio de la demanda de fojas trece, así como de los fundamentos que la sustentan, los actores (...) han interpuesto demanda de interdicto de recobrar, sustentado en el artículo seiscientos cinco del CPC, invocando su calidad de terceros desposeídos sosteniendo que no han sido comprendidos ni notificados en el proceso de ejecución de garantías (...) seguido por el banco (...) con (...), en ese sentido, los actores no han sustentado su demanda en el interdicto de recobrar regulado con carácter general en el artículo seiscientos tres del CPC, sino más bien en el interdicto de recobrar a que se refiere con carácter especial el artículo seiscientos cinco del citado Código, en el que acto de desposesión se efectúa como consecuencia de una orden judicial en la que el tercero no ha sido emplazado o citado; (...), sin embargo, los demandantes no han acreditado en autos haber cumplido con el requisito de procedibilidad previo de solicitar la restitución del bien ante el mismo juez que expidió la orden judicial de desocupación, razón por la cual se hizo efectivo el apercibimiento decretado por el juez de la causa en vía de saneamiento, en la audiencia única".

Entonces, en resumen podemos decir que siempre el magistrado competente para conocer un interdicto es el juez civil, pero en el caso en que la desposesión sea ocasionada por un mandato judicial donde no se ha participado, el juez competente será el que dictó dicha orden.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y Derecho de propiedad*, vol. I, 8ª ed. Barcelona: Bosch; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano*. Lima: UNMSM; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico*, 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, 4ª ed. Madrid: Civitas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; GUZMÁN FERRER, Fernando (1982): *Código Civil. De los Derechos Reales. Del Derecho de Obligaciones*, vol. II, 4ª ed. Lima: Cultural Cuzco; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales principales: El Derecho de propiedad y sus desmembraciones*, vol. IV, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*, vol. III, trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión*, vol. I. Lima: Rodhas; REALE, Miguel (1984): *Introducción al Derecho*, trad. por Jaime Brufau Prats, 6ª ed. Madrid: Pirámide.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol. I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1987): *Curso de Derechos Reales. Los Derechos Reales limitados*, vol. II. Madrid: Civitas; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión*, vol. I, trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*. Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión*. México: José M. Lara. TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No puede afirmarse que se tiene mejor derecho de poseer en virtud de una sentencia favorable obtenida en un proceso de interdicto de retener. En el interdicto no se verifica la forma en que se adquirió la posesión sino el hecho de encontrarse en el inmueble al producirse los actos perturbatorios, situación que es distinta a la evaluada en los casos de mejor derecho de posesión; por lo que es incorrecto declarar fundada la demanda de mejor derecho de posesión sobre la base de una sentencia favorable en el proceso de interdicto ***(Cas. N° 1951-2008-Cusco)***.

Por su propia naturaleza, en las acciones interdictales únicamente se discute el hecho y el derecho a la posesión de un inmueble independientemente del derecho a la propiedad que tengan las partes respecto del bien. En el interdicto de retener el accionante debe acreditar la posesión del bien objeto de reclamo, los hechos perturbatorios y que la demanda ha sido interpuesta dentro del término de ley. Mientras que en el interdicto de recobrar debe acreditarse que ha operado el despojo de la posesión y que este se ha realizado ilegítimamente ***(Cas. N° 1039-2001-Lambayeque)***.

En el interdicto de recobrar la pretensión se contrae a demostrar si la accionante estuvo en posesión del bien materia de litis y, que, el demandado lo haya privado de su posesión. Si bien la demandante es la encargada del mantenimiento de los jardines de la Unidad Vecinal, la misma que ha constituido la Asociación de Junta General de Propietarios de la Unidad Vecinal de Mirones, no significa que el poseedor ejerza de hecho las prerrogativas propias de un derecho y se comporte como un verdadero titular ***(Exp. N° 1212-2001-Lima)***.

Procede el interdicto de recobrar si el demandante se encontraba en posesión del predio de litis y el demandado le ha privado de su posesión. En este proceso no se discute derechos de propiedad, del cual se deriva el derecho a la posesión, sino que el ejercicio de la presente acción constituye un medio de defensa expectaticio de defensa de la posesión efectiva que se ejerza sobre el bien ***(Exp. N° 715-2001-Lima)***.

La acción interdictal no admite otra discusión que la posesión material del bien objeto de la acción, por lo que la controversia respecto a la titularidad del inmueble debe dilucidarse en la vía correspondiente ***(Exp. N° 4652-1999-Lima)***.

El interdicto de retener es un medio procesal expedito en defensa de la posesión que tiene lugar cuando el poseedor es perturbado en la posesión. Se requiere para el ejercicio de la acción interdicta la concurrencia de dos elementos: que quien lo solicite se encuentre en actual posesión y que existan actos materiales que impidan la pacífica posesión ***(Exp. N° 1448-s1998-Lima)***.

Artículo 598 | **Legitimación activa**

Todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.

CONCORDANCIAS:
C.C. art. 921; C.P.C. art. 586.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

La relación jurídico-procesal no es sino el vínculo que une o el espacio donde confluyen los posibles sujetos de la relación jurídico sustantiva. No se habla propiamente de la exacta identidad entre los sujetos de la relación sustantiva con los sujetos de la relación procesal, sino de una probable correlación entre los integrantes de una y otra, porque, a fin de cuentas, se asegura hoy en día, dicha determinación recién se hará definitivamente con la sentencia final.

Los mecanismos para verificar si es que estamos o no ante una adecuada relación jurídico-procesal se dirigen a comprobar si se cumple con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, necesarios para la instalación y continuación del proceso. Entre las condiciones de la acción encontramos a la legitimidad para obrar.

Al respecto se sabe que en cuanto a la legitimidad para obrar el juez debe verificar que el derecho conculcado corresponde precisamente a quien lo hace valer, es decir, a quien la ley le concede tal favor, y que la pretensión está dirigida justamente contra quien la ley establece que debe dirigirse (CHIOVENDA ápud citado por TICONA POSTIGO, 1998: p. 279). En resumen, esta legitimidad para obrar se la entiende como la adecuación lógico-jurídica de los sujetos de la relación sustantiva a la relación procesal, y será activa si se corresponde con el demandante y será pasiva si se corresponde con el demandado.

El artículo 598 del CPC nos muestra el derrotero para hablar de la legitimidad tanto activa como pasiva en el caso de las defensas interdictales.

2. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA

El poseedor está protegido por los interdictos contra las perturbaciones causadas a su posesión. Estas acciones tienen únicamente por finalidad la protección

de la posesión, no protegen el derecho en sí mismo; y permiten al poseedor que obtenga, a través del juez, la supresión de la perturbación, sin que el juez tenga que averiguar si el demandante es propietario o titular del derecho real que ejerza. Es decir, las acciones posesorias no recaen sino sobre el hecho de la posesión (MAZEAUD, 1960: p. 172).

Ahora, si la justificación de la defensa interdictal se encuentra en la protección de la paz colectiva y en evitar las arbitrariedades, parece que es consecuencia necesaria que la posesión, aunque sea viciosa, goce también de la protección posesoria (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 648).

En efecto, tal y como se señala en el artículo 598 en estudio, el interdicto puede ser utilizado por cualquier poseedor perturbado o despojado. Y ello concuerda con el artículo 921 del CC que a nadie excluye en cuanto se refiere a los interdictos (a diferencia de las acciones propiamente posesorias reservadas solo para quienes gozan del derecho a poseer) (GONZÁLEZ LINARES, 2007: p. 235).

Entonces, al ser legitimados todos los poseedores (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 645; DE RUGGIERO, 1915: p. 861) estamos ante una legitimidad activa amplia (AREÁN, 1994: pp. 169-170). Por consiguiente, los interdictos pueden ser usados por el poseedor inmediato y por el mediato, como sucede, respectivamente con arrendatario-arrendador, comodatario-comodante, depositario-depositante, etc. Al mismo tiempo tiene legitimidad el poseedor que actúa en concepto de dueño y por quien actúa en concepto distinto. Igualmente tendrá legitimidad el poseedor de buena fe, así como el de mala fe; el poseedor de cosas y el poseedor de derechos, e incluso el poseedor que lo es por haber despojado a otro de la posesión (ALBALADEJO, 1994: p. 102) (aunque al respecto, la profesora Marianella LEDESMA señala que para el caso peruano, reiteradas ejecutorias –como la Casación N° 1909-2001– insisten en que el interdicto de recobrar protege únicamente la posesión directa, actual e inmediata, mas no la indirecta o mediata (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1040)).

Además, como la posesión implica un ejercicio de facto, es posible hablar de acumulación de posesiones. Por tanto, también los interdictos pueden ser utilizados por el sucesor *inter vivos* o *mortis causa* del poseedor original.

También es menester aclarar que el poseedor mediato y el inmediato pueden interponer los interdictos no solo frente a extraños, sino el uno frente al otro, por ejemplo si el arrendatario lesiona la posesión mediata del arrendador. Igualmente en el caso de coposesión, cada poseedor puede utilizar los interdictos no solo contra extraños sino también contra los otros coposeedores cuando lesionan o arrebatan su posesión (ALBALADEJO, 1994: p. 103).

3. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA

Lo dicho trae a colación algunos supuestos de ausencia de legitimación para demandar el interdicto, necesarios de precisar. Por ejemplo, como el interdicto se concede para luchar contra el despojo, por ejemplo, no podría utilizarlo el poseedor que perdió el bien sin haber sido despojado de su posesión, como ocurre en el caso de extravío de la cosa. En estos casos el poseedor podrá recobrar la posesión pero por otros medios (ALBALADEJO, 1994: p. 101).

Además se ha dicho que estarían excluidos de la legitimación activa en los interdictos los servidores de la posesión, los detentadores esporádicos o tolerados y los detentadores de bienes de dominio público frente al Estado. Los dos primeros porque no son poseedores, mientras que el último sí lo es en relación con particulares pero no ante el Estado, por lo que ejercen una posesión relativa (GONZALES BARRÓN, 2005: pp. 400-401 y p. 418).

Por último, desde antiguo se decía que la acción de restitución (del mismo modo que las demás acciones posesorias) no podrá ser admitida si el acto y el demandado estuvieren ligados por un contrato, esto por cuanto las acciones posesorias no tienen por finalidad facilitar o perseguir el cumplimiento de los contratos, y aquel que sufriera la inejecución solamente podrá entablar la acción personal o real correspondiente para compeler al demandado a cumplir con el contrato (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 197), pero no valerse de los interdictos para alcanzar tal fin.

4. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA

Sabiendo que la legitimación pasiva adquiere relevancia desde la perspectiva de la tutela judicial, en orden al emplazamiento, a fin de que pueda hacerse efectivo el derecho de defensa (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 111), tenemos que en líneas generales el interdicto procede contra cualquier sujeto que haya ejecutado la perturbación o el despojo.

A diferencia de la activa, según AREÁN la legitimidad para obrar pasiva es restringida, pues para ambos interdictos comprende al autor de la desposesión y sus sucesores universales y sucesores particulares de mala fe (AREÁN, 1994: pp. 169-171).

Efectivamente, procede la queja contra el autor de la perturbación o despojo o contra sus herederos, a su muerte. Se dirige contra el que haya cometido personalmente la perturbación, aun cuando alegue haber actuado en interés o por orden de un tercero. Esta queja por ser acción real, toda vez que su finalidad es la

liberación del inmueble litigioso o el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la perturbación, puede entablarse contra todo poseedor actual del inmueble, aun cuando sea de buena fe; pero solo si se probara la mala fe podrá ser condenado por daños y perjuicios (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 190).

Sin embargo, sabiendo que el despojo o la perturbación pueden hacerse valer a través de terceros, el interdicto también procede contra el sujeto que haya ordenado efectuar el acto perturbatorio o de despojo de la posesión (ALBALADEJO, 1994: p. 103). O sea, en términos más simples, procede también demandar en el interdicto al "actor intelectual" del acto de despojo o perturbador de la posesión, al que se denomina *servidor del despojo ajeno o perturbación ajena*, en paralelo al *servidor de la posesión ajena*.

Insistimos, entonces, legitimado pasivo es quien haya sido autor efectivo o material del despojo perturbación, y si hubiere actuado por orden o encargo de otra persona, la demanda podrá dirigirse también contra este coautor o autor por inducción (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 646).

En fin, la demanda procede incluso contra el despojante original que actualmente no posee la cosa. En este caso, este se verá obligado a conseguir la posesión de quien la tenga para devolverla al demandante, o por lo menos se verá obligado a la indemnización y a la devolución de los frutos correspondientes. Es más, como el interdicto se funda en mantener la paz colectiva, procede incluso contra el despojado que haya recobrado por su propia autoridad (o perturbe) la posesión de que le privó la persona que interpone el interdicto (ALBALADEJO, 1994: p. 104).

Y en lo referente al interdicto de recobrar existe anuencia en decir que procede contra quien, sin haber despojado al poseedor, posee ahora la cosa, siempre que el actual poseedor haya heredado la posesión del despojante o la haya recibido con conocimiento del despojo (ALBALADEJO, 1994: pp. 104-105).

Para terminar basta resaltar que el artículo en estudio afirma que el legitimado pasivo puede ser incluso un sujeto que ostente un derecho real de distinta categoría o naturaleza que el actual poseedor, por lo que es totalmente factible que un usurpador, por ejemplo, pueda demandar interdicto contra el verdadero propietario; y esto que parece tan injusto se explica porque el interdicto no busca definir a quién corresponde la posesión verdaderamente, sino que es un mecanismo de mantención de la paz social; por tanto, si bien el verdadero propietario tiene el derecho a poseer, debió utilizar primero las defensas de hecho cuando se le arrebató su posesión, pero si no lo hizo, nada lo autoriza para hacerse justicia por mano propia, por lo que deberá recurrir al juez para intentar recuperar la posesión a la que tiene derecho; entre tanto en el proceso interdictal será vencido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III - Derecho de bienes - Parte general y derecho de propiedad*, vol. I, 8ª ed. Barcelona: Bosch; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general, Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión*, vol. I, trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, 4ª ed. Madrid: Civitas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales principales: El Derecho de propiedad y sus desmembraciones*, vol. IV, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA; PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*, vol. III, trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil*. Lima: Palestra; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal* Civil, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*. Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales - Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión*, vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión*. México: José M. Lara.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien se ha acreditado que el demandado ha construido varios pisos de su inmueble sin contar con autorización municipal, y que probablemente para tales fines haya acumulado temporalmente desmonte en el frontis de su inmueble, causando molestias a sus vecinos, ello no puede atribuírsele como actos perturbatorios, toda vez que las ocurrencias sentadas ante la Policía Nacional tienen el carácter de hechos aislados que pueden calificarse como faltas o delitos, pero en modo alguno como actos perturbatorios de la posesión. Para tal calificación se precisa que el accionar del demandado tenga una eficacia tal que efectivamente turben la pacífica posesión haciéndola insoportable en un espacio de tiempo razonable, de modo que se justifique la intervención del órgano jurisdiccional para poner coto a los mismos ***(Exp. N° 536-2001-Lima)***.

Artículo 599 | **Procedencia**

El interdicto procede respecto de inmueble, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público.
También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando esta es aparente.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 885, 886, 921, 1035, 1040; C.P.C. arts. 603, 606.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas clasificaciones de los bienes, nuestro CC recurre a una de ellas consistente en diferenciarlas según su aptitud para ser trasladadas de un lugar a otro. Si son posibles de movilización estamos ante bienes muebles, en cambio si estamos ante bienes no movibles, por estar enraizados en el suelo (de ahí la denominación de bienes raíces) se les denomina inmuebles.

Esta división se refleja en los artículos 885 y 886 del CC. Sin embargo, el texto original, combinaba esta clasificación con una que consideraba su valor y posibilidad de inscripción; por eso es que, por ejemplo, se estimaban algunos bienes plenamente movibles –como una nave o aeronave– como bienes inmuebles.

Hoy en día el tema está algo más claro, y por mandato del último inciso del artículo 886 todos los bienes se consideran muebles en tanto no estén especificados taxativamente en la lista *numerus clausus* del artículo 885.

2. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS INTERDICTOS

En las actuales legislaciones, e incluso históricamente, no cabe duda en que un interdicto procede para defender un bien inmueble. Es más, se estima que toda defensa judicial posesoria solamente se puede dar en materia de inmuebles, y se fundamenta tal razonar porque en el caso de un bien mueble, individualmente estimado, no caben en su favor defensa alguna, porque a ello se opone la máxima en materia de derechos reales aplicable a los bienes muebles que decreta que "*la posesión vale como título*" (PLANIOL Y RIPERT, 1946: pp. 174-175).

A pesar de ello, el artículo 599 del CPC preceptúa que el interdicto procede no solo respecto de un bien inmueble, sino también de un bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público. Lo dicho avala lo previsto en el artículo 921

del CC donde también se decreta que el poseedor de bienes muebles inscritos o de inmuebles, puede utilizar los interdictos. Por tanto, los interdictos no son de utilidad para defender ni un bien mueble no inscrito (aun siendo de mucho valor), ni un bien mueble inscrito de uso público.

Al respecto tenemos a la Casación N° 2290-2003-Lima donde se dijo que:

> *"(...) la empresa (...) había suscrito con la Municipalidad Metropolitana de Lima un contrato de concesión para la administración de los módulos de servicios higiénicos ubicados en (...) alrededor del mercado Ramón Castilla; refiere que el jueves veinte de abril del dos mil, fue despojada de la posesión de dichos bienes; (...) el a quo, al expedir su sentencia, declaró fundada la demanda señalando que si bien es cierto, que los módulos higiénicos son bienes muebles por razón de su carácter temporal; sin embargo, las construcciones no han sido realizadas en terreno ajeno, sino dentro del radio de la Municipalidad demandada y no tiene carácter temporal puesto que tiene más de cinco años de construido; (...) la empresa demandada tendría la posesión del bien como consecuencia de un contrato de concesión, el que le permitía la administración de los servicios higiénicos (...); en consecuencia, es evidente que dichos bienes son (...) bienes muebles, no inscribibles y temporales, que brindan un servicio público a las personas; estando a las conclusiones que preceden y de conformidad con lo dictaminado por la fiscal supremo en lo civil y de acuerdo con el articulo trescientos noventisiete (sic) del Código anotado; declararon: infundado el recurso de casación".*

Es de hacer notar que antiguamente no era así, al menos no en nuestra legislación. En el derogado Código Civil, por mandato del artículo 831 solamente procedían los interdictos para los casos del poseedor de bienes inmuebles. No obstante, hemos ubicado una jurisprudencia donde se señala que procede el interdicto de recobrar respecto de semovientes (que es un bien mueble), lo cual se puede explicar porque según nuestra judicatura de entonces, el artículo 831 del antiguo Código Civil no había derogado expresamente las disposiciones de los artículos 988 y 990 del Código de Procedimientos Civiles que se refieren tanto a los bienes inmuebles como a los bienes muebles (cfr. GUZMÁN FERRER, 1982: p. 895), por lo que, en resumen, en la derogada legislación se protegían tanto a los bienes inmuebles como a los muebles sin necesidad de estar o no inscritos.

En lo referente a los bienes muebles, tenemos que entre los legitimados para utilizar los interdictos figuran también el poseedor de cosas y el poseedor de derechos, pues los derechos son también bienes pero incorporales. Al poseedor de derechos le cabe utilizar los interdictos tanto para defender la posesión del derecho de que se trate (como acontece con el caso de las servidumbres), como la de la cosa que posea al poseer el derecho, como sucedería por ejemplo, con el usufructuario que posee el usufructo y la cosa usufructuada (ALBALADEJO, 1994: p. 102). Evidentemente, esta afirmación debe correlacionarse con el inciso 10 del artículo 885

de nuestro CC, el cual prescribe que son bienes inmuebles los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.

Para terminar el tema referido a los bienes muebles inscritos y su defensa interdictal, concordamos en que el despojo de estos bienes, en la realidad encuentran mejor su protección con la tutela penal prevista para los delitos contra el patrimonio, antes que con los interdictos (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 389). Y ello es así porque, entre otros aspectos, en la tutela penal no se requiere conocer necesariamente los datos del autor del despojo para iniciar su persecución, a diferencia del caso civil en donde sería imposible demandar si no se dan a conocer los datos del demandado; y, además, porque la tutela penal protege también a los bienes muebles no inscritos de valor –como una computadora u otros bienes domésticos, por ejemplo– los que no forman parte del ámbito de protección de la vía interdictal.

3. LA PROHIBICIÓN EN LOS BIENES DE USO PÚBLICO

En lo atinente a que los bienes no pueden ser de uso público, como se indica en el tenor del articulado, existe una ambigüedad en la redacción del precepto (cfr. NINO, 1991: p. 260 y ss.), pues no se tiene certeza si la prohibición de que no sean de uso público abarca solo a los bienes muebles inscritos o si comprende también a los inmuebles. Ello porque el artículo reza: *El interdicto procede respecto de inmueble, así como de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público.*

Parece ser que esta prohibición se extiende también para los inmuebles, porque, como ya se anotó, los interdictos *se mueven* con mayor fluidez en la esfera de los inmuebles (PLANIOL Y RIPERT, 1946: pp. 174-175). Además, al hablar de interdictos se ha dicho, por ejemplo, que se puede calificar de uso público a una extensión de terreno o espacio territorial cuyo dominio pertenece al Estado y su uso o aprovechamiento pertenece a todos los habitantes de un territorio, como ocurre, verbi gracia, cuando en la vía pública se autoriza la instalación de un quiosco o se permite la colocación de mesas o la venta ambulante, supuestos en los cuales el poseedor no podrá recurrir al interdicto para recobrar la posesión (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1030).

Con lo anotado, entonces tenemos que en el tenor del articulado, para evitar la ambigüedad reseñada, se debió utilizar la construcción "siempre que no *sean* (así en plural) de uso público".

Ahora bien, el artículo parece hablar de bienes de uso público antes que de propiedad estatal porque en el interdicto está en juego la posesión y no la propiedad, pero, además, porque en esta materia no es tan propio hablar de *propiedad* estatal (puesto que si así fuera, una avenida, por ejemplo, podría ser materia de un acto de disposición, lo cual no es del todo correcto).

Para explicarnos mejor y por un tema de simplificación diremos que los bienes pueden ser o de propiedad pública o privada, al igual que el uso; y si bien la propiedad privada se suele condecir con el uso privado (como la casa de un particular), y la propiedad pública, con el uso público (una calle o una plaza), ello no siempre es así, toda vez que puede haber bienes privados destinados a un uso público (el campus de una institución educativa privada), así como bienes públicos destinados a un uso privado (como una camioneta o una computadora de propiedad gubernamental destinada al uso particular de una autoridad o trabajador, respectivamente).

Técnicamente se denomina *demaniales* a los bienes en que la titularidad es pública y además se encuentran afectados al uso general. Y a los bienes públicos destinados a un uso privado, para evitar confusiones, se les suele denominar bienes *de dominio privado de la Administración Pública* o bienes *patrimoniales estatales*, y son aquellos en los que la titularidad es estatal, es decir, pertenecen a alguna Administración Pública pero no están destinados a un servicio o uso público, motivo por el cual pueden ser materia de tratamiento como si se tratase de un bien de un particular.

Es necesario precisar que en este espacio laboramos con la noción subjetiva de Administración Pública, es decir, como una persona o sujeto jurídico antes que como objeto o función estatal, de tal modo que cada entidad gubernamental o estatal sería una persona distinta, y tendríamos tantas Administraciones Públicas como entidades hubieren (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2013).

Ahora bien, el mandato del artículo es que no pueden ser materia de interdicto los bienes destinados a un uso público, con lo cual de plano se tiene que un bien absolutamente privado puede ser materia de interdicto. Igualmente un bien estatal pero destinado a un uso particular también sería defendible vía interdicto. Y no sería materia de interdicto un bien estatal destinado a un uso público, como una avenida, una playa, etc.

Pero la duda surge respecto de un bien de propiedad privada destinado a un uso público. En este caso, para disolver la incertidumbre tenemos que cuando se habla de bien de uso público hay que concordarlo con la doctrina que informa al artículo 73 de nuestra Constitución Política. En ese sentido se ha postulado que propiamente la prohibición se refiere a bienes (inmuebles y muebles inscritos) de propiedad estatal y que, además, estén destinados al uso público; por consiguiente, un bien privado incorporado al dominio público podría ser defendido vía interdictal (Ledesma Narváez, 2008: p. 1030).

4. LA DEFENSA INTERDICTAL EN LAS SERVIDUMBRES

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño; el inmueble en cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante, y el que lo sufre, predio sirviente (ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 1987: p. 39). No hay mayor inconveniente en recurrir a los interdictos para defender una servidumbre. Por ejemplo, el poseedor de una servidumbre de vistas utilizará el interdicto de obra nueva para que se suspendan los trabajos de construcción de un muro que le privaría de sus vistas (MAZEAUD, MAZEAUD Y MAZEAUD, 1960: p. 176).

El artículo en examen termina diciendo que también procede el interdicto para proteger la posesión de una servidumbre, pero cuando esta es aparente.

Se conoce que las servidumbres pueden dividirse en aparentes o no aparentes. Serán servidumbres aparentes o visibles las que están continuamente a la vista de cualquier sujeto, es decir, se dan a conocer de modo visual por signos exteriores que revelan su existencia, uso y aprovechamiento. En cambio, las servidumbres serán no aparentes cuando no presenten indicio alguno exterior de su presencia, siendo menester evaluar la documentación respectiva para verificar su existencia.

Otra clasificación de las servidumbres las divide en continuas y discontinuas. Son continuas las servidumbres cuyo uso es constante sin necesidad de la intervención de hecho humano, y son discontinuas las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen exclusivamente de actos del hombre.

Desde hace algún tiempo se afirmaba que corresponde la acción interdictal también al titular de una servidumbre, siendo una cuestión muy discutida si entre ellas deben excluirse todas aquellas que no sean continuas y aparentes por no ser susceptibles de usucapión. Como fundamento para no incluirlas, partiendo de que para establecer las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas (sean o no aparentes), no es suficiente ni siquiera la posesión inmemorial, se sostiene que no se da en ellas la acción de mantenimiento. A esto se objeta que de su imprescriptibilidad no se debe sin más concluir la improcedencia de la acción de mantenimiento, pues son distintos los efectos de la adquisición por prescripción y de la defensa concedida con el mantenimiento. Para DE RUGGIERO (1915: p. 856), por ejemplo, hay que rechazar esta segunda postura porque las servidumbres que no sean continuas y aparentes pueden basarse en un título y este podrá ser utilizado en un juicio pleno donde se discuta propiamente a quien corresponde la posesión.

Empero, la regulación referida a que solo las servidumbres aparentes (continuas o discontinuas) que son las que se pueden adquirir por usucapión y, por tanto, tutelarse por los interdictos, no deja de ser cuestionable; ello por cuanto toda

servidumbre, independientemente de ser susceptible o no de usucapión, es decir, de ser aparente o no, puede ser perturbada o suprimida (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 507), por lo que la regulación actual no sería del todo adecuada o completa.

Ante ello, el sustento de por qué la legislación solamente ampara con el interdicto a las servidumbres aparentes radicaría en que la servidumbre es un derecho real excepcional. Esta excepcionalidad implica que se presume *iuris tantum* la libertad del fundo, es decir, cualquier gravamen real debe probarse (a lo que se puede añadir que por la excepcionalidad también se presume que todo gravamen tiene naturaleza personal y no real, y que todo gravamen real debe ser objeto de interpretación restrictiva) (ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 1987: p. 42).

En fin, bastará agregar en este acápite lo que adecuadamente ha postulado un sector doctrinario, en cuanto a que en la sentencia fundada del interdicto de recobrar, el problema complejo se presenta en los casos de despojo en contra de quien venía poseyendo una servidumbre. Como en este supuesto la lesión es dada por una actividad humana reiterada, el juzgador debe exigir que el responsable desarrolle un comportamiento comisivo de restablecimiento de la posesión o por lo menos que soporte la posesión de la servidumbre, para lo cual serían de mucha ayuda las medidas coercitivas complementarias como multas o denuncias penales, entre otras (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 403), cuando el Derecho no cumpla con su función, a la que CALAMANDREI (1973: p. 125) denomina fisiológica, consistente en la adhesión individual voluntaria del sujeto al mandato jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III, Derecho de bienes, Parte general y derecho de propiedad*, 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1987): *Curso de Derechos Reales, Los Derechos Reales limitados*, vol. II, 2 vols. Madrid: Civitas; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil, Introducción y parte general, Derecho de las Personas, Derechos Reales y posesión*. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2013): *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., vol. I, Madrid: Civitas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores; GUZMÁN FERRER, Fernando (1982): *Código Civil, de los Derechos Reales, del Derecho de Obligaciones*, 4ª ed., vol. II. Lima: Cultural Cuzco; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil, Derechos reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. Barcelona: Ariel;

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes.* Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, vol. III. La Habana: Cultural; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales, Teoría general de los Derechos Reales, bienes, posesión*, vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales, propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DI FILIPPO, María Isabel (2013): *Desalojo y derecho a la vivienda. Roles institucionales.* Buenos Aires: Dunken; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión.* 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales.* Lima: Palestra; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Constituye requisito sine qua non para resolver los interdictos, acreditar en forma indubitable la posesión, objeto de litigio. Es infundada la demanda, si de la inspección judicial con la intervención de peritos, no es posible precisar si la poza de agua ha sido construida como consecuencia de los actos perturbatorios que hubieren realizado los demandados ***(Exp. Nº 58928-1997-Lima).***

Artículo 600 | Requisitos y anexos

Además de lo previsto en el artículo 548, en la demanda deben expresarse necesariamente los hechos en que consiste el agravio y la época en que se realizaron.

Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1992, 2006; C.P.C. arts. 424 al 467, 473, 474, 476, 548, 550, 551, 553 al 555, 559, 601.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El artículo parte por reenviarnos a la regulación contenida en el artículo 548 del Código, en donde se prescribe que es aplicable a este proceso lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones previstas para la vía sumarísima.

Uno de los defectos en la redacción de las disposiciones jurídicas que conlleva a problemas interpretativos serios lo constituye la redundancia (cfr. NINO, 1991: p. 279 y ss.) que consiste en que más de un dispositivo regula de modo muy similar o idéntico el mismo supuesto de hecho, generando una consecuencia jurídica equivalente. Cuando ambas normas son absolutamente idénticas, las dificultades se diluyen, pero cuando entre ambas hay alguna diferencia, las dificultades se acrecientan.

Entre los problemas de índole interpretativa que genera la redundancia están, por ejemplo, el no saber a ciencia cierta si la norma posterior ha derogado tácitamente o no a la anterior, bajo el criterio de temporalidad, pues se está regulando la materia prevista por la primera norma; o, en su defecto, el desconocer cuál de ellas se preferirá a la otra bajo el criterio de especialidad (BOBBIO, 2013: p. 180 y ss.).

Justamente para intentar superar este inconveniente es que existen las normas de reenvío, que no son sino aquellas que, a fin de evitar una repetición de la regulación, remiten al operador jurídico a una regulación previamente establecida en otra disposición, que por lo habitual se encuentra en el mismo cuerpo normativo, pero que no hay impedimento en que se reenvíe a un dispositivo obrante en otra ley.

El artículo 600 es justamente uno de esos supuestos, aunque su función final está referido a la integración normativa en el ámbito procesal, que opera para

llenar los vacíos o lagunas de la ley instrumental, pues, mediante la integración se busca crear una nueva ley aplicable al caso concreto cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón. La norma en comentario es un ejemplo de la llamada autointegración normativa, porque la recurrencia se hace al texto de la misma ley, invocando las reglas contenidas en el artículo 548 el que, a su vez, nos conduce al 476 aplicable al procedimiento de conocimiento para suplir el vacío en la regulación del procedimiento sumarísimo (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1033).

2. LA REGULACIÓN DE LA POSTULACIÓN DEL PROCESO APLICABLE A LA DEFENSA INTERDICTAL

En el caso que nos ocupa, se trata de un doble reenvío. El artículo 600 nos remite al 548 y este, a su vez, al 476. Este último artículo alude a los requisitos de la actividad procesal y en su tenor se puede leer que "El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta de este Libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto."

La Sección Cuarta es la referida a la postulación del proceso, por tanto, todo lo allí prescrito debe respetarse en el proceso sumarísimo donde se ventila una causa interdictal. Sin embargo, como el artículo 600 en su texto habla solamente de la demanda, procederemos a dar una breve revisión a los artículos conectados directa o indirectamente con ella.

Así, es aplicable a un proceso donde se ha demandado un interdicto lo referido a los requisitos de la demanda y sus anexos regulados en los artículos 424 y 425 respectivamente. En cuanto al anterior inciso 9 del artículo 424 la vía procesal a señalarse era la sumarísima, sin embargo por la dación de la Ley N° 30293, dicho inciso se modificó, de manera que ahora no se exige precisar la vía procedimental.

Igualmente, será de extensión a este tipo de proceso lo referente a la contestación de la demanda prevista entre los artículos 442 al 444.

Por otro lado tenemos que la regulación prevista para la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, previstas en los artículos 426 y 427 respectivamente, también es de usanza en un proceso donde se discute la posesión vía interdicto. Sin embargo, por mandato del artículo 551, en caso de que el juez declare inadmisible la demanda, concederá al demandante solamente tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente, caracterizándose esta resolución por ser inimpugnable. Y si declarase improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados.

Ahora bien, en lo referente al artículo 428 concerniente a la modificación y ampliación de la demanda, tenemos que por la modificación introducida al artículo 559 mediante la Ley N° 30293, ahora ello está permitido en el proceso sumarísimo, por tanto, ya es viable modificar y ampliar la demanda. Al respecto se podría decir que por un razonamiento a pari también podría acontecer ello con la reconvención; no obstante el tema de la reconvención regulado en el artículo 445 (y también en el artículo 443) está totalmente impedido de utilización en un proceso donde se ventile un interdicto por mandato expreso del artículo 559.

Lo mismo sucede con el artículo 429 referido a la presentación de medios de prueba extemporáneos. Por la modificatoria introducida al artículo 559 ya es procedente el ofrecimiento de medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda en un proceso interdictal.

El traslado de la demanda previsto en el artículo 430 es idéntico, de modo tal que si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos las medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso, pero por un lapso de cinco días, según lo ordenado por el artículo 554.

Lo concerniente al emplazamiento y notificación del demandado o su apoderado, sea en su domicilio real, por exhorto o por edicto, así como los efectos de este emplazamiento o su nulidad por defecto en su tramitación, regulados en los artículos 431 al 439, también son de aplicación a este proceso. No obstante, es menester indicar que para el caso del artículo 435 que se refiere el emplazamiento del demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, el plazo del emplazamiento no será mayor de quince días si el demandado se halla en el país, ni de veinticinco si estuviese fuera de él o se tratase de persona indeterminada o incierta, ello en virtud del artículo 550.

Nuevamente por la modificatoria introducida al artículo 559 ahora es totalmente procedente en un proceso de interdicto la disposición contenida en el artículo 440 que regula los hechos no invocados en la demanda. Ergo, si al contestarse la demanda se invocasen hechos no expuestos en ella, la otra parte podrá ofrecer los medios probatorios referentes a tales hechos.

Las excepciones y defensas previas reguladas entre los artículos 446 al 457 son de empleo también en el proceso de interdicto, recordando que por mandato del artículo 552 ambas se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose solamente el ofrecimiento de medios probatorios de actuación inmediata. Pero, además, hay que tener en cuenta que si bien el artículo 447 establece que una vez propuestas las excepciones, ellas se sustancian en un cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal, para el caso de la vía sumarísima, por su tramitación especial prevista en el artículo 555, las excepciones tienen que resolverse en la audiencia única previamente al saneamiento procesal, a efectos de poder

continuar con la fijación de los puntos controvertidos y la determinación de los temas que van a ser materia de prueba.

En igual sentido las tachas u oposiciones solamente se acreditarán también con medios probatorios de actuación inmediata, lo cual ocurrirá en la audiencia única existente en este carril procesal, ello de conformidad con el artículo 553 del mismo cuerpo normativo.

Por último, el tema de la rebeldía regulado entre los artículos 458 y 464 es también plenamente aplicable a este proceso, entendiendo que el plazo para contestar la demanda sin que se haga lo propio, para esta vía, es de cinco días, por mandato del artículo 554.

Someramente, como aspectos no conectadas a la demanda pero aplicables al proceso interdictal tenemos a la sanción por juramento falso (441), la figura del saneamiento procesal (465 al 467) pero con la atingencia de que se lleva a cabo en la audiencia única, de modo que si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará inmediatamente saneado el proceso (555), y, por último, al juzgamiento anticipado del proceso y a la conclusión anticipada del proceso (473 y 474). Y como regulación no aplicable al proceso interdictal tenemos lo relativo a las diferentes audiencias, pues para el caso del proceso sumarísimo existe solamente una audiencia (554 y 555) en la cual se llevan a cabo todas las actuaciones. Dentro de estas diligencias se tiene que, luego de actuados los medios de prueba concernientes al tema de fondo, y, si lo solicitasen, el juez puede conceder la palabra a los abogados, para finalmente expedir la correspondiente sentencia, reservándose, excepcionalmente, su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia. Aquí hay que tener presente que por mandato expreso del artículo 559, son improcedentes los informes sobre hechos, entendiendo que este informe es el alegato oral vertido al finalizar la audiencia única, justamente antes de la emisión de la sentencia.

3. LA EXPRESIÓN DE LOS HECHOS EN QUE CONSISTE EL AGRAVIO Y SU ÉPOCA DE REALIZACIÓN

El artículo 600 en estudio manda que, además de la regulación ya anotada, en la demanda deben expresarse necesariamente los hechos en que consiste el agravio y la época en que se realizaron.

Hoy en día los interdictos ya no son puras medidas administrativas o de policía sino auténticos procedimientos judiciales y se caracterizan por su sumariedad, tramitación rápida y breve y por la limitación del debate exclusivamente al problema de la posesión (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 644).

Justamente por eso es que se exige al demandante narrar con claridad el agravio contra su posesión, sea perturbatorio, sea desposesorio, para evaluar la fundabilidad de su pretensión protectora. Pero se añade como requisito adicional precisar la fecha en que se materializó el agravio, pues, como manda el artículo 601 la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda.

Entonces, la exigencia de precisar la fecha de la materialización del agravio radica en verificar si es que la pretensión no ha prescrito. Y si bien el juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada, tal y como manda el artículo 1992 del CC, es indispensable para la contraparte conocer la data para una correcta defensa, pues, entre nosotros, la prescripción opera solamente a pedido de parte vía excepción (cfr. RUBIO CORREA, 1987: p. 11 y ss.), y el plazo anual, a diferencia de otras legislaciones, no es de caducidad, por lo que no podría ser declarado de oficio por el juez, en virtud del artículo 2006 también del CC.

4. LA PROBANZA DE LA POSESIÓN Y EL ACTO PERTURBATORIO O DESPOSESORIO

En la defensa interdictal solo se discute el hecho posesorio sin entrar a debatir el derecho a la posesión, se trata, por lo tanto, de proteger de un modo sumario y eficaz al poseedor contra las vías de hecho que tiendan a perturbarle en la posesión o excluirle de ella (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 500). Ergo, la probanza de la pretensión interdictal debe centrarse en la existencia actual de la posesión, los hechos perturbatorios o la existencia de la posesión antes del despojo o los actos del mismo despojo (GONZÁLEZ LINARES, 2007: p. 246). Dicho de modo más simple, en el proceso judicial el demandante debe probar su posesión, el despojo o perturbación y el tiempo en que este fue cometido por el demandado (AREÁN, 1994: p.174).

En la Casación N° 1855-2008-Cusco se afirma que:

> "(...) en este tipo de procesos se exige que el demandante acredite la posesión anterior sobre el bien, y que dicha posesión haya sido perturbada o despojada dentro del año anterior a la interposición de la demanda".

Para estos casos, la posesión no tiene nada en común con el derecho de poseer, siendo inútil la prueba en tal sentido tanto por parte del demandante como del demandado. No obstante, en este punto es necesario dar a conocer que según el artículo 2471 del Código Civil argentino, cuando es dudoso el último estado de la posesión y no pudiéndose probar cuál es la más antigua, se juzga que poseía el que tuviese derecho de poseer o mejor derecho de poseer (AREÁN, 1994: p. 175).

Justamente la última parte del artículo 600 norma que los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia.

Pero si bien esto es correcto, sin embargo, hay que precisar que absolutamente todos los presupuestos de la defensa interdictal merecen probarse. Y entre tales presupuestos tenemos la concurrencia de los requisitos necesarios para la legitimación activa y pasiva, que el objeto sobre el cual el proceso recae sea un objeto idóneo de posesión –y de defensa interdictal–, y que la situación en la que se encontrara el demandante merezca la consideración de situación posesoria que a su vez reúna los perfiles necesarios para merecer la defensa interdictal (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 645).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho*, 4ª ed., traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. Barcelona: Ariel; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión*, vol. I. Lima: Rodhas; RUBIO CORREA, Marcial (1987): *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad*, 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico*, 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana, traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana, traducido por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones*

de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión, traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, editado por Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires: Zavalía; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LARENA BELDARRAIN, Javier (2007): "La prueba de testigos". En: *El proceso civil. Parte general. El juicio verbal y el juicio ordinario*. Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (director). Madrid: Dykinson; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*. Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes,* traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión*. México: Imprenta de José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Tratándose de interdictos el actor debe expresar además de los hechos en qué consiste el agravio, la época en que estos se realizaron, para determinar si se encuentra vigente el derecho del accionante a recurrir al órgano jurisdiccional en defensa de la posesión de la que ha sido despojado, puesto que el plazo para ejercitarla previsto en el artículo 601 del CPC es de caducidad y no de prescripción ***(Exp. N° 569-7-1997-Lima)***.

Artículo 601 | Prescripción extintiva

La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 921, 1992; C.P.C. arts. 475 y ss., 552.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

La prescripción es un mecanismo jurídico a través del cual, por el transcurso del tiempo, se adquieren o extinguen derechos, o más exactamente, situaciones o relaciones jurídicas. Por ello se la conoce como un modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación, donde obra el tiempo como el productor esencial de estas situaciones jurídicas. De aquí se desprenden los dos tipos de prescripción: la adquisitiva y la extintiva. Evidentemente el supuesto regulado en el artículo 601 en análisis encaja en la prescripción extintiva.

El fundamento de la prescripción es doble, pues por un lado tiene una vertiente objetiva por la cual se sustenta en el mero transcurso del tiempo soportado en la seguridad jurídica, y por otro lado tiene a la vertiente subjetiva que la entiende como una suerte de sanción al sujeto negligente que se ve perjudicado por el transcurso del tiempo. Así desde la perspectiva objetiva la prescripción no procura la justica sino más bien el orden, la certeza y la seguridad; en tanto que desde la perspectiva subjetiva procura premiar al sujeto diligente y, como contraparte, penar al negligente con la pérdida del derecho o situación jurídica que lo beneficiaba.

2. EL DECURSO ANUAL COMO PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 601 precisa que la pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda, con lo cual queda en claro que se tiene hasta un año para demandar el interdicto, sea cual fuere su clase. Así, en la Casación N° 4788-2007-Arequipa se afirmó que la posesión perdida por más de un año no puede ser recuperada mediante el interdicto puesto que el nuevo poseedor lo ha venido detentando por un período que el ordenamiento jurídico estima relevante y con derecho a protección como hecho de posesión.

Lo primero a anotar es que estamos ante un caso de prescripción y no de caducidad, y como tal el juez no puede fundar sus fallos en ella si es que no ha sido invocada por la parte beneficiada, tal y como manda el artículo 1992 del CC; por lo que es menester una adecuada defensa, pues, entre nosotros, la prescripción opera solamente a pedido de parte vía excepción (cfr. RUBIO CORREA, 1987: p. 11 y ss.).

Dicho en otras palabras, el interdicto sí se puede presentar luego del año de generado el hecho que funda la demanda, pero para que opere la prescripción es indispensable que el demandado deduzca la excepción respectiva dentro del plazo junto con la contestación de la demanda, tal y como manda el artículo 552 para los procesos sumarísimos. Interpuesta esta, el juez procederá a verificar y decretará que efectivamente la pretensión ha prescrito archivando la causa. Por el contrario, si el demandado no interpone la excepción de prescripción, o la interpone fuera de plazo, el juez hará como si nadie hubiera cuestionado dicho plazo, y tendrá que continuar la causa hasta el pronunciamiento final.

En efecto, al ser un plazo de prescripción y no de caducidad el juez no puede rechazar in limine la demanda aun cuando advierta que el despojo aconteció hace más de un año, por lo que es el demandado quien tiene la carga de instar la correspondiente excepción procesal (GONZALES BARRÓN, 2005: pp. 410 y 422; LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1035).

A diferencia de nuestra regulación, en el Derecho argentino, por ejemplo, para las acciones propiamente posesorias el plazo anual es de prescripción, en tanto que para los interdictos el plazo anual se estima de caducidad, lo cual conduce a que si no fue alegado por el demandado, el juez está facultado para decretarla de oficio (AREÁN, 1994: pp. 176 y 180), como sería para el caso peruano según el artículo 2006 del CC, si el plazo fuese de caducidad.

3. LAS DIFICULTADES DEL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO

El artículo 601 es claro en señalar que el cómputo del plazo anual de prescripción de la pretensión interdictal se inicia con el hecho que fundamenta la demanda, lo cual debe entenderse, en justo sentido, desde la materialización del agravio que atenta contra la posesión, en una palabra, desde el despojo o desde la perturbación.

Si bien en el tema del despojo el asunto queda más claro por ser un acto de ejecución inmediata, no sucede lo mismo con la perturbación que puede ser continua en el tiempo, supuesto en el cual surge la duda de si el plazo corre desde el inicio del hecho o desde que culmina, tal y como sucede en la regulación penal. Desde luego, el artículo 82 del Código Penal establece que los plazos de prescripción de la acción penal comienzan en el delito continuado, desde el día en que

terminó la actividad delictuosa; y en el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

Es de entender que como el interdicto protege la posesión a base de mantener un orden social mínimo, el cómputo del plazo para el supuesto de la perturbación no puede correr desde el día en que esta culmina, porque justamente carecería de contenido y fundamento el interdicto. Más bien, el plazo debe computarse desde que se inicia la perturbación, sin interesar si perdurará o no en el tiempo, porque, justamente, el dejar correr el plazo puede llegar a entenderse como una renuncia a protegerse contra la perturbación, pues la perturbación lo es desde que se inicia, y no puede transformarse el mismo hecho de una no-perturbación a una perturbación por la simple voluntad del demandante.

Un segundo tema complicado es si el inicio de este plazo es objetivo o subjetivo, es decir, si se cuenta desde que se materializa realmente el agravio o desde que el poseedor toma conocimiento efectivo de él.

La posesión como ejercicio de hecho permanente exigiría teóricamente que el inicio subjetivo coincida con el objetivo, es decir que como el poseedor está en contacto permanente con la cosa cualquier agravio será de inmediato conocimiento suyo. Por ejemplo, en la Casación N° 428-2004-Ucayali se afirmó que para que un interdicto de retener pueda tener la perspectiva de ser amparada, el demandante se debe encontrar ocupando físicamente el predio que es objeto de perturbación.

Sin embargo, ello no es del todo cierto, porque el avance jurídico ha desarrollado la posesión de manera tal que no es indispensable que el poseedor esté en permanente contacto con la cosa ininterrumpidamente (Álvarez-Caperochipi, 1986: pp. 85-87) (he aquí la importancia de la discusión filosófica entre el ánimus y el corpus).

A decir del profesor Álvarez-Caperochipi (1986: p. 86) lo decisivo de la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (traditio, usucapión, tesoro, frutos, etc.). Se trata del reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. Por tanto, no hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencia significativas (vide Álvarez-Caperochipi, 1986: p. 79 y ss.).

Así, podría existir un poseedor que temporalmente se aleje del bien, y a su retorno encontrar que ha habido o un despojo o una perturbación. Si la diferencia

entre la fecha del agravio y la fecha en que el poseedor tuvo conocimiento fuere extensa, entonces, el tema genera la incertidumbre de cuándo empezó a correr la prescripción.

Ante ello, acertadamente se ha postulado que el plazo corre desde el momento en que se produce el agravio, esto es desde la ocurrencia del hecho, porque así lo manda el artículo 601 y porque no puede quedar librado a aspectos meramente subjetivos como es desde que el poseedor originario toma conocimiento (GONZALES BARRÓN, 2005: pp. 410 y 423), ello por cuanto con este proceder se generaría una incertidumbre jurídica donde justamente la prescripción quiere sembrar seguridad y certeza.

En fin, como una salida intermedia se ha propuesto tener en cuenta no solo el día en que ocurrió el agravio o el día en que el poseedor tomó conocimiento efectivo, sino más bien el día en que el poseedor estuvo en la posibilidad de conocer el agravio. En efecto, este plazo de prescripción correrá desde el día en que el poseedor pudo saber de ella, pero esto se reserva para el caso en que el hecho se haya consumado en la persona de quien poseía por él (AREÁN, 1994: p. 176).

Basta agregar que como estamos ante un decurso prescriptorio son de aplicación los supuestos de interrupción y suspensión plasmados en el CC. Verbi gracia, en la Casación N° 3740-2002-Moquegua se muestra cómo una denuncia penal por el delito de usurpación habría interrumpido el plazo de un año, de conformidad con el artículo 1996 inciso 3 del CC. No obstante, como la causa penal se archivó por falta de pruebas, el colegiado supremo entendió que en realidad el plazo se había suspendido mientras duró el proceso penal.

4. INEXISTENCIA DE TEMPORALIDAD MÍNIMA EN LA POSESIÓN

No es necesario que el poseedor que demanda el interdicto haya estado un tiempo mínimo de duración en posesión del bien turbado o despojado, es decir, bastará con que el poseedor (en sentido estricto) lo sea en el instante mismo del agravio para que proceda el interdicto.

En el Expediente N° 322-2011-0-0501-JR-CI-02 la Sala Civil de Ayacucho extrañamente incorporó como requisito para la defensa interdictal que la posesión debe ser temporalmente prolongada en el tiempo.

Antiguamente para la acción de mantenimiento se exigía la posesión por más de un año, por tanto, no era mantenible la posesión que durase menos (DE RUGGIERO, 1915: p. 855). En el Derecho francés se consideraba como característica de las pretensiones posesorias la condición de poseedor anual, sin que ello implique

necesariamente acreditar la posesión en el año precedente (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 649). Ciertamente PLANIOL Y RIPERT (1946: p. 189) aseguran que corresponde al actor probar la anualidad de su posesión, aun en caso de que el demandado no pudiera justificar posesión útil alguna anterior a la perturbación, teniendo pleno derecho de sumar a su propia posesión el tiempo de las de sus causantes. No obstante, posteriormente se ha precisado que el Código francés, a diferencia de otras legislaciones, no exige más que el poseedor haya estado poseyendo de manera continua durante un año para quedar habilitado para demandar (cfr. MAZEAUD, MAZEAUD Y MAZEAUD, 1960: p. 175).

Para el caso peruano, se ha dicho que algunos sostienen que para ejercer la pretensión interdictal se debe ostentar la posesión de no menos de un año, lo cual no tiene asidero jurídico en nuestro ordenamiento nacional (GONZÁLEZ LINARES, 2007: p. 247). Efectivamente, la duración de un año no es esencial para que un poseedor obtenga la defensa interdictal, peor aún si la posesión ha comenzado merced a una entrega voluntaria o a un traspaso realizado por el poseedor anterior, ya que el poseedor actual puede sumar a su tiempo el de su causante. Igualmente si el despojo o la perturbación son obra de un tercero es irrazonable exigir el plazo de un año como duración mínima de la posesión para protegerla (DÍEZ-PICAZO, 1995: p. 650).

Además, el requisito de la posesión anual expone al poseedor a injusticias, pues si faltando un día u horas para cumplirse el año de posesión es despojado o perturbado, no podría intentar la acción posesoria respectiva, perjudicándose notablemente, ya que un lapso tan corto no puede influir en la tenencia de la cosa ni en la intención de quien la tiene (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 527).

En fin, si se insistiese en este requisito de posesión anual mínimo como presupuesto habilitante para demandar vía interdicto, el fundamento consistente en mantener el orden social se vería burlado fácilmente, pues cualquiera podría actuar de mano propia antes del vencimiento del año, alterando la paz colectiva; pues no debe olvidarse que los interdictos no son sino acciones posesorias con origen policial, y que pese a su naturaleza, se las entabla ante los tribunales, ya que implican remedios rápidos que tienden a preservar la paz pública y evitar la justicia por mano propia (AREÁN, 1994: p. 169).

Aquí anotamos previamente que la profesora Beatriz AREÁN (1994: p. 178) es partidaria de la tesis dualista, es decir concibe que los interdictos de recobrar, de retener y de obra nueva son instituciones diferenciadas de las acciones policiales de recuperación, manutención y obra nueva; sin embargo, partiendo de que la tesis monista también cuenta con defensores en Argentina, no hay mayor obstáculo en trasladar el tratamiento de las acciones policiales de dicho ordenamiento a la regulación prevista para los interdictos en nuestro sistema.

5. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS INTERDICTOS Y LAS ACCIONES POSESORIAS

La parte final del artículo 601 reza que si hubiere vencido el plazo anual para la defensa interdictal, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento. Lo dicho corrobora la regulación prevista en el artículo 921 del CC donde se expresa que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos.

Con lo mostrado se ha intentado distinguir la defensa posesoria a través de los interdictos de la defensa llevada a cabo a través de otras acciones o pretensiones posesorias. Ciertamente, la doctrina insiste en que hay que rechazar la práctica errada de identificar como si fueran sinónimas las acciones posesorias y los interdictos (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 503). Los interdictos tienen por finalidad defender al poseedor actual, sin entrar a considerar si se tiene derecho o no a la posesión, en cambio, las acciones posesorias se conceden a quienes cuentan con el derecho a poseer (GUZMÁN FERRER, 1982: p. 894).

Por ejemplo, en la Casación N° 4788-2007-Arequipa se muestra que el demandante peticionó erróneamente en la vía de proceso de conocimiento interdicto de recobrar (o acción de defensa posesoria), a fin de que se le reponga en ejercicio de su derecho a la posesión respecto de un bien inmueble; sin embargo, la sala estableció que el petitorio resultaba ambiguo pues el interdicto es distinto a una acción posesoria, y ante la declaración de inadmisibilidad de la demanda, en el escrito de subsanación se reiteró el mismo petitorio.

También se afirma que existe la prohibición al juez y a las partes de acumular el posesorio (interdictos) y el petitorio (acciones posesorias). Además, los fallos en juicio posesorio no constituyen título ni cosa juzgada alegable en juicio petitorio, pues en el pleito sobre el fondo del derecho, los tribunales no quedan ligados por el valor que el juez del posesorio haya dado a los caracteres y el alcance de los hechos o de los actos sucesivamente invocados ante las dos jurisdicciones (PLANIOL Y RIPERT, 1946: pp. 179, 181 y 183). Esto último se puede explicar desde que la tutela interdictal de la posesión es por naturaleza interina o provisional, lo que significa que los derechos subjetivos subyacentes el estado posesorio no se discuten ahora, pero eventualmente podrán ser objeto de una acción plenaria posterior (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 384). Por ello en la Casación N° 1840-2004-Lima se dijo que el interdicto de recobrar o de despojo es una pretensión posesoria en donde lo que debe probar el actor es el hecho de la posesión y no el derecho a poseer e, igualmente en la Casación N° 4788-2007-Arequipa se afirmó que a través de los interdictos se cautela el hecho mismo de la posesión y no el derecho a esta.

En resumen, a decir de la profesora AREÁN (1994: pp. 176-177) existen diferencias entre el pleito en que se debate la posesión (posesorio) y aquel en que ventila el derecho de poseer (petitorio) las cuales serían: jamás pueden ser acumulados; si se optó por el posesorio, no puede iniciarse el petitorio hasta que el anterior esté totalmente terminado; el demandado vencido en el posesorio no puede promover petitorio hasta tanto no haya satisfecho las condenaciones personales pronunciadas contra él; y el juez del petitorio puede decidir medidas provisorias relativas a la guarda y conservación de la cosa litigiosa.

No obstante, y en contra de todo lo dicho, se ha afirmado –con adecuado sustento– que la llamada acción posesoria ordinaria (regulada en el artículo 921 del CC) no protege la posesión sino más bien el derecho a poseer, o sea los derechos subjetivos cuyo contenido implique la posesión. Por consiguiente, no puede admitirse la existencia de una acción posesoria ordinaria cuya tutela sea la posesión, sino más bien un derecho subjetivo sobre la posesión, esto por cuanto la posesión no es un derecho. En una palabra, el legislador utiliza las acciones posesorias e interdictos como sinónimos (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 425), pues en la acción posesoria ordinaria se discute propiamente el derecho a poseer antes que la posesión misma.

Por esto, en la Casación N° 4788-2007-Arequipa se afirmó que ello no significa que el poseedor no podrá más recuperar su posesión sino que su pretensión tendrá que ser trasladada a otro escenario, en el que no será suficiente alegar el hecho mismo de la posesión sino, principalmente, el derecho a la posesión, que es lo que protegen las acciones posesorias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión*, traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra; GUZMÁN FERRER, Fernando (1982): *Código Civil. De los Derechos Reales. Del Derecho de Obligaciones*, 4ª ed., vol. II. Lima: Cultural Cuzco; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones*, traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América;

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes,* traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RUBIO CORREA, Marcial (1987): *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil.* Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil.* Lima: Palestra; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico,* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral. RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Tratándose de interdictos el actor debe expresar además de los hechos en qué consiste el agravio, la época en que estos se realizaron, para determinar si se encuentra vigente el derecho del accionante a recurrir al órgano jurisdiccional en defensa de la posesión de la que ha sido despojado, puesto que el plazo para ejercitarla previsto en el artículo 601 del CPC es de caducidad y no de prescripción ***(Exp. N° 569-7-97-Lima).***

Artículo 602 | Acumulación de pretensiones

Se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdictal, las pretensiones de pago de frutos y la indemnizatoria por los daños y perjuicios causados.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 458, 890 al 893, 920, 1975, 1977; C.P.C. arts. 83 al 91, 546 inc. 7.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

COUTURE enseñaba que la acumulación como instituto procesal comprende por un lado una acumulación de varias pretensiones en una misma demanda, y, por otro, una acumulación de varios procesos en uno solo para ser decididos todos en una misma sentencia (COUTURE, 1958: p. 88). Sin embargo, hay otro modo de clasificar a la acumulación. Desde luego, según la doctrina que informa a nuestro modelo procesal civil tenemos que la acumulación puede ser objetiva o subjetiva. Será objetiva cuando existe más de una pretensión, y será subjetiva cuando haya más de dos personas en alguno de los polos de la relación procesal. A su vez, ambas pueden ser originarias o derivadas, según si se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 202). Nuestro CPC, siguiendo esta línea, ha desarrollado el tema de la acumulación entre los artículos 83 y 91.

Con lo dicho, para el caso previsto en el artículo 602 bajo estudio la acumulación sería objetiva, porque aúna más de una pretensión, y a la vez sería originaria, porque se lleva a cabo al momento de la presentación de la demanda, es decir, al iniciar la contienda.

Además, en virtud del artículo 87 la acumulación objetiva originaria puede ser subordinada (cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada), alternativa (cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir) o accesoria (cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás). En el artículo 602 bajo examen tenemos que las pretensiones de pago de frutos y de indemnización por daños y perjuicios podrían acumularse accesoriamente, pues quedan supeditadas a que la pretensión interdictal sea declarada fundada.

Ahora bien, por mandato del artículo 85 del Código adjetivo, para que proceda una acumulación objetiva es indispensable que las pretensiones sean de

competencia del mismo juez, no sean contrarias entre sí (salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa), y sean tramitables en una misma vía procedimental.

Para culminar, si bien se adelantó que la acumulación sería originaria –según la disposición literal del artículo 602 en estudio– es necesario precisar que por mandato del artículo 87, si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse derivadamente estas hasta antes del saneamiento procesal, hecho que parece viable para el caso del interdicto.

2. EL PETITORIO EN LA DEMANDA INTERDICTAL

La demanda de interdicto debe contener un petitorio preciso, según el tipo de interdicto del que se trate. Para el caso del interdicto de recobrar el demandante pide que el demandado restituya el bien con todos sus accesorios, mientras que para el caso del interdicto de retener el demandante solicita que el demandado cese en la turbación (para lo cual adicionalmente se pueden pedir la aplicación de sanciones conminatorias), y para los interdictos de obra nueva y ruinosa se peticiona –a costa del autor de la obra– la destrucción de lo hecho o la reposición de las cosas al estado anterior al agravio, o a no continuar con la turbación, respectivamente (AREÁN, 1994: p. 175).

Estas pretensiones van siempre como principales, pero no hay óbice en acumular alguna pretensión adicional. Así, el artículo 602 faculta al demandante acumular las pretensiones de pago de frutos y de indemnización por daños y perjuicios (por ejemplo, ver las Casaciones N°s 428-2004-Ucayali y 1952-2008-Cusco).

3. LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR DAÑOS Y PERJUICIOS

CALAMANDREI enseña que la finalidad última a la cual tiende la garantía jurisdiccional es la de operar en la vida de las relaciones humanas en forma de conseguir (prescindiendo de la voluntad del obligado) el mismo resultado práctico –o uno equivalente– que se habría obtenido si la norma jurídica hubiera sido observada de modo voluntario (CALAMANDREI, 1973: p. 139). Por tanto, es natural que los medios con los que la jurisdicción actúa se adapten y se conformen al diverso contenido de las normas jurídicas, para garantizar su observancia, así como la satisfacción de los intereses de los justiciables. Justamente, una de las funciones de la responsabilidad civil, es la satisfactiva, a la cual se pretende alcanzar con la indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

En lo referente a la indemnización por daños y perjuicios se sabe que ella opera como resultado de incurrir en responsabilidad de naturaleza civil. Y para ello es menester evaluar absolutamente todos los componentes de la responsabilidad civil caso por caso, partiendo de que estamos ante una responsabilidad del tipo extracontractual.

Respecto de la imputabilidad, se sabe que si el agresor es un sujeto capaz no habrá problema en reprocharle su conducta. Pero tratándose de un incapaz, si actúa con discernimiento responderá él con su representante por mandato de los artículos 458 y 1975 del CC, pero si actúa sin discernimiento responderá solo su representante, a menos que el dañado no encuentre respuesta por parte del representante por insolvencia, caso en el cual hasta el incapaz sin discernimiento será responsable, según el artículo 1977. Por último, en el rubro de la imputabilidad hay que tener presente que también se aplica a las personas jurídicas.

En lo atinente al hecho ilícito o conocido también como antijurídico, es evidente que refiere al hecho perturbatorio o desposesorio, el cual es el generador de la responsabilidad. Y es ilícito por cuanto, como nadie puede hacerse justicia por mano propia, ni siquiera el sujeto que tenga derecho a poseer se podrá escudar en que su acto es acorde a derecho. Por ello se ha dicho que en todos los casos comprendidos en los interdictos se podrá disponer el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados, además de los gastos del proceso (AREÁN, 1994: p. 175). Evidentemente, queda fuera del hecho ilícito la defensa de facto de la posesión para repeler la fuerza efectuada contra el poseedor a fin de recobrar o defender el bien, concluida siempre dentro de un actuar razonable, tal y como manda el artículo 920 del CC.

En cuanto al factor atributivo de la responsabilidad se ha dicho que parece tratarse de uno de orden subjetivo, y ello por cuanto, si bien el agravio es independiente del daño (pues un acto que contradiga la posesión envuelve agravio aunque no ocasione daño material alguno, resultando con ello que el agravio sería independiente de la buena fe del autor de ella) (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 184), empero, la demanda interdictal por ser acción real, (toda vez que su finalidad es la liberación del inmueble litigioso o el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la perturbación), puede entablarse contra todo poseedor actual del inmueble, aun cuando sea de buena fe; no obstante solo si se probara la mala fe puede ser condenado por daños y perjuicios (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 190). Por tanto, el factor atributivo sería propiamente el dolo.

Totalmente en contra se ha afirmado que quien despoja o perturba indemnizará sin necesidad de evaluarse si actuó con dolo o culpa (con lo cual el factor atributivo sería objetivo). Ciertamente, al ser el agravio todo acto por el cual el poseedor se perjudica total o parcialmente en la posesión, donde no se requiere

violencia, mala fe o dolo, se configura la responsabilidad con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1041). Ergo, el factor de atribución sería más bien objetivo.

Para terminar este rubro, eventualmente, en el caso de que el agresor actuara por órdenes de un tercero, el factor atributivo sería también el de garantía, por la responsabilidad vicaria, al igual que en el caso en que el dañante fuese un incapaz.

En cuanto al nexo causal, tenemos que se tendría que probar que el hecho desposesorio o turbador es la causa adecuada para el daño demandado. Y aunque preliminarmente estimamos que serían viables los supuestos de concausa, pluralidad de causas y rupturas del nexo causal, se hace necesario un estudio pormenorizado de estas vicisitudes en el ámbito correspondiente a la defensa interdictal.

Finalmente, en lo atinente al daño, estimamos que tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial serían susceptibles de presentarse en el caso del hecho agraviante que da origen a la defensa interdictal, lo cual, evidentemente, tiene que estar adecuadamente probado, en cuanto a su materialización y a su monto.

Basta agregar que para que proceda la acumulación debe contemplarse que estas sean de competencia del mismo juez y sean tramitables en una misma vía procedimental, como lo exige el artículo 85 del CPC. Por lo tanto, el monto de la indemnización a reclamar o el valor de los frutos no deben superar la cuantía para el procedimiento sumarísimo, esto es, que no sea mayor de 100 Unidades de Referencia Procesal –conforme al inciso 7 del artículo 546 del mismo Código–; lo cual significa que en caso la pretensión accesoria supere este valor ya no sería procedente la acumulación (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1037).

4. LA PRETENSIÓN DE PAGO DE FRUTOS

En cuanto al pago de frutos generado por el hecho desposesorio o perturbatorio es un supuesto totalmente viable para el caso de la defensa interdictal, de modo que no habría óbice para demandarlo.

Al respecto recordaremos que el artículo 890 de nuestro CC define a los frutos como los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia; luego de lo cual, en el artículo 891, los clasifica en naturales, industriales y civiles, según si provienen del bien sin intervención humana, o los produce el bien por la intervención del hombre, o los produce el bien como consecuencia de una relación jurídica, respectivamente.

Esta pretensión accesoria del pago de frutos se sustenta en que por mandato del artículo 892 del CC, si los frutos son naturales, industriales o civiles pertenecen,

respectivamente, al propietario, al productor o al titular del derecho, sin perjuicio de los derechos adquiridos, siendo que los frutos naturales se perciben cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

Y si bien nuestro Código habla inicialmente de la pertenencia de los frutos naturales al propietario, se sabe que el derecho a los frutos es solo una manifestación del principio de que el ejercicio y disfrute de los derechos no se funda en la propiedad, sino solo en la posesión (ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 1986: p. 98). Justamente por ello, es que el demandante en un interdicto no deberá acreditar ser propietario del bien sino que le bastará con probar que es él quien ha estado poseyendo para que, eventualmente, perciba también los frutos por parte del demandado vencido.

Hay que precisar también que esta pretensión sería distinta a la de indemnización puesto que es totalmente factible que se deban los frutos sin que se haya ocasionado daño alguno o que, a la inversa, se haya generado daño sin haberse percibido indebidamente fruto alguno.

Para culminar, es evidente que para el cómputo de los frutos se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos, tales como la mano de obra, el uso de maquinarias, el transporte, entre otros, tal y como manda el artículo 893 del CC, en caso contrario se estaría generando una situación de enriquecimiento incausado. En una palabra, quien hace suyos los frutos debe reembolsar los gastos ocasionados a otra persona por su producción, acopio y conservación (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1038).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, vol. I, 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*, vol. III, trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil II, Derecho de las Obligaciones, los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, vol. II, 10ª ed. Barcelona: Bosch; ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III, Derecho de bienes,*

parte general y derecho de propiedad, vol. I, 8ª ed. Barcelona: Bosch; ALPA, Guido (2001): *Responsabilidad civil y daño, Lineamientos y cuestiones*, trad. por Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil, Introducción y parte general, Derecho de las Personas, Derechos Reales y posesión*, vol. I, trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, El registro de la propiedad, La posesión*, vol. III, 4ª ed. Madrid: Civitas; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la responsabilidad civil*, 6ª ed. Lima: Rodhas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar)*. Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil, Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones*, vol. IV, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los derechos reales, bienes, posesión*, vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión*. México: José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001): *Elementos de la responsabilidad civil, comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual*. Lima: Grijley; TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Para que prosperen las acciones posesorias, los medios probatorios deben referirse exclusivamente a probar la posesión y el acto desposesorio, mas no el título que permite dicha posesión, sea cual fuese la naturaleza de dicho acto. Es válido demandar acumulativamente al interdicto, la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios causados ***(Exp. N° 49483-1998-Lima)***.

Artículo 603 | **Interdicto de recobrar**

Procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo.

Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente.

Procede a pedido de parte la solicitud de posesión provisoria del bien una vez que haya sido admitida la demanda, la que se sujeta a los requisitos y trámites de la medida cautelar. (*)

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 920; C.P.C. art. 604, 605, 608 y ss., 681.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

La ley confiere al interesado la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier acto que atenta contra ella, sea de ataque o de despojo. Sin embargo, nuestra legislación, acogiendo los precedentes históricos recoge explícitamente hasta dos tipos de acciones interdictales: la de recobrar y la de retener.

En este caso, nos toca estudiar al interdicto de recobrar, cuya regulación parte de modo específico desde el artículo 603 y va hasta el 605 del CPC. En cuanto al artículo ahora en examen, hay que precisar que originalmente no contenía al tercer párrafo referido a la posibilidad de conceder una medida posesoria provisional, el cual fue adicionado por el artículo único de la Ley N° 30199 hacia el 18 de mayo de 2014.

2. EL INTERDICTO DE RECOBRAR Y EL PROCESO PREVIO

Como se ha venido diciendo, el camino para defender la posesión consiste primero en la defensa fáctica, siempre que entre el acto desposesorio y su intento de recuperación no medie intervalo de tiempo o, en su defecto, medie un intervalo de tiempo razonable según las circunstancias (que según la modificación hecha al art. 920 del CC, sería de quince días).

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 30199 del 18/05/2014.

Pero cuando se extiende el tiempo contado desde el agravio, ya no le queda más remedio al poseedor despojado que recurrir al interdicto de recobrar, puesto que será el ente público (el Poder Judicial) el que se encargue de administrar justicia determinando si procede o no la recuperación de su posesión.

El interdicto de recobrar –cuyo origen es más bien medieval y canónico que romano (RAMÍREZ CRUZ, 2004: p. 519)– se utiliza para referirse a la reclamación tendente a recuperar la posesión de la que se ha despojado (ALBALADEJO, 1994: p. 100); pero la discusión existente en la doctrina se centra en saber si el despojo debe acontecer junto a algún requisito adicional, o sea, si debe ser efectuado de alguna manera en particular o no.

Por ejemplo, se dice que este interdicto puede promoverlo quien hubiese tenido la posesión de un bien del cual hubiese sido despojado total o parcialmente con violencia o clandestinidad y procede contra el autor, sus sucesores, copartícipes o beneficiarios del despojo; no contemplando el despojo producido por abuso de confianza (AREÁN, 1994: p. 180).

Además, para hacer que desempeñe una función social y de policía, desde antiguo era necesario concederlo con amplitud, tomando en consideración más bien la gravedad de la perturbación que la calidad de la posesión perturbada (MAZEAUD, 1960: p. 177). Por ello se estima que en este interdicto, al tener por finalidad más bien sancionar los actos de violencia que atentan contra la posesión, el requisito esencial está en un acto de violencia material o moral ejercido contra un ocupante y que ha permitido triunfar de su resistencia (MAZEAUD, 1960: p. 177). En esa orientación, por desposesión violenta ha de entenderse cualquier desposesión llevada a cabo por vía de hechos consistentes en actos de agresión contra la persona o contra un bien del que reclama, y que por implicar una actitud de legítima defensa por el que los sufre, pudiera alterar la paz pública. En una palabra, todo acto será agresivo en el sentido de que su autor en lugar de recurrir al juez se haya tomado la justicia por mano propia (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 196). Tal y como ya se ha precisado anteriormente, como el sustento radica en que existe la necesidad de reprimir los actos de violencia, no es exigible ni tiempo de posesión mínimo para conceder el interdicto, estando expedita sea cual fuere la duración de la posesión (MAZEAUD, 1960: p. 177).

Como se ve, algunos doctrinarios –basados evidentemente en su legislación respectiva–, a diferencia de nosotros, exigen que el desapoderamiento se haya producido con violencia o clandestinidad, añadiendo o rechazando inclusive el abuso de confianza. Sin embargo, para nuestro ordenamiento jurídico basta con el simple despojo, efectuado bajo cualquier modalidad (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1040). Es decir, en breves términos, para que proceda el interdicto de recobrar basta con que el poseedor haya sido despojado de su posesión.

Por ejemplo, en la Casación N° 1855-2008-Cusco se muestra que el demandante fue expulsado de una comunidad campesina por acuerdo de los 2/3 de la asamblea comunal, generando la entrega de ganado y reversión de tierras; por tanto, el actor no tenía posesión anterior sobre el predio, por haberlo entregado *pacíficamente* a la directiva comunal, y además, el despojo denunciado no se habría producido en el plazo de un año anterior a la interposición de la demanda.

Ahora bien, el artículo en examen precisa que el interdicto de recobrar procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Esto último quiere decir que el despojo tiene que ser fáctico sin sustento jurídico para que proceda el interdicto, pues si el despojo es resultado de una orden judicial emanada de un proceso, la desposesión se ajusta al ordenamiento jurídico, por lo que el interdicto pierde su fundamento que era la evitación de la justicia por mano propia.

Como se ha venido diciendo, el poseedor actual está protegido frente a todos los que tomándose la justicia por propia mano, ataquen su posesión. Sin embargo, esta extensión de la protección de la posesión encuentra dos límites claros: en el primero, no procede contra quien, dentro de un año del despojo, pruebe en juicio posesorio, haber sido privado de su posesión por el poseedor actual; en el segundo, tampoco procede contra quien en juicio petitorio demuestra que tiene derecho a poseer, y, como consecuencia, debe serle entregada la posesión (ALBALADEJO, 1994: p. 106).

Entonces, cuando el poseedor es despojado de su posesión pero ha mediado un proceso, entonces, simplemente el interdicto es abiertamente improcedente.

Indudablemente, en este caso, partimos de que el poseedor despojado ha sido parte en el proceso judicial (donde ha sido vencido), pues en caso de no serlo es de aplicación el artículo 605 que a la letra dice que el tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar.

3. EL EJERCICIO DEL DERECHO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 920 DEL CC

Ya se ha afirmado que quien posee una cosa tiene todo el derecho de defenderla. Es decir, si alguien se ve en un estado en que se le pretende privar o perturbar en su posesión, puede utilizar los mecanismos fácticos a su alcance para defenderla. O sea, así como la posesión es un ejercicio fáctico, su defensa empieza también por actos de fuerza o de facto. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el repeler esa privación en la posesión, si bien puede implicar el uso de la fuerza, ella siempre se la debe ejercer dentro de cánones razonables. Sin duda, esta defensa

de la posesión ante su perturbación implica el ejercicio de actos reales inmediatos, y en el caso del despojo de la posesión, también se requerirá actos físicos de pronta ejecución para recuperarla.

Esta defensa fuera de proceso judicial requiere de un acto que agreda la posesión, una reacción inmediata entre el ataque y la defensa, la imposibilidad de intervención del poder público, y que la defensa sea adecuada o razonable entre el medio empleado por el agresor y aquel de que se vale el atacado (AREÁN, 1994: pp. 161-162).

Toda esta defensa extrajudicial de la posesión ha sido acogida positivamente por nuestro CC, que en su artículo 920 prescribe con bastante claridad que el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias (aclarando que en dicho artículo, por las modificaciones efectuadas a través de la Ley N° 30230 del 12 julio de 2014, se suprimió el requisito de la ausencia de intervalo de tiempo, de modo que ahora es viable la defensa hasta dentro de los quince días de haber tomado conocimiento del acto perturbador de la posesión, además, en ningún caso procede este tipo de defensa contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción adquisitiva).

Y recién cuando esté agotada la defensa de facto sin mayor éxito para el poseedor, queda el camino del derecho para defender su posesión. O sea, una vez realizado el despojo o concluido el acto perturbador no puede el poseedor lesionado sino recurrir al amparo judicial (ALBALADEJO, 1994: p. 107).

Por todo lo apuntado, es que en el artículo 603 del CPC –ahora bajo análisis–, en su segundo párrafo se precisa que si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del CC, la demanda será declarada improcedente.

Por ejemplo en la Casación N° 705-2008-Ica referida a una defensa interdictal se afirmó que:

> "(...) en cuanto a la causal in iure (...) el Superior Colegiado ha resuelto la presente *litis* observando las normas que corresponden a la naturaleza de la materia controvertida y a la situación fáctica establecida en la recurrida, por lo que la causal de aplicación indebida del artículo 920 del CPC (sic), que regula la defensa posesoria, no resulta amparable, por ser dicha norma pertinente para resolver la controversia en función a que los hechos establecidos en autos se subsumen en el supuesto de hecho de la referida norma".

4. LA SOLICITUD DE POSESIÓN PROVISORIA

Resultado de la demora real de las tramitaciones judiciales en los procesos sumarísimos (que en el papel deberían durar entre quince y veinticinco días), se hacía necesario encontrar alguna solución a fin de evitar los menoscabos a los justiciables. En el caso de la defensa interdictal, como la sentencia partía del juez civil, era totalmente viable que el proceso terminase en la Corte Suprema y después de mucho tiempo, siendo que en ese ínterin el bien podía sufrir modificaciones insalvables para el poseedor demandante.

Por tal motivo es que se adicionó, hacia el 18 de mayo del año 2014, un tercer párrafo al artículo 603 del CPC, en virtud del cual procede a pedido de parte la solicitud de posesión provisoria del bien una vez que haya sido admitida la demanda, la que se sujeta a los requisitos y trámites de la medida cautelar.

Una de las peculiaridades de esta medida de posesión provisoria es que solamente se la concederá una vez que la demanda interdictal haya sido admitida, lo cual, desde ya, nos muestra el detenimiento que deben tener los jueces al momento de admitir este tipo de demandas; y de paso discute el hecho de que el plazo anual para interponer la demanda interdictal sea de prescripción y no de caducidad, caso en el cual el juez podría utilizarla de oficio, rechazando la petición de la medida (RUBIO CORREA, 1987: p. 11 y ss.).

Es decir, si la demanda fuese presentada luego de un año de haber acontecido el despojo, y a ella se agrega la petición de medida provisoria de la posesión, el juez, al verificar que la pretensión ha prescrito cuenta con buen sustento para rechazar la medida provisoria. Sin embargo, como la prescripción solamente puede fundar una resolución judicial cuando ha sido invocada por la parte, el juez quedaría sin asidero jurídico para rechazar la medida provisoria y estaría a expensas de que en la contestación el demandado interponga la excepción de prescripción. Lamentablemente no puede esperar a ello porque el pedido de medida provisoria tiene la característica de ser urgente. Y en cambio, si acepta la medida provisoria podría perjudicar al demandado que piensa deducir la excepción de prescripción, pues no se olvide que para este caso es el demandado el que está en poder del bien.

Por lo demás, en cuanto a esta medida provisoria de la posesión, como su tratamiento es similar a las medidas cautelares –pues su fundamento radica en prevenir los daños que el litigio pueda acarrear (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 145)– su elaboración y tramitación se debe sujetar a los requisitos preestablecidos para este tipo de pedidos, regulados a partir del artículo 608 del CPC en adelante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III, Derecho de bienes, parte general y derecho de propiedad*, vol. I, 8ª ed. Barcelona: Bosch; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil, Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones*, vol. IV, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes*, vol. III, trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales, Teoría general de los derechos reales, bienes, posesión*, vol. I. Lima: Rodhas; RUBIO CORREA, Marcial (1987): *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil.* Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol. I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José (1986): *Curso de Derechos Reales, Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico*, 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil*, vol. II, 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión*, vol. I, trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, 4ª ed. Madrid: Civitas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial, Derechos Reales.* Lima: Palestra; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; GUZMÁN FERRER, Fernando (1982): *Código Civil. De los Derechos Reales. Del Derecho de Obligaciones*, vol. II, 4ª ed. Lima: Cultural Cuzco; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta.

Artículo 604 | Demanda fundada e interdicto de recobrar

Declarada fundada la demanda, el juez ordenará se reponga al demandante en el derecho de posesión del que fue privado y, en su caso, el pago de los frutos y de la indemnización que corresponda.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 458, 1975, 1977; C.P.C. arts. 128, 602.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los modos de explicar el desarrollo del proceso civil alude a tres filtros (cfr. TICONA POSTIGO, 1998), uno de admisibilidad, otro de procedibilidad y el último de fundabilidad. En el primero, o sea en el de admisibilidad, se evalúan los aspectos mínimos y preliminares de los actos procesales susceptibles de subsanación, de modo que permitan ingresar a su estudio o evaluación. En el segundo filtro, el de procedibilidad, se examina todo lo concerniente a la correcta conformación de la relación jurídico-procesal, de modo que se facilite con ello un pronunciamiento final sobre el fondo. Por último, en el juicio de fundabilidad, propiamente el juzgador emite su decisión dando la razón o no al justiciable.

Al respecto, hay que resaltar que si bien estos filtros actúan de modo consecutivo, como fases interrelacionadas, ello es así en un plano ideal. O sea, el modelo que trae consigo el CPC aspira a ello, a que solamente se llegue a la sentencia cuando el juzgador ya ha revisado correctamente los dos anteriores filtros y se dedique de lleno exclusivamente a sentenciar sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, en la realidad no siempre es así, pues es totalmente factible que habiendo superado (aparentemente) el filtro de procedibilidad, estando en la fase decisoria, el juez tenga que declarar improcedente el pedido de un litigante o emitir un fallo inhibitorio.

Sobre este punto se dice, y así lo recoge nuestro CPC, que la admisibilidad refiere un filtro de orden formal a los escritos judiciales; es decir, que se declarará inadmisible la demanda que no cumpla con un requisito de forma. Como contraparte también se suele afirmar que la procedibilidad alude más bien a un tema de fondo, de manera tal que si una demanda no cumple con los requisitos de fondo será rechazada por ser improcedente. Desde luego, el artículo 128 del CPC textualmente prescribe que el juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente, y declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo. No obstante, esto no es

del todo correcto, primero porque cuando hablamos de fondo de la *litis* estamos en el filtro de la fundabilidad, por tanto, no se puede decir que la procedencia filtra aspectos que tengan que ver con el fondo de la causa, más bien, recién superado el tamiz de la procedibilidad es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la *litis*, o sea de fundabilidad. El término improcedente no es muy cierto que esté ligado a la falta de un requisito de fondo. Se considera que este concepto está en relación con su posibilidad o no, de subsanación, lo cual quiere decir que si el acto es improcedente no es posible subsanarlo. En ese mismo sentido, si el acto es inadmisible, tampoco esto se refiere exclusivamente a un requisito de forma, sino que se halla en relación directa con la posibilidad de su subsanación. Por ello si un acto es inadmisible, es perfectamente subsanable. Por consiguiente, la inadmisibilidad se diferencia de la improcedencia en que, en la primera hablamos de aspectos susceptibles de subsanación, en tanto que en la segunda, no es posible propiamente hablar de subsanación.

Entonces, el juicio de fundabilidad es el juicio al que aspira finalmente el proceso, pues si una causa se decide con un juicio de procedibilidad perjudica los intereses de los justiciables, pues, a fin de cuentas, no soluciona el conflicto. En cambio, cuando el juez se pronuncia sobre el fondo del asunto, declarando sea fundada o infundada la demanda, ya está decidiendo por quien finalmente tiene la razón en el fondo de la controversia.

Se alcanza este juicio a través de la emisión de la sentencia, pues la sentencia es en sí misma un juicio, una operación de carácter crítico, donde el juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (o eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia (COUTURE, 1958: p. 279).

El artículo 604 bajo examen justamente nos habla de los efectos de la demanda de interdicto de recobrar, cuando ha sido declarada fundada, evidentemente a través de la emisión de la sentencia que pone fin a la causa.

2. LA ORDEN DE REPOSICIÓN EN EL "DERECHO" DE LA POSESIÓN

La sentencia, para el caso del interdicto de recobrar, condenará al demandado, en caso de ser vencido, a restituir el bien con todos sus accesorios (AREÁN, 1994: p. 175). En efecto, el interdicto de recobrar se basa en que un sujeto despoja de la posesión a otro, por tanto, es evidente que lo que se pretende directamente es recuperar la posesión lo antes posible. Por ello, el artículo 604 consagra que, si el juzgador declara la demanda como fundada debe ordenar que se reponga al demandante en la posesión de la cual fue privado.

Esta reposición no es sino un mandato para el cumplimiento de una prestación de dar por parte del demandado vencido en proceso. Por ello no hay inconveniente en que el juzgador se valga de alguna medida conminatoria o coercitiva complementaria para su cumplimiento (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 403; AREÁN, 1994: p. 175).

Ahora bien, partiendo del tenor del articulado en estudio, tenemos que un craso desliz en el texto del artículo 604 consiste en la utilización de la construcción como si la posesión fuese un derecho, cuando en realidad no lo es, pues allí se dice que el juez, en caso se declare fundada la demanda, ordenará se reponga al demandante en el *derecho de posesión* del que fue privado.

Desde siempre, en derechos reales se señala que la posesión es un hecho, un mero aspecto factual, que se hace necesario regular jurídicamente, pero que no por ello concede una situación jurídica al sujeto; en suma, no es un derecho (vide RIVERA, 1855; MARTÍNEZ, 1939; LÓPEZ PÁSARO, 2014). Distinta es la situación de quien tiene o cree tener derecho a poseer, sobre todo porque la posesión como ejercicio de facto se conecta con casi todos –por no decir todos– los derechos reales.

En la Casación N° 1855-2008-Cusco se comete el mismo error cuando se dice respecto de los interdictos que:

> "(...) debe precisarse que estos mecanismos procesales de defensa de derechos están orientados fundamentalmente a la defensa del **derecho real de posesión**, en oposición incluso al derecho de propiedad".

Por consiguiente, el artículo debe leerse de modo tal que declarada fundada la demanda, corresponde al juez ordenar la reposición al demandante en la posesión de la que fue privado.

3. EL PAGO DE FRUTOS Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Tal y como manda el artículo 602 del CPC, se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdictal, las pretensiones de pago de frutos y la indemnizatoria por los daños y perjuicios causados. En este caso, según el precepto del artículo 604, ***la pretensión*** interdictal ya fue declarada fundada, por lo que corresponde evaluar si las pretensiones de pago de frutos y de indemnización por daños y perjuicios son o no amparables, puesto que son accesorias a aquella.

Respecto del pago de frutos recordaremos que se trata de un supuesto totalmente viable, pues el despojo puede generar el aprovechamiento por parte del agresor de los frutos que genere el bien en el ínterin hasta su devolución, siendo una pretensión distinta a la de indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

Igualmente rememoraremos que para el cómputo del pago de los frutos se deberán rebajar los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1038).

En lo referente a la indemnización por daños y perjuicios ya se sabe que, en todos los casos también se podrá disponer el pago de una indemnización, además de los gastos del proceso (AREÁN, 1994: p. 175). Esta indemnización opera como resultado de incurrir en responsabilidad de naturaleza civil, para lo cual es menester evaluar absolutamente todos los componentes de la responsabilidad civil caso por caso, partiendo de que estamos ante una responsabilidad del tipo extracontractual.

Respecto de la imputabilidad, será responsable el agresor capaz así como el incapaz que actúa con discernimiento, siendo que en este último caso responderá adicionalmente su representante por mandato, de los artículos 458 y 1975 del CC. Y si el incapaz actúa sin discernimiento responderá su representante, a menos que este fuese insolvente, caso en el cual el responsable será el incapaz sin discernimiento, según el artículo 1977. Por último también puede ser responsable una persona jurídica.

En lo relativo al hecho ilícito o antijurídico, es evidente que lo configura el evento desposesorio, el cual es el generador de la responsabilidad. Y es ilícito por cuanto, como nadie puede hacerse justicia por mano propia, ni siquiera el sujeto que tenga derecho a poseer se podrá escudar en que su acto es acorde al ordenamiento.

En cuanto al factor atributivo de la responsabilidad sería más bien de orden objetivo, al no tomarse en cuenta la mala fe o intencionalidad del sujeto en pretender dañar, pues el despojo es independiente de la buena fe del autor de ella. Dicho de mejor manera, es claro que el despojante actuará con la intencionalidad de privar del bien al poseedor (porque se hace bastante difícil pensar en supuestos de desposesión por culpa, salvo que se actúe a nombre de otro), y aunque esa intencionalidad pueda estar justificada por el derecho a poseer, la prohibición de hacerse justicia por mano propia hace que dicha justificación de diluya, lo que genera que al evaluar el hecho agresor no interese mayormente la intencionalidad del agente cuanto el menoscabo ocasionado, por lo que el factor atributivo será de índole objetiva. Por tanto, la responsabilidad, en este aspecto, se configura con el solo acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1041), y ello es así porque en responsabilidad civil se intenta proteger a la víctima siempre, en la medida de lo posible. Por último, si el agresor actuara por órdenes de un tercero, el factor atributivo sería también el de garantía, al igual que en el caso en que el dañante fuese un incapaz.

En lo atinente al nexo causal, tenemos que se tendría que probar que el hecho desposesorio es la causa adecuada para el daño demandado, siendo viables

–al menos preliminarmente– los supuestos de concausa, pluralidad de causas y fracturas causales.

Finalmente, en lo tocante al daño, estimamos que tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial serían susceptibles de presentarse en el caso del hecho agraviante que da origen a la defensa interdictal, lo cual, indudablemente, tiene que estar adecuadamente probado en lo concerniente a su existencia y a su cuantía.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales,* 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral. RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales,* 10ª ed., vol. II. Barcelona: José María Bosch; ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ALPA, Guido (2001): *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones,* trad. por Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión,* vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico,* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas. Derechos Reales y posesión,* trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión,* 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la responsabilidad civil,* 6ª ed. Lima: Rodhas; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales.* Lima: Palestra; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; GUZMÁN FERRER, Fernando (1982): *Código Civil. De los Derechos Reales. Del Derecho de Obligaciones,* 4ª ed., vol. II. Lima: Cultural Cuzco; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho*

Civil. Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones, trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes,* trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil,* trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001): *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual.* Lima: Grijley; TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil.* Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si se acredita que el demandante ha estado en posesión del área demandada, habiendo sido perturbado esta, el juez ordenará que se reponga en la posesión del que fue privado ***(Exp. N° 1417-1998-Lima).***

Tratándose de un proceso de interdicto de recobrar, cuya finalidad es defender la posesión como un derecho, el demandante debe probar que tuvo la posesión y que fue despojado de esta, para lo cual el juez, valorando los medios probatorios y apreciándose de manera conjunta, declarará fundada la demanda solo respecto de aquellas pretensiones cuyos hechos sustentatorios hayan sido fehacientemente acreditados ***(Cas. N° 1172-1997-Apurímac).***

Artículo 605 | Despojo judicial y procedimiento especial

El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar.

El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución. Si el juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 597, 601, 603, 681.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

El artículo en estudio parte de trasladar la figura de la perturbación de derecho al supuesto de la desposesión (o sea del interdicto de retener al interdicto de recobrar) generando una suerte de *desposesión de derecho*, regulando un trámite especialísimo que permite al poseedor despojado discutir la decisión tomada en un proceso en el cual no ha sido parte.

Para iniciar este recorrido analítico partiremos de hacer hincapié en que dentro del concepto de tercero despojado por orden judicial debieran excluirse los servidores de la posesión, los parientes del poseedor, los causahabientes a titulo universal e inclusive los causahabientes a titulo singular de mala fe a fin de evitar temas fraudulentos contra la administración de justicia (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 409).

2. LA PERTURBACIÓN Y EL DESPOJO DE DERECHO

Aunque el artículo en examen habla del interdicto de recobrar y, por lo tanto, es necesario hablar de acto desposesorio, y no tanto de acto perturbador de la posesión, es menester revisar brevemente lo referente a las modalidades de perturbación para comprender mejor esta regulación.

La posesión puede ser despojada o perturbada, en el primer caso al poseedor se le priva total o parcialmente de su posesión, mientras que en el segundo caso, o sea en la perturbación, al poseedor no se le despoja de su posesión pero sí se lo turba en ella. Para el primer caso existe el interdicto de recobrar y para el segundo el interdicto de retener.

Lo que nos interesa en este rubro es que la perturbación, aunque siempre se la asocia a actos materiales, caso en el cual sería una perturbación de hecho, puede también manifestarse a través de otros actos, caso en el cual se torna en una perturbación de derecho. Estaremos ante una perturbación de hecho cuando se trate de un acto material, de realización fáctica, de la utilización de vías de hecho que generan la turbación sobre la posesión. En cambio, la perturbación de derecho consiste en un acto jurídico que implique una pretensión contraria a la situación del poseedor.

Entre los supuestos contemplados en la perturbación de derecho encontramos al caso en que la turbación resulta de una cuestión judicial acerca de la posesión, ya proceda de una acción entablada (salvo las acciones petitorias), ya provenga de fallos dictados en pleito o la ejecución de una sentencia, cuando haya sido dictada contra un tercero que no ha sido parte en el proceso (PLANIOL Y RIPERT, 1946: pp. 184-185).

Por ello mismo es que el artículo 605 permite al tercero agraviado, como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, recurrir al interdicto de recobrar.

Entonces, como dijimos al inicio, el artículo en examen lo que ha hecho es trasladar la figura de la perturbación de derecho al plano desposesorio creando una figura que podríamos llamar *despojo de derecho*, pues se trata de un despojo autorizado judicialmente donde el poseedor, al no estar comprendido en la *litis*, no quedará vinculado por la sentencia, motivo por el cual cuenta con el mecanismo interdictal para defender su posesión.

Efectivamente, es claro que toda sentencia no produce sus efectos sino entre las mismas partes. No se trata de identidad de personas, sino de partes, porque ya se sabe que no todas las personas que concurren a un proceso lo hacen como partes y que no siempre las partes obran personalmente, porque suelen hacerlo por intermedio de sus apoderados o representantes.

Ya se ha dicho que no todas las personas que concurren a un proceso lo hacen como partes y no siempre las partes obran personalmente, porque suelen hacerlo por intermedio de sus apoderados o representantes. Existe una distinción entre partes en sentido material y en sentido formal. Las primeras son los sujetos del litigio; las segundas, los sujetos del proceso, distintos del juez. En un proceso contencioso, estos sujetos son siempre dos: demandante y demandado, cada uno de los cuales puede consistir en una o varias personas y aumentar en el curso del juicio con sus litisconsortes y coadyuvantes por intervención (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 582).

Por consiguiente, la identidad de partes se refiere a los sujetos del proceso o partes en sentido formal. Entonces, la sentencia solo tiene fuerza vinculativa entre

las partes del juicio en que se la pronunció, no bastando la identidad del objeto y de la causa; pues si existe diferencia de partes, siquiera de una de ellas, se tratará de un litigio distinto. Por tanto, si por error se pronunció sentencia faltando alguno de ellos, viene a resultar ineficaz respecto de todos si les fue desfavorable y a beneficiarlos a todos si les fue favorable, dada la invisibilidad de la relación jurídica objeto de la sentencia y de la decisión que sobre ella se adopte (DEVIS ECHANDÍA, 1966: pp. 582-583)

Lamentablemente, este artículo 605 solamente nos habla del supuesto de despojo de la posesión y no del supuesto de la perturbación, cuando ante la sola emisión de la sentencia ya estamos ante una turbación de derecho, por lo que también debiera ser utilizable la defensa interdictal pero, en este caso puntual, la de retener.

Dicho de mejor manera, el artículo 605 se refiere únicamente al despojo generado por una resolución judicial, pero si recordamos que entre la emisión de la sentencia de primera instancia y el hecho de que el proceso culmine en cosa juzgada puede mediar un tiempo relativamente amplio (o peor aún, si estamos ante una medida posesoria provisional según el mandato del artículo 603, la cual también puede durar en el tiempo, hasta que la causa alcance una sentencia), por qué proteger solamente al poseedor despojado y no al que ve turbada su posesión. Al respecto no se olvide que el artículo 605 habla de la desposesión por la *ejecución* judicial, donde el lapso entre la interposición de la demanda -que de por sí ya es una turbación- hasta la ejecución de la orden judicial que despoja de la posesión puede mediar un intervalo temporal extendido, donde el poseedor no contaría propiamente con una medida de protección.

Por tanto, estimamos que el artículo 605 si bien habla de interdicto de recobrar para el caso del desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, la misma protección tendría el poseedor que se ve perturbado por la tramitación de un proceso en el cual no es parte, pero bajo el amparo del interdicto de retener.

Para terminar, se ha dicho que, partiendo de la regulación del artículo en evaluación, es indispensable que la orden judicial que genera el despojo de la posesión al tercero solamente puede provenir de un proceso sumarísimo, porque tratándose de un proceso pleno donde se ha discutido el derecho a poseer, la calidad obtenida en dicha causa genera una mejor aptitud que autoriza a tomar la posesión. No obstante, aun tratándose de causas ventiladas en la vía sumarísima, se debe exceptuar el caso del desalojo cuando el tercero se encuentra ocupando el bien al momento de la citación con la demanda (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 409; LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1045).

A nuestro parecer, esto no es del todo cierto porque si bien el artículo 603 en su primer párrafo prescribe que el interdicto de recobrar procede cuando el poseedor es despojado de su posesión siempre que no haya mediado proceso previo, esto se refiere siempre al caso en que el poseedor despojado haya formado parte de la *litis* resuelta, pues, en caso contrario, de no haber participado en el proceso, la sentencia no lo puede vincular.

Verbigracia, en la Casación N° 1840-2004-Lima se muestra claramente que:

> "(...) la Corporación (...) interpone demanda de interdicto de retener, sintéticamente, solicitando que se le restituya la posesión que les fue retirada por disposición judicial expedida en el proceso seguido por la demandada (...) sobre desalojo, en el que no han sido emplazados, a fin de que les restituyan sus bienes muebles; indica que suscribió un contrato de arrendamiento (...) respecto del inmueble ubicado (...) para ser usado como local comercial; refiere que la demandada le interpuso una demanda de desalojo contra su arrendador, obteniendo una sentencia a su favor; alega además que como consecuencia del desalojo del inmueble se le ha causado agravio, puesto que han sido despojados del local comercial sin que a ellos se les haya emplazado en el proceso".

En este caso, la referida casación se rechaza pero más que todo, por haberse incorporado medios de prueba extemporáneos, desnaturalizando al proceso sumarísimo.

Del mismo modo en la Casación N° 2067-2012-Lima Norte se señaló que:

> "(...) revisado el presente proceso, se advierte que el accionante solicita que los demandados desocupen el bien inmueble de su propiedad (...) lo cual se encuentra acreditado con la Partida Registral (...); sin embargo, los demandados, quienes tienen calidad de rebeldes en el presente proceso, no han acreditado con medio probatorio alguno, título vigente que justifique su posesión sobre el bien inmueble materia de desalojo, por lo cual tienen la calidad de ocupantes precarios".

Por consiguiente, estimamos que el artículo 605 no discrimina entre un proceso sumarísimo, uno abreviado o uno de conocimiento, motivo por el cual el tercero facultado para demandar el interdicto de recobrar por *despojo de derecho*, será cualquiera que se vea desposeído como consecuencia de un mandato judicial expedido en *cualquier proceso* en el que no ha sido emplazado, tal y como manda el primer párrafo del artículo en estudio.

Partiendo de ello, y con un argumento *a pari* (vide ATIENZA, 2004: p. 102) creemos que también podría utilizar este mecanismo interdictal el poseedor que se vea perjudicado en idéntica forma, por ejemplo, por un laudo arbitral u otra decisión con caracteres jurisdiccionales.

Para terminar, estimamos que al poseedor afectado por una *desposesión de derecho* le beneficia también el pedido de posesión provisoria plasmado en la parte final del artículo 603 del Código instrumental. Y si se pensase de modo distinto (porque el supuesto del artículo 603 habla de la interposición de una demanda y el 605, de una simple solicitud), en todo caso coincidimos en que el poseedor perjudicado podría invocar una medida temporal sobre el fondo para lograr anticipadamente la restitución pretendida, a base del artículo 681 del Código (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 1047).

3. EL TRÁMITE ESPECIAL PARA EL POSEEDOR DESPOJADO

Ya se dijo que el tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en el que no ha sido emplazado o citado puede interponer interdicto de recobrar en su modalidad de despojo judicial (GONZALES BARRÓN, 2005: p. 406).

Por ejemplo, según la Casación N° 578-2004-Cusco:

> "(...) el artículo seiscientos tres del Código Procesal Civil, regula el interdicto de recobrar, estableciendo que dicha acción procede cuando el poseedor es despojado de su posesión siempre que no haya mediado proceso previo; (...) que, la norma acotada regula con carácter general el interdicto de recobrar para el caso en que la desposesión se ha efectuado sin un proceso previo, sin embargo cuando el acto de desposesión se ha efectuado como resultado de una resolución judicial, el artículo seiscientos cinco del Código Procesal Civil prevé un supuesto especial de interdicto de recobrar por despojo judicial; (...) que, la citada norma contenida en el artículo seiscientos cinco del Código Procesal Civil, establece que el tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar; precisando la norma acotada que el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución. si el juez estima procedente el pedido, accederá inmediatamente a él, en caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso".

El artículo en examen agrega que este tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución, lo cual genera un supuesto especial de competencia, hecho que se ha visto plasmado en el artículo 597 del Código adjetivo.

Pero el artículo culmina diciendo que si el juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él, y en caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso.

La duda que surge es ¿a qué proceso es el que debe acudir el tercero desposeído por un mandato judicial? Al respecto, acertadamente se ha dicho que cuando el juez rechaza la reposición del poseedor, entonces concluye la figura regulada en el artículo 605 sin perjuicio de que se inste otro proceso. Indiscutiblemente este proceso debe tratarse de un plenario en donde el despojado exhiba un título de posesión y no se base en la simple posesión (GONZALES BARRÓN, 2005: pp. 406-407).

Y esto es así porque si el poseedor despojado no vence en el interdicto de recobrar es porque el juez ha evaluado que no contaba con la posesión al momento del despojo, en caso contrario se ampararía su pedido. Y por ello es que la discusión ya no puede centrarse en quién tiene la posesión sino en quién debe tenerla, por tanto el fondo de la *litis* se transmutó en uno de mejor derecho a poseer, lo cual se aprecia, ya no en vía interdictal, sino en un proceso pleno y amplio, del mismo modo a como se indica en el artículo 601 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATIENZA, Manuel (2004): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Lima: Palestra; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes,* trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión,* vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales,* 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico,* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión,* trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reu; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión,* 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales.* Lima: Palestra; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional,* 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008a): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad

Nacional del Litoral; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil - Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones,* trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara; Rocco, Alfredo (2005): *La sentencia civil,* trad. por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo seiscientos cinco del Código Procesal Civil establece dos supuestos: uno referente al tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial en un proceso que no ha sido emplazado o citado; y dos, respecto al tercero perjudicado con la orden judicial, debe acudir ante el juez que la expidió solicitando su restitución. En el caso de autos, si bien el demandante, al momento de ejecutar la sentencia, fue notificado a efecto de desocupar el predio materia de *litis*, ello no significa que haya sido emplazado o citado en el proceso de desalojo, por lo que viene a ser un tercero desposeído y, por consiguiente, facultado para interponer demanda de interdicto de recobrar ***(Cas. N° 857-2003-Tacna)***.

Si el recurrente no interpone demanda interdictal ante el mismo juez que tramitó y ordenó el desalojo debe declararse la improcedencia de esta. El artículo 605 del Código Procesal Civil contiene un criterio de competencia respecto de la acción interdictal originada en un despojo judicial ***(Exp. N° 789-2002)***.

Si el recurrente no interpone demanda interdictal ante el mismo juez que tramitó y ordenó el desalojo debe declararse la improcedencia de esta. El artículo 605 del Código Procesal Civil contiene un criterio de competencia respecto de la acción interdictal originada en un despojo judicial ***(Exp. N° 789-2002-Lima)***.

El interdicto tiene por objeto proteger el hecho de la posesión que se acredita por sus manifestaciones objetivas, independiente del título posesorio. Tratándose de un despojo judicial, el demandante debe acreditar haber acudido ante el juez que dictó la orden judicial solicitando la restitución y que el despojo se haya efectuado sin ser emplazado o citado. El artículo 605 del CPC ampara la posesión contra los actos arbitrarios en que habría incurrido el juez, lo que implica que este no tuvo en cuenta las normas previstas en interés del poseedor o contraviniendo las disposiciones de ley ***(Exp. N° 1118-1998-Lima)***.

Artículo 606 Interdicto de retener

Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión.

La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.

Admitida la demanda, el juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. *arts. 208, 268, 272, 428, 549, 557, 559, 598, 605, 684.*

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Acogiendo los precedentes históricos nuestro CPC, por mandato del artículo 598, recoge taxativamente los interdictos de recobrar y de retener. En este artículo 606 justamente se inicia la regulación del interdicto de retener de modo específico, pero en su tenor se incorporan otros dos tipos de interdictos a los que la doctrina conoce como interdicto de obra nueva e interdicto de obra ruinosa.

Es decir, el CPC habría suprimido el interdicto de obra nueva y el de obra ruinosa pero en apariencia, pues el legislador ha preferido tipificar estos hechos como actos perturbatorios siendo el remedio idóneo el interdicto de retener (GONZALES BARRÓN, 2005: pp. 415-416). En una palabra, los interdictos de obra nueva y obra ruinosa han sido subsumidos por el interdicto de retener según el artículo 606 del CPC (GONZÁLEZ LINARES, 2007: p. 248).

Con ello, nuestra legislación abandona definitivamente la regulación del interdicto de adquirir, que procede cuando el heredero no tomó por sí la posesión traspasada por su causante, particularmente por encontrar oposición de otro poseedor que le niega su cualidad de heredero (ALBALADEJO, 1994: p. 106).

Esta decisión legislativa se debería a que propiamente el interdicto de adquirir no es un arma defensiva de la posesión atacada, sino que es solo un medio de convertir en posesión mediata o inmediata (según la que tuviese el causante) la

posesión que sobre los bienes de aquel recibe el heredero por el hecho de aceptar la herencia (ALBALADEJO, 1994: p. 106). Pero, además, como se trata de adquirir la posesión, este interdicto difiere de los demás, pues en estos se procura recuperar la posesión perdida o mantenerse en ella cuando es turbada. Por ello el interdicto de adquirir es teóricamente inviable, ya que requiere que nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto y que nadie sea poseedor de ella. Pero si se trata de inmuebles que no pertenecen a particulares, es el Estado dueño y poseedor, y si se trata de muebles sin dueño, cualquiera los puede adquirir por apropiación, por lo que no necesita recurrir a interdicto alguno (AREÁN, 1994: p. 179).

En cuanto a los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, en puridad, no son acciones posesorias, pues la legitimidad activa no solo se la concede a los poseedores, sino a cualquier interesado no poseedor. Quizá la explicación radica en que el interdicto por obra nueva en realidad fue pensado para cuando hay pérdida efectiva de posesión, ya que precisamente la obra al comenzarse a hacer en un inmueble del poseedor, lo priva de la posesión, pudiendo consistir también en la destrucción de una obra existente en dicho inmueble. En esta línea de pensamiento también es posible que la turbación en la posesión sea provocada por una obra nueva que se comienza a hacer en otro inmueble, pero que menoscaba la posesión del afectado. Y en cuanto a la obra ruinosa es entendible que los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, estén garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades que ordena la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina (AREÁN, 1994: pp. 171-173).

2. EL INTERDICTO DE RETENER

Se habla de interdicto de retener para referirse a la reclamación tendente a hacer cesar aquellos actos que, sin privar de la posesión, la perturban (ALBALADEJO, 1994: p. 100). Se trata de una acción de manutención de la posesión cuyo objeto es mantener la posesión cuando hay solo turbación (AREÁN, 1994: pp. 170 y 179).

El interdicto de retener es la acción posesoria por excelencia y se la concede al poseedor y solamente a él para protegerlo contra toda perturbación de su posesión, es decir, contra todo acto que contradiga su poder de hecho sobre la cosa (MAZEAUD, MAZEAUD Y MAZEAUD, 1960: p. 175). Por tanto, este interdicto puede entablarlo el poseedor del bien cuando alguien amenazare perturbarlo o lo perturbase mediante actos materiales, y compete contra el autor, sus sucesores y copartícipes (AREÁN, 1994: pp. 170 y 179).

3. PRECISIONES SOBRE LA PERTURBACIÓN

Partiremos de anotar que la perturbación es independiente del daño, de modo tal que un acto que contradiga la posesión envuelve perturbación aunque no ocasione daño material alguno. Resulta con ello que la perturbación es independiente de la buena fe del autor de ella (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 184).

Debe entenderse por perturbación tanto la desposesión total o parcial como la simple ofensa a la posesión, pero si la desposesión se ha materializado, solamente podrá intentarse la acción de restitución. La retención y la restitución pueden ser intentadas simultáneamente, ya que aquel que entable acción en retención puede convertirla en acción en restitución durante la sustanciación de la causa sin que pueda alegársele que tal cosa implica una nueva demanda (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 186). Esto último se condice que el mandato del artículo 559 del CPC, donde originalmente se prohibía la modificación y ampliación de la demanda, permitiéndosela hoy en día. Pero hay que precisar que por orden del artículo 428 del mismo Código, el demandante puede modificar la demanda pero hasta antes de que sea notificada.

El artículo 606 bajo examen prescribe que el interdicto de retener procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, y agrega que esta perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Sin embargo, la perturbación puede no solo referirse a una perturbación de hecho o sino también a una de derecho.

Estaremos ante una perturbación de hecho cuando se trate de un acto material, como el despojo total o parcial, el paso por el terreno ajeno, la construcción de barreras, el hecho de cultivar, el de cosechar frutos, etc., de entre los cuales tan solo se deben exceptuar los casos de desposeimiento total o parcial ya que originan el interdicto de recobrar (MAZEAUD, MAZEAUD Y MAZEAUD, 1960: p. 175).

Mientras que la perturbación de hecho consiste en una agresión material cometida contra la posesión, la de derecho consiste en un acto jurídico que implique una pretensión contraria a la situación del poseedor, como por ejemplo un requerimiento o un mandamiento, un acta levantada a petición del Estado o de un particular, referente a un hecho implicando posesión realizada sobre un inmueble, la resolución administrativa que declare camino rural a un determinado camino, etc. (PLANIOL Y RIPERT, 1946: pp. 184-185).

La turbación de derecho resulta también de una cuestión judicial acerca de la posesión, ya proceda de una acción entablada (salvo las acciones petitorias), ya proceda de fallos dictados en pleito, la ejecución de una sentencia, cuando haya sido dictada contra un tercero que no ha sido parte en el proceso (PLANIOL

y RIPERT, 1946: pp. 184-185). Por ello mismo, es que el artículo 605 permite al tercero agraviado como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, recurrir al interdicto de recobrar. Lamentablemente este artículo 605 solamente nos habla del supuesto de despojo, cuando ante la sola emisión de la sentencia ya estamos ante una turbación de derecho, por lo que también sería utilizable la defensa interdictal pero, en este caso puntual, la de retener.

Esta perturbación de derecho también consiste en la negación de la posesión, sobre todo ante los tribunales. Por ello el demandado en el interdicto de retener, al que se le achacan perturbaciones materiales que no están debidamente probadas, se considerará que ha causado una perturbación de derecho si ha negado, en la acción judicial, la cualidad de poseedor del demandante (MAZEAUD, MAZEAUD y MAZEAUD, 1960: p. 175).

Por lo dicho estimamos que si bien la redacción del artículo 606 del CPC no es la más adecuada, porque nos refiere solamente actos materiales, también es cierto que no cierra las puertas a la llamada perturbación de derecho, sobre todo por la utilización de las frases "si fuera así" o "en todos los casos" al interior de este artículo, pero, además, porque la doctrina desde antiguo ha laborado con estas dos modalidades de perturbación, y por mandato del artículo III del mismo CPC, la doctrina también es fuente suya, y porque el devenir diario así se lo exige al operador jurídico (cfr. LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1050).

Basta agregar que, en efecto, hoy en día la perturbación adquiere un *modus operandi* donde ella no solo debe seguir un orden material sino –incluso de mayor gravedad– cuando se afecta a los sentimientos o aspectos psíquicos o emotivos del poseedor y de su familia, como acontece, verbigracia, con las detenciones arbitrarias, las quejas a la prefectura, la intervención del gobernador destinadas a presionar o asustar al poseedor que deje libre un bien determinado, entre tantas otras (GONZÁLEZ LINARES, 2007: pp. 253-254).

4. EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA

El artículo bajo estudio habla de la posibilidad del interdicto de retener en caso de la ejecución de una obra; este es exactamente el interdicto de obra nueva.

Este interdicto de obra nueva pretende suspender una obra en el estado en que se halle a petición de quien estime que tiene derecho a su no realización (ALBALADEJO, 1994: pp. 106-107) y se dirige contra el dueño de ella, y si fuere desconocido, contra el director o encargado; motivo por el cual no será admisible cuando la obra estuviere concluida o próxima a su terminación (hecho que en la realidad da lugar a difíciles problemas interpretativos) (AREÁN, 1994: p. 180).

Por ejemplo, el poseedor de una servidumbre de vistas utilizará el interdicto de obra nueva para que se suspendan los trabajos de construcción de un muro que le privaría de sus vistas (MAZEAUD, MAZEAUD Y MAZEAUD, 1960: p. 176).

El interdicto de obra nueva no es sino una variedad del interdicto de retener y está sometido a las mismas reglas, pero para un sector doctrinario se distingue de él en que solamente podrá ejercitarse mientras las obras atacadas se hallen en curso de ejecución y siempre que no causen todavía una perturbación. O sea, mientras que el interdicto de retener supone una perturbación ya realizada, el interdicto de obra nueva se origina en caso de perturbación simplemente futura que consista en obras o trabajos capaces de ser perseguidos, de atentar contra la posesión; no obstante, que una amenaza seria de perturbación constituye de por sí una perturbación. Además, el efecto del interdicto de obra nueva es menos completo que el de retener, pues los trabajos pueden ser paralizados pero no deshechos; es decir, el juez no podrá ordenar la destrucción de las obras iniciadas pues solo está facultado para dictar su suspensión (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 191; MAZEAUD, MAZEAUD Y MAZEAUD, 1960: p. 176). Por último, se agrega que dichas obras deberán emprenderse en un bien que no es del demandante, ya que de otro modo la perturbación estaría cumplida (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 191).

Ante lo dicho, otro sector doctrinario insiste en que la denuncia de obra nueva no difiere en nada de las otras acciones posesorias, por lo que no puede ser subordinada a condiciones que no resultan de la naturaleza de las cosas (AREÁN, 1994: p. 171).

Tomando parte de lo acotado al final, el artículo 606 en análisis prescribe que la pretensión para el caso del interdicto de obra nueva consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones, aclarando que en todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de los actos turbadores.

En este punto cabe la duda de si, como parece referir el artículo 606, el interdicto de obra nueva ampara solamente al poseedor que se ve turbado o si legitima también a cualquier sujeto que se vea perturbado por la nueva edificación, incluso sin ser poseedor aledaño, como acontece, por ejemplo, con un transeúnte o un poseedor relativamente distante de la construcción.

Al respecto, se ha dicho que la legitimidad activa no solo se la concede a los poseedores, sino a cualquier interesado no poseedor (AREÁN, 1994: pp. 171-173), con lo cual estamos de acuerdo, siempre y cuando el demandante acredite fehacientemente el modo en que la construcción le perjudicaría en futuro o lo turba en el presente. Por ejemplo, entre otros múltiples casos, se puede probar que la construcción interfiere en algún tipo de señal como internet, televisión, radio o

teléfono; o en el caso de la instalación de una antena, una edificación radiactiva o un laboratorio, verbigracia, se puede probar que amenazan o perjudican la salud.

Para terminar, se sabe que hoy en día, por la protección de las esferas patrimoniales de los sujetos, siempre el juez debe tomar la decisión que a la postre cause menos perjuicio en esta índole, es decir, que genere menos riesgo en caso de retrotracción. Dicho de otro modo, sabe el juez que su sentencia, mientras no se refleje en la calidad de cosa juzgada, no podrá ordenar una medida irreversible. Por ejemplo, si el magistrado declara fundada la demanda y ordena la demolición de la obra nueva, puede suceder que el superior revoque el fallo, y en estos casos no habría mecanismo para rehacer lo destruido. En cambio, si el juez ordena la paralización y deja la demolición supeditada a la resolución del superior, el riesgo dañoso se ve disminuido considerablemente, a menos, claro está, que el daño generado por la construcción en camino sea de tal magnitud que haga insoportable permitir su mantención.

5. EL INTERDICTO DE OBRA RUINOSA

Reconstruyendo el artículo 606 para el caso de la obra ruinosa tenemos que la perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la existencia de construcciones en estado ruinoso, ante lo cual, la pretensión consistirá en la destrucción de la edificación.

Con el llamado interdicto de obra ruinosa se busca conseguir la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas; o, de ser el caso, conseguir la demolición total o parcial de una obra ruinosa (ALBALADEJO, 1994: p. 107).

De lo dicho podemos concluir que la voz "obra" debe tomarse en sentido muy amplio, pudiéndose referir a diversos bienes u objetos. Pero, además, como se puede ver, y por lo dicho líneas arriba en cuanto a la protección de las esferas patrimoniales de los sujetos en caso de retrotracción, es preferible primero tomar medidas preventivas y en último caso, ordenar la demolición.

Para culminar, aunque el CPC parece decir lo contrario con la redacción introductoria del artículo 606, hay que insistir en que el interdicto de obra ruinosa no solamente ampara al poseedor que se ve turbado sino a cualquier sujeto cuyo estado ruinoso de la edificación u objeto pueda perjudicarlo, incluso sin ser poseedor aledaño, como acontece, por ejemplo, con un vecino o un simple transeúnte.

6. LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Por último, el artículo en estudio prescribe que una vez admitida la demanda, el juez debe ordenar se practique una inspección judicial, se designe peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente, siendo que la actuación de tales se deberá entender con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado.

Al respecto, la incertidumbre que surge es si la actuación de los medios de prueba de oficio adicionales son obligatorios o no. Cuando en el artículo se dice "el juez ordenará" parece ser que estamos ante un mandato ineludible para el juzgador.

Sin embargo ello no es así, primero porque no hay que olvidar que estamos inmersos en una vía sumarísima y que la razón de los interdictos, en general, es la urgencia en su atención (piénsese en una obra ruinosa a punto de colapsar donde el juez pretende un peritaje); segundo porque el mismo artículo se refiere a cualquier medio probatorio que el mismo juez estime pertinente, con lo cual se dice que si el magistrado no estima pertinente medio adicional alguno, no lo actuará; y tercero porque dicha decisión se va a cristalizar a través de una resolución (por ello justamente se estatuye que es inimpugnable), en la cual se tendrán que verter todos los fundamentos pertinentes. Si fuese una obligación del juez, bastaría actuarla con base en el presente artículo, pero como se exige una resolución donde se explique el medio probatorio a actuarse, entendemos que se trata más bien de una facultad concedida al magistrado en caso de estimarlo necesario.

El sustento de la actuación de la inspección judicial o la pericia (y de otros medios probatorios) parece encontrarse en que los actos perturbatorios deben estar comprobados de manera objetiva (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1049).

En fin, en lo atinente a que la resolución que ordena la actuación de estas pruebas tenga la calidad de inimpugnable, sirva todo lo vertido al cuestionar la homóloga regulación prevista para los artículos 549 y 557 (concordante con el 208) del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales,* 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales.* Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones,* trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; PLANIOL, Marcel y RIPERT,

Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Los bienes,* trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, vol. III. La Habana: Cultural.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión,* vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico,* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general, Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión,* trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión,* 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; LÓPEZ PÁSARO, Eduardo (2014): *Tutela sumaria de la posesión (Interdicto de recobrar).* Madrid: Dykinson; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el análisis de la inspección judicial, el juzgador constató la existencia de edificaciones en el inmueble de los actores como del demandado, y como lo señala el Colegiado Superior no se determinó que los actores hayan estado en posesión previa del área en conflicto, tanto más que de la pretensión contenida en la demanda los actores no señalan que estuvieran en posesión cuando se empezó los actos pertubatorios; asimismo es necesario señalar que el Ad quem ha valorado debidamente los hechos y las pruebas expuestos por las partes, las que han sido apreciadas en forma conjunta y razonada, motivando debidamente su fallo ***(Cas. N° 2030-05-Lima)***.

La realización de la inspección judicial es una prueba de carácter privilegiada para el interdicto de retener, y debe ser actuada con el admisorio y no con posterioridad a la Audiencia Única, por lo que al haberse infringido la norma procesal del artículo 606 del C.P.C. debe señalarse nueva fecha para la realización de la diligencia de inspección judicial así como la designación de peritos ***(Cas. N° 2151-2000-Huaura)***.

Si bien, la demandante acreditó título posesorio, con el contrato de arrendamiento, sin embargo, la remisión de cartas notariales, la ubicación y contratación de personal policial en el inmueble sub materia, a que se contrae las certificaciones policiales y el retiro de quince inquilinos del inmueble materia de *litis*, no constituyen actos perturbatorios, por no haberse producido actos de intimidación o coacción, tampoco se han generado perturbación consistentes en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obra o la existencia de construcciones en estado ruinoso; los mismos que puedan afectar la tranquilidad posesoria de la actora, por lo que no se dan las condiciones para que prospere la pretensión de interdicto de retener ***(Exp. N° 36389-2000)***.

Artículo 607 | Sentencia fundada e interdicto de retener

Declarada fundada la demanda, el juez ordenará que cesen los actos perturbatorios y lo que corresponda de acuerdo al segundo párrafo del artículo 606, además del pago de los frutos y de la indemnización, de ser el caso.

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 458,1975, 1977; C.P.C. arts. 128, 602, 606.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Hemos dicho que uno de los modos de explicar el desarrollo del proceso civil alude a tres filtros (cfr. TICONA POSTIGO, 1998), uno de admisibilidad, otro de procedibilidad y el último de fundabilidad. En el primero, o sea en el de admisibilidad, se evalúan los aspectos mínimos y preliminares de los actos procesales susceptibles de subsanación, de modo que permitan ingresar a su estudio o evaluación. En el segundo filtro, el de procedibilidad, se examina todo lo concerniente a la correcta conformación de la relación jurídico-procesal, de modo que se facilite con ello un pronunciamiento final sobre el fondo. Por último, en el juicio de fundabilidad, propiamente el juzgador emite su decisión dando la razón o no al justiciable.

Al respecto, hay que resaltar que si bien estos filtros actúan de modo consecutivo, como fases interrelacionadas, ello es así en un plano ideal. O sea, el modelo que trae consigo el CPC aspira a ello, a que solamente se llegue a la sentencia cuando el juzgador ya ha revisado correctamente los dos anteriores filtros y se dedique de lleno exclusivamente a sentenciar sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, en la realidad no siempre es así, pues es totalmente factible que habiendo superado (aparentemente) el filtro de procedibilidad, estando en la fase decisoria, el juez tenga que declarar improcedente el pedido de un litigante o emitir un fallo inhibitorio.

Ya se anotó previamente que se dice, y así lo recoge nuestro CPC, que la admisibilidad refiere un filtro de orden formal a los escritos judiciales; es decir, que se declarará inadmisible la demanda que no cumpla con un requisito de forma. Como contraparte también se suele afirmar que la procedibilidad alude más bien a un tema de fondo, de manera tal que si una demanda no cumple con los requisitos de fondo será rechazada por ser improcedente. Desde luego, el artículo 128 del CPC textualmente prescribe que el juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente, y declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo. No

obstante, esto no es del todo correcto porque cuando hablamos de fondo de la *litis* estamos en el filtro de la fundabilidad, por tanto la procedencia no filtra aspectos que tengan que ver con el fondo de la causa, más bien, recién superado el tamiz de la procedibilidad es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la *litis*, o sea de fundabilidad. Se considera que este concepto está en relación con su posibilidad o no, de subsanación, lo cual quiere decir que si el acto es improcedente no es posible subsanarlo. En ese mismo sentido, si el acto es inadmisible, tampoco esto se refiere exclusivamente a un requisito de forma, sino que se halla en relación directa con la posibilidad de su subsanación.

Entonces, el juicio de fundabilidad es el juicio al que aspira finalmente el proceso, pues si una causa se decide con un juicio de procedibilidad perjudica los intereses de los justiciables, pues, a fin de cuentas, no soluciona el conflicto. En cambio, cuando el juez se pronuncia sobre el fondo del asunto, declarando sea fundada o infundada la demanda, ya está decidiendo por quien finalmente tiene la razón en el fondo de la controversia.

Se alcanza este juicio a través de la emisión de la sentencia, pues la sentencia es en sí misma un juicio, una operación de carácter crítico, donde el juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (o eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia (COUTURE, 1958: p. 279).

El artículo 607 bajo examen justamente nos habla de los efectos de la demanda de interdicto de retener, cuando ha sido declarada fundada, evidentemente a través de la emisión de la sentencia que pone fin a la causa.

2. LA CESACIÓN DE LOS ACTOS PERTURBATORIOS

Así como la sentencia que declara fundada, para el caso del interdicto de recobrar, condenará al demandado en caso de ser vencido a restituir el inmueble con todos sus accesorios, en el hipotético del interdicto de retener, la sentencia ordenará al demandado cesar en la turbación (AREÁN, 1994: p. 175).

En efecto, el interdicto de retener se basa en que un sujeto perturba la posesión de otro, por tanto, es evidente que lo que se pretende es directamente paralizar esta perturbación lo antes posible (sea esta de hecho o de derecho), pero indirectamente, en algunos casos, también se persigue evitar que la perturbación se torne en desposesión. Es por ello que el artículo 607 manda que, si el juzgador estima la demanda como fundada debe ordenar que cesen los actos perturbatorios, pues así también lo prescribe la última parte del primer párrafo del artículo 606.

Es evidente que esta cesación ordenada por el juzgador se torna en una prestación de no hacer por parte del demandado vencido en proceso. Es decir, el

demandado deberá abstenerse de continuar en los actos turbadores de la posesión del demandante. Y por tratarse de un tema complejo en su ejecución, serían de mucha ayuda las medidas coercitivas complementarias como multas o denuncias penales, entre otras (GONZALES BARRÓN, 2005: 403). Es por ello que se afirma contundentemente que junto a la orden de cesación de los actos perturbadores el juez podrá disponer la aplicación de sanciones conminatorias (AREÁN, 1994: p. 175), ello en previsión a que el Derecho no cumpla con su función, a la que CALAMANDREI (1973: p. 125) denomina fisiológica, consistente en la adhesión individual voluntaria del sujeto al mandato jurídico.

Ahora bien, no hay que olvidar que al interior del interdicto de retener nuestro ordenamiento ha comprendido al interdicto de obra nueva y al interdicto de obra ruinosa, tal y como lo prescribe el artículo 606 del CPC. Por tal motivo el propio artículo 607 dispone que el juez, además de ordenar que cesen los actos perturbadores, deberá mandar lo que corresponda según el interdicto del que se trate, de conformidad con el artículo 606.

En ese derrotero, tratándose del interdicto de obra nueva, como la nueva edificación es la que genera la turbación o, en el peor de los casos, la futura perturbación, es evidente que el mandato del juez, en caso de declararse fundada la demanda, será de no continuación con la turbación, paralizando la edificación u ordenando, en último caso, la demolición o destrucción de lo avanzado; aunque no hay que olvidar que nuestro CPC, en su artículo 606, dispone que es totalmente viable que al amparar la demanda se ordene a la vez, la suspensión de la obra y la destrucción de lo edificado hasta entonces.

Y para el caso del interdicto de obra ruinosa, como también el veredicto final ordenará que cesen los actos perturbadores, consideramos que el juez deberá mandar primero que se tomen las medidas necesarias preventivas y urgentes para evitar que la edificación en ruina siga generando turbación o riesgo al demandante, y segundo, y en defecto de lo primero, se dispondrá la destrucción de la edificación ruinosa, si bien nuestro Código parece mandar, de modo directo la destrucción de la edificación.

En resumen, para los casos de obra nueva y ruinosa se mandará destruir lo hecho o reponer las cosas a su estado anterior siempre a costa del autor de la obra, o a no continuar con la turbación, respectivamente (AREÁN, 1994: p. 175).

3. EL PAGO DE FRUTOS Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Tal y como manda el artículo 602 del CPC, se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdictal, las pretensiones de pago de frutos y la

indemnizatoria por los daños y perjuicios causados. En este caso, según el precepto del artículo 607, la pretensión interdictal ya fue declarada fundada, por lo que corresponde evaluar si las pretensiones accesorias de pago de frutos y de indemnización por daños y perjuicios son o no amparables.

Respecto del pago de frutos recordaremos que se trata de un supuesto viable, aunque de difícil materialización (por las características de la figura regulada), a consecuencia del hecho perturbador, siendo una pretensión distinta a la de indemnización por los daños y perjuicios irrogados. Igualmente rememoraremos que para el cómputo del pago de los frutos se deberán rebajar los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1038).

En lo referente a la indemnización por daños y perjuicios ya se sabe que en todos los casos también se podrá disponer el pago de una indemnización, además de los gastos del proceso (AREÁN, 1994: p. 175). Esta indemnización opera como resultado de incurrir en responsabilidad de naturaleza civil, para lo cual es menester evaluar absolutamente todos los componentes de la responsabilidad civil caso por caso, partiendo de que estamos ante una responsabilidad del tipo extracontractual.

Respecto de la imputabilidad, será imputable el agresor capaz así como el incapaz que actúa con discernimiento, siendo que en este último caso responderá adicionalmente su representante por mandato de los artículos 458 y 1975 del CC. Y si el incapaz actúa sin discernimiento responderá su representante, a menos que este fuese insolvente, caso en el cual el responsable será el incapaz sin discernimiento, según el artículo 1977. Por último también puede ser responsable una persona jurídica.

En lo atinente al hecho ilícito, o conocido también como antijurídico, es evidente que refiere al hecho perturbador, el cual es el generador de la responsabilidad. Y es ilícito por cuanto, como nadie puede hacerse justicia por mano propia, ni siquiera el sujeto que tenga derecho a poseer se podrá escudar en que su acto es acorde a derecho. Además, se explica porque la posesión, si bien no es un derecho, cuenta con reconocimiento y protección en nuestro ordenamiento sustantivo, a la que se pueden conectar otros atributos protegidos como la integridad, la seguridad, la tranquilidad, etc., para los casos de los interdictos de obra nueva y obra ruinosa.

Precisaremos que si el agente agresor, en un interdicto de obra nueva pretendiese colocar, por ejemplo, una antena cuyas ondas puedan generar daño a la vida de los colindantes, pero contase con la licencia administrativa respectiva, el hecho de este sujeto perdería la calidad de ilícito por estar debidamente permitido por el ordenamiento jurídico a través de la anuencia administrativa, hecho que sería más claro si la aprobación fluyese de una orden judicial.

En lo concerniente al factor atributivo de la responsabilidad sería más bien de orden objetivo, al no tomarse en cuenta la mala fe o intencionalidad del sujeto en pretender dañar, pues la perturbación es independiente de la buena fe del autor de ella (PLANIOL Y RIPERT, 1946: p. 184), configurándose con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor (LEDESMA NARVÁEZ, 2008b: p. 1041). Y si el agresor actuara por órdenes de un tercero, el factor atributivo sería también el de garantía, al igual que en el caso de que el dañante fuese un incapaz.

En cuanto al nexo causal, tenemos que se tendría que probar que el hecho turbador es la causa adecuada para el daño demandado, puntualizando que preliminarmente serían aplicables los supuestos de fractura causal, concausa y pluralidad de causas, aunque –subrayamos– se hace menester un estudio pormenorizado de estas ocurrencias en esta esfera.

En este rubro, sin embargo, es necesario hacer alguna precisión. En el caso de las obras ruinosas, hay más de un caso en donde el titular tiene toda la intención de destruirla porque también corre riesgo su persona, sin embargo, las entidades estatales del ramo (que protegen el patrimonio cultural), muchas veces impiden estas demoliciones ordenando que el bien se mantenga como es o introduciendo reparaciones que, a la postre, resultan ser excesivamente onerosas para el propietario. Estimamos que si en un supuesto como este se causare daño, la responsabilidad del sujeto agresor se extinguiría por un supuesto de fractura causal, trasladándose ella al Estado mismo a través de la Administración Pública que impidió la demolición, ello sin perjuicio de entender que el acto del propietario de la obra ruinosa tampoco encajaría en puridad dentro de un hecho ilícito.

Precisaremos que trabajamos en este espacio con la noción subjetiva de Administración Pública, es decir como una persona o sujeto jurídico antes que como objeto o función estatal, de tal modo que cada entidad gubernamental o estatal sería una persona distinta, y tendríamos tantas administraciones públicas como entidades hubieren (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2013).

Finalmente, en lo tocante al daño, estimamos que tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial serían susceptibles de presentarse en el caso del hecho turbador que da origen a la defensa interdictal, lo cual, evidentemente, tiene que estar adecuadamente probado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales,* 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* 2ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958):

Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2013): *Curso de Derecho Administrativo,* 13ª ed., vol. I. Madrid: Civitas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008b): *Comentarios al Código Procesal Civil,* vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Los bienes,* trad. por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, vol. III. La Habana: Cultural; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil,* vol. I. Lima: Rodhas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales,* 10ª ed., vol. II. Barcelona: José María Bosch; ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III. Derecho de bienes. Parte general y derecho de propiedad,* 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor; ALPA, Guido (2001): *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones,* trad. por Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario,* 2ª ed., vol. III. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general,* 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión,* vol. I. Madrid: Civitas; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho romano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; BETANCOURT, Fernando (2007): *Derecho romano clásico,* 3ª ed. aumentada y revisada. Sevilla: Universidad de Sevilla; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil,* 5ª ed. italiana, trad. por Santiago Sentís Melendo, vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código Procesal Civil,* vol. I. Lima: Cultural Cuzco; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed. italiana, trad. por José Casáis y Santaló. Madrid: Reus; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte general. Derecho de las Personas. Derechos Reales y posesión,* trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Instituto Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión,* 4ª ed., vol. tercero. Madrid: Civitas; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la responsabilidad civil,* 6ª ed. Lima: Rodhas; FONT, Miguel Ángel (2003): *Programa desarrollado de la materia Procesal Civil y Comercial.* Buenos Aires: Estudio; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2007): *Derecho Civil patrimonial. Derechos Reales.* Lima: Palestra; MARTÍNEZ, Zenón (1939): *La posesión.* Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones,* trad. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* vol. I. Lima: Rodhas; RIVERA, Agustín (1855): *Disertación sobre la posesión.* México: Imprenta de José M. Lara; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil,* trad. por Rafael

Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil.* Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001): *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual.* Lima: Grijley; TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil,* 3 vols. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si no se ha acreditado por parte del demandante el ejercicio de la posesión en el piso donde se han efectuado las construcciones, merece desestimarse la demanda ***(Exp. N° 108-1999-Lima).***

El interdicto de retener es una defensa posesoria que persigue la casación de los actos perturbatorios de la posesión, así como la suspensión de una obra nueva o la demolición de una obra ruinosa. Debe ampararse la demanda si de las inspecciones judiciales se advierte que las obras de construcción efectuadas en el predio del demandado vienen afectando el pleno ejercicio de la posesión de la demandante ***(Exp. N° 23-1999-Lima).***

Para amparar la pretensión de interdicto de retener, debe acreditarse que el accionante se encuentra en posesión del bien y que existen actos perturbatorios que impiden el libre ejercicio de su derecho de posesión. El proceso interdictal no admite otra discusión que la posesión material del bien objeto de la acción. La sentencia que resuelve un interdicto, no tiene ningún efecto respecto del derecho de propiedad ***(Exp. N° N-735-1997-Lima).***

TÍTULO IV

PROCESO CAUTELAR

CAPÍTULO I
MEDIDAS CAUTELARES

SUBCAPÍTULO 1
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 608 | **Juez competente, oportunidad y finalidad**

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de este, salvo disposición distinta establecida en el presente Código.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 33, 463, 485; C. de C. art. 571; C.T. arts. 56, 57, 58, 118; C.P. Const. arts. 15, 16; C.N.A. art. 176; L.A. art. 47; L.P.T. art. 54; L.G.S.F. arts. 81 inc. 3, 117, 226; L.G.S. arts. 110, 145, 147, 161 inc. 5, 189, 219, 274, 292, 429; L.G.S.C. arts. 18 y 78; D.LEG. 822 arts. 176, 198; D.LEG. 1075 art. 114.

Giovanni F. Priori Posada

1. LA VERSIÓN ORIGINAL DEL ARTÍCULO

El artículo bajo comentario, en su versión original, tenía el siguiente texto: "Todo juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29803 del 06/11/2011.

proceso o dentro de este, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva".

Esa norma claramente establecía, de un lado, el poder que tenía todo juez de dictar medidas cautelares y, del otro, el derecho que le correspondía a todo ciudadano de poder solicitar medidas cautelares. En otras palabras, dicha norma era la que establecía lo que en la doctrina extendidamente se conoce como el poder general de cautela; o, lo que recientemente se ha venido en denominar, como el derecho fundamental a la tutela cautelar. Aun cuando su versión original podría haber sido criticada por apreciar esta posibilidad desde el lado del juez (*todo juez puede dictar*), antes que desde la del ciudadano (*cualquier ciudadano puede solicitar cualquier medida cautelar*), el texto suponía una innovación trascendental en el ordenamiento jurídico peruano, al considerar a la tutela cautelar como atípica.

De este modo, la norma establecía el derecho de todo ciudadano de poder solicitar cualquier tipo de medida cautelar que tuviera como finalidad "asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva". *Sin embargo, la perspectiva en la redacción de la norma generó que el énfasis fuera puesto en la atribución al juez*, antes que en *el derecho del ciudadano*; y la sumilla de la norma que llevaba como título "juez competente", coadyuvó a postergar el verdadero sentido de la norma.

2. LOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA VERSIÓN ORIGINAL DEL ARTÍCULO Y SU MODIFICATORIA

La referencia de la norma a "todo juez puede" y la sumilla de la norma que refería a "juez competente" hicieron que la norma fuera leída como una norma de atribución de competencia. Esa errada apreciación y una lectura literal de la norma generó equivocadas interpretaciones que llegaron al extremo de considerar que *cualquier juez era el competente para dictar una medida cautelar, independientemente de que lo fuera para conocer del proceso principal.*

Esta interpretación, se sustentaba, además, en una incorrecta lectura del artículo 33 del CPC, que dispone: "Es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso y para la actuación de la prueba anticipada, el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse"; a partir de la cual se decía que el artículo 33 solo regulaba la competencia por razón del grado, mas no la de los demás criterios, con lo cual, con base en la versión original del artículo 608 se señalaba que cualquier juez, salvo por razón del grado, podía dictar una medida cautelar.

Esta tendencia en la interpretación llevó a que se cometieran muchos excesos con las medidas cautelares, obteniendo con base en dichas interpretaciones indebidamente medidas cautelares en cualquier lugar de la República. Bastaba solo

recordar el carácter instrumental que define a las medidas cautelares para refutar cualquiera de esas interpretaciones, pero la interpretación literal de las normas llevó a que se mantuviera esta situación, que terminó con la modificatoria de la norma en su texto actual.

3. LAS MODIFICACIONES DEL ARTÍCULO BAJO COMENTARIO

Posteriormente, mediante Ley N° 29384 (publicada el 28 de junio de 2009) se modificó el artículo 608 del CPC, incorporándose una serie de disposiciones procedimentales relativas a la competencia para el dictado de una medida cautelar. Así:

a) Se precisó que la competencia para el dictado de una medida cautelar le correspondía al juez competente para conocer la pretensión cuya eficacia ella buscaba garantizar.

b) Se estableció que los jueces podían dictar medidas cautelares dentro o fuera del proceso.

c) Se estableció que todas las medidas cautelares destinadas a garantizar una misma pretensión debían ser pedidas conjuntamente ante un mismo juez, bajo apercibimiento de declararse nulas las demás resoluciones cautelares.

d) Se señaló que el solicitante debía señalar con precisión la pretensión a demandar.

Luego, el 6 de noviembre de 2011 se publicó la Ley N° 29803 que mantuvo todas las reglas antes mencionadas, pero agregó que los jueces podían dictar medidas cautelares dentro o fuera del proceso, salvo que el Código señalara lo contrario.

4. LA FINALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

Tanto su versión original, como las de sus dos modificaciones, mantienen el error de establecer que la medida cautelar tiene por finalidad "asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva". En el siglo XIX, el tratamiento y regulación de las medidas cautelares las asociaban a un anexo de la tutela ejecutiva. En ese sentido, las medidas cautelares claramente estaban destinadas a asegurar la ejecución de las sentencias. No cabía la posibilidad de solicitar y mucho menos, obtener, medidas cautelares en un procesos distintos a los que terminaran en una ejecución.

Recién en la primera mitad del siglo XX los trabajos, primero, de CHIOVENDA (1965: p. 228), quien hablaba de una acción asegurativa general, y después de CALAMANDREI (1996), quien amplió los fines de la tutela cautelar no solo a la

garantía de la ejecución de la sentencia de condena, sino a la eficacia de cualquier tipo de sentencia, permitieron ampliar los alcances de la tutela cautelar más allá de su función de ser una mera aseguradora de la ejecución y, por tanto, del cumplimiento de las sentencias de condena.

Es claro que la regulación general del CPC en materia de tutela cautelar se engarza en esa idea de ser un medio de protección de la eficacia o efectividad de cualquier sentencia, sin embargo, en su versión original el artículo 608 mantuvo la vieja concepción cautelar de ser mera aseguradora de cumplimiento de las sentencias, lo que se mantuvo en su modificatoria. Esa consideración ha llevado a que en la actualidad se considere un derecho fundamental a la tutela cautelar (PRIORI, 2006).

En ese sentido, lo correcto es considerar que la finalidad de la medida cautelar es asegurar la efectividad de las sentencias.

5. LAS NORMAS PROCEDIMENTALES DEL ARTÍCULO 608

5.1. La competencia del juez para dictar medidas cautelares

Las razones de modificatoria de la norma y la norma que quedó luego de sus modificaciones terminaron reduciendo su regulación a la competencia del juez para dictar medidas cautelares y a establecer las consecuencias jurídicas para los casos en los que se no se respetase. La norma establece una regla clara de competencia: *El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda.*

La norma establece una verdad más que evidente, el juez competente para dictar medidas cautelares es el competente para conocer las pretensiones de la demanda, cuya efectividad, en caso de ser amparadas en la sentencia, se desea asegurar a través de esas medidas cautelares. De este modo, la regla de competencia mediante la cual se asigna el conocimiento de las medidas cautelares al juez que es competente para conocer a las pretensiones de la demanda, no es sino una clara consecuencia de la instrumentalidad de las medidas cautelares. En ese sentido, en la medida en que la tutela cautelar es instrumental de la efectividad de la tutela principal, entonces, el juez competente para otorgarla debe serlo para conocer las pretensiones de la demanda.

Otra razón que justifica que el juez competente para conocer las pretensiones de la demanda, lo sea para conocer las medidas cautelares que tienen por finalidad garantizar su efectividad, es que el juez que dicte una medida cautelar debe evaluar los requisitos que sirven para concederla, y estos requisitos están claramente

vinculados a la pretensión planteada en el proceso principal. Ello es más que claro respecto del presupuesto de la denominada *verosimilitud del derecho*, en cuyo análisis el juez debe establecer si es probable que se declare fundada la pretensión planteada en el proceso principal. Lo mismo ocurre con el peligro en la demora, pues el riesgo de que el tiempo del proceso genere la ineficacia de la sentencia, debe ser medida en función de la pretensión que ha sido planteada en la demanda. Lo mismo ocurre en el caso de la adecuación, donde lo que debe evaluarse es precisamente la idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, en función de la pretensión planteada en la demanda.

Sin embargo, la instrumentalidad propia de las medidas cautelares no solo determina que *in abstracto,* el juez competente para conocer las medidas cautelares, sea el competente para conocer la o las pretensiones cuya eficacia se quiere asegurar con ellas; sino que determina una regla más concreta, cual es: el juez que conoce la cautelar, es el juez que conoce o conocerá la pretensión principal. De este modo, la regla, no solo está dirigida para los casos en los que se plantee una medida cautelar fuera de proceso, donde claramente aún no existe un juez establecido como juez que conoce del proceso principal, en cuyo caso hay que establecer la competencia de modo general, en función del análisis de competencia que deba hacerse para la pretensión principal; sino que también está dirigida para los casos en los que la medida cautelar se solicite al interior de un proceso principal, en cuyo caso solo puede ser solicitada ante el juez que ya está conociendo el proceso principal. De este modo, una vez instaurado el proceso principal, no puede solicitarse la medida cautelar ante un juez distinto al que lo conoce, por más que *in abstracto* otros sean competentes para conocer la o las pretensiones planteadas en la demanda.

Un punto que resulta importante enfatizar es que el factor de conexión para establecer la competencia del juez para conocer una medida cautelar, es la pretensión que con ella se quiere garantizar, mas no la medida cautelar específica. En efecto, es posible que existan dos o más medidas cautelares idénticas que pretenden asegurar pretensiones distintas, caso en el cual, la competencia para el conocimiento de cada una de esas medidas cautelares dependerá de a quién le corresponde conocer de la pretensión principal, sin que la medida cautelar incida en la determinación de la competencia del juez.

5.2. La oportunidad para el dictado de medidas cautelares

La norma establece sin lugar a ninguna duda que una medida cautelar puede ser solicitada antes o durante el proceso. Con ello, desde su regulación general queda determinado que en claro respeto por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la ley no restringe la posibilidad de obtener medidas cautelares al inicio

del proceso, sino que, en atención al grado de peligro en la demora que pueda existir en un caso determinado, abre la posibilidad de que estas puedan ser solicitadas, incluso, antes de iniciado el proceso.

En ese sentido, carece de absoluto sentido que se le quite a los jueces provisionales la posibilidad de dictar medidas cautelares, porque si son jueces pueden dictar toda medida cautelar destinada a asegurar la efectividad de la sentencia. Un juez o lo es o no lo es. Si lo es puede dictar medidas cautelares antes o dentro del proceso, si la ley le restringe esa posibilidad, la ley es inconstitucional.

5.3. La competencia para el conocimiento de varias medidas cautelares a consecuencia de la prohibición de litispendencia

Una norma interesante que plantea el artículo bajo comentario es la de que "Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez (...)". Hasta el momento hemos señalado que una medida cautelar tiene por finalidad asegurar la efectividad de una sentencia que pueda declarar fundada una determinada pretensión. De esta manera, la medida cautelar se encuentra claramente vinculada a la pretensión demandada o por demandar.

Sin embargo, la norma bajo comentario nos plantea una posibilidad: que exista más de una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la misma pretensión. Es claro que no puede solicitarse la misma medida cautelar más de una vez para garantizar la eficacia de una misma pretensión en dos procesos distintos, porque en este caso se estaría generando una situación de litispendencia, que no se deriva del hecho que en más de un proceso se esté solicitando la misma medida cautelar, sino más bien porque en dos procesos distintos se está planteando la misma pretensión. También resulta claro que no es posible –por resultar absolutamente inútil– que en el mismo proceso se solicite dos veces la misma medida cautelar con la finalidad de garantizar la misma pretensión. La norma regula otra situación, que dos o más medidas cautelares puedan ser solicitadas para poder garantizar la eficacia de la misma pretensión ¿es esto posible?

La primera hipótesis que nos debemos plantear es la de que se planteen dos o más medidas cautelares concurrentes que pretendan garantizar una medida cautelar, es decir, dos o más medidas cautelares que sumadas entre sí estén –juntas– en aptitud de garantizar la efectividad de la sentencia que se vaya a dictar. Esta posibilidad es clara, por ejemplo, en los casos de medidas cautelares para futura ejecución forzadas, en los que el dictado de solo una de las medidas cautelares no satisface la garantía de eficacia de la pretensión. Así, es posible, solicitar un embargo en forma de depósito y un embargo en forma de retención respecto de

bienes distintos, con la finalidad de asegurar la eficacia de una misma pretensión. Ello también puede darse en los casos en los que se solicita una medida cautelar de innovar en los que se disponga la suspensión de los efectos de un contrato, y al mismo tiempo se solicite la inscripción de esa medida cautelar en los Registros Públicos. Es claro que en estos casos el juez debe estar especialmente atento a que no se vulnere la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada. En cualquier caso, si el demandante considera que para garantizar la eficacia de la pretensión, es fundamental solicitar dos o más medidas cautelares, estas deben ser solicitadas al mismo juez.

Otra situación que puede presentarse es aquella en la que se soliciten subordinadamente dos o más medidas cautelares, en este caso estas medidas cautelares son solicitadas, para que el juez brinde alguna, en función, quizá, del grado de afectación que cada una de las solicitadas pueda producir en la situación jurídica del afectado con ella. En ese caso, también resulta claro que esas medidas cautelares deben ser solicitadas al mismo juez.

A nuestro modo de ver, aquello que está detrás de esta regulación es la institución de la litispendencia, conforme a la cual se prohíbe que existen simultáneamente dos procesos en los que se discuta sobre la misma pretensión. En efecto, la única forma de solicitar dos o más medidas cautelares que pretendan asegurar una misma pretensión ante jueces diferentes, es admitiendo la posibilidad de que existan en simultáneo dos procesos con la misma pretensión; lo que es imposible por la institución de la litispendencia. Ello tampoco es posible que exista en potencia, es decir, no puede solicitarse dos medidas cautelares que tengan como finalidad garantizar la eficacia de una misma pretensión ante jueces distintos, pues con ello se estaría admitiendo la posibilidad de que se abran dos procesos diferentes en los que se planteen pretensiones diferentes. Esta última es la hipótesis regulada expresamente por la norma, pues si se aprecia bien la técnica del legislador, la prohibición está fundamentalmente pensada para los casos de medidas cautelares fuera de proceso, pero resulta claro que ello tampoco puede hacerse en los casos de medida cautelar dentro del proceso; teniendo ambas hipótesis de prohibición la misma causa: la prohibición de litispendencia. Por ello, se obliga a que el juez que conoce de la pretensión o el que la vaya a conocer conozca todas las medidas cautelares destinadas a asegurar su efectividad.

Aunque quizá sea innecesario recordarlo, esta norma tiene como supuesto de hecho: el que estemos frente a una misma pretensión, razón por la cual la norma no regula o no se refiere a los casos de pretensiones conexas, sino solo al caso de pretensiones idénticas.

La infracción a la regla de competencia para el dictado de las medidas cautelares trae como consecuencia la nulidad de todas las resoluciones cautelares dadas.

En este caso, la solución que brinda el ordenamiento jurídico para este supuesto es radicalmente distinta a la solución que se brinda para el caso de la litispendencia. En este caso, la solución que da el ordenamiento jurídico es la de la nulidad de todo lo actuado en el proceso en el que el juez haya emplazado luego del primer emplazamiento. En el caso de las cautelares, la sanción es la nulidad de todas las resoluciones cautelares que hayan sido dictadas con infracción a dicha norma.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1965): *Principii di Diritto Processuale Civile*. Jovene: Nápoles; CALAMANDREI, Piero (1996): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Librería El Foro; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, al admitir la existencia de una apariencia del derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo ***(AP. N° 97-2004-Lima)***.

La medida cautelar tiene como objeto asegurar un derecho cuyo reconocimiento se demanda en vía de acción, a fin de que la sentencia que se dicte, resulte eficaz y no sea lírica o inejecutable y procede su concesión cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos de ley ***(AP. N° 35-2004-Lima)***.

Las medidas cautelares se caracterizan porque el agravio o violación debe ser evidente, la amenaza inminente y porque la medida de suspensión no debe ser equivalente al fondo mismo del asunto ***(AP. N° 75-2003-Lima)***.

La Medida Cautelar es un instrumento del proceso, la cual importa un prejuzgamiento, siendo su finalidad concreta la de asegurar el cumplimiento del fallo definitivo, adquiriendo la calidad de provisoria y variable. Con arreglo a los artículos seiscientos diez y seiscientos once del Código Procesal Civil, para la concesión de la Medida Cautelar se exige la concurrencia de tres presupuestos: la verosimilitud del derecho invocado o "fomus bonis iuris", el peligro en la demora o "periculum in mora" y la contracautela ***(M.C. N° 3667-2002-Lima)***.

Son órganos de auxilio jurisdiccional, el interventor, entre otros. El juez, en aplicación del artículo 608 del Código Procesal Civil, puede dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinado a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Si el solicitante no posee la calidad de parte, ya que ha actuado como órgano de auxilio jurisdiccional, no se encuentra facultado para solicitar la medida cautelar de embargo en forma de intervención en recaudación ***(Exp. N° 1375-2001-Lima)***.

Toda medida cautelar está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; significando ello, que tiene sustento y razón de ser, si está destinada a asegurar el cumplimiento del fallo a emitirse en el proceso principal, de tal manera que si la pretensión demandada en este último es desestimada entonces la medida cautelar deja de tener su razón de ser y vigencia ***(Exp. N° 36425-1999-Lima)***.

Artículo 609 | Sustitución del juez

Si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro juez, este conocerá también del proceso cautelar.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 35, 36, 40, 42, 44, 88, 89, 91, 305 al 314, 446, 451, 608, 617.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

El texto normativo *in comento,* presupone la concurrencia de un proceso principal y un proceso cautelar, cuyo conocimiento de acuerdo a los términos enunciados en el artículo 608, corresponde al mismo juez habilitado para conocer las pretensiones demandadas en el proceso principal.

Ahora bien, será en el proceso principal, donde se presenten determinadas situaciones anómalas respecto a la persona del juez o a su alta investidura como magistrado de la nación (las mismas que serán estudiadas más adelante).

Ante esta eventualidad, el juez necesariamente tendrá que dejar de conocer el proceso principal, lo cual a su vez implica al cautelar, esto si se tiene en cuenta que este, a pesar de la autonomía (por su contenido esencial, los rasgos que determinan su función y su finalidad) que goza de acuerdo a la respetable doctrina procesalista que compartimos, no deja de ser un proceso accesorio respecto del principal, al menos en cuanto a lo procedimental (*vid.* MONROY, 2002: pp. 139-147), que tiene como finalidad asegurar o garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva que recaerá en el proceso principal, tal y conforme está tipificado en la parte *in fine* del artículo 608 de este Código; por lo tanto, siendo esto así, el proceso cautelar debe seguir hasta el final a la pretensión que garantiza.

2. SUPUESTOS POR LOS CUALES UN PROCESO PRINCIPAL PASA DEL CONOCIMIENTO DE UN JUEZ A OTRO

De la observancia del artículo 609 se aprecia que el legislador estatuye los supuestos que previamente él mismo ha regulado en el CPC, a fin de impedir que un juez incurso en determinadas causales que podrían perturbar su neutralidad e imparcialidad, prosiga con el conocimiento del proceso; esto con el objeto de no alterar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva que son las máximas

garantías constitucionales que ostenta el justiciable, conferidas ampliamente por el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En ese sentido, la norma señala entre los supuestos que obstaculizan que el juez de la demanda continúe conociendo el proceso principal y el cautelar, para cuidar su neutralidad ante las influencias extrañas en su actividad jurisdiccional (LEIBLE, 1998: p. 76), las de *impedimento, recusación, excusación o abstención.* Estas causales se encuentran taxativamente reguladas en el Título IX, de la Sección Tercera –Actividad Procesal–, del CPC.

a) **Causales de impedimento.-** En sentido general con la voz impedimento se hace referencia al "obstáculo, embarazo, estorbo para una cosa" (OSSORIO, 1998: p. 492). Las causales por las cuales un juez está impedido de conocer un proceso se encuentran tipificadas en el artículo 305 del precitado Código, en la forma que sigue: "El juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando: 1. Ha sido parte anteriormente en este; 2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso; 3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes; 4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; 5. Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite. El impedimento previsto en la segunda causal solo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del juez". El trámite cuando se presenta algún tipo de las causales aludidas está previsto en el artículo 306.

b) **Causales de recusación.-** Dice LEIBLE que "[c]ada parte puede recusar al juez, si existe un motivo legal de exclusión o temor fundado de parcialidad. La preocupación de parcialidad existe, cuando se dan circunstancias, que puedan fundar dudas acerca de la objetividad del juez como una persona reposada y criteriosa" (LEIBLE, 1998: p. 77). Las causales de recusación están prescritas en el artículo 307 del CPC en el modo que sigue: "Las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso cuándo: 1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos; 2. Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;

3. Él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes; 4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor; 5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y, 6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso". El trámite de la recusación está regulado en el artículo 308 concordado con el 310 del CPC, mientras que en el 309 se señalan los supuestos en los cuales no procede la recusación, así como el artículo 314 prevé el rechazo liminar del pedido de recusación.

c) **Causales de excusación o abstención.-** La excusación, impedimento o abstención del juez "es la espontánea declaración del juez de encontrarse impedido para conocer de un asunto" (LEDESMA, 2011: p. 662); propiamente es un deber del juez de apartarse del conocimiento de un proceso en concreto (LEDESMA, 2011: p. 663). Las causales de abstención son las mismas del impedimento (ex art. 305 del CPC) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 311 del CPC; asimismo, existe la figura de la abstención por decoro o delicadez regulada en el texto normativo 313 de dicho Código.

La configuración de los supuestos antes mencionados generan –como ya lo hemos señalado– el apartamiento del juez respecto al conocimiento del proceso y, por tanto, la consiguiente remisión del expediente al juez que corresponda de acuerdo a la competencia pertinente. Esto a su vez, de acuerdo al tenor de la norma en comentario, genera que el proceso cautelar pase al conocimiento del juez sustituto.

Como dice la profesora LEDESMA, "[d]ebe tenerse en cuenta que la norma nos coloca en el supuesto que el juez natural que conoce el proceso principal sea sustituido por las causales que cita el presente artículo. El nuevo juez que continuará el conocimiento del proceso principal debe también asumir el proceso cautelar, para lo cual, el juez originario de la medida cautelar debe remitir el expediente al juez sustituto" (LEDESMA, 2011, tomo II: p. 416).

3. ¿EXISTEN OTRAS SITUACIONES EN LAS CUALES UN PROCESO PRINCIPAL (Y TAMBIÉN EL CAUTELAR) PASAN A CONOCIMIENTO DE OTRO JUEZ QUE NO ES EL DE LA DEMANDA?

Con el subtítulo hacemos alusión a aquellos supuestos sobre los cuales la norma subexámine guarda silencio, por eso justamente nos preguntamos si en realidad el

legislador fue negligente al estatuir solamente tres supuestos –los ya esbozados en el ítem anterior– por los cuales se produce la remisión del proceso principal (y por ende su cautelar), debiendo por tanto interpretarse la norma de manera extensiva hacia otros supuestos similares; o es que en todo caso el legislador fue cuidadoso y restrictivo al limitar la norma solamente a los indicados tres supuestos, que por cierto son los más frecuentes donde se produce la remisión del proceso principal.

Nosotros consideramos lógico lo primero (de la misma posición es LEDESMA, 2011, tomo II: p. 416), dado que bien pueden existir otros supuestos o causas que generen la remisión del expediente (proceso principal y cautelar) de un juez a otro, con la finalidad que él sea quien decida la *litis*. Ejemplo de lo mencionado es el caso de la declaración de incompetencia efectuada de oficio, cuando al momento de calificar la demanda el juez liminarmente declara su incompetencia y existiera una medida cautelar interpuesta fuera de proceso, o también puede ocurrir lo mismo cuando el proceso principal ya se encuentre en un estado avanzado y adjunto a él corra el proceso cautelar; en ambos supuestos procede la remisión del proceso principal al juez considerado competente, de conformidad con lo dispuesto por los vigentes artículos 35 y 36 del CPC; en dichos casos también debe remitirse por lógica consecuencia el proceso cautelar. De igual manera sucede en el caso sea estimada la excepción de incompetencia, ordenándose la remisión del proceso principal (*ex* arts. 446.1 y 451.6), corriendo la misma suerte el proceso cautelar.

Un serio problema se presentaría cuando el juez al que se remite el expediente no acepta conocer tal proceso, y en consecuencia se produce el denominado conflicto de competencia negativo, procediendo luego a remitir en consulta el expediente al superior jerárquico a fin de que dirima tal conflicto. En esta eventual circunstancia nos preguntamos: ¿A dónde va el proceso cautelar? Pues, el cautelar seguiría siempre a su principal; no habría problema si la medida cautelar ya está concedida y ejecutada, dado que en caso se dirima el conflicto a favor del segundo juez, aquella conserva su eficacia aunque a pesar que el juez que la decretó ha sido incompetente (interpretación resultante del art. 42 del CPC), sujetándose el segundo juez a los dispuesto por el artículo 44 del CPC. No obstante ello, cuando se produce la indicada situación de indefinición de la competencia, pues el proceso se encuentra suspendido, por lo que no se otorgarán medidas cautelares si estas ya se hubieran interpuesto, conforme lo señala el artículo 42 del CPC, norma cuya interpretación debe extenderse a todos los supuestos en que se produzcan conflictos de competencia tanto negativos –como los ya mencionados– o también positivos (*ex* art. 40 del CPC).

Otro caso no tan frecuente ocurre cuando por medida disciplinaria, el juez originario es separado del conocimiento del proceso (LEDESMA, 2011, tomo II: p. 416), aquí también se produce la remisión del mismo y, consiguientemente, del proceso cautelar existente.

Finalmente, debe tenerse en cuenta también el supuesto de la acumulación objetiva sucesiva de procesos al amparo del artículo 88.3 del CPC, es decir cuando en un solo proceso se reúnen dos o más que se venían tramitando autónomamente a fin de que las *litis* sean resueltas en una sola sentencia; aquí entendemos que si en alguno de ellos hubiere un proceso cautelar, este también deberá seguir a su principal acumulado. De igual modo ocurre con la llamada acumulación subjetiva de pretensiones sucesivas (art. 89.2 del CPC), esto es, cuando dos o más procesos se reúnen en un proceso único, que puede seguirse, según sea el caso, a través de un único trámite o con desacumulación en el trámite; en este caso también el proceso cautelar sigue a su principal. Asimismo, sucederá a la inversa cuando el juez considere necesario desacumular los procesos acumulados previamente, remitiendo el proceso a su juez original (art. 91 del CPC), en este caso, de haber proceso cautelar, este seguirá al principal que asegura.

Probablemente, existan otros casos que por ahora estamos omitiendo consignarlos, involuntariamente desde luego, por lo que simplemente nos queda recalcar que ante la presencia de tales supuestos, simplemente que la norma subexámine se aplique extensivamente.

4. LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO *ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALEM*

La norma *in comento* no hace otra cosa que establecer, de acuerdo a la lógica del proceso y a la propia naturaleza de las medidas cautelares, la máxima romana *accesorium sequitur principalem* (lo accesorio sigue a lo principal).

No tendría sentido que se remita el proceso principal y el cautelar quede con el juez originario, si la imparcialidad y neutralidad del juez remitente está en tela de juicio, pues ello podría generar perniciosos efectos para una de las partes ante cualquier pedido en el proceso cautelar en caso este, irrazonablemente, se mantuviera bajo su poder. Además de ello, aquí también concurren razones de economía y celeridad procesal, al facilitar a las partes para que efectúen cualquier pedido correspondiente al proceso cautelar al juez sustituto.

5. ¿CUÁL DEBE SER EL ESTADO DEL PROCESO CAUTELAR PARA QUE SEA REMITIDO?

Una cuestión que naturalmente queda a la interpretación consiste en que la presente norma no aclara cual es o debe ser el estado del proceso cautelar cuando se produce la remisión.

Anotamos este asunto porque la norma solamente señala en clara alusión al juez sustituto, que "este conocerá también del proceso cautelar"; aparentemente podríamos creer que la norma se refiere solamente a aquellas medidas cautelares pendientes de ser resueltas, lo que se extrae de la interpretación literal del precitado texto, por cuanto dice "conocerá", y, pues, una medida cautelar ya concedida y ejecutada, ya fue conocida y no habría nada más que conocer. Sin embargo, tal interpretación no puede ser sino equívoca, toda vez que el estado del proceso cautelar cuando se produce la remisión, podría ser cualquiera, ya sea solamente que exista solo la demanda (solicitud) cautelar, o que ya se haya formado el cuaderno cautelar, que esté por ejecutarse la medida, que haya sido ejecutada, que exista oposición resuelta o no, o también apelación resuelta o no; y aun cuando ya resuelta en definitiva la cautelar (que ya se encuentra ejecutada) no se produzca ninguna actividad procedimental en ella. Y esto último es absolutamente razonable, por cuanto bien puede ocurrir que transcurrido un buen tiempo de inactividad en el proceso cautelar, y dado que aún no está concluido el proceso principal, se solicite por ejemplo una variación de la medida cautelar (*ex* art. 617 del CPC), o se produzca la cancelación de la medida cautelar, la caducidad de dicha medida, o cualquier otro hecho o acto procesal semejante, que al igual que ellas, también impliquen pronunciamientos del órgano jurisdiccional, para lo cual, de una u otra forma, deba también revisarse el proceso principal, expedirse copias, etc., facilitando todo este trabajo que el proceso cautelar se encuentre junto a su proceso principal, y que el conocimiento corresponda necesariamente al mismo juez sustituto; aunado al hecho de que es muy probable o sospechoso de que aún continúe la situación de falta o de dudosa imparcialidad del juez sustituido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomos I y II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso Civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké-Konrad-Adenauer-Stiftung; MONROY PALACIOS, Juan J. (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar.* Lima: Comunidad; OSSORIO, Manuel (1998): *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, 25ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas. Buenos Aires: Heliasta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista.

Artículo 610 | Requisitos de la solicitud

El que pide la medida debe:

1. *Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;*
2. *Señalar la forma de esta;*
3. *Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;*
4. *Ofrecer contracautela; y,*
5. *Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 130 al 133, 405, 424, 425, 427, 485, 611, 615; L.P.T. arts. 54, 55.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar cabe realizar unos apuntes sobre la controversia suscitada: ¿La medida cautelar se inicia con una demanda o con una simple solicitud? Al respecto, considero que la *demanda* entendida –desde el punto de vista sustantivo– como la materialización de la acción civil y desde –el punto de vista procesal– como el primer acto procesal, es propia del ámbito jurisdiccional; mientras que la *solicitud* es el escrito que se presenta en el ámbito administrativo. Asimismo, la demanda debe cumplir requisitos, pues es formalista (debiendo cumplir requisitos formales establecidos en los arts. 130 al 133 del CPC, de forma regulados en los arts. 424 y 425 del CPC y de fondo contemplados por interpretación *a contrario sensu* en el art. 427 del CPC); en cambio, la solicitud no, ya que es informal.

Por lo tanto, en nuestra opinión, no puede concebirse el inicio de un proceso ya sea principal o cautelar sin un escrito de demanda, esto pese a que muchos autores no coinciden con esta posición, y siguiendo lo establecido en la sumilla del artículo en comento, consideran que la medida cautelar puede ser interpuesta mediante una solicitud.

Así, teniendo presente lo antes señalado, la demanda cautelar debe cumplir con los requisitos de toda demanda: formales, de forma y de fondo; con los requisitos generales de toda medida cautelar que son precisamente los enumerados en el presente artículo; y además con los requisitos especiales establecidos para cada medida cautelar específica, como por ejemplo una medida cautelar temporal sobre

el fondo debe cumplir requisitos especiales diferentes a los de una medida cautelar de no innovar.

En este caso, queda comentar precisamente los requisitos que establece el artículo en comento, debido a que los requisitos generales de toda demanda y demanda cautelar –es su momento– ya han sido estudiados en su momento.

La medida cautelar, como expresión de la *tutela cautelar*, está sujeta no solo a cumplir presupuestos *(verosimilitud del derecho, peligro en la demora* y *razonabilidad)*, sino también requisitos, los cuales están contenidos en el artículo bajo comentario.

Ambos, presupuestos y requisitos, se complementan en una simbiosis que trasluce la naturaleza y finalidad de la medida cautelar, pues deben concurrir coetáneamente a efecto que la medida peticionada sea concedida. Es más, consideramos que cuando el inciso 1 del artículo subexamen exige la exposición de los fundamentos de la pretensión cautelar, se refiere en realidad a la argumentación que debe realizarse respecto a si la medida que se solicita reúne los referidos presupuestos, especialmente la *verosimilitud del derecho* y el *peligro en la demora*, pues al señalar que se debe exponer los fundamentos de su pretensión cautelar, se exige que el peticionante de la medida explique el porqué pide la medida cautelar, cuáles son las razones y en qué se sustenta su derecho, cuáles son sus medios probatorios que sustentarían su pretensión. Igualmente, en el caso de los incisos 2, 3 y 5, claramente están dirigidos a proporcionar al juez los elementos que evidencien la idoneidad de la medida, o sea lo que la doctrina conoce como el presupuesto de *adecuación*, algo que después el legislador ha denominado *razonabilidad* cuando lo incorporó al artículo 611 del CPC, mediante la Ley N° 29384, publicada el 28 junio de 2009.

2. LA MEDIDA CAUTELAR, SUS FUNDAMENTOS Y PRESUPUESTOS

Es pacífica la noción que se tiene de la medida cautelar. La polémica se centra más bien, con menor o mayor grado, en otros planos, como son su amplitud, requisitos, presupuestos, caducidad, trámite, impugnación, etc.

Así, MONROY GÁLVEZ lo define como "una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenándose adelante algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas" (MONROY GÁLVEZ, 2003: p. 71). Igual, MORALES GODO las concibe como los "instrumentos procesales que se solicitan para asegurar que el resultado de un proceso se haga efectivo.

En buena cuenta, son instrumentos que aseguran la eficacia que lo resuelto por el juez, no será mera literatura, sino algo efectivo" (MORALES, 2005: p. 121). A su vez TARZIA, recogiendo las inconfundibles ideas de CHIOVENDA, las conceptúa como aquellas medidas especiales, determinadas por el peligro de urgencia, que son expedidas antes de que sea declarada la voluntad concreta de la ley que allí garantiza un bien, o antes de que sea cumplida su actuación, para garantía de su futura ejecución práctica (TARZIA, 2001: p. 288).

También PRIORI POSADA enuncia que "[l]a medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución a pedido de parte que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar)" (PRIORI, 2007: p. 244). Y, finalmente, HINOSTROZA MÍNGUEZ indica que "[l]a medida cautelar, denominada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la *litis* traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho" (HINOSTROZA, 2001: p. 501).

Doctrinariamente se ha señalado que no es lo mismo el *proveído* o *providencia cautelar* (CALAMANDREI, 2005: p. 44) que la *medida cautelar*. La diferencia en todo caso no es de contraposición, sino prácticamente de causa-efecto, de correlación. Por ello, MONROY GÁLVEZ señala que el concepto de medida cautelar lo debemos entender en sentido práctico: es la providencia cautelar ya ejecutada. Es decir, que mientras la primera constituye la mera decisión judicial dictada en el proceso cautelar, la segunda es la providencia cautelar ejecutada (MONROY GÁLVEZ, 1987: p. 23), opinión que es compartida también por otros juristas (RODRÍGUEZ, 2001: p. 501).

Ahora, en cuanto a la razón de ser de la medida cautelar, RAMOS MÉNDEZ explica que "el proceso tiene una indudable vocación de eficacia. Su finalidad no estriba meramente en la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional, sino también en que este se cumpla. Para paliar de alguna manera los riesgos de la tardanza de una resolución definitiva, que puedan hacer ilusorio el pronunciamiento jurisdiccional, hay que arbitrar un sistema de protección. Surge así el concepto de medida cautelar", por ello se refiere a ella como "el remedio arbitrado por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del proceso, en orden a su eficacia" (RAMOS, 1992: p. 941).

En efecto, la razón de ser de la medida cautelar es contribuir decididamente a la eficacia del proceso, a que cumpla la finalidad para la que fue creada. No solo por eso; también porque se dice que trasluce la seriedad de la función jurisdiccional, ya que a través de ella el órgano jurisdiccional se prestigia (MONROY GÁLVEZ, 1987: p. 17), evitando que los derechos de los justiciables se vean burlados (PERUZZI, 1998: p. 306), a la par que tiende a la conservación del orden y la tranquilidad pública (LEDESMA, 2008: p. 9). Es lo que MONROY GÁLVEZ identifica como las finalidades concreta y abstracta de la medida cautelar: La primera, en tanto es vista como el medio para asegurar el cumplimiento (ejecución) del fallo definitivo, o en todo caso para evitar que aquel devenga en inejecutable; y la segunda, por cuanto constituye un medio a través del cual el órgano jurisdiccional se prestigia, bajo el presupuesto de que sus fallos van a ser siempre cumplidos y ejecutados, es decir, que "la más extraordinaria aventura del espíritu humano, la de decir el derecho, tendrá una base social sólida" (MONROY GÁLVEZ, 1987: p. 19).

Considero que las medidas cautelares son instituciones jurídicas procesales que pueden plantearse a solicitud de parte y excepcionalmente de oficio (dos casos en el Perú que se pueden disponer medidas cautelares de oficio: En los procesos de alimentos y en los procesos de interdicción civil), antes de iniciar un proceso o durante el proceso, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva que recaerá en el proceso principal o evitando que se produzca un perjuicio irreparable.

Y en cuanto a los presupuestos de la medida cautelar, cabe señalar en primer orden que tampoco existe unanimidad en la doctrina en cuanto a su cantidad. En lo que sí todos coinciden es en los dos presupuestos aportados por la doctrina clásica, es decir la *verosimilitud del derecho invocado* y el *peligro en la demora* (ÁNGELES, 1995: p. 29; RAMOS, 1992: pp. 944-945; CALDERÓN, 2001: p. 56; TARZIA, 2001: p. 288; PROTO PISANI, 2003: p. 409; ARIANO, 2014: pp. 92-104; LEDESMA, 2013: p. 76), siendo variable en los que podrían ser considerados por algunos como los restantes (*adecuación* o *razonabilidad* y *contracautela* o *caución*). Es más, hay algunos autores que prefieren no hablar de presupuestos, sino solo de requisitos; y hay otros que cuando hablan de los requisitos desarrollan lo que otros denominan presupuestos, y viceversa. Nuestro ordenamiento procesal tomó posición al respecto y en la redacción original del artículo 611 recogió expresamente a la *verosimilitud del derecho invocado*, al *peligro en la demora* y a la *adecuación*; más adelante, el legislador incorporó a la *razonabilidad* mediante la Ley N° 29384, publicada el 28 junio de 2009, con lo que tácitamente la *adecuación* dejó de ser un presupuesto previsto en la norma.

El primero de ellos, conocido también como *fumus bonis iuris*, significa que "el solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión

principal –que se intenta garantizar– tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia" (MONROY PALACIOS, 2002: p. 170). Es decir en el razonamiento del juez debe haber probabilidad de certeza en cuanto al derecho que le asiste a la parte que invoca la medida cautelar.

El segundo presupuesto, conocido como *periculum in mora*, o peligro en la demora "está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva" (MONROY PALACIOS, 2002: p. 176). En efecto, ante el peligro de que la sentencia o decisión definitiva a expedirse en el proceso principal demore y, consiguientemente, salga por ello afectada la parte a la que le asiste el derecho, esta es protegida con una medida cautelar.

A su vez, el tercer presupuesto, o sea la *razonabilidad de la medida*, tiene que ver con que el dictado de la medida debe obedecer a un ponderado análisis del juez respecto de la necesidad de protección del derecho y la afectación que debe hacerse al derecho del demandado con fines de dicha protección. Su incorporación ha sido considerada por algunos como innovación beneficiosa, debido a que se habría positivizado un tema que era preocupación constante de la doctrina y que los jueces mayormente habían relegado (VERAMENDI, 2013: pp. 137-138); sin embargo, consideramos que ya se encontraba regulado *ab initio*, como parte del presupuesto de *adecuación* o *idoneidad* (ROJAS, 2012: pp. 45-46), ya que es equiparable uno de sus parámetros o límites, el de *proporcionalidad*, que junto con los de *congruencia*, *mínima injerencia* e *irreversibilidad* son sus elementos doctrinarios configurantes (MONROY PALACIOS, 2002: pp. 186-199; MURO, 2009: p. 8).

3. LOS REQUISITOS DE LA MEDIDA CAUTELAR

La legislación de cada país regula los requisitos que a criterio de sus hacedores deben tenerse en cuenta para conceder una medida cautelar. En el caso nuestro, el artículo 610 del CPC establece los requisitos generales de la demanda cautelar, independientemente de los requisitos específicos que debe reunir la medida cautelar dependiendo de cada tipo de medida cautelar.

"El que pide la medida debe:

1. *Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;*
2. *Señalar la forma de esta;*
3. *Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;*
4. *Ofrecer contracautela; y,*
5. *Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuere el caso".*

Como ya lo adelantamos, los requisitos están directamente ligados a los presupuestos de la medida cautelar, dado que deben concurrir coetáneamente a efectos de que la medida cautelar solicitada sea concedida.

En cuanto al requisito contenido en el inciso 1, cabe señalar que si bien la misma norma no lo estipula, se sobrentiende que cuando exige la exposición de los fundamentos de la pretensión cautelar, se refiere en realidad a la argumentación que debe realizarse respecto a si la medida que se solicita reúne los presupuestos, especialmente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, ello en la medida en que para exponer y demostrar su existencia en el caso concreto tienen que ser expresados, fundamentados, motivados.

Así, exponer los fundamentos de su petición cautelar significa que el peticionante de una medida cautelar debe explicar en forma detallada por qué solicita la medida cautelar, es decir debe indicar cuál es el perjuicio que sufrirá si se espera la sentencia definitiva del proceso principal; no obstante, no basta explicar el porqué, es necesario también que dichos fundamentos se encuentren corroborados con medios probatorios que generalmente es una prueba documental, en la cual debe constar el derecho en grado de certeza o, por lo menos, en un grado de verosimilitud (derecho con apariencia de cierto); por el contrario, si el derecho se encuentra discutido es muy difícil que el juez conceda la medida cautelar.

En cuanto al requisito señalado en el inciso 2, debemos precisar que el peticionante de la medida cautelar debe indicar en forma expresa la clase de medida cautelar, la modalidad y la forma de esta; por ejemplo: si se trata de una medida cautelar para futura ejecución forzada debe indicar si se trata de embargo o secuestro y si se trata de embargo debe indicar su forma, pudiendo ser de retención, depósito, inscripción, intervención en recaudación, intervención en información o administración.

En lo referente al inciso 3, se debe indicar si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida cautelar. Cuando la medida cautelar pretende proteger derechos extrapatrimoniales; es decir, que recae sobre la persona y no sobre bienes, no será necesario cumplir con este requisito; por ejemplo: si se trata de una medida cautelar temporal sobre el fondo, relacionada a la patria potestad u otro asunto de Derecho de Familia. Pero, si se trata de garantizar obligaciones dinerarias, es decir, patrimoniales, es necesario indicar los bienes; por ejemplo: si se trata de un embargo en forma de inscripción de un bien inmueble se debe señalar y describir dicho bien; si se trata de secuestro de vehículo se debe indicar las características del vehículo. Sin embargo, existen casos que no es conveniente señalar los bienes, como por ejemplo en el secuestro conservativo y embargo en forma de depósito en cuyos caso debe indicarse que los bienes serán identificados al momento de ejecutarse la medida cautelar.

El mismo inciso señala que se debe indicar de ser posible el monto de la medida cautelar. Este inciso está relacionado a las medidas cautelares para futura ejecución forzada (embargo en sus seis formas y secuestro conservativo) que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación dineraria, en cuyo caso se tendrá que indicar obligatoriamente el monto de la medida que generalmente debe ser superior a la obligación demandada (monto del petitorio) y será el juez quien en forma definitiva fije el monto al momento de conceder la medida. Cuando la medida cautelar se refiera a derechos extrapatrimoniales, no será necesario cumplir con este requisito; por ejemplo: en un caso de asuntos de familia e intereses de menores (tutela, curatela, patria potestad, etc.).

Así pues, los requisitos estipulados en los incisos 2, 3 y 5 están directamente ligados al presupuesto de *razonabilidad* (ya manifestamos nuestra preferencia porque en su lugar se hubiese establecido a la *adecuación*). En efecto, brinda información hacia ello la indicación de la forma de la medida que se peticiona debiendo ser lo más específico posible como ya se explicó; también lo hace el hecho de tener que señalar los bienes que se van a afectar (un inmueble, un mueble, una cuenta bancaria, etc.) y los montos por los cuales ellos se van a afectar (claro, si la naturaleza de la medida así lo exige).

En cuanto al órgano de auxilio judicial, a que hace referencia el inciso 5 del artículo en comento, debemos señalar que el órgano de auxilio es la persona natural o jurídica que contribuye a la ejecución de la medida cautelar. La ejecución de la medida depende de cada tipo, no existe una forma de ejecución uniforme, por ejemplo, un secuestro conservativo se ejecutará cuando el titular de la medida, el secretario de juzgado, el órgano de auxilio judicial, se constituyen al domicilio del deudor (demandado –Ejecutado– afectado con la medida cautelar) y proceden a identificar los bienes, redactan el acta y extraen los bienes que son entregados al órgano de auxilio judicial que en este caso será el custodio judicial. Un embargo en forma de inscripción se ejecutará cuando el embargo se inscribe en el registro respectivo (partida electrónica correspondiente). Entonces, el órgano de auxilio tendrá la denominación según el tipo de medida cautelar; así, en un embargo en forma de depósito será el depositario judicial, quien será el propio deudor, en un embargo en forma de retención será la institución bancaria correspondiente. La norma exige que cuando se propone a una persona natural como órgano de auxilio judicial se debe identificarlo anexando copia certificada (antes legalizada) de su documento nacional de identidad, ello resulta necesario toda vez que el órgano de auxilio judicial va a cumplir una función preponderante dentro del proceso, y asume responsabilidad en caso de pérdida, deterioro o extravío del bien, u otro daño que pudiera causar.

Finalmente, respecto al requisito previsto en el inciso 4, referido al ofrecimiento de contracautela la doctrina mayoritaria señala que estamos ante un requisito de ejecución antes que uno de procedibilidad de la medida cautelar (RAMOS, 1992: p. 945; MONROY PALACIOS, 2002: p. 199; YAYA ZUMAETA, Ulises, 2005: p. 21; RIVERA, 2012: pp. 77-87). Se señala que no puede ser un presupuesto, dado que en modo alguno la evaluación para la concesión de la medida va a involucrar tal aspecto, sino que recién se va a necesitar de ella cuando se deba ejecutar la medida, es decir, que se trata de un requisito para su ejecución, mas no para su procedencia.

El criterio antes indicado, no lo considero adecuado, ya que la contracautela también constituye un requisito general de toda medida cautelar, pues así fluye del artículo en comento, ya que no existe norma que considere que el juez debe exigir la contracautela luego que ya concedió la medida cautelar, distinto es que el juez evalué este requisito luego que considere que concurren los otros requisitos y presupuestos. Así como el demandante, ejecutante tiene derecho a peticionar la medida cautelar para proteger su derecho o asegurar la decisión definitiva que recaerá en el proceso principal, la *contracautela* tiene por finalidad resarcir los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida cautelar, cuando se demuestra que ha sido innecesaria o temeraria. El monto de la contracautela debe guardar relación con el de la medida cautelar, y si no existe monto de la medida cautelar el juez debe fijarla prudencialmente. La contracautela puede ser de naturaleza real o de naturaleza personal. La contracautela de naturaleza real, consiste en que el titular de la medida (acreedor, ejecutante, demandante) constituye a favor del afectado con la medida (deudor, ejecutado, demandado) una hipoteca o una garantía mobiliaria, este tipo de contracautela casi no se daba por la imposibilidad de su constitución, toda vez que tanto la hipoteca como la garantía mobiliaria requieren de la intervención de ambas partes, pero con la modificación introducida por la Ley N° 29384 del 28 de junio de 2009, se ha establecido que esta contracautela se constituye en mérito de la resolución judicial que la admite, para cuyo efecto el juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente. La contracautela de naturaleza personal, consiste en ofrecer una caución juratoria, es decir, presentar una declaración jurada donde se compromete bajo juramento a indemnizar los daños y perjuicios que pueda ocasionar la medida cautelar; en este caso, el titular de la medida debe certificar su firma ante el secretario del proceso.

Debemos aclarar que será el juez quien califique cuando aceptar una u otra clase de contracautela, pudiendo graduarla, modificarla e incluso cambiarla por la que considere pertinente, es decir que se le da amplias facultades al juez. Se encuentran exceptuados de ofrecer contracautela: Los órganos del Estado; por ejemplo: Poder Judicial, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Ministerio Público, los

órganos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales, gobiernos locales y las universidades públicas, las personas que gozan de auxilio judicial o tienen gratuidad en el proceso; por ejemplo: en el caso de alimentos, las personas que han obtenido sentencia favorable, ya sea en forma definitiva o en primera instancia, esto de conformidad con el artículo 615 del CPC, que regula el caso especial de procedencia de la medida cautelar. La contracautela quedará sin efecto automáticamente cuando el titular de la medida obtenga una sentencia favorable en el proceso principal en forma definitiva. La contracautela se ejecutará cuando el proceso principal se resuelva en forma definitiva a favor del afectado con la medida, pero siempre y cuando acredite que se le ha causado daños y perjuicios, se ejecutará en el mismo proceso, previo traslado de la otra parte.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁNGELES, María (1995): *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona: Bosch; ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*, Lima: Gaceta Jurídica; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima: ARA; CALDERÓN, María (2001): "Un intento de aproximación a la tutela cautelar civil española. Cuatro temas controvertidos". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2001): *Manual de consulta rápida del proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (2003): *Formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): *Temas de proceso civil*, Lima: Studium; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*, 1ª ed. Lima: Comunidad; MORALES GODOY, Juan y otros (2005): *El proceso civil: Enfoques divergentes*, 1ª ed. Lima: Iuris Consulti; MURO ROJO, Manuel (2009): "¿Se está haciendo más eficaz el proceso civil?". En: *La Ley*, periódico mensual de Gaceta Jurídica, N° 19, año 2. Lima: Gaceta Jurídica; PERUZZI, Héctor (1998): "Visión panorámica de las medidas cautelares en los proyectos de reforma". En: *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1. *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; PRIORI POSADA, Giovanni (2007): "La tutela cautelar como instrumento para resolver el problema del tiempo y el proceso". En: *Revista JUS (Doctrina y práctica)*, N° 4; PROTO PISANI, Andrea (2003): "Chiovenda y la tutela cautelar". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI; RAMOS, Francisco (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Barcelona: Bosch; RIVERA BURGOS, César (2012): "La caución (contracautela) como expresión de coherencia del sistema jurídico. Un enfoque constitucional". En: *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, N° 146; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Grijley; ROJAS, José (2012): *Medidas cautelares y ejecución de sentencias constitucionales*. Lima: Gaceta Jurídica; TARZIA, Giuseppe (2001): "La tutela cautelar". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV; VERAMENDI FLORES, Erick (2013): "La razonabilidad como presupuesto de la medida cautelar". En: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Eugenia Ariano Deho y otros. Lima: Gaceta Jurídica; YAYA ZUMAETA, Ulises (2005): "La

contracautela: requisito de ejecución de las medidas cautelares". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 44.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1998): *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; DI MAJO, Adolfo y otros (2009): *Derecho Procesal Civil. Estudios*. Lima: Ius et Veritas-Jurista; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): *Batallas por las medidas cautelares*. Madrid: Thomson-Civitas; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2002): *El embargo y otras medidas cautelares*, 3ª ed. Lima: San Marcos; PELÁEZ BARDALES, Mariano (2007): *El proceso cautelar*, 2ª ed. Lima: Grijley; PODETTI, J. Ramiro (1969): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RAMOS ROMEU, Francisco (2006): *Las medidas cautelares civiles*. Barcelona: Atelier.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La solicitud cautelar se sustenta en la afectación patrimonial que sufriría la administrada de hacerse efectiva la ejecución en su contra y en la existencia de un proceso penal en contra de su ex contador que –a entender de la actora– le imposibilitó cumplir con exhibir la documentación contable solicitada por la Administración Tributaria; empero, el asunto relativo a la afectación patrimonial en modo alguno puede sustentar la verosimilitud del derecho "per se", como tampoco lo hace la sola acreditación de la existencia del mencionado proceso penal ***(Apelación N° 2670-2007-Puno)***.

Para la concesión de una medida cautelar se requiere el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo número 27584, estos son: a) la verosimilitud del derecho invocado, conocido como "fumus bonis iuris", es decir, el rango o aspecto exterior de derecho que debe contener el pedido, b) el peligro en la demora conocido como "periculum in mora" que exige la presencia de un peligro inminente e irreparable, y c) la contracautela, tendiente a evitar los perjuicios que pudiera ocasionar la medida cautelar ***(Apelación N° 732-2007-Lima)***.

Para la concesión de una medida cautelar se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la verosimilitud del derecho invocado, es decir, el rango o aspecto exterior de derecho que debe contener el pedido; b) el peligro en la demora conocido como "periculum in mora" que exige la presencia de un peligro inminente e irreparable; c) la contra cautela, teniente a evitar los perjuicios que pudiera ocasionar la medida cautelar ***(Apelación N° 80-2007-Lambayeque)***.

La apariencia del derecho invocado requiere la verosimilitud de su existencia en base a la prueba presentada; el peligro en la demora exige la presencia de un peligro inminente e irreparable; y, por último la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado, con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución ***(Apelación N° 34-2004-Lima)***.

Artículo 611 Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

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.*

La medida dictada solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad. (*)

CONCORDANCIAS:

C. arts. 139 inc. 5; C.P.C. arts. 50 inc. 6, 122, 171, 612 al 614, 618, 623; L.G.S.C. arts. 18, 133 inc. 2, 134 inc. 2; L.G.A. arts. 8, 47; D.LEG. 822 arts. 179, 199.

Giovanni F. Priori Posada

1. INTRODUCCIÓN

Desde que entró en vigencia el CPC, este artículo ha sido modificado en tres ocasiones. Todas estas modificaciones han estado dirigidas a establecer con mayor precisión el contenido de cada uno de los presupuestos necesarios para la concesión de una medida cautelar. Particularmente la norma está redactada en el sentido de precisar los elementos que deben estar adecuadamente motivados para que el juez pueda conceder o rechazar las medidas cautelares, específicamente la verosimilitud, el peligro en la demora y la adecuación (que en términos legales es llamada como *razonabilidad*). Particularmente, es positivo el hecho de que la norma haya individualizado con toda claridad el presupuesto de la razonabilidad, en un contexto en el que por años su no consideración permitió que se den abusos.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29384 del 28/06/2009.

2. PELIGRO EN LA DEMORA

Es una realidad incontrovertible que el proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que se dicte una sentencia se convierte en la peor amenaza –y muchas veces en la más grave lesión– que la situación jurídica material que se quiere tutelar con él, puede sufrir. Por ello, el tiempo que toma el proceso se convierte en la mayor amenaza de su efectividad. La noción de peligro en la demora parte de esa constatación, y constituye no solo un presupuesto cuya presencia es necesaria para dictar una medida cautelar, sino que además es la justificación de su existencia (CALAMANDREI, 1996: p. 40).

En ese sentido, el peligro en la demora es el temor de que la necesaria demora del proceso genere que la sentencia a dictarse en el proceso no sea efectiva (ORTELLS, 2000: p. 983).

Ahora bien, la evaluación del peligro en la demora no debe ser realizada en sentido genérico o abstracto (TOMMASEO, 1984: p. 869), sino tiene que ser revisada a partir del caso concreto, es decir, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a la situación que es sometida al proceso y, además, teniendo en consideración "(...) los poderes que la parte puede ejercitar legítimamente para evitar el perjuicio (...)" (TOMMASEO, 1984: p. 869), y que no son de orden procesal, sino más bien de orden material. Ello quiere decir que se deberá tener en consideración si, conforme a las reglas de derecho material, la parte que solicita tutela cautelar cuenta con otros mecanismos con los cuales podría evitar el daño que alega como sustento de su pedido de medida cautelar. Si esos medios existen, entonces no será necesario conceder la medida cautelar, la que solo será dada en la medida que esos medios no existan o, existiendo, no puedan ser ejercidos o, ejerciéndoles, no den una protección eficaz que de manera real impida que se produzca el daño alegado.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el peligro en la demora está configurado por dos caracteres que son los que justifican el dictado de una medida cautelar:

(i) El riesgo de daño jurídico está causado por la demora del proceso; y,

(ii) El riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.

(i) *El peligro en la demora como peligro de daño jurídico producido por la demora del proceso:* El peligro en la demora está configurado por la "existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva" (CALAMANDREI, 1996: p. 40). De esta manera, el peligro en la demora consiste en un riesgo de daño respecto de la situación jurídica cuya protección se

solicita; pero no se trata de cualquier peligro de daño, sino de un riesgo provocado por la demora del proceso.

No basta por ello acreditar que la situación jurídica se encuentra en una situación de riesgo o de peligro (situación que, por lo general, existe en la mayoría de los casos en los que se inicia un proceso, pues de lo contrario no existiría el interés para obrar necesario para el inicio del proceso (MONROY PALACIOS, 2002: p. 175 y ss.); sino que lo que se debe acreditar es que el riesgo de daño jurídico se deriva de la demora del proceso en particular.

(ii) *El peligro en la demora como inminente*: Pero ello no es suficiente, sino que se hace preciso que se justifique el dictado de la medida cautelar en el momento en que se solicita; no basta por ello un mero temor de peligro, sino cierta inminencia de que la situación denunciada como peligro se produzca. CHIOVENDA (1965: p. 226) se preocupó por poner énfasis en este carácter del peligro en la demora; señalando que debe existir una necesidad *efectiva y actual*, precisando que el juez debe examinar si "las circunstancias de hecho dan serio motivo de temer el evento dañoso; si el caso es urgente y si es necesario, por ello, actuar de manera provisoria" (CHIOVENDA, 2005: p. 248).

No es por ello cualquier temor de daño jurídico, sino que se trata de un temor de daño jurídico calificado, pues para el dictado de una medida cautelar se requiere que el riesgo sea inminente, lo que justifica la urgente necesidad de que se dicte una medida cautelar. La inminencia no es cualquier evento que puede ocurrir en el futuro, sino que es un elemento que supone que la situación que se describe como peligro en la demora esté por ocurrir o esté ocurriendo (TOMMASEO, 1984: p. 869); lo que debe ser evaluado por el juzgador atendiendo a las circunstancias del caso propuesto por los litigantes y a la naturaleza de la situación material respecto de la cual se discute en el proceso. Lo inminente es algo cercano, próximo, que está por ocurrir; y son esas las condiciones que el juez debe evaluar en el caso concreto. De esta manera, la inminencia del perjuicio no debe ser valorada de manera abstracta, teniendo como único referente o fundamento la notoria, patológica e inevitable duración del proceso, sino las específicas características de la situación jurídica que se propone al proceso y las condiciones en las que ella se encuentra al momento en que se solicita tutela jurisdiccional (TOMMASEO, 1984: p. 869).

(iii) ¿Irreparabilidad del daño? Un sector de la doctrina exige al peligro en la demora una característica adicional a las antes estudiadas: la irreparabilidad del daño. Ello quiere decir que, para ese sector de la doctrina, el daño que podría sufrirse a consecuencia de la demora del proceso debe ser irreparable para que pueda configurarse el presupuesto bajo análisis.

¿Qué debe entenderse por "daño irreparable"? Toda lesión que genera un "quebranto real e irremplazable en el estatus jurídico" (RIVAS, 2000: p. 43) de la situación que se somete al proceso. Para PROTO PISANI (1987: p. 122) la identificación de la irreparabilidad del daño puede darse a partir de dos perspectivas: si el daño consiste en la destrucción de un bien material infungible o si el daño consiste en la lesión de un interés no patrimonial del titular del derecho, es decir, un interés no pasible de ser tutelado adecuadamente a través de un equivalente monetario.

Para algunos autores, el hecho de que se exija que el daño sea irreparable, no quiere decir que el daño no sea pasible de ser resarcido. Un daño es resarcible cuando existe la posibilidad de que su lesión sea compensada por su equivalente mediante el pago de una suma de dinero. En ese sentido, Adolfo RIVAS (2000: pp. 41-42) señala que:

> "El objeto de las cautelares es tratar de conservar el derecho en sí mismo y en su identidad o el bien en su individualidad e integridad independientemente de que su pérdida o afectación pueda ser resarcida y con más razón si se advirtiera que, por insuficiencia o debilitamiento patrimonial, el resarcimiento resulta imposible o dudoso".

Ello no es sino una consecuencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que pretende que las situaciones jurídicas reciban una tutela que satisfaga la real necesidad de su titular. Siendo ello así, la posibilidad de resarcimiento, si bien es una posibilidad de protección que brinda el ordenamiento jurídico, no debe ser vista como una forma de tutela por excelencia ni generalizada, sino solo como un mecanismo de protección de las situaciones jurídicas en todos aquellos casos en los que no se haya podido conceder tutela satisfactiva, o, cuando a pesar de poderse otorgar esa forma de tutela, el titular de la situación jurídica opte por solicitar la tutela resarcitoria.

Lo cierto es que, para esta posición, al momento de evaluar el peligro en la demora, un juez no puede concluir que el daño que se alega es reparable, en la medida en que es posible de ser resarcido económicamente en caso sea lesionado; pues una afirmación como esa no haría sino lesionar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En mi opinión, la consideración de que el daño que se pretende evitar con la concesión de una medida cautelar, sea irreparable, no hace sino ocultar una concepción de la tutela cautelar como residual. Para comprender ese aspecto es necesario tener en consideración que la doctrina exige como elemento que configura el peligro en la demora, que el peligro sea *inminente* y provocado a consecuencia de la duración del proceso. La consideración del daño como *inminente* es ya suficiente justificación como para que se dicte una medida cautelar, pero si a ello le

agregamos el hecho de que el daño que se quiera evitar sea, además, *irreparable*, lo que estamos haciendo en realidad es incrementar las exigencias de calificación que debe tener el daño para que proceda el otorgamiento de una medida cautelar. En ese sentido, debe tenerse en consideración que no todo daño temido por la demora del proceso que sea *inminente* es *irreparable*. La pregunta que debemos hacernos es entonces si aceptamos que en todos aquellos casos en los que exista un peligro de daño *inminente* provocado por la demora del proceso, que no produzca un daño irreparable, ¿se debe o no conceder una medida cautelar? Si damos una respuesta afirmativa, ello quiere decir que estamos aceptando que la tutela cautelar actúe para evitar cualquier tipo de daño que puede producir por la demora del proceso, con la única condición de que dicho daño se muestre como de *inminente* realización. Si, en cambio, damos una respuesta negativa, estamos admitiendo y, por ende, consintiendo, que la demora del proceso pueda generar daños en la situación cautelada, daños frente a los cuales la tutela jurisdiccional no debe actuar o respecto de los cuales no debe dar una respuesta inmediata; pues los únicos daños capaces de ser prevenidos por la tutela cautelar serían aquellos daños que tengan la característica de ser *irreparables*.

La exigencia de que el daño que se quiere evitar con la tutela cautelar sea irreparable, contraviene, a nuestro modo de ver, el espíritu mismo del instituto cautelar, cual es, utilizando la extraordinaria frase chiovendiana el que: "Se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o defenderse en juicio para pedir justicia". Lo que se debe prevenir es el daño, cualquier tipo de daño que genere la duración del proceso; cualquier tipo de lesión que pueda producirse a consecuencia de tener que recurrir al proceso con la demora que ello exige, porque el propio ordenamiento nos prohíbe el recurso a la autotutela. El ordenamiento nos otorga el proceso como medio de protección, pero dicho medio de protección es imperfecto, tiene en su base y esencia, como hemos dicho reiteradamente a lo largo de este trabajo, un defecto del cual no se puede librar: la demora. El proceso toma tiempo. Cualquier daño que me puede generar esa demora, esa imperfección del proceso, debe ser pasible de ser evitado con el dictado de una medida cautelar, no solo aquellos que sean irreparables. Ha sido dicho por ello con razón que: "el perjuicio irreparable no puede equipararse –ni incrustarse– dentro del *periculum in mora*" (ALBERTO, 1992: p. 4).

Alguien podría insistir en la *irreparabilidad* del daño, alegando que aquellos daños *reparables* que no se puedan evitar con el dictado de una medida cautelar, pueden ser reparados posteriormente, puesto que el que sufre el daño, podría luego iniciar un proceso, distinto al que está ya sufriendo y tramitando, en el que puede pretender el resarcimiento de aquel daño sufrido a consecuencia de la duración del primer proceso. Se demuestra con ello que en esa hipótesis, la tutela cautelar

no estaría sirviendo para atemperar los efectos negativos que el tiempo que toma el proceso puede generar a aquel que se ve obligado a acudir a él.

Si quisiésemos demostrar con mayor evidencia la dramática situación de esa infortunada persona, debemos advertir que en ese segundo proceso es posible que existan daños *inminentes* y *reparables* que podrían producirse por la demora de ese segundo proceso, los mismos que (si exigimos la irreparabilidad del perjuicio como condición para estar frente al peligro en la demora) tampoco podrían ser evitados con el dictado de una medida cautelar en él. ¿La solución que darían aquellos que exigen la *irreparabilidad* del daño sería entonces, el inicio de un tercer proceso? La efectividad de la tutela jurisdiccional impide pensar en soluciones como la propuesta en la que el proceso se convierta en un mecanismo en el que se permite abiertamente la lesión de las situaciones jurídicas de los litigantes. Por el contrario, la efectividad de la tutela jurisdiccional exige que el ciudadano se vea, en la medida de lo posible, plenamente satisfecho con el resultado del proceso. La garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional funciona tanto ante situaciones en las que el daño por la demora del proceso sea irreparable, como en aquellas otras donde es reparable. Lo importante es que sea evitable. Si el daño que podría producirse por la demora del proceso es posible de ser evitado por una medida cautelar, es suficiente para decir que el requisito del peligro en la demora se ha cumplido.

Una muy interesante perspectiva en torno a la irreparabilidad del daño como componente del peligro en la demora ha sido dada por el importante procesalista italiano Andrea PROTO PISANI. Para el citado autor, "en la medida que la tutela cautelar es útil –es necesaria– para neutralizar los *periculum in mora* que se elevan a los extremos de la irreparabilidad del perjuicio, el dictado de la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria en cuanto constituye garantía de la exigencia constitucional de la efectividad del derecho de acción (o de la tutela jurisdiccional) y, por tanto, es deber del intérprete adoptar todos los instrumentos hermenéuticos de los que dispone en un sistema de derecho escrito en el sentido de favorecer –y no limitar– la concesión de dicha tutela" (PROTO PISANI, 1987: p. 122). Concluye el citado autor señalando que: "En la medida en la que, por el contrario, se esté ante la presencia de *periculum in mora*, también graves, pero que no se eleven a los extremos de la irreparabilidad del perjuicio, la tutela cautelar no es constitucionalmente obligatoria, y su previsión entra en típicas previsiones de discrecionalidad política del legislador ordinario" (PROTO PISANI, 1987: p. 122).

La irreparabilidad del perjuicio es, entonces, para PROTO PISANI un criterio para determinar en qué casos la no previsión normativa del instituto cautelar, puede llegar a constituir una infracción constitucional y, agregamos, en qué supuestos la denegatoria de una medida cautelar por parte del juez puede constituir igual

infracción. Para el citado autor la irreparabilidad del perjuicio no es un componente de todo peligro en la demora que justifique el dictado de una medida cautelar, sino el elemento que determina en qué casos su no previsión genera una infracción constitucional.

La perspectiva de PROTO PISANI no hace sino reafirmar el hecho de que no es necesario acreditar que el perjuicio a sufrir sea irreparable para que se conceda una medida cautelar.

En mi opinión el que el daño que se quiere evitar sea irreparable no es condición esencial para la procedencia de una medida cautelar. Para la configuración del peligro en la demora, no se requiere que el daño que se teme que se pueda producir por la demora del proceso, sea irreparable; sino que basta que sea inminente. La irreparabilidad del daño es solo un peligro en la demora acentuado, constituyendo lo que un sector de la doctrina nacional, a la cual nos adscribimos, ha denominado "grado máximo al que puede llegar el peligro en la demora" (MONROY PALACIOS, 2002: p. 184; ABAD, 2004: p. 504).

Cuando el CPC peruano se refiere al peligro en la demora, utiliza en su artículo 611 la expresión "necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso". Nótese que en el texto legal citado, se puede encontrar el doble componente al cual nos hemos referido líneas atrás, pues de su lectura queda absolutamente claro que el peligro o riesgo de daño jurídico es por *la demora del proceso*; y que la decisión preventiva debe presentarse como necesaria, lo que significa "que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2001); lo que desarrolla el carácter de la inminencia del daño. Para nuestro CPC entonces, no es cualquier riesgo de daño el que configura el peligro en la demora, sino que tiene los caracteres a los que nos hemos referido líneas arriba.

Pero el propio artículo 611 a la vez que se refiere al peligro en la demora del proceso como justificación para el dictado de una medida cautelar, tiene en su redacción una frase que permite el dictado de una medida cautelar por razones distintas a la del peligro en la demora, pues el texto del referido artículo señala: "(...) necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, *o por cualquier otra razón justificable* (...)".

Hay autores que han señalado que los otros motivos justificantes a los que se refiere el CPC permitirían el dictado de una medida cautelar en cualquier otra circunstancia en la que no exista peligro en la demora, a pesar de lo cual se hace necesario el dictado de dicha providencia jurisdiccional. Así, Adolfo RIVAS opina que en la sola consideración de los casos que pueden configurar peligro en la demora, como presupuesto para el dictado de una medida cautelar, "conducirían (...) a una utilización un tanto estrecha de las medidas cautelares, cuya concesión

ha de poder manejarse con razonable amplitud según lo indique la consideración de la verosimilitud del derecho. De ahí que la ley haya previsto la posibilidad de hacer jugar una fórmula que permita la elasticidad necesaria para el correcto uso del instituto. Se trata de la existencia de "otros motivos justificantes" (...) concepto jurídico indeterminado que la prudencia de los jueces deberá apreciar en cada caso, sopesando el valor de aquella verosimilitud, las consecuencias negativas de la espera sobre el derecho que se intenta proteger y la asignación de una adecuada contracautela que resguarde los derechos del sujeto sometido a la cautelar" (RIVAS, 2000: p. 43).

En mi opinión, no vemos que algo distinto al peligro en la demora –en los términos en los que lo hemos definido en el presente trabajo– pueda justificar el dictado de una medida cautelar. Creemos que no existen "otros motivos" que justifiquen el dictado de una medida cautelar, que no sea el temor de daño jurídico inminente derivado de la demora del proceso (ARIANO, 2003: p. 661). Tampoco creo que la sola verificación de que se presenta otro de los presupuestos para la concesión de una medida cautelar (verosimilitud de fundabilidad de la pretensión), ni aún en el caso en que esta verosimilitud sea muy fuerte, casi cercana a la certeza, justifique el dictado de una medida si es que no existe peligro en la demora, pues, como hemos señalado en este trabajo, las medidas cautelares precisamente tienen su razón de ser en evitar los daños que puede generar la demora en la tramitación del proceso. La ausencia de peligro en la demora determina la absoluta imposibilidad en el dictado de una medida cautelar. Ni siquiera nos parece convincente la explicación que el propio Adolfo RIVAS pretende dar cuando intenta encontrar ese "otro motivo" al que se refiere la norma como justificación para el dictado de una medida cautelar:

> "Preguntándonos qué motivos especiales pueden ser tenidos en cuenta a los fines de decretar medidas cautelares, respondemos que en todos ellos debe haber una razón de necesidad a satisfacer, es decir, que mediará una urgencia, pero esta vez enfocada desde el punto de vista subjetivo del peticionante de la medida y no desde el de la realidad objetiva como es el que opera en la causal tratada en el punto anterior [se refiere al peligro en la demora]" (RIVAS, 2000: pp. 43-44).

Discrepamos del citado autor. Cuando el juez evalúa las circunstancias que configuran el peligro en la demora, lo hace atendiendo a circunstancias objetivas y subjetivas, que son las circunstancias que se presentan en todo caso que es sometido al órgano jurisdiccional. Todas ellas permiten apreciar si se presenta o no el peligro en la demora que justifica el dictado de una medida cautelar. Por ello, discrepamos del autor en su intento por buscar una explicación a una frase utilizada por nuestro legislador con la que se desvirtúa la naturaleza y justificación de una medida cautelar.

3. VEROSIMILITUD DE FUNDABILIDAD DE LA PRETENSIÓN

Este presupuesto es comúnmente conocido como verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris*, sin embargo, preferimos adoptar la expresión utilizada por Juan MONROY PALACIOS (2002: p. 170), al parecernos mucho más amplia, lo que permite comprender las diversas manifestaciones de la tutela jurisdiccional.

Si bien la efectividad de la tutela jurisdiccional exige que se dicten medidas cautelares tendientes a evitar que se produzcan daños derivados por la demora del proceso, ello no quiere decir que para proceder al dictado de una medida cautelar baste la sola alegación o constatación de que ese daño se puede producir y que es de inminente realización; sino que es necesario que el juzgador evalúe si es que existe la posibilidad de que en el futuro vaya a dictar una sentencia a favor de quien formuló una pretensión en el proceso, pues es esa sentencia, la que puede terminar siendo ineficaz por causa de la demora del proceso.

Vale la pena esclarecer "de quien formuló una pretensión en el proceso", pues es una forma de referirnos genéricamente a quien puede pedir una medida cautelar. Es usual que se escuche señalar que es el demandante el que puede hacerlo, pero debemos tener presente el hecho de que el demandante no es el único que plantea una pretensión en el proceso, sino que puede también hacerlo el demandado a través de la reconvención o del aseguramiento de pretensión futura, supuestos en los cuales el demandado podría ser el que solicite la medida cautelar. Claro está que el juicio de verosimilitud del derecho se realizará en función de la pretensión cuya eficacia se desea asegurar en caso la sentencia la ampare.

Ahora bien, si, como hemos explicado, el dictado de una medida cautelar se realiza ante el riesgo de perjuicio inminente provocado por la demora del proceso el análisis de fundabilidad de la pretensión no resiste un profundo análisis ni una concienzuda y detenida valoración de los medios de prueba, pues lo que la medida cautelar quiere evitar es precisamente que el tiempo que toma realizar ese profundo análisis no termine por generar una sentencia ineficaz. El análisis sobre la fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada. Así, al juicio de certeza propio del proceso principal, se le opone el juicio de probabilidad propio del proceso cautelar.

Quien más, sino el propio CALAMANDREI para explicarnos, con la lucidez que lo caracteriza, esta situación: "Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta

que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar" (1996: p. 77).

De allí que sea el mismo CALAMANDREI el que explique que el juicio acerca de la verosimilitud de fundabilidad de la pretensión, sea un juicio hipotético: El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: *solamente cuando se dicte la providencia principal podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad*

Resulta claro entonces que el análisis que debe realizar el juez para determinar la apariencia de fundabilidad de la pretensión principal se realiza a través de una cognición sumaria. Ello no quiere decir que el juez basará su apreciación en meras alegaciones del demandante, sino que también tendrá que realizar una sumaria actividad probatoria, la misma que le permita concluir que se presenta aquella probabilidad que necesita para poder dictar la medida cautelar.

Así, la sola alegación del demandante no genera verosimilitud, sino que las alegaciones de hecho deben corroborarse con los medios de prueba que se ofrezcan al pedido cautelar. La verosimilitud, por ello, no es un juicio emitido al azar ni sobre la base de intuiciones del juzgador, sino que es un juicio que, sin llegar a basarse en la certeza, es pasible de ser corroborado con los medios de prueba que se hayan ofrecido en el pedido cautelar. Ello podrá ser corroborado en la decisión que conceda o rechace la solicitud cautelar, ya que en ella el juzgador tendrá que expresar, con base en la sumaria valoración de la prueba aportada, en qué se sustenta su conclusión sobre si existe o no verosimilitud en la solicitud planteada.

El artículo 611 del CPC utiliza el extendido término de *verosimilitud del derecho* para referirse al presupuesto de verosimilitud de fundabilidad de la pretensión planteada en la demanda. Lo trascendente es que la norma en comentario establece con claridad que la determinación del citado presupuesto, se hace teniendo en consideración dos cosas: (i) Lo expuesto por el solicitante de la medida cautelar y (ii) La prueba que haya acompañado el solicitante a su solicitud. Resulta indispensable por ello, el análisis tanto de lo alegado, así como de la prueba ofrecida para que el juez aprecie si en el caso concreto existe o no verosimilitud.

4. ADECUACIÓN

Las medidas cautelares tienen por finalidad garantizar la eficacia de la sentencia, respecto de la pretensión que vaya a ser amparada en ella. Si ello es así, lo que se busca con una medida cautelar es garantizar que cuando la sentencia declare fundada una pretensión, esta esté en la posibilidad real de satisfacer el interés en

virtud del cual fue planteada. Por ello, la medida cautelar está íntimamente ligada a la pretensión que, en concreto, se plantea en el proceso. La medida cautelar solicitada y concedida debe estar en posibilidad de actuar como medio de garantía de la pretensión en caso esta sea amparada en la sentencia. Por ello, la medida cautelar debe ser idónea para poder garantizar la eficacia de la sentencia que ampare determinada pretensión. La relación entre medida cautelar y pretensión planteada en la demanda es de idoneidad, y a ello se refiere la adecuación, como presupuesto de las medidas cautelares.

Esa relación de idoneidad que supone la adecuación, determina "la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean *congruentes* y *proporcionales* con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración" MONROY PALACIOS (2002: p. 189), quien realiza un estudio exhaustivo y amplio sobre el presupuesto que analizamos, el mismo que aconsejamos revisar). El hecho de que la medida cautelar sea congruente con la pretensión planteada, supone que exista una "correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela" (MONROY PALACIOS, 2002: p. 190). *Proporcional* quiere decir que el sacrificio que supone la concesión de una medida cautelar sea el necesario para lograr la garantía de efectividad que se requiere con la medida cautelar obtenida.

Nos distanciamos en esta parte del importante trabajo que sobre la materia realiza Juan MONROY PALACIOS, para quien la proporcionalidad supone "una calificación cuantitativa y no cualitativa en la correlación necesaria que debe existir entre la medida otorgada y el objeto que esta busca asegurar. Por ello mismo es que debemos indicar que este elemento solo se puede identificar en medidas cautelares que tengan como finalidad la aseguración de situaciones jurídicas con contenido patrimonial" (2002: p. 191).

Con ello, el presupuesto de adecuación sirve para determinar si la medida cautelar solicitada y/o concedida sirve para el propósito que, de manera general, se reserva a las medidas cautelares, esto es, garantizar la eficacia de la sentencia que declare fundada una pretensión. Una medida que no sea adecuada, es decir, incongruente, no cumplirá con la finalidad prevista y, por ello, constituye una herramienta absolutamente inútil conferida al litigante. La adecuación, por ello, garantiza al litigante que va a contar con esa medida que de manera real garantice la efectividad de la sentencia. El juez no podrá, por ello, conceder una medida cautelar que no sea idónea para garantizar la efectividad de la futura sentencia que declare fundada la pretensión.

Pero además, el presupuesto de la adecuación permite dar la medida cautelar que sacrifique el interés del afectado con ella en la justa medida para garantizar la eficacia de la pretensión. No hay que dar cualquier herramienta, sino la necesaria

para garantizar aquello que se pretende. El sacrificio debe ser *adecuado* con aquello que con dicho sacrificio se quiere garantizar. Debe procurarse dar lo suficiente para garantizar la efectividad de la sentencia que declare fundada la pretensión planteada en el proceso, en función de la verosimilitud y el peligro alegados. Ni más ni menos. El afectado con la medida no debe sufrir la medida dictada en su contra en una magnitud que no sea la necesaria para garantizar con suficiencia la efectividad de la sentencia que se dicte en el proceso amparando la pretensión.

Una correcta evaluación en torno a la adecuación de las medidas cautelares, garantiza dos cosas: (i) que quien pretende algo en el proceso obtenga aquel medio que requiere para garantizar realmente su pretensión; y, (ii) que el demandado no sufra en magnitud mayor a lo necesario para lograr la finalidad de las medidas cautelares. Con ello, se evita simultáneamente la desprotección del pretendiente y el abuso contra el afectado.

En verdad el presupuesto de la adecuación es una manifestación, en el ámbito del análisis de los presupuestos de la medida cautelar de la *instrumentalidad*, característica esencial de las medidas cautelares.

En el CPC existe enunciado bajo el rubro de "razonabilidad". Adicionalmente, el propio artículo 611 se refiere a este presupuesto "asegurar la eficacia de la decisión definitiva". Para ello se requiere realizar una comparación entre la medida cautelar solicitada y la pretensión planteada, a fin de determinar si existe la idoneidad a la que nos hemos referido.

Asimismo, el artículo 611 comienza señalando que al conceder la medida cautelar deberá hacerlo *atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal*. Pero el CPC indica que si no se cumple con la adecuación, el juez dará la medida cautelar que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión. Es decir, el incumplimiento de este requisito no determina la improcedencia del pedido, sino la concesión de aquella que sí resulta congruente y/o proporcional. Lo que se hace, de esta forma, es darle al juez un rol importante en la definición del medio más adecuado para lograr la efectiva tutela jurisdiccional; siempre que, claro está la parte le haya solicitado tutela cautelar. La adecuación no permite la concesión de una medida cautelar de oficio, sino la reconducción del pedido cautelar en función de la idoneidad de la medida.

La doctrina ha intentado delinear los límites a dicha facultad, pues dicha posibilidad supone una excepción al principio de congruencia (De los Santos, 2005: p. 97). Así, se ha dicho que: "en sede cautelar se relativiza dicha limitación al punto en que el juzgador tiene el deber de adecuar la medida cautelar solicitada (el pedido), sea cuando encuentre que otra medida garantiza de igual forma la eficacia del proceso (con la ventaja, por ejemplo, de que provoca un perjuicio de

menor magnitud sobre quien será afectado con aquella) o, principalmente, cuando advierta una incongruencia o desproporcionalidad entre el pedido cautelar y lo que se quiere garantizar" (MONROY PALACIOS, 2002: pp. 197-198).

Por su parte, Eugenia ARIANO (2003: p. 693) ha señalado que los límites de adecuación que tiene el juez son:

> "(i) no deberá emitir una medida cautelar en donde el sujeto activo de la misma obtenga más de aquello que le será reconocido en sede de tutela de fondo, en donde el derecho encontrará su plena y definitiva realización; (ii) deberá evitar disponer medidas cautelares con un contenido y efectos objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión; y (iii) deberá tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo evitando que la medida le produzca efectos efectivamente dañosos".

De esta manera, el principio de adecuación, que permite al juez conceder una medida cautelar que resulte más adecuada en función de la pretensión planteada en la demanda, es el mismo que le sirve de límite para su ejercicio, pues es en virtud de los criterios antes expuestos que debe ejercerse.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABAD YUPANQUI, Samuel (2004): *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales.* Lima: Gaceta Jurídica; ALBERTO, Misael E. (1992): "Verosimilitud del derecho, peligro en la demora y perjuicio irreparable en la cautelar innovativa. Pesos y contrapesos de esos requisitos para el despacho de la medida". En: *Medida cautelar innovativa.* Jorge Peyrano (coord.). LexisNexis. Jurisprudencia Argentina. Número Especial, fascículo N° 11. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): "Situación cautelable, verosimilitud y '*periculum in mora*'". En: *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CALAMANDREI, Piero (1996): *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares.* Buenos Aires: El Foro; CHIOVENDA, Giuseppe (1965): *Principii di Diritto Processuale Civile.* Nápoles: Jovene; CHIOVENDA, Giuseppe (2005): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Valetta; DE LOS SANTOS, Mabel (2005): "Postulación y flexibilización de la congruencia (su análisis con relación al Código Procesal Civil peruano)". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VIII. Lima: Monroy Abogados-Palestra; MONROY PALACIOS, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar.* Lima: Comunidad; ORTELLS RAMOS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares.* Madrid: La Ley; PROTO PISANI, Andrea (1987): "Apunti sulla tutela cautelare nel processo civile". En: *Rivista di Diritto Civile.* Padua: Cedam; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed. Madrid: Espasa; RIVAS, Adolfo A. (2000): *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano.* Lima: Rodhas; TOMMASEO, Feruccio (1984): "Voz: Provvedimento di urgenza". En: *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXVII.

Artículo 612 | Características de la medida cautelar

Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 608, 611, 617, 628, 630, 636.

Giovanni F. Priori Posada

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo regula las características de las medidas cautelares. Comienza señalando que ellas importan un prejuzgamiento y que son provisorias, instrumentales y variables. Veamos cada uno de esos caracteres.

2. ¿PREJUZGAMIENTO?

La Real Academia de la Lengua define prejuzgar como "juzgar a una cosa o persona antes del tiempo oportuno, o sin tener cabal conocimiento de ellas". En mi opinión lo que ocurre con la tutela cautelar no es un prejuzgamiento, sino un juzgamiento de aspectos diversos a aquellos que deben ser analizados para conceder la tutela definitiva. Algunos de esos aspectos, qué duda cabe, coinciden con aquellos que serán objeto de un mayor y profundo análisis para conceder la tutela definitiva, pero no se trata de un juicio previo y adelantado de los mismo elementos.

Como sabemos, la tutela cautelar es instrumental respecto de la tutela definitiva. Esta, a su vez, puede ser cognitiva o ejecutiva. Los elementos que el juez debe evaluar para conceder la tutela definitiva están vinculados única y exclusivamente a la pretensión que plantea el demandante, y tienen que ver fundamentalmente con si en el caso concreto se dan los hechos que están prescritos en la norma como hipótesis de hecho que permite conferirle al demandante el remedio que solicita. Este análisis debe ser hecho con base a todos los elementos de hecho que las partes a través de los medios de prueba le han hecho saber al juez, quien para sentenciar deberá valorarlos conjuntamente; pero también con base en los elementos de derecho que las partes y el juez aporten para la decisión de la controversia. Con base en todo ello se define si se ampara o no la pretensión. En caso la tutela definitiva se refiera a una tutela ejecutiva será preciso analizar si el título cumple con los requisitos de la ejecución y si el ejecutado logra acreditar alguno de los supuestos que la ley permite que sirvan de base para sustentar su oposición.

En la tutela cautelar el análisis es diverso. En primer lugar es preciso evaluar si se presenta o no el presupuesto del peligro en la demora, elemento que no

es necesario evaluar para conceder la tutela cognitiva o la ejecutiva. Adicionalmente es preciso establecer con un grado que llamaría de "certeza coyuntural", es decir con base a todos los elementos de hecho y de derecho con los que se cuentan al momento en el que se dicta la resolución cautelar si podría ser amparable la pretensión del demandante cuya garantía con la tutela cautelar se solicita. Pero además, se debe analizar si la medida cautelar que específicamente se está solicitando en el caso concreto resulta ser adecuada (proporcional y razonable) para garantizar la efectividad de la tutela que se solicita. No se trata pues, en estricto, de un análisis remedial, sino uno de garantía de efectividad.

¿Se puede hablar de prejuzgamiento cuando los elementos que hay que hacer en el juicio previo son distintos a los elementos que deben ser analizados para el juicio posterior? No. El juicio cautelar sí es previo, pero no respecto de los mismos elementos que el juicio definitivo. Por ende, no es ni puede ser un prejuzgamiento. Es claro que algunos elementos coincidirán pero las exigencias en uno u otro caso serán también diversas.

3. INSTRUMENTALIDAD

Las medidas cautelares son institutos jurídicos mediante los cuales se pretende asegurar la eficacia de una sentencia que ampare una pretensión planteada en el proceso. Siendo ello así, sirve de medio para garantizar la efectividad de la sentencia, o dicho de otra manera, está al servicio de la efectividad del proceso. Es esta, probablemente, la nota más distintiva de las medidas cautelares (CALAMANDREI, 1996). Es así que nunca podrá existir una medida cautelar por sí sola, pues siempre se requerirá que exista el objeto que con ella se quiere garantizar, al cual le sirve de medio o instrumento de eficacia.

Resulta importante advertir que, si las medidas cautelares son un medio para garantizar la eficacia del proceso (es decir, un instrumento de él) y el proceso es a la vez un instrumento para lograr la efectividad de las situaciones jurídicas y, además, la vigencia determinados valores previstos en el ordenamiento jurídico, resulta claro que, respecto de la tutela cautelar, se puede señalar que existe, lo que CALAMANDREI (1996: p. 45), denominaba una *instrumentalidad al cuadrado*, en la medida en que las medidas cautelares son *un instrumento del instrumento*.

Este carácter de instrumentalidad determina que, si bien la tutela cautelar actúa sobre la situación sustancial, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que lo único que hace es garantizar la eficacia de aquella (ARIANO, 2003a: p. 614 y ss.). Así, si bien el objeto de protección del proceso principal es la *situación material* que en él se propone, y que es la razón por la que se inicia, el objeto de la tutela cautelar es la *protección de la situación material que el proceso debe brindar*; es decir, garantiza que la protección que quiere otorgar el proceso a la situación material sea eficaz.

4. PROVISIONALIDAD

Las medidas cautelares son provisorias en la medida en que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución o se produzca una circunstancia que, según la ley, la deje sin efecto. De esta manera, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia; pero esa vida limitada en el tiempo está condicionada a que se produzca un hecho futuro, y esto es, como hemos señalado, el dictado de la sentencia con autoridad de cosa juzgada o de otra resolución que la levante.

CALAMANDREI hace una distinción entre lo *temporal* y lo *provisorio*: "Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: *provisorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio" (1996: p. 36).

La provisionalidad es, pues, una consecuencia del carácter instrumental de las medidas cautelares.

5. VARIABILIDAD: SUJECIÓN A LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El CPC refiere que la variabilidad es una de las características de las medidas cautelares. Antes que variabilidad es mejor hablar de sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*. Pues la variabilidad es refiere a un aspecto consecuencial, que responde a un aspecto más trascendente, que es el que las resoluciones cautelares se dictan con base a ciertas circunstancias, cuya variación, tienen una consecuencia en la propia resolución que ha sido conferida.

En efecto, para conceder –o denegar– una medida cautelar el juez ha tenido que evaluar algunas circunstancias que al momento en que concedió –o denegó– la medida constituían –o no–, a su juicio, la apariencia de fundabilidad de la pretensión, el peligro en la demora necesarios para otorgarla y la adecuación de la medida. Sin embargo, es perfectamente posible que durante todo el tiempo que tome el proceso, esas circunstancias que llevaron al juez originalmente a conceder –o denegar– una medida cautelar, varíen, en cuyo caso podrá variar también la resolución que en su momento resolvió conceder –o denegar– la medida cautelar.

De esta manera, entonces, en la medida en que el juicio sobre la procedencia o no de una medida cautelar, se hace con el propósito de garantizar la sentencia que se va a dar en el futuro, el cambio en las circunstancias que llevaron en

su momento al juez a conceder o denegar una medida cautelar permite la modificación de la resolución mediante la cual decidió la referida concesión o rechazo. Por ello, se dice que la resolución cautelar (tanto la que la concede, como la que la deniega) se halla sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Ese cambio de circunstancias puede producirse por cualquiera de las siguientes razones:

- Aquella situación de hecho y/o de derecho en virtud de la cual el juez concluyó que no existía peligro en la demora ha variado, de manera tal que ahora dicho peligro sí existe.
- Aquella situación de hecho y/o de derecho en virtud de la cual el juez concluyó que existía peligro en la demora ha variado, de manera tal que ahora dicho peligro no existe.
- Las circunstancias de hecho y/o de derecho que llevaron al juez a concluir que existía apariencia de fundabilidad de la pretensión planteada se han modificado, de manera tal que dicha apariencia ya no le parece tal.
- Las circunstancias de hecho y/o de derecho que llevaron al juez a concluir que no existía apariencia de fundabilidad de la pretensión planteada se han modificado, de manera tal que ahora considera que sí existe.

Las situaciones descritas deben fundarse en hechos nuevos o en circunstancias desconocidas al momento en las que se fundó originalmente el pedido cautelar. Así, ORTELLS señala que: "Particularmente, y sin desacuerdo doctrinal alguno, no puede pretenderse una nueva resolución aportando, simplemente, nuevos argumentos y razonamientos desarrollados sobre la base del material fáctico (alegaciones de hecho y medios de acreditamiento) antiguo, por incluido en el límite temporal del procedimiento que dio lugar a la resolución firme" (2000: p. 337). Por ello, se hace necesario que el pedido de modificación de la resolución anteriormente dada, se funde en hechos que no existían al momento de la petición o que no pudieron considerarse en la resolución que la concede, por no conocerse.

Eugenia ARIANO (2003: p. 633), luego de señalar que la doctrina está de acuerdo en que los hechos que se invocan en la solicitud deben ser hechos "verificados con posterioridad a su concesión", señala que:

> "Definitivamente ello sería plenamente correcto, si las medidas cautelares –en general– se dictaran con contradictorio entre las partes. No lo es si –como en nuestro sistema– se adoptan en base a las solas afirmaciones fácticas del requiriente de la medida cautelar. En tal sentido, por alteración de las circunstancias debemos entender toda variación de la base *fáctica - fundamento de la medida* (tanto en el derecho como en el peligro en la demora, en concreto), bien que los hechos 'nuevos' sean aportados por el sujeto activo de la cautela

> [en donde sí debe tratarse de hechos (no necesariamente posteriores, que pueden haber sido silenciados por el requiriente)] aportados por el sujeto pasivo de la cautela. En suma, alteración de las circunstancias implica que se aporten al proceso (cautelar) hechos distintos de los que tuvo en cuenta el juez para conceder una medida cautelar, que resulten determinantes para variar el contenido de la medida".

Coincidimos plenamente con la autora nacional, por eso, creemos que los hechos que se invoquen como sustento de una petición de variación, deben ser, como hemos expuesto líneas arriba, *hechos posteriores o que no pudieron ser considerados en la resolución cautelar por no conocerse*. De allí que, creamos que deban distinguirse estas situaciones:

(i) Si el juez ha concedido o denegado una medida cautelar, el solicitante de la medida puede pedir que aquella medida cautelar que le fue negada le sea concedida; o que aquella que le fue dada, sea modificada por una de mayor afectación, sobre la base de hechos que se produjeron con posterioridad a su pedido anterior. Es evidente que no todos los hechos que invoque en la nueva solicitud tienen que haberse producido con posterioridad al pedido cautelar anterior, porque habrá hechos que se repetirán, pero aquello que justifica la reproposición del pedido o la variación de la medida por una de mayor afectación (es decir, la modificación de la resolución anteriormente expedida) sí debe ser un hecho ocurrido con posterioridad a la fecha en que realizó el anterior pedido; o un hecho que, comprobadamente no pudo ser conocido por él a esa misma fecha.

(ii) Si el juez ha concedido una medida cautelar, puede decidir levantarla en base a un pedido del afectado con ella, el mismo que se puede fundar en: (a) hechos anteriores y posteriores a la fecha en que se solicitó la medida cautelar, en todos aquellos casos en los que la resolución cautelar haya sido concedida sin conocimiento de la parte afectada con ella; y, (b) hechos posteriores a la fecha en que presentó su defensa frente a la solicitud de medida cautelar, en los casos en los que ya se le haya escuchado, salvo que se trate de hechos anteriores a esa fecha, que comprobadamente no haya podido conocer.

En cualquiera de las hipótesis antes señaladas, cuando nos referimos a *hechos que no existían al momento de la petición o que no pudieron considerarse en la resolución, por no conocerse*, no estamos haciendo referencia a los medios de prueba de esos hechos, sino a los hechos en sí. En efecto, en la doctrina alemana existe un debate en torno a si la modificación de la resolución que concede o rechaza la medida cautelar puede sustentarse en los mismos hechos que fueron tenidos en cuenta para expedir la resolución original, pero acreditados con nuevos medios de prueba, o si ello no es posible. En nuestra opinión la solicitud de

modificación por cambio en las circunstancias solo puede fundarse en medios de prueba distintos a aquellos que sirvieron de base a la original solicitud o defensa del afectado, cuando estos medios de prueba hayan aparecido con posterioridad a la fecha en la que se presentó dicha solicitud o defensa, o que comprobadamente no hayan podido ser conocidos a esa fecha.

En virtud a lo expuesto, la variación de la resolución que concede o deniega la medida cautelar en función de la cláusula *rebus sic stantibus* puede producirse solo a pedido de parte, a través de un pedido de revocación de la medida cautelar, o la reproposición de ella, o un pedido de modificación.

La solicitud de revocación de la medida cautelar puede ser presentada por la parte afectada con ella para que se deje sin efecto la medida cautelar concedida anteriormente. Cabe precisar que dicho pedido procede incluso en aquellos casos en los que la resolución que concede la medida cautelar (cuyo levantamiento ahora se solicita) haya sido confirmada por el órgano jurisdiccional superior, a consecuencia de la interposición del recurso de apelación respectivo; siempre que la solicitud se sustente, por supuesto, en un cambio en las circunstancias que sirvieron originalmente para concederla.

La reproposición de la medida cautelar es la solicitud que puede presentar la parte que formula una pretensión en un proceso, mediante la cual solicita que se conceda una medida cautelar que anteriormente le fue denegada por el juez; facultad que puede ser ejercida incluso en aquellos casos en los que la resolución que rechazó la medida cautelar haya sido confirmada por el órgano jurisdiccional superior, a consecuencia de la interposición del recurso de apelación respectivo; siempre que la solicitud se sustente, como en el caso anterior, en un cambio en las circunstancias que sirvieron originalmente para denegarla.

El pedido de modificación de la medida cautelar dada puede ser planteado, tanto por el afectado de la medida como por el que la obtuvo. El primero de ellos puede hacerlo con la finalidad de obtener una medida cautelar menos gravosa que la impuesta, mientras que el segundo puede hacerlo para obtener, por el contrario, una más gravosa; sin embargo, para que se entienda que dichos pedidos son realizados con base en la cláusula *rebus sic stantibus* deben ser sustentados en un cambio en las circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Estabilidad de la tutela cautelar*. Lima: Jurista; ARIANO DEHO, Eugenia (2003a): "La instrumentalidad de la tutela cautelar". En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; CALAMANDREI, Piero (1996): *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Buenos Aires: El Foro; ORTELLS RAMOS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley.

Artículo 613

Contracautela y discrecionalidad del juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, esta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo. (*)

CONCORDANCIAS:

C. arts. 3, 43; C.C. arts. 1868, 1871; C.P.C. arts. 2, 3, 610 incs. 1 y 4, 614, 615, 620, 621, 627, 405, 523-A, 530; L.G.S. art. 145.

J. María Elena Guerra Cerrón

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la Constitución Política del Perú y del ordenamiento procesal civil, en la etapa del acceso al órgano jurisdiccional se manifiesta el derecho de acción (primer momento de acceso a la justicia), el mismo que encontramos

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29384 del 28/06/2009.

descrito en los artículos 2 y 3 del CPC, estableciéndose que este es el derecho de toda persona (sujeto activo) en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de recurrir al Poder Judicial pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Este derecho se reconoce igualmente al sujeto pasivo/emplazado quien tiene derecho de contradicción. Están equiparados los derechos de acción y contradicción, los que no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los presupuestos procesales así como de las condiciones y requisitos procesales especiales.

Un segundo momento es una vez iniciado el proceso, al calificar la demanda. A partir de este momento se garantiza el debido proceso a las dos partes (audita altera parte - escúchese a las partes), sin embargo cuando se requiere tutela cautelar se presenta una situación excepcional por la naturaleza del pedido (in audita altera parte - sin escuchar a la otra parte).

Finalmente, una vez que se cuenta con una resolución final, esta debe ejecutarse y para ello es necesario que durante el proceso se mantenga la situación que asegure tal ejecución. De ahí la importancia de que se garantice el acceso a la justicia cautelar oportunamente, y en la forma adecuada. Al respecto el maestro argentino Oswaldo GOZAÍNI destaca que la posibilidad de requerir tutela cautelar se encuentra dentro de las funciones jurisdiccionales y específicamente como manifestación de la eficacia de la gestión judicial y, por ello, precisa que las medidas cautelares no son salvaguardas del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional (GOZAÍNI, 1996: pp. 282, 287).

2. ¿QUÉ ES LA CONTRACAUTELA?

Para explicar el primer párrafo del artículo 613 del CPC ("La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución"), como primer concepto, en el marco de la tutela cautelar, tenemos que:

> "(...) las medidas cautelares son instrumentos (provisionales) del instrumento (proceso). Cuando se traba un embargo preventivo se busca garantizar que si el actor surge vencedor tendrá de dónde cobrar su crédito. Si lo que se anotó fue una inhibición general de bienes se trata de impedir que, durante el proceso, el demandado se desprenda de bienes registrables. La prohibición de innovar preserva el objeto del juicio, es decir, el objeto de la pretensión debe permanecer sin cambios al momento de la ejecución de sentencia. Así podríamos seguir refiriéndonos a otras medidas cautelares. Los conceptos desarrollados nos indican que, independientemente de las medidas cautelares trabadas, el proceso avanza al dictado de la sentencia, porque aquellas no deciden el conflicto ni adelantan la ejecución del fallo" (RAMÍREZ, 2005: p. 43).

Con la tutela cautelar se pretende garantizar al demandante con un derecho aparente y por el peligro en la demora, que la resolución final pueda ser ejecutada y cumplida en sus términos y además que se legitime y fortalezca la función jurisdiccional.

Como el debido proceso es del proceso integralmente, entonces este se garantiza tanto al demandante como al demandado, por lo tanto, a este último también hay que proveerle de garantías para salvaguardar sus derechos. La contracautela es una garantía del demandado-afectado por una medida cautelar que tiene por objeto asegurarle el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

Como segundo concepto tenemos a la *contracautela*. De común se usa la contracautela como sinónimo de caución o incluso de fianza, por lo cual es necesario hacer algunas precisiones respecto a caución en general y caución procesal.

> "Como la palabra lo sugiere, una caución es en resguardo, una seguridad. Proviene de *cautio*, forma sustantiva abstracta de *cautium*, supino de *cavere*, precaverse, guardarse. Este concepto se asocia, por un lado, a los contratos de garantía del Derecho Civil; por otro, a las providencias cautelares del Derecho Procesal. El régimen jurídico de las cauciones y de los contratos de garantía es común y se rige por el Derecho Civil. Pero la circunstancia de nacer este tipo de cauciones en ocasión del proceso, obliga a examinar a aquellos a la luz de los principios del Derecho Procesal" (COUTURE, 1967: pp. 868-869).

En el ámbito del proceso, marcamos distancia de la caución general para referirnos a la "caución procesal", donde:

> "(...) las cauciones son *actos procesales cautelares*. Nacen con ocasión del proceso, acceden a este, subsisten mientras subsista la razón que las justificó y cesan cuando aquella desaparece. No están a merced de la voluntad de las partes, como los contratos, sino a merced de lo que los jueces determinen, con arreglo a la ley. Su condición de actos accesorios de otros principales es evidente; como lo es, también, que en todo lo que no se halle estatuido por el Derecho Procesal, rige el Derecho Civil al cual originariamente estos actos pertenecen" (COUTURE, 1967: p. 869).

En el CPC encontramos prevista la contracautela en la forma siguiente:

a) Artículo 405: "La interposición del recurso [de queja] 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".

b) Artículo 523-A: "En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios, el juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorgar *contracautela* a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria (...)".

c) Artículo 530: "(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 627, el 25 % (veinticinco por ciento) del monto consignado servirá como *contracautela* por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria".

d) Artículo 610: "El que pide la medida debe: (...) 4. Ofrecer contracautela; (...)".

En todos los casos estamos ante una caución o simplemente garantía, pero la contracautela que nos interesa es la regulada en los artículos 613, 614 y 620 del CPC, esto es la seguridad o cautela que se otorga al afectado con medida cautelar en resguardo y garantía de cumplimiento de una obligación que pueda derivarse de la ejecución de una medida cautelar.

Aquí es necesario explicar que en el artículo 615 del CPC, cuyo texto se aleja del concepto general de las medidas cautelares, se establece que es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610; esto es, no se requiere exponer los fundamentos de la pretensión cautelar (presupuestos materiales verosimilitud y peligro en la demora) ni ofrecer contracautela, ya que si la sentencia es estimatoria entonces, hay certeza del derecho y ya no se trata de una "apariencia del derecho". En este contexto, existe una postura que sostiene que:

> "(...) el juez no puede estar impedido de pedir una caución porque así como es su deber otorgar tutela de seguridad cuando los requisitos de ella sean cumplidos, otorgando protección al derecho del solicitante, también lo es proteger al afectado con dicha tutela. Eso no quiere decir que el juez siempre deba fijar una caución (más aún, como fue dicho, teniendo en cuenta que el derecho del demandante fue reconocido mediante un juicio de certeza); sin embargo, dependiendo del tipo de medida pedida y del impacto que esta podría tener en el afectado, es conveniente que el juez tenga a la mano dicha posibilidad" (GACETA JURÍDICA, 2013: p. 219).

Al respecto, no estamos de acuerdo ya que si estamos ante un derecho declarado o decidido, esto es, un derecho cierto, ¿cuál sería entonces la seguridad jurídica frente a una sentencia estimatoria, si es que hay que ofrecer contracautela?

3. JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRACAUTELA

En el primer párrafo del artículo 613 del CPC, se señala que "La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución".

En la introducción de este comentario nos hemos referido al debido proceso como garantía de las partes y a la tradicional "igualdad de armas"; sin embargo, en la justicia cautelar, hay una situación especial. Resulta que el contradictorio que es la esencia del proceso, no se presenta en el ámbito cautelar (procedimiento cautelar). Al menos no hay contradictorio inmediato frente a una pretensión cautelar, sino que el derecho del demandado se ve postergado, hasta después de la calificación y admisión de la medida cautelar (*inaudita altera parte*).

La magistrada Marianella LEDESMA, respecto a la contracautela, señala que esta:

> "(...) responde a un principio de equidad, al mantenimiento del equilibrio objetivo procesal, pues busca coordinar dos tendencias opuestas: por un lado se pretende neutralizar el posible daño que la realización de su ejecución cautelar pueda acarrear a la parte contraria, y por otro, se evita que, por el deseo de conceder una determinada tutela jurídica, se llegue a poner en condiciones de inferioridad a la otra parte" (LEDESMA, 2013: p. 110).

A lo señalado, agregamos que, desde un enfoque de política jurisdiccional, esta garantía que es la contracautela, además de buscar un equilibrio en el procedimiento cautelar, responde también al interés cautelar de todo justiciable; esto es, que quien tenga real necesidad de una medida cautelar, acuda en busca de tutela y que esta necesidad sea tal que no haya riesgo o problema en ofrecer un resarcimiento frente a la posibilidad que se cause un daño por la ejecución de la medida. A lo que nos estamos refiriendo es a un efecto disuasivo para que no se haga un uso innecesario, irregular o abusivo del derecho a la tutela cautelar.

Sin perjuicio de lo antes señalado, nos preguntamos cuál es el grado de exigencia de una contracautela, si es que se verifica la existencia de un derecho aparente y hay peligro en la demora procesal (presupuestos materiales). O se tiene derecho aparente o no se tiene, de allí la importancia que la judicatura haga una buena calificación de la solicitud cautelar. Frente a la duda de la existencia de un derecho aparente, es mejor no conceder una medida cautelar, o postergar la decisión hasta que avance el proceso. En relación a lo señalado, nos parece interesante la forma como se encuentra prevista la contracautela en el Código General del Proceso del Uruguay que en el artículo 313 –facultades del tribunal– establece, entre otras, la atribución de "exigir la prestación de contracautela suficiente, *salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario*"

(énfasis nuestro), ello quiere decir que no en todos los casos se exigirá la contracautela, quedando a discreción del juez su establecimiento.

4. CONTRACAUTELA: PRESUPUESTO O REQUISITO

> "Obviamente, una medida cautelar no puede decretarse sin más ante la pura y simple petición del solicitante (...). Es necesario que el órgano jurisdiccional confirme la *concurrencia de una serie de requisitos* que van a justificar la injerencia que la medida supone en la esfera jurídica del sujeto pasivo. En efecto, *la corroboración de tales presupuestos* fundamenta que el demandante sea protegido con la medida cautelar para el supuesto de que se obtenga una resolución favorable a su derecho" (JOVÉ, 1995: p. 29 - énfasis nuestro).

Hemos resaltado requisitos y presupuestos, porque en el párrafo transcrito, da la impresión que ambos son sinónimos, pero no es así. Mientras que un presupuesto es aquella situación o circunstancia cuya verificación o existencia previa es necesaria para admitir o conceder algo, el requisito es una condición de la que se puede prescindir o que puede variar.

Con la definición brindada de presupuesto y requisito, identificamos en el procedimiento cautelar civil, dos momentos: la admisión o concesión de una medida cautelar, y la realización (ejecución) de la misma, a partir de los cuales podemos determinar el objeto sobre el cual se exige un presupuesto o el cumplimiento de un requisito.

4.1. Presupuestos y requisitos para conceder medidas cautelares

(i) *Presupuestos:*

a) Una pretensión principal.

b) Un proceso, iniciado o por iniciarse.

c) Una solicitud cautelar.

d) Que exista un derecho aparente y se invoque el peligro en la demora (presupuestos materiales).

El presupuesto de "apariencia del derecho" (*fumus boni iuris*) se verifica luego de la valoración que hace el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión principal y la prueba presentada por el demandante.

Cuando se presenta una demanda, se afirman hechos y se ofrecen medios probatorios, buscando causar convicción en el juez, quien nos dará la razón si llega a tener certeza o convencimiento pleno de nuestro derecho.

Cuando pedimos tutela cautelar, antes o una vez iniciado el proceso, no es necesaria la certeza o convencimiento pleno, sino una probabilidad de certeza, esto es, la fuerte posibilidad que la decisión final será favorable al solicitante.

Por su parte, el presupuesto de peligro en la demora del proceso (*periculum in mora*), es para evitar la posibilidad que durante el trámite del proceso la situación fáctica y jurídica varíe de tal forma que se restrinja el interés del demandante, imposibilitando o limitando la realización de su derecho. "El *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es el peligro del daño jurídico, sino que es específicamente el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva" (RAMÍREZ, 2005: p. 43).

Es oportuno señalar que la adecuación no es un presupuesto material, sino una atribución del juez, que será ejercida cuando resulte necesario. Se trata de una facultad derivada de la discrecionalidad, que es una característica de la justicia cautelar. Sucede que:

> "Las medidas cautelares no responden al principio de respuesta concreta a la pretensión, por cuanto ella puede ser denegatoria, o afirmativa, pero con matices que la diferencian del específico reclamo (...). La libertad para decidir se da en los dos planos ya comentados de la seguridad del justiciable y de la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria" (GOZAÍNI, 1996: p. 301).

(ii) *Requisitos*:

Los requisitos son aquellas condiciones que deben cumplirse en la solicitud cautelar y que están previstos en el artículo 610 del CPC, entre ellos, que se expongan los fundamentos de la pretensión cautelar y que se *ofrezca contracautela*.

El solicitante debe presentar una solicitud para la debida calificación y señalar lo que está prescrito en la norma. Si falta alguno de los requisitos se declarará inadmisible la demanda y se concederá un plazo para la subsanación, bajo apercibimiento de rechazarse la solicitud.

No hay más requisitos para conceder o admitir una medida cautelar. Si se quiere insistir en aludir al presupuesto es indispensable precisar, en todo caso, que el "ofrecimiento de la contracautela" es un presupuesto para conceder o admitir una medida cautelar y su efectivo otorgamiento es el presupuesto de ejecución de la medida ya adoptada judicialmente (GARBERÍ; TORRES; CASERO, 2007: p. 71).

4.2. Presupuestos y requisitos para ejecutar o realizar una medida cautelar

Consideramos que es mejor determinar de antemano la distinción entre presupuestos de la tutela cautelar y requisitos de la misma, ya que la contracautela "es una condición previa a la ejecución de la medida, no así de su admisibilidad y procedencia" (GOZAÍNI, 1996: p. 290).

Es claro que la contracautela no es un presupuesto material para conceder una medida cautelar, es un requisito para la ejecución de la misma. Téngase presente que "(...) se puede lograr que el juez conceda cautela, sin materializar la contracautela, a pesar de haberse ofrecido y admitido, sin embargo, esta sí será necesaria que se haya otorgado con antelación a la 'ejecución' de la medida cautelar" (LEDESMA, 2013: p. 114).

En función al ofrecimiento de la contracautela el juez realiza un juicio para su materialización y posterior ejecución de la medida cautelar. Nótese la

> "(...) inconveniencia de dejar en manos del propio peticionario de la medida cautelar la determinación y otorgamiento unilateral de la caución que personalmente estime adecuada en cada caso (que, por esta razón, comprensiblemente sería casi siempre inadecuada por escasa), para concluir en que, al tener que ser necesariamente la autoridad judicial llamada a pronunciarse sobre la solicitud cautelar la que deba cuantificar la caución en cada caso, su otorgamiento ha de ser lógicamente posterior al pronunciamiento judicial relativo a la adopción de la medida (no así, claro está, cuando sea rechazada, en cuyo caso no existe deber ni fundamento alguno para otorgar la caución)" (GARBERÍ; TORRES; CASERO, 2007: p. 71).

En definitiva, como en el ámbito de la tutela cautelar en materia civil y comercial no estamos ante una certeza, sino ante una fuerte probabilidad, es necesaria una garantía que puede ser real o personal.

5. DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

En el segundo párrafo del artículo procesal bajo comentario se establece que: "La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar". Lo que aquí se señala es que, es el juez el que tiene la última palabra en la tutela cautelar, especialmente en cuanto a la contracautela.

En materia cautelar, diremos que la regla general es que la parte solicitante proponga y el juez disponga discrecionalmente, donde discrecionalidad es una

facultad de actuar y decidir libremente, pero esa libertad debe ser ejercida dentro de un marco de razonabilidad, proporcionalidad, logicidad y coherencia y, por lo tanto, existe la exigencia de la fundamentación como contraparte del derecho a la motivación de las decisiones. Junto a esta cualidad hay que tener en cuenta el principio de proscripción de la arbitrariedad. "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; y, (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 (...)" (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

La discrecionalidad se manifiesta a través de la calificación que hace el juez, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable. Al respecto se nos ilustra en la siguiente cita:

> "Que en el caso de autos, el a quo no ha efectuado análisis alguno respecto de los argumentos del recurrente vertidos en su solicitud cautelar que evidencie que previamente se realizó un juicio de verosimilitud del derecho invocado, que a su vez sirva como pauta para determinar recién la forma y grado de la contracautela, tendiéndose en cuenta que ambos extremos –verosimilitud y contracautela– van de la mano en el sentido que, cuanto mayor resulte la credibilidad del derecho en cuya virtud se procede, menos gravosa será la contracautela y a la inversa, siendo del caso precisar que también deber ser objeto de análisis la inminencia o probabilidad de acaecimiento de los posibles perjuicios a resguardar (...)" (Exp. N° 02542-2008, Cuarta Sala Superior de Justicia de Lima).

6. MONTO O VALOR DE LA CONTRACAUTELA

Relacionado con la facultad discrecional, está el señalamiento de la contracautela: clase y monto de ser el caso.

> "Existe una regla no escrita, pero que se adapta a un modismo jurisprudencial, que establece la contracautela sobre la base de la solidez del *fumus bonis juris*, y de la magnitud de los peligros patrimoniales que, eventualmente pudiere ocasionar la medida cautelar. La prudencia para la fijación es vital en este aspecto porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabajar cualquier precautoria. Esta actitud opuesta debe alertarse, también, acerca de los peligros que importa una caución nimia o de escaso compromiso económico" (GOZAÍNI, 1996: p. 293).

El monto o valor de la contracautela en nuestro concepto no debe estar relacionado con la magnitud de los presupuestos cautelares ni tampoco del monto o valor de la pretensión principal, sino, de manera autónoma, en función de la prognosis que pueda realizar el juez, un juicio de anticipación de un posible perjuicio.

> "(...) Precisamente, se impugna también la cuantía de esta caución y se solicita que se eleve a trece millones de pesetas que es el importe del valor de adjudicación de la finca hipotecada; hay que precisar, sin embargo, que la caución no trata de asegurar este valor ni su abono, sino los perjuicios que la restricción que lleva consigo la medida (en orden a la limitación de las posibilidades de disposición del bien al que afecta, fundamentalmente) puede ocasionar, perjuicios que no guardan relación con dicho valor, por lo que este no es un criterio de referencia idóneo para fijar la cuantía de la contracautela, y a falta de otros datos y alegaciones sobre los perjuicios concretos que esa limitación pueda producir, debe considerarse suficiente la caución exigida en la resolución impugnada" (GARBERÍ; TORRES; CASERO, 2007: p. 200).

7. CLASES DE CONTRACAUTELA

En el ámbito procesal civil, contracautela o "caución significa la seguridad o la garantía casi siempre de naturaleza económica, que una persona presta a otra con el objetivo primordial de cumplir con una promesa determinada" (COUTURE, 1967: p. 867).

En el tercer párrafo del artículo 613 del CPC, se señala que: "La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar (...)". Nótese que en la norma no se señalan las especies, solo los géneros real y personal; sin embargo (como marcando una preferencia) se hace mención a la caución juratoria (no creemos que esta sea la razón por la que preferentemente se ofrecen este tipo de contracautelas).

> "A los efectos de la fianza personal, el peticionante podrá ofrecer la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica u ofrecer un seguro de caución y, si la contracautela exige una garantía real, se podrá ofrecer una hipoteca sobre un inmueble o prenda sobre bienes muebles, o embargos con indisponibilidad de fondos depositados en cajas de ahorro o en plazo fijo en los bancos, etc." (RAMÍREZ, 2005: p. 167).

7.1. Contracautela de naturaleza personal

En el género personal están las especies fianza y caución juratoria. De las dos especies, la que encontramos menos sólida es la caución juratoria, puesto que se sostiene en la confianza ya que se trata de una promesa a reparar posibles daños.

7.1.1. Caución juratoria

En el tercer párrafo *in fine* del artículo 613 del CPC, se señala que la caución juratoria, puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz, además que es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. "No puede ampararse la medida cautelar presentada por apoderado de la demandante, quien ofrece contracautela de naturaleza personal sin tener dicha facultad. Se requiere de facultades especiales expresas" (Exp. N° 4041-99, Sala de Procesos abreviados y de conocimiento, Corte Superior de Justicia de Lima, 14/10/1999).

Es necesario prestar atención a que "(...) se ha sostenido con acierto que la caución juratoria, por la forma de otorgarse, no es realmente una garantía sino *una simple promesa*, ya que la libertad que se acuerda mediante el acto que importa, se otorga sin ninguna seguridad (...)" (COUTURE, 1967: p. 867), mayor explicación es que "en el ámbito procesal, es la garantía que un procesado suministra, a cambio su persona, de que cumplirá las obligaciones legales. Por lo tanto caución juratoria, es el acto por el cual un procesado promete ante el juez de la causa, en forma de juramento legal, de que cumplirá con las sujeciones procesales que impone la ley con motivo de una excarcelación provisional" (COUTURE, 1967: p. 867), que si bien está redactado para el ámbito penal, se extiende conceptualmente al tema bajo análisis y, por lo tanto, el mensaje es que, dada la connotación de la caución juratoria, el juez debe analizar muy bien el pedido cautelar para la posterior determinación de una contracautela idónea, de ser el caso.

Oswaldo GOZAÍNI (1996: p. 293) señala que:

> "(...) la caución juratoria tiende a eliminarse en la aplicación actual, en tanto como solo importa una promesa de responder por los daños posibles, nada agrega a la responsabilidad genérica que la norma procesal dispone. De todos modos, esta eliminación por superflua resulta razonable en procesos de contenido patrimonial, pero en otros, la estimación sobre las causas y razones puede ser más justo y equitativo".

Como se trata de una promesa, no logramos entender cómo es que hasta hoy se siguen ofreciendo cauciones juratorias hasta por un monto determinado, la promesa no debería tener límites, precisamente porque se deberá responder con todo el patrimonio del demandante beneficiado con la medida cautelar.

7.1.2. Fianza

Es una contracautela de naturaleza personal. Dice la doctrina:

> "Mediante el término fianza las leyes procesales vienen a designar aquella garantía prestada por una de las partes del proceso –en virtud de la cual se vincula un conjunto de bienes de carácter patrimonial– al resultado del mismo (...) con el propósito de acceder a una determinada medida que puede implicar por sí misma la causación de un daño a la parte contraria. Así pues, la finalidad de esta no es otra que asegurar, cuando menos, la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias que traen a causa de su adopción, si finalmente se demuestra que esta medida se concedió ilícitamente (...)" (JOVÉ, 1995: p. 69).

Según se establece en los artículos 1868 y 1871 del CC, por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor y debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

7.2. Contracautela de naturaleza real

En el cuarto párrafo del artículo 613 del CPC, se señala que: "La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente".

LEDESMA (2013: p. 121) expone que:

> "La inscripción registral de la contracautela es oponible *erga omnes*, pero esta no se constituye con la inscripción de la garantía real en Registros Públicos. Para tal efecto, señala la norma, el juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente. Esta redacción trata de responder a la exigencia que la contracautela real se tiene por constituida con el mérito de la propia resolución judicial, no siendo su inscripción elemento constitutivo de ella; por lo tanto, la ejecución cautelar asegurada con garantía real, perfectamente podría ingresar a ejecutarse en tanto se logra la inscripción registral de la contracautela".

Como bien sabemos, la adecuación de la medida cautelar solicitada así como de la contracautela ofrecida, es una prerrogativa del juez, teniendo en cuenta el objeto principal de garantía. Por ejemplo:

> "La medida cautelar innovativa resulta ser más excepcional que la medida de no innovar porque adelanta los efectos de la sentencia como si la misma hubiera sido declarada fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor que la prohibición de innovar, no siendo por ello suficiente la contracautela personal en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños" (Exp. N° 17518-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia de Lima, 02/11/1998).

8. CONTRACAUTELA Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Si bien el artículo 621 del CPC, tiene un comentario propio, no podemos dejar de hacer referencia a su contenido y en relación al quinto párrafo del artículo 613 del CPC que señala: "En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte". Ello que está vinculado al beneficio de reparación económica del afectado con la medida cautelar.

Como punto de partida tenemos la opinión de Marianella LESDESMA quien señala que:

> "A tenor de lo expuesto en el artículo 621 del CPC, la indemnización por daños y perjuicios se impone con el carácter objetivo sin necesidad de establecer la culpabilidad siempre que la tutela cautelar sea revocada. El supuesto que acoge el artículo 621 para la condena a indemnizar, es el que se declare 'infundada' una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar. Acreditar el daño y el *quántum es una carga de la parte afectada, de ahí que el propio texto del mencionado artículo pone énfasis en precisar que la condena se hará 'a pedido de parte'*" (LEDESMA, 2013: p. 134).

Frente a esta y otras lecturas normativas que señalan que se trata de una responsabilidad objetiva, señalamos que, en nuestra opinión, se trata de una responsabilidad subjetiva, donde tiene que identificarse un daño, una conducta antijurídica, un nexo causal y el factor de atribución.

Entonces no se tratará de una reparación solo por el hecho que una demanda se declare infundada, porque ello se puede deber no solo al hecho de una demanda maliciosa, o de una pretensión falsa o abusiva, sino especialmente a una falta de patrocinio idóneo de abogado, no contarse con los medios procesales que el juez requiere para causar convicción, entre otros, que pueden surgir en el ejercicio regular de un derecho a la tutela jurisdiccional. Sostenemos nuestra afirmación en lo siguiente:

(a) En la primera parte del artículo 613 del CPC, se señala que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, *el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.* La premisa para el resarcimiento es que existan daños y perjuicios y que estos sean causados por su ejecución. Entonces se tendrán que dar los elementos de la responsabilidad civil para determinar si hay obligación de resarcimiento.

> "La contracautela es la garantía que se ofrece para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieren generar por la traba de la medida cautelar. Si el tercero no ha aportado medio probatorio que acredite

> los daños y perjuicios invocados, ni menos ha demostrado que el banco haya obrado de mala fe al solicitar la medida cautelar, la contracautela no se pierde" (Exp. N° 1879-98, Sala para procesos ejecutivos y cautelares, en LEDESMA, 2002: p. 519).

(b) Un dato muy importante es la sumilla del artículo 621 del CPC que dice "*Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa*", ello debe tenerse presente. No se trata de cualquier ejecución sino de una medida cautelar que tenga una de esas características y que se demuestre. Si es una medida innecesaria y maliciosa, se impone una multa y a pedido de parte podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Tienen que verificarse circunstancias que hagan de la ejecución de la medida concedida, sea injusta, innecesaria, inadecuado, inapropiada o maliciosa. No es que simplemente se tenga que perder la contracautela por un "riesgo".

Ahora bien, si se pierde la contracautela "(...) debe entenderse, no en el monto fijado en ella, sino en función a los daños y perjuicios ocasionados al tercero afectado indebidamente con medida cautelar, los cuales deben estar acreditados fehacientemente" (Exp. N° 97-37625-1193 Sala para procesos ejecutivos y cautelares, en LEDESMA, 2002a: p. 524).

9. CONTRACAUTELA SOMETIDA A PLAZO

Finalmente, en el sexto párrafo del artículo bajo comentario, relativo a que "Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, esta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo". Vencido el plazo opera de pleno derecho, esto es, de manera automática.

Depende del interés del peticionante mantener la vigencia de la contracautela si esta se ha aprobado por un plazo determinado, siendo el efecto de extinción no solo de la contracautela sino también de la medida cautelar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COUTURE, Eduardo J. (1967): "Voz: caución procesal". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba,* tomo II . Buenos Aires: Ed. Bibliografía Argentina; AA.VV. (2013): *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; GARBERI LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ SEVILLA, José María; CASERO LINARES, Luis (2007): *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2ª ed. Madrid: Thomson-Aranzandi; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1996): *Teoría general del Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso.* Buenos Aires:

Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera; JOVÉ, María Ángeles (1995): *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2002): *Jurisprudencia actual*, tomo 3. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2002a): *Jurisprudencia actual*, tomo 5. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; RAMÍREZ, Jorge Orlando (2005): *Función precautelar*. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La contracautela, como señala el artículo 613 del Código Procesal Civil, tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, en caso que la demanda en lo principal sea desestimada. Por eso la admisión de la contracautela en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juzgador, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante graduarla, modificarla o incluso cambiarla por la que considere pertinente ***(Ap. N° 479-2004-Lima)***.

No puede ampararse la medida cautelar presentada por el apoderado de la demandante, quien ofrece contracautela de naturaleza personal, sin tener expresamente dicha facultad. Se requiere de facultades especiales expresas ***(Exp. N° 4041-99)***.

La contracautela es la garantía que se ofrece para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieren generar por la traba de la medida cautelar. Si el tercero no ha aportado medio probatorio que acredite los daños y perjuicios invocados, ni menos ha demostrado que el banco haya obrado de mala fe al solicitar la medida cautelar, la contracautela no se pierde ***(Exp. N° 1878-1998-Lima)***.

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. Resulta conveniente por los derechos a discutirse como son la devolución de bienes y otras pretensiones, que la contracautela sea de naturaleza real (carta fianza) hasta por el mismo monto de la pretensión cautelar, para lo cual el juez deberá otorgar un plazo no mayor de 15 días ***(Exp. N° 1333-1997-Lima)***.

Artículo 614 | Exceptuados de contracautela

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido auxilio judicial.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 59, 179 al 187, 313, 610 inc. 4.

J. María Elena Guerra Cerrón

Caución y contracautela no son sinónimos, aun cuando de común se usen indistintamente.

Por un lado:

> "Con el término caución, en sentido amplio, se designa cualquier garantía de contenido económico constituida para asegurar una obligación pecuniaria. Atendiendo al origen y función concretas de esta prestación y al sujeto eventualmente responsable de su cumplimiento, la caución puede, sin merma de sus caracteres objetivos, desempeñar distintas finalidades (...) la caución también puede desempeñar otra función de garantía, si el crédito pecuniario que con ella se pretende asegurar no es el que afirme ostentar el acto del proceso principal, sino el que potencialmente puede nacer en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la tutela cautelar con motivo u ocasión de adoptarse alguna medida contra él. Estas, en cuanto actuaciones restrictivas de la aptitud ordinaria del sujeto, acaso impuestas por medios coercitivos y acordadas en virtud de meras apariencias, son potencial origen de daños para el afectado, si ulteriormente se revelan exageradas, innecesarias o infundadas. La caución asegura así la reparación de los menoscabos injustos que en tal caso puede experimentar el sujeto pasivo" (GARBERÍ; TORRES; CASERO, 2007: p. 202).

Por otro lado, en el ámbito procesal, la "(...) contracautela o caución es el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar, por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordene fuera sin derecho o abusiva" (GOZAÍNI, 1996: p. 289).

Entonces, independientemente de la correcta denominación si caución o contracautela, en nuestro ordenamiento procesal civil está prevista y regulada la contracautela la que tiene un efecto resarcitorio en caso de ejecución innecesaria o indebida de una medida cautelar. Si este es el objeto de la contracautela, ¿por qué el Estado está exento de ofrecerla?

En primer lugar, señalamos que en el artículo 59 del CPC la referencia es al Estado como parte en el proceso civil, y se señala que cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, *se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en el CPC*, lo que quiere decir que en el caso del Estado existen excepciones.

Pues bien, uno de esos privilegios es el previsto en el artículo 614 del CPC, que establece que al Estado, en sus distintas funciones, órganos y Administración Pública, no le alcanza la exigencia de ofrecer ni materializar contracautela cuando pide tutela cautelar.

Entre las justificaciones de este privilegio, se señala que:

> "La excepción a la contracautela se sustenta en la ficción de la solvencia económica de los beneficiados y en el trámite administrativo previo, que en cada institución estatal se tendría que realizar, para obtener la autorización que permita ofrecer la contracautela frente a la urgencia de las pretensiones cautelares" (LEDESMA, 2008: p. 60).

Puede resultar admisible esta justificación si la solvencia económica del Estado sería realmente un presupuesto y, por lo tanto, frente a la ocurrencia de un daño por ejecución cautelar indebida, estaría asegurada la oportuna reparación, pero la experiencia nacional ha demostrado lo infructuoso que resulta cobrar deudas al Estado y con mayor razón cobrar indemnizaciones.

Un dato al que debe darse relieve es que la excepción es que el Estado no está obligado a ofrecer contracautela, pero este privilegio de modo alguno alcance a la liberación de la obligación de resarcir si se causa un daño por una inadecuada ejecución de medida cautelar.

En cuanto a esta excepción, el maestro argentino Oswaldo GOZAÍNI señala que:

> "(...) el artículo 200 exime de ella al Estado Nacional, las provincias, los municipios o persona que justifique ser reconocidamente abonada, o actuare en beneficio de litigar sin gastos. La calidad de suficientemente abonado para justificar la exoneración de contracautela, debe medirse en relación adecuada a la importancia económica de la cuestión a satisfacer, es decir, comparativamente con el patrimonio de la persona física o jurídica que pretende reunir las condiciones procesales de su liberación. *Si se trata del Estado, las provincias o alguna de sus dependencias autorizadas a litigar en ejercicio de una representación propia, o de una Municipalidad, la suficiencia económica se presume*" (GOZAÍNI, 1996: pp. 291-292).

Otro supuesto de excepción al ofrecimiento de contracautela, es en el caso del sujeto a quien se ha concedido auxilio judicial.

El auxilio judicial se regula del artículo 179 al 187 del CPC. Se trata de una concesión para aquella persona natural que no pueda cubrir o garantizar los gastos del proceso, debido a que, de hacerlo, pondría en peligro su subsistencia y la de quienes de él dependan.

Cabe preguntarse: ¿la solicitud de auxilio judicial puede encontrarse en trámite? Por el texto del artículo bajo comentario se establece que la solicitud no puede encontrarse en trámite ya que la norma señala "la parte a quien se le ha concedido auxilio judicial". Por lo tanto se debe haber obtenido previamente el reconocimiento de este beneficio procesal.

Información y referencia relevante es la que expone Oswaldo GOZAÍNI, en el sentido que:

> "(...) si la medida precautoria se dicta a resultas del beneficio de litigar sin gastos, corresponde atender si él ya se otorgó, o se encuentra en trámite. En el primer caso, el carácter provisional del beneficio de pobreza no impide proceder tal como la ley procesal establece, esto es, asignando la medida cautelar sin caución alguna. Si la precautoria se ordena condicionada al beneficio de litigar sin gastos que se encuentra en trámite, no es pertinente establecer fianza, ya que dicho beneficio está destinado a asegurar la defensa en juicio, la que se vería frustrada de no contarse con los medios suficientes para afrontar los gastos que comporta. También se ha resuelto que la eximición alcanza si el trámite de pobreza está pendiente y no surgen presunciones que inclinen a pensar que aquél puede denegarse. En cambio, si la alegación formulada acerca de la carencia de otros bienes o rentas no fue propuesta por la vía procesal conducente del beneficio de litigar sin gastos, la solicitud de obtener la concreción de la cautela ya decretada con la sola caución juratoria de los demandantes, no resulta posible ni procedente (...)" (GOZAÍNI, 1996: pp. 291-292).

No obstante que en el artículo 614 del CPC, se señale que está exceptuado de prestar contracautela, la parte a quien se le ha concedido auxilio judicial, consideramos que el juez, atendiendo a las circunstancias y verosimilitud del derecho invocado, para garantizar el acceso a la tutela cautelar, bien podría atender el pedido de quien tiene fuerte probabilidad de obtener el auxilio judicial. Sin duda esta es una opción que debe ser evaluada por la judicatura.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GARBERI LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ SEVILLA, José María; CASERO LINARES, Luis (2007): *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2ª ed. Madrid: Thomson-Aranzadi; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1996): *Teoría general del Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 615 | **Caso especial de procedencia**

Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 610, 637, 640.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula un supuesto específico de procedencia de la medida cautelar, esto es, el haber obtenido sentencia favorable, la misma que ha sido impugnada o se encuentra en plazo de impugnación.

La ambigüedad que resulta de dicha norma es precisamente establecer a qué sentencia se refiere, ya que en nuestra legislación procesal civil tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia pueden ser objeto de recursos como la apelación y casación, respectivamente, y los mismos tienen efecto suspensivo.

De otro lado, el error que puede darse es interpretar de forma literal dicha norma, ya que si existe sentencia –de primera o segunda instancia– firme, la misma no origina un caso especial de procedencia de la medida cautelar, sino por el contrario, nos encontraríamos ante una medida ejecutiva o de ejecución que difiere de la medida cautelar, tanto en sus rasgos como en su naturaleza.

Asimismo, debemos analizar si lo regulado en dicho artículo importa en esencia una medida cautelar o la institución procesal denominada como actuación de la sentencia impugnada.

En las siguientes líneas nos pronunciaremos sobre cada uno de estos puntos, a fin de aclararlos y poder con ello interpretar correctamente este dispositivo legal.

2. ¿MEDIDA CAUTELAR O ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA?

Debemos comenzar señalando que la norma objeto de comentario regula solamente una causa de procedencia especial de la medida cautelar, más no regula a la institución procesal de la ejecución provisional de la sentencia, o también denominada actuación de sentencia impugnada.

En efecto, aunque como veremos tienen coincidencias entre sí, tanto la medida cautelar concedida al haber obtenido sentencia favorable y la misma es impugnada, tiene rasgos afines a la actuación de la sentencia impugnada, empero tienen diferencias en su naturaleza, por ende son institutos procesales diferentes.

Al respecto, MONROY GÁLVEZ (2013: p. 209) señala que:

> "(...) entre ambos institutos existe una diferencia notoria. Cuando se propone una demanda, esto es, cuando se inicia un proceso, se *afirma* un derecho. Si durante el proceso, junto con su inicio o antes de él, se pide una medida cautelar, se está expresando que el derecho que se tiene es *aparente.* Finalmente, si la demanda es amparada, el derecho *afirmado* y que además se le acreditó *apariencia*, habrá resultado *cierto*. Una medida cautelar se sustenta en una *apariencia de derecho* y, en tal calidad, jamás adquirirá certeza, en tanto esta solo se obtiene en el proceso principal, en la hipótesis de que la demanda sea declarada fundada. En cambio la actuación anticipada de la sentencia no está sometida a ninguna condición, se hace efectiva tal y como si la demanda fuese firme; por tanto, en este caso no hay *apariencia* sino *certeza*".

En resumidas cuentas, para la doctrina mayoritaria la diferencia principal entre las medidas cautelares y la actuación de sentencia impugnada radica en el grado de cognición que obtiene el juez que las concede, mientras que para la medida cautelar el juez para concederla solo necesita que exista verosimilitud del derecho, lo que equivale a una probabilidad de la existencia del derecho que se invoca ha sido transgredido, para la actuación de la sentencia impugnada el juez ha obtenido certeza del derecho invocado. Si esto fuese así, qué sentido tendría la norma bajo comentario si precisamente su fundamento está en que haya sentencia favorable al demandante.

En dicho sentido, compartimos la posición de MONROY PALACIOS (2002: pp. 257-259) para quien:

> "(...) la configuración del problema resulta notoria. ¿Cómo puede existir certeza del órgano jurisdiccional si la ejecución provisional se produce en el contexto de sentencias impugnadas? Creemos que la confusión a que se ha llegado con la doctrina de la ejecución provisional se encuentra en el modo de tratar unitariamente un concepto que se bifurca en dos significados claramente diferenciados. Ellos son, como ya expresáramos, la certeza del órgano jurisdiccional y la lograda por el juzgador de uno de los grados procedimentales de discusión por los que puede discurrirse el litigio. En esta línea, y teniendo en cuenta que lo trascendente es que la cognición sea completa respecto del órgano jurisdiccional y no respecto de uno de sus grados –pues solo en la primera observamos que se soluciona definitivamente el conflicto de intereses–, resulta ilusoria aquella postura que sostiene que el rasgo distintivo entre una ejecución provisional y una medida cautelar 'sobre el fondo' es la certeza requerida para el dictado de la primera, frente a la verosimilitud que necesitamos

> para el otorgamiento de la segunda. En realidad, apreciando que la satisfacción procesal nace de la tutela que entrega el órgano jurisdiccional en su conjunto, podemos concluir en que aquello que sustenta a una ejecución provisional es solo una *certeza relativa*, que da como resultado la aparición de una resolución pasible de ser revocada y, por tanto, de ser modificada, con lo cual habrá quedado claro que no se trataba de una *certeza judicial absoluta*, entendida como la posición definitiva que asume el órgano jurisdiccional respecto de la solución de la *litis*. La sentencia expedida en instancia constituye solo una etapa de la formación de la decisión jurisdiccional, que solo adquirirá certeza –desde el punto de vista de los justiciables– cuando aquella haya adquirido firmeza, sea por no haberse ejercido contra ella el derecho a impugnar, por haberse agotado los actos impugnatorios respecto de la decisión o por quedar consentida, producto de otra causal preclusoria".

Bajo este orden de ideas, resulta claro que la intención del legislador del CPC de 1993, nunca tuvo como objetivo regular el instituto de la actuación de la sentencia impugnada, ello se debería a que no la conocía o en todo caso consideró que no era oportuno legislarla en tal oportunidad y que con la procedencia especial de la medida cautelar cuando existiere sentencia fundada impugnada se protegía el derecho del demandante a cabalidad.

Resulta oportuno resaltar que para la procedencia de la medida cautelar la emisión de la sentencia no es un requisito *sine qua non* para su concesión, mientras que para la actuación de la sentencia impugnada es presupuesto necesario la emisión de la sentencia ya sea de primera o segunda instancia.

El legislador de forma oportuna establece la obligatoriedad por parte del juez de conceder una medida cautelar en el supuesto que haya emitido sentencia favorable al demandante, es decir, este supuesto de procedencia de la medida cautelar es un claro ejemplo de la posibilidad de reproposición de una medida cautelar denegada en un primer momento, pero que al haber obtenido el demandante sentencia favorable, el juez ante la reproposición de la medida cautelar estará obligado a conceder la misma por voluntad expresa de la ley, lo cual se condice con la razón de ser de la tutela cautelar como tutela de aseguramiento de la efectividad del proceso.

3. PROCEDENCIA ANTE SENTENCIA DE PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA

Como quiera que, en nuestro proceso civil el recurso de casación tiene efecto suspensivo, es preciso determinar si la norma objeto de comentario también sería aplicable a los efectos de la obtención de sentencia favorable en segunda instancia revocando la sentencia de primera instancia la cual fue desfavorable al demandante.

El siguiente ejemplo clarificará mejor estas ideas, A ha obtenido sentencia que declara infundada su pretensión en contra de B, por ello interpuso recurso de

apelación a fin de que el superior jerárquico revoque dicha sentencia y declare fundada su pretensión, lo cual acontece y es así que el órgano jurisdiccional superior revoca la sentencia de primera instancia y declara fundada la pretensión de A contra B, ante esto, B interpone recurso de casación, ¿Podrá A solicitar una medida cautelar ante el juez de primera instancia sustentando dicho pedido en la sentencia del superior jerárquico?

De una interpretación literal y teleológica de la norma objeto de comentario se establece sin lugar a dudas que dicha solicitud cautelar deberá ser concedida en estricta concordancia con la voluntad del legislador.

En efecto, debemos precisar que la norma solo se refiere a la obtención de sentencia favorable, es decir, se refiere a cualquier sentencia –ya sea de primera o segunda instancia– que resulte favorable para el demandante, por tanto, es de aplicación la cláusula general de que lo que no está prohibido está permitido.

A mayor abundamiento, si analizamos que para la procedencia de una medida cautelar es necesario contar con verosimilitud del derecho y no certeza, y en el caso propuesto tenemos una certeza relativa (como dice MONROY PALACIOS), es evidente que nos encontramos bajo el supuesto de hecho que regula la norma procesal y, por ende, la concesión de la medida cautelar resulta ser oportuna y coherente con el sentir del legislador quien ha querido que quien obtenga sentencia favorable, aunque impugnada, sea protegido con la tutela cautelar a fin de asegurar la efectividad del proceso.

4. MEDIDA CAUTELAR DIFERENTE A MEDIDA DE EJECUCIÓN

La primera parte del dispositivo legal objeto de estudio señala: "Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada".

Como ya hicimos mención anteriormente, para que este supuesto de procedencia de medida cautelar sea considerado como tal, por obvias razones la sentencia favorable al solicitante de la medida cautelar debe ser impugnada o al menos estar en plazo para que la otra parte pueda presentar su recurso, es decir, la sentencia no debe ser firme, caso contrario, ya no podríamos hablar de medida cautelar sino de medida de ejecución o ejecutiva.

Nos explicamos, la medida cautelar tiene como plazo de vida hasta la emisión de la sentencia definitiva que pone término a la etapa cognitiva del proceso y esto tiene coincidencia con la razón de ser de la medida cautelar que no es otra cosa que asegurar la efectividad del proceso, es decir, la efectividad del pronunciamiento que resuelve en definitiva la pretensión del demandante discutida en el proceso.

Una vez que la sentencia deviene en firme u ocurre cualquier otro supuesto anormal de terminación del proceso, la medida cautelar deja de existir.

En el caso de esta norma, nos encontramos ante una sentencia favorable al demandante y si está deviene en firme, lo que solicite el demandante luego de adquirida la firmeza de la sentencia será considerada ya no una medida cautelar sino una medida ejecutiva o de ejecución.

Aunque tienen relación las medidas cautelares con las medidas ejecutivas o de ejecución, las mismas cumplen distintas finalidades en el proceso civil lo que evidencia las diferencias entre unas y otras, las cuales son las siguientes:

- Mientras las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de la decisión final, las medidas ejecutivas o de ejecución tienen como finalidad buscar satisfacer al acreedor con derecho cierto.
- Mientras las medidas cautelares son concedidas con tan solo la verosimilitud del derecho, las medidas ejecutivas o de ejecución son concedidas cuando se está en el proceso de ejecución y se cuenta con un derecho indiscutible.
- Para la ejecución de las medidas cautelares se necesita siempre la contracautela como mecanismo de garantía para el afectado con la medida cautelar, salvo disposición legal en contrario (como en el artículo objeto de estudio); mientras que para la ejecución de las medidas de ejecutivas no se necesita contracautela por cuanto no existe ya peligro o posibilidad de causar daño al afectado con alguna medida, ya que quien solicita la medida ejecutiva cuenta con derecho reconocido.
- Las medidas cautelares pueden otorgarse en cualquier clase de procesos, ya sea que contengan pretensiones declarativas, constitutivas y condenatorias, ya que buscan efectivizar el pronunciamiento definitivo, mientras las medidas ejecutivas solo se dan en el proceso de ejecución, esto es cuando nos encontramos ante sentencias condenatorias firmes o en la ejecución de títulos extrajudiciales.

Por último, debe advertirse que una medida cautelar –para futura ejecución forzada– una vez obtenida sentencia favorable firme, deja de existir convirtiéndose en una medida ejecutiva o de ejecución, es decir, las medidas cautelares se extinguen y dan nacimiento a las medidas ejecutivas una vez que se pasa del proceso de cognición al proceso de ejecución.

5. PROCEDIMIENTO

Como cualquier medida cautelar, este procedimiento se tramita en un cuaderno aparte y será competente para su conocimiento el juez que conoció la demanda, es decir, que en el supuesto que la medida cautelar tenga como fundamento la

sentencia de segunda instancia favorable, la medida cautelar será solicitada ante el *aquo* y no ante el órgano de segunda instancia.

Es requisito de admisibilidad de la medida cautelar que se adjunten copias certificadas de los actuados pertinentes, entendemos que cuando la norma hace mención a los actuados pertinentes se refiere a copia certificada de la sentencia favorable y los demás actuados pueden ser en copia simple, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 640 del CPC.

Asimismo, en caso no se adjunte copia certificada de la sentencia sino copia simple, el juez deberá declarar inadmisible la medida cautelar otorgando un plazo prudencial para el cumplimiento de tal requisito, lo que evidencia que la falta de este requisito no puede ser considerado como una causal de rechazo o improcedencia de la solicitud cautelar, ello atentaría contra el principio *pro actione* y el derecho a la tutela jurisdiccional del demandante.

Además, la norma exonera al solicitante de cumplir con algunos de los requisitos para interponer una medida cautelar. Estos son: i) exposición de los fundamentos de la pretensión cautelar, lo cual no es otra cosa que la exposición de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar, los cuales son copulativamente la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad o adecuación, y; ii) ofrecer contracautela, lo que resulta sumamente riesgoso por cuanto la misma es la garantía de una ejecución de medida cautelar contraria a derecho, y siendo que aún el proceso no ha terminado –pese a tener sentencia favorable– estará siempre latente la posibilidad de causar daño al afectado con la misma, por ello consideramos que el juez deberá considerar caso por caso si es exigible o no este requisito para la ejecución de la medida cautelar.

6. ¿PROCEDE OPOSICIÓN O RECURSO DE APELACIÓN?

Atendiendo a que la norma bajo comentario regula un supuesto especial de procedencia de medida cautelar, la misma que radica en haber obtenido sentencia –de primera o segunda instancia– favorable al demandante, la pregunta que se nos viene a la mente inmediatamente radica en establecer si una vez ejecutada la medida cautelar sería procedente que el afectado con la misma pueda interponer oposición contra dicha medida o en su defecto si sería factible únicamente interponer recurso de apelación contra la resolución que concede la medida cautelar.

Debemos tener presente que el órgano que declaró fundada la pretensión del demandante mediante la sentencia ya adquirió la certeza que él tiene la razón, ello luego de que las partes han tenido amplia posibilidad de alegar y probar los hechos en que basaron sus posiciones.

Siendo esto así, y entendiendo que la oposición es aquel mecanismo de defensa en sede cautelar que tiende a desvirtuar los presupuestos que dieron origen a la concesión de la medida cautelar, es decir, de que el juez tenga en el tapete la historia completa, la versión del afectado que acompañará medios probatorios de actuación inmediata que sustenten su posición y que cuestionará la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora e inclusive la razonabilidad o adecuación.

Resultaría absurdo pensar que la *oposición* sería factible contra la concesión de una medida cautelar que tiene como fundamento una sentencia favorable impugnada o en plazo de impugnación.

Nos explicamos: el artículo 637 del CPC, que regula el trámite de la oposición, debe entenderse que es aplicable solo cuando se trate de medidas cautelares dentro o fuera del proceso, pero antes de que se expida sentencia (en el supuesto de las medidas cautelares dentro del proceso), porque si la misma ha sido concedida en virtud de la existencia de una sentencia favorable al solicitante, la oposición no cumpliría su finalidad por cuanto el contradictorio –pleno– ya se verificó en el proceso y el juez ya obtuvo certeza –relativa en términos de MONROY PALACIOS– que el demandante tiene la razón y la oposición no cambiará dicho criterio.

En cuanto al *recurso de apelación* contra el concesorio de la medida cautelar en esta causal especial de procedencia, la misma también devendría en inoperante y contraria a la razón de ser del proceso, si algo se tiene que impugnar es la sentencia que sirve de sustento para que se conceda la medida cautelar.

En efecto, una vez apelada la sentencia que resolvió a favor del demandante y obtenida la revocación o anulación de la misma, se podrá solicitar la revocación de la medida cautelar (levantamiento) dado que las circunstancias que originaron su concesión han variado, es decir, la sentencia que amparó la pretensión del actor ya no existe y, por el contrario, o se señaló que el demandante no tenía la razón o se declaró su nulidad por tener algún vicio procesal y, por tanto, ante la inexistencia de dicha sentencia deberá proceder la revocación de la medida cautelar.

7. CONCLUSIONES

- Quien tiene a su favor una sentencia civil y esta haya sido impugnada o este transcurriendo el plazo para interponerse algún recurso contra la misma, podrá solicitar la medida cautelar que garantice la efectividad de dicho pronunciamiento y por voluntad del legislador deberá ser concedida la misma.

- La medida cautelar es diferente al instituto de la actuación de sentencia impugnada por cuanto los grados de cognición de quienes las conceden son totalmente distintos, siendo que el legislador del CPC regula la procedencia especial de la medida cautelar y no está permitido la utilización de la actuación de sentencia impugnada, al no haber sido regulada por el legislador en el proceso civil.
- La medida cautelar procede ya sea al obtener sentencia de primera o segunda instancia favorable al demandante, y la misma deberá ser concedida por el juez de la demanda.
- Si la sentencia favorable al demandante deviene en firme, ya no se solicitaría una medida cautelar, sino una medida ejecutiva o de ejecución. Siendo esto así, cuando la sentencia es firme, no deberá recurrirse a la aplicación de este dispositivo legal, el cual regula la procedencia especial de la medida cautelar en caso de sentencia favorable –en cualquier instancia– que esté impugnada o en plazo para poder ser impugnada.
- Ante la procedencia de la medida cautelar cuando se cuente con sentencia favorable impugnada o en plazo de impugnación, no deberá proceder oposición ni apelación contra el concesorio de dicha cautelar, solo una vez obtenida la revocación o anulación de la sentencia que sirvió de base para su concesión, el afectado con la medida cautelar podrá solicitar la revocación (levantamiento) de la misma.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONROY GÁLVEZ, Juan (2002): "La actuación de la sentencia impugnada". En: *Revista de Derecho Procesal*, tomo V. Lima: Estudio Monroy Abogados; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; BAPTISTA, Ovidio (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ORTELLS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

Artículo 616 | Casos especiales de improcedencia

No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales y las universidades.

Tampoco proceden contra bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los gobiernos referidos en el párrafo anterior, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. *arts. 642, 648.*

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

Mediante la norma objeto de comentario, el legislador ha querido plasmar su idea –errada– de que contra el Estado no proceden las medidas cautelares para futura ejecución forzada.

La razón de ello se debería a que no existiría –a decir del legislador– posibilidad alguna que el Estado incumpla una sentencia judicial. Esta postura en la actualidad carece de fundamento jurídico como lógico y, por ende, la norma debe ser objeto de una relectura.

Es decir, a través de una interpretación finalista de la misma se determinará si son procedentes las medidas cautelares para futura ejecución forzada contra el Estado, siempre y cuando dichas medidas afecten bienes del Estado de dominio privado y no público.

Además se tendría que analizar si las universidades privadas deberían gozar del beneficio que otorga la norma, por cuanto las mismas no forman parte del Estado. En nuestra opinión solo podrían estar dentro de este listado las universidades estatales, más no las privadas, siendo que los bienes de tales instituciones sí podrán ser pasibles de afectación a través de medidas cautelares para futura ejecución forzada como son el embargo o secuestro.

Otra complicación que encontramos, sería si esta limitación a la tutela cautelar también sería aplicable en el proceso de ejecución, nos explicamos, si para el legislador son improcedentes las medidas cautelares para futura ejecución forzada

contra el Estado, entonces ¿serían improcedentes las medidas de ejecución contra el Estado?

Todas estas cuestiones trataremos de absolver en las siguientes líneas y con ello buscaremos que este dispositivo legal pueda ser interpretado por los operadores jurídicos de la mejor forma posible y en beneficio de la ciudadanía en general.

2. EL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR Y SUS LIMITACIONES

La profesora ARIANO (2014: pp. 19-20) nos enseña lo siguiente:

> "¿Existe, pues, un derecho fundamental a la tutela cautelar? La respuesta debe ser afirmativa. Ciertamente no existe precepto ni constitucional ni legislativo que así lo establezca, pero hoy se ha abierto paso, gracias a la jurisprudencia europea, en especial constitucional y comunitaria, esta visión necesariamente garantista de la tutela cautelar, rescatándose un viejo principio chiovendiano: la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón" (pp. 19-20).

En esa línea de ideas, CHAMORRO (1994: p. 286) analizando la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo español como del Tribunal Constitucional español llega a la conclusión que:

> "El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a esta, porque ese derecho *ha de poder asegurar* el cumplimiento futuro de la Sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela".

Bajo estos parámetros, se puede establecer que la tutela cautelar es un derecho fundamental de raigambre constitucional y de índole procesal, que pese a no estar positivizado emana como una manifestación de los tantos derechos que contiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Este derecho fundamental implica que todo sujeto de derecho puede solicitar ante el órgano jurisdiccional la medida cautelar que considere más adecuada y en caso cumpla con los requisitos legalmente establecidos –los mismos que no deben ser irrazonables– deberá ser otorga por el juez y ejecutada la misma de forma oportuna.

Ahora bien, como todo derecho fundamental no es absoluto y tiene limitaciones, es por ello que:

> "(...) toda limitación de un derecho fundamental debe tener una justificación y, a la vez, debe ser razonable; pero a pesar de ello, es decir, a pesar de que exista una justificación para imponerle límite a un derecho y de ser razonable

> dicha limitación, esta no puede transgredir el contenido esencial del derecho fundamental, pues de hacerlo, esa limitación devendría en ilegítima" (PRIORI, 2006: p. 159).

Siendo esto así, el derecho fundamental a la tutela cautelar podrá ser limitado por el legislador, el mismo que no podrá excederse y vulnerar su contenido esencial y estará sometido a la razonabilidad y proporcionalidad en cuanto a la limitación que pretenda imponerle que sea justificada por los objetivos que pretende alcanzar.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SUS LIMITACIONES FRENTE AL ESTADO

En principio debemos señalar que las medidas cautelares cumplen un rol importantísimo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, debido a que cumplen un rol preponderante al ser el medio a través del cual se puede garantizar la eficacia de una decisión judicial.

En ese sentido, y de conformidad con lo expuesto líneas atrás, el legislador puede limitar los derechos fundamentales cuidando de no transgredir el contenido esencial de dicho derecho.

En el presente caso, el legislador ha querido realizar una limitación del derecho a la tutela cautelar, teniendo en cuenta la calidad de la persona que será la afectada, el Estado.

Respecto al tema, PRIORI (2006: pp. 171-172) señala lo siguiente:

> "(...) se conoce como la imposibilidad de embargar al Estado, lo que se sustenta en 'el dogma de la indiscutible solvencia estatal (*fiscus semper solvens*). En efecto, la norma bajo comentario no está regulando un supuesto de improcedencia de todas las medidas cautelares contra el Estado, sino que única y exclusivamente se refiere a las medidas cautelares para futura ejecución forzada; es decir, aquellas medidas cautelares mediante las cuales se pretende la afectación jurídica de un bien o conjunto de bienes los cuales servirán de garantía de ejecución de la futura sentencia. (...) Ahora bien, el enunciado según el cual *fiscus semper solvens* señala que, cuando se formule contra el Estado una pretensión de condena, no hay necesidad de solicitar una medida cautelar para garantizar la futura ejecución de la sentencia, debido a que, como el Estado es siempre solvente, existe ya una garantía de que la sentencia será cumplida. Expresado en términos de la teoría cautelar, podríamos decir que estamos ante un supuesto en el que no existe el peligro en la demora necesario para que se concedan las medidas cautelares, ya que llegado el momento de dictar sentencia, el Estado estará en la misma situación de solvencia en la que se encontraba al momento de iniciar el proceso. No existe razón por ello, para temer una sentencia eficaz".

En nuestra opinión resulta hasta cierto punto un trato desigual ante la ley, debido a que en buena cuenta, normas como esta legitimarían al Estado a tener la calidad de deudor y solo cuando exista una sentencia judicial firme que les ordene el cumplimiento de una obligación, darán cumplimiento a la misma de acuerdo a lo normado para el cumplimiento de las sentencias en caso de los órganos estatales.

Ello atenta contra el Estado Constitucional de Derecho, porque viola el principio de igualdad de trato ante la ley, además desconoce que la tutela jurisdiccional para ser tal tiene que ser oportuna.

Aunado a ello, una postura como la tomada por el legislador desconoce que existen bienes del Estado que son de dominio privado y, por tanto, son pasibles de afectarse jurídicamente a fin de procurar una ejecución oportuna de lo que el juez decida en el proceso.

4. LOS BIENES DEL ESTADO PASIBLES DE MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

Como ya en su oportunidad ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional analizando la Ley N° 26756, el Estado tiene bienes que cumplen distintas finalidades y, por tanto, los bienes del Estado se dividen en dos clases, lo cual es aceptado por la doctrina y jurisprudencia.

La doctrina refiriéndose a los bienes del Estado nos enseña que:

> "Bienes de dominio público (o "demaniales"), comprende a los que sirven y están destinados a la obtención de fines de interés público (necesidades generales) o a dar utilidad general (uso público). Se rige por la legislación especial de derecho público. Se caracterizan por dos notas distintivas: a) Titularidad pública, ya sea del Estado, regiones, municipios, organismos autónomos, etc. b) Afectación pública, esto es, afectación a una finalidad pública que consiste en el uso público o fomento de la riqueza nacional" (GONZALES, 1995: p. 243).

Mientras que los bienes de dominio privado comprenden "(...) a aquellos en donde el Estado ejerce un derecho de propiedad idéntico al de cualquier particular, y se rige por las normas del Derecho Privado" (GONZALES, 1995: p. 243).

Bajo estas premisas es perfectamente válido sostener que los bienes del Estado que sean de dominio público sí podrán ser pasibles de medidas cautelares para futura ejecución forzada, en todo caso, el artículo bajo comentario debe interpretarse en dicho sentido, es decir, que no procederán medidas cautelares para futura ejecución forzada siempre y cuando los bienes del Estado sean de dominio público.

Por tanto, es perfectamente aplicable el razonamiento que esgrime el Tribunal Constitucional, en el considerando 25 de su sentencia recaída en el Expediente N° 015-2001-AI/TC.

El supremo intérprete de la Constitución señala que:

> "Es preciso insistir en que la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado. (...) Por el contrario, la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables, impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables".

Ahora bien, el hecho que se prohíba las medidas cautelares para futura ejecución forzada respecto de los bienes del Estado de dominio público:

> "(...) no significa en lo absoluto que no se pueda proceder a la ejecución forzada contra el Estado, una vez que ya tengamos una sentencia con autoridad de cosa juzgada que le ordena el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero; pues en este caso ya no estamos en el ámbito de lo cautelar, sino de los medios de ejecución" (PRIORI, 2006: p. 173).

Por último, debemos señalar que el legislador considera que algunos bienes a pesar de no ser del Estado tampoco serían pasibles de medidas cautelares para futura ejecución forzada, los cuales serían los que están destinados a servicios públicos asignados a los gobiernos locales y regionales cuando dicha ejecución afecte su normal desenvolvimiento.

Dicho supuesto al ser restrictivo debe ser interpretado literalmente y no puede alegarse interpretación extensiva alguna para beneficiar a cualquier otra persona privada de la improcedencia de medidas cautelares para futura ejecución forzada a su favor, por tanto, solo en los supuestos otorgados por la norma y analizando caso por caso será posible aplicar el artículo bajo estudio en un supuesto de tal naturaleza.

5. CONCLUSIONES

- El derecho a la tutela cautelar como cualquier otro derecho fundamental tiene límites, los cuales no deben afectar el contenido esencial de dicho derecho.
- Sí debería ser factible la procedencia de medidas cautelares para futura ejecución forzada sobre bienes de universidades privadas, en sentido

contrario, no procederá este tipo de medidas cautelares contra los bienes de las universidades estatales que sean de dominio público.

- La restricción a la procedencia de medidas cautelares para futura ejecución forzada sobre los bienes del Estado tiene su sustento en la presunción de que el Estado siempre es solvente y cumplirá lo ordenado en las sentencias judiciales.
- Sí proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada sobre bienes del Estado que sean de dominio privado, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; CHAMORRO, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch; GONZALES BARRÓN, Gunther (1995): *Derechos reales*. Lima: Jurista; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; BAPTISTA, Ovidio (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; ORTELLS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No procede la medida cautelar si no está acreditado que la sociedad conyugal, titular del dominio del inmueble que se pretende afectar, se encuentre en liquidación; como tampoco que exista un remanente, luego de pagar las obligaciones sociales y las cargas de la sociedad, único supuesto en que podrían repartirse las gananciales que corresponderían por mitad a cada cónyuge ***(Exp. N° 34-1999-Lima)***.

No proceden medidas cautelares contra los gobiernos locales (municipales) de conformidad con el artículo 616 del CPC ***(Exp. N° 829-1995-Lima)***.

Para la procedencia de la medida cautelar innovativa el peticionante deberá probar entre otros, la inminencia de un perjuicio irreparable. Siendo la Municipalidad de Lima (gobierno local) la demandada, no procede la medida cautelar de anotación preventiva, de conformidad con el artículo 616 del CPC ***(Exp. N° 1096-1994-Lima)***.

Artículo 617 | **Variación**

A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse esta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.

Para resolver estas solicitudes, el juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 372, 630, 615, 633.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula una de las características propias de toda medida cautelar "la variabilidad", algunos la denominan como la sujeción de las medidas cautelares a la cláusula *rebus sic stantibus* (PRIORI, 2006: pp. 106-111).

En nuestra opinión una u otra postura tiene idéntico fundamento, esto es, que toda medida cautelar puede variar si las circunstancias que originaron su concesión o rechazo varían en el tiempo.

Entonces, podemos señalar que cuando un sector de la doctrina nos enseña que toda medida cautelar está sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus* se refiere a lo que otro sector de la doctrina denomina variabilidad de la medida cautelar y que es una característica propia de la misma.

Además, se desprende del citado artículo la posibilidad de que el afectado con la medida cautelar pueda solicitar la variación de la misma. Asimismo se regula el trámite procedimental de dicho pedido, el cual varía según quien lo solicite, esto es, si lo solicita el titular de la medida –demandante– no se necesitará correr traslado a la otra parte, mientras que si es el afectado con la medida cautelar –regla general el demandado, pero se admite excepciones– deberá correrse traslado de dicho pedido a la otra parte antes de que el juez resuelva.

2. FORMAS DE VARIACIÓN

Como dice el profesor ORTELLS (2000: pp. 374-375):

> "Siendo la función de las medidas cautelares asegurar la efectividad práctica de la sentencia que se dicte, es sin duda índice de su perfecta adecuación a ese objetivo, no solo la posibilidad de adoptarlas por primera vez de modo inmediato ante la presencia de las circunstancias que las justifican, sino también la de volver sobre una anterior resolución cuando se haya producido un cambio de circunstancias que afecte, de algún modo, a la necesidad de esa función aseguradora".

Para la doctrina más autorizada, la variación de la medida cautelar se puede dar de tres maneras: mediante la solicitud de revocación, mediante la reproposición de la medida cautelar o mediante el pedido de modificación de la medida cautelar.

(i) *Revocación de la medida cautelar*: Este pedido tiene como fundamento el cambio de circunstancias que originaron el otorgamiento de una medida cautelar, por ende, por lo general será la parte ejecutada con la medida cautelar la que podrá solicitarla pidiendo el levantamiento de la misma, cuando considere que las circunstancias que originaron la concesión de la medida cautelar han variado.

Un claro ejemplo de esto lo tenemos cuando la sentencia de primera instancia ha resuelto declarar improcedente o infundada la pretensión contenida en la demanda, en dichos casos, aunque la propia ley señala que el juez deberá dejar sin efecto la medida cautelar (art. 630 del CPC), ante el no pronunciamiento del juez al respecto, el afectado con la medida cautelar podrá solicitar la revocación de la medida.

(ii) *Reproposición de la medida cautelar*: Este pedido tiene como fundamento el cambio de circunstancias que originaron el rechazo de una medida cautelar, por ende, la parte demandante –la cual ingresa la pretensión al proceso a través de la demanda– será la que tenga interés y legitimidad en solicitar la reproposición de la medida cautelar la que podrá solicitarla cuando considere que las circunstancias que originaron el rechazo de la misma han variado y como consecuencia de ello, en esta oportunidad se le debe conceder la medida cautelar que en un primer momento le fue rechazada.

Ello podría darse, por ejemplo, en el supuesto en que en un primer momento el juez consideró que en la medida cautelar solicitada no existía verosimilitud del derecho, y ya con posterioridad, en la sentencia de primera instancia resuelve declarar fundada la demanda, apelada la misma, el demandante podrá reproponer la medida cautelar primigeniamente rechazada por falta de verosimilitud, la misma que en esta ocasión deberá ser concedida por imperio de la ley (art. 615 del CPC) y básicamente porque las circunstancias que originaron en un primer momento el rechazo de la medida cautelar –falta de verosimilitud– han variado.

(iii) *Modificación de la medida cautelar*: Este pedido tiene como fundamento el cambio de circunstancias que originaron la concesión de una medida cautelar en cierta forma o monto y que puede ser alterada, por lo general se da a solicitud de la parte afectada, solicitando una medida menos gravosa, o por el contrario por la parte demandante, a fin de obtener una medida más gravosa.

En las medidas cautelares para futura ejecución forzada como el embargo, atendiendo a que en las pretensiones dinerarias, el capital adeudado genera intereses que se devengan con el paso del tiempo, los demandantes solicitan ampliar el monto del embargo para cautelar la totalidad de su acreencia, mientras que para los afectados, bajo el mismo supuesto de una pretensión dineraria si en la sentencia de primera instancia se ha declarado fundada en parte la pretensión, descontando montos de dinero ya pagados por el demandado, en dicho supuesto, se podrá solicitar la reducción del monto del embargo.

Vemos que bajo estos supuestos, tanto el titular de la medida cautelar –demandante– y el afectado con la misma –demandado en la mayoría de los casos– son quienes tendrían la posibilidad de solicitar la variación de la medida cautelar.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que esta norma no debe interpretarse restrictivamente ya que no puede restringir la facultad del juez de variar la medida cautelar que ha concedido si del mismo proceso se desprenden circunstancias que hacen imposible mantener la medida cautelar tal y como está surtiendo efectos.

3. VARIACIÓN DE OFICIO

Previo al análisis de si es factible que un juez pueda de oficio variar una medida cautelar, debemos señalar que el poder general de cautela que posee todo magistrado no solo se condice con la posibilidad de que pueda otorgar la medida cautelar más adecuada para el caso propuesto pese a no estar legislada, sino que debe complementarse con la idea de que el juez puede verificar de oficio si la medida cautelar que ha concedido y surte efectos, resulta ser gravosa para con el afectado pese a que con el devenir del proceso las circunstancias que originaron su otorgamiento han variado y obligan a modificar la medida.

Si el juez puede conceder cualquier medida cautelar que busque asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, no hay obstáculo alguno para que una vez concedida la misma pueda modificarla si las circunstancias han variado con el transcurrir del tiempo –el que puede de más puede de menos–.

Para clarificar estas ideas pondremos el siguiente ejemplo: se trata de un proceso de obligación de dar suma de dinero donde la pretensión versaba en el pago de S/ 50,000.00 y el demandante solicita ante el órgano jurisdiccional competente

una medida cautelar de embargo en forma de inscripción por el mismo monto y sobre el inmueble del demandado, siendo que en primera instancia el juez falla declarando fundada en parte la pretensión y ordena al demandado –afectado con la medida cautelar– pagar la suma de S/ 20,000.00, la pregunta que se nos viene a la mente inmediatamente es ¿el juez de oficio podría reducir el monto del embargo?

Primero debemos analizar que en el ejemplo las circunstancias del caso han variado, dado que el juez que concedió la medida cautelar de embargo en forma de inscripción por S/ 50,000.00 ha declarado en la sentencia de primera instancia fundada la pretensión del demandante pero solo por S/ 20,000.00, es decir, no ha otorgado en su totalidad lo pedido por el actor.

Esto lo ha hecho en el proceso principal –del cual la medida cautelar es instrumental– luego de que las partes han alegado y probado sus afirmaciones, por tanto, dicho juez ha adquirido el grado de certeza respecto de la pretensión que ha resuelto –y no la mera probabilidad– siendo que lo adeudado al demandante no es S/ 50,000.00 sino solamente S/ 20,000.00.

Siendo así, resulta evidente que el legitimado e interesado para solicitar la variación de la medida cautelar en la forma de modificación será el afectado de la misma debiendo pedir la reducción del monto del embargo, y el juez –creemos– debería conceder dicha modificación.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de que el juez de oficio pueda variar la medida cautelar en la forma de modificación, creemos que sí es factible, ello porque la variabilidad como característica de las medidas cautelares permite tanto a las partes como al juez en mérito a su poder general de cautela (acorde a su función jurisdiccional) pedir y ordenar la modificación o revocación de la medida durante la tramitación del proceso, cuando existan alteraciones en las circunstancias tanto de la relación jurídico material como de la relación jurídico procesal.

A mayor abundamiento, el abuso del derecho está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual robustece en mayor medida la legitimidad del juez de actuar de oficio en el caso concreto y reducir el monto del embargo trabado sobre el inmueble de propiedad del demandado.

Por tanto, no debe interpretarse restrictivamente el artículo bajo comentario, el cual de una interpretación literal solo facultaría a las partes a solicitar la variación de la medida cautelar en sus diversas manifestaciones, sino por el contrario, el juez por el poder general de cautela que lo reviste como manifestación de la función jurisdiccional puede de oficio revocar o modificar la medida cautelar concedida si las circunstancias de su concesión varían.

Sin perjuicio que, el juez –obviamente– no podría proponer de oficio una reposición de la medida cautelar dado que esa facultad solo la tiene la parte demandante que en un primer momento le fue rechazada su solicitud cautelar, ello acorde con el principio dispositivo y el de justicia rogada.

4. TRÁMITE PROCEDIMENTAL

De esta norma se desprende que cuando el pedido de variación la solicita el titular de la medida cautelar –demandante– el juez resolverá sin poner en conocimiento de la otra parte dicho pedido, mientras que si el pedido de variación lo realiza el afectado con la medida cautelar, el juez tiene el deber de poner a conocimiento de la otra parte dicho pedido, a fin de que exprese lo conveniente a su derecho –la norma no coloca plazo– y con la absolución o transcurrido el plazo otorgado por el juez para absolver dicho traslado podrá resolver el pedido de desafectación.

En el supuesto de la variación de oficio por el juez, entendemos que este no tendría por qué previamente a variar la medida cautelar poner en conocimiento de las partes su intención, sino por el contrario variará la misma y, en todo caso, quien no esté de acuerdo podrá oponerse.

5. LA OPOSICIÓN EN LA VARIACIÓN

En el último párrafo del artículo bajo comentario se señala que las decisiones sobre solicitudes de variación –tanto de demandante como demandado– son apelables sin efecto suspensivo, es decir, de una interpretación literal se podría concluir que solo cabría el recurso de apelación contra las resoluciones que resuelvan los pedidos de variación de medida cautelar.

En nuestra opinión, en el supuesto de que la variación de la medida cautelar se haya dado sin permitirle alegar a alguna de las partes, como en el caso de que sea solicitada por el demandante donde el juez resolverá sin correr traslado al afectado, y en el caso se dé la variación de oficio por el juez sin tener en cuenta lo que puedan alegar alguna de las partes –en esencia el demandante–, cabría la posibilidad de interponer el recurso de oposición.

En efecto, la oposición a la medida cautelar fue implantada por nuestro legislador procurando efectivizar el contradictorio en el procedimiento cautelar, evidentemente, y dadas las circunstancias sociales en nuestro país, las medidas cautelares son reservadas en cuanto a su concesión y ejecución –rasgo que no es propio de las medidas cautelares– y se permite el contradictorio a través de la oposición a la misma, es decir, a través de un contradictorio diferido –diferido porque se permite el contradictorio luego que el juez ya tomó una decisión y esta incluso ya fue ejecutada–.

Por ello se ha dicho que:

> "Si la medida fue decretada sin audiencia previa del sujeto pasivo de la misma, el derecho de defensa de este se garantiza mediante una posibilidad de oposición (...). El sujeto pasivo de la medida tiene la carga de formular la oposición, sin que ello signifique que recaiga solo sobre él la carga de alegación y de acreditamiento de todo lo que determine la procedencia del alzamiento o la modificación de la medida cautelar (...). La actividad procesal del que formula oposición a la medida cautelar va dirigida a obtener el alzamiento (o modificación) de esta por no concurrir los presupuestos para estimar la petición inicial del solicitante, haciendo valer con tal fin las defensas que eran inadmisibles antes de la primera resolución sobre la medida" (ORTELLS, 2000: pp. 354-355).

Ahora bien, este mecanismo de defensa en sede cautelar tiende a desvirtuar los presupuestos que dieron origen a la concesión de la medida cautelar, es decir, no se tratarían de cambios de circunstancias como en la variación de la medida cautelar, sino de que el juez tenga en el tapete la historia completa, la versión del afectado que acompañará medios probatorios de actuación inmediata que sustenten su posición y que cuestionará la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora e inclusive la razonabilidad o adecuación.

La resolución que resuelva la oposición será la pasible de apelación –esa es nuestra postura aunque en la praxis los abogados formulan ambos recursos tanto la apelación como la oposición–.

Para aterrizar nuestras ideas, nos valemos del siguiente ejemplo: se trata de un proceso donde se ha concedido al demandante la variación de una medida cautelar, variación que luego de ejecutada es notificada al demandado –afectado con la variación de la medida cautelar–, la cuestión a resolver es si contra esta decisión que otorga la variación de la medida cautelar ¿solo es posible interponer recurso de apelación o cabe la posibilidad de interponer oposición?

Como ya hemos hecho mención, en nuestra opinión lo correcto es que proceda la oposición. En efecto, si el demandado (afectado) solicita la variación se corre traslado a la otra parte (demandante) para que absuelva lo pertinente y luego el juez resolverá la solicitud de variación de medida cautelar, con lo cual se cumple con el principio del contradictorio y ante tal decisión solo cabría el recurso de apelación.

Mientras que en el caso propuesto, el demandante es quien solicita la variación y esta al igual que la primigenia solicitud cautelar es reservada, y si solo se concede el recurso de apelación al afectado con la variación de la medida cautelar se está vulnerando su derecho al debido proceso –en estricto su derecho de defensa– por cuanto no existiría siquiera un contradictorio diferido para que él exponga sus motivos de por qué no debería proceder la variación solicitada por el demandante, lo cual es incongruente con la propia razón de ser de la oposición

que hemos esbozado líneas atrás –mecanismo de defensa que efectiviza el contradictorio en sede cautelar–.

A mayor abundamiento, tanto en la primigenia solicitud cautelar como en la variación de la medida cautelar nos encontramos ante situaciones similares –reserva a la parte afectada–, con lo cual debería aplicarse el principio de a igual razón igual derecho, de lo contrario estaríamos ante una clara violación del derecho de defensa del afectado con la medida cautelar, hecho que está proscrito dentro de un Estado Constitucional de Derecho como en el que vivimos en la actualidad.

6. CONCLUSIONES

- Cuando se habla de variabilidad o sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus* de las medidas cautelares, la doctrina se está refiriendo a la misma característica de la medida cautelar.
- La variación de la medida cautelar, tiene tres formas de plasmarse: i) a través de la revocación de la medida cautelar, ii) a través de la reproposición de la medida cautelar; y, iii) a través de la modificación de la medida cautelar.
- El juez de oficio puede variar una medida cautelar ya sea revocándola o modificándola, ello en virtud al poder general de cautela que posee.
- La oposición en sede cautelar es un mecanismo de defensa del afectado con una medida cautelar y/o variación de la misma, e implica la posibilidad de ejercer su derecho al contradictorio.
- El recurso de apelación en el trámite de la variación de una medida cautelar solo será factible cuando quien la solicita (variación) es el afectado con la misma, por cuanto allí se le correrá traslado a la otra parte para que exponga lo conveniente a su derecho y luego el juez resolverá, es decir, existe un contradictorio, mientras en el supuesto contrario, es decir, que el solicitante de la variación sea el demandante, dado que no tomará conocimiento el afectado hasta la ejecución de la decisión del juez de variar la medida cautelar, será procedente el trámite de la oposición.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORTELLS RAMOS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BAPTISTA, Ovidio; (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen, y a la vez, aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse; que la variación de la medida cautelar debe obedecer a un cambio en las circunstancias que motivaron su concesión originaria, de determinada manera, por lo que dependiendo de ello el juzgador se encuentra facultado, a solicitud de parte, a modificar la medida cautelar concedida, de conformidad con lo previsto en el artículo 617 del Código Procesal Civil, lo que no se ha acreditado en este caso ***(Apelación N° 577-2008-Lima)***.

Dada la naturaleza de variable de la medida cautelar, el artículo 617 del Código Procesal Civil faculta a que el juez pueda –a solicitud de parte y en cualquier estado del proceso– variar una medida cautelar en cuanto a la forma, monto o bienes, para cuyo efecto se observará las circunstancias particulares de cada caso; en ese sentido, según el principio rebus sic stantibus para que se dé la variación o modificación de la medida cautelar, debe haberse modificado la situación de hecho o de derecho que dio lugar a su obtención o concesión. En el caso de autos la recurrente al formular su pedido de variación de medida cautelar no ha alegado ni probado que la situación de hecho o de derecho que se presentó al momento de la solicitud cautelar haya variado, por lo que su solicitud debe ser desestimada ***(Apelación N° 581-2008-Lima)***.

A pedido del titular de la medida cautelar o de la parte afectada y en cualquier estado del proceso, puede variar aquella modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae, su monto o sustituyendo al órgano de auxilio judicial, por lo cual el Juzgador para atender la solicitud de variación debe tener en cuenta con criterio racional y justo no solamente las exigencias y circunstancias del caso concreto, sino fundamentalmente garantizar el derecho del creedor, valorando si la forma propuesta es la más idónea para asegurar la pretensión ***(Exp. N° 1590-2005)***.

No puede hacerse responsable a un tercero de una obligación que no le corresponde, por lo cual no procede la ampliación del embargo cuando el inmueble ya no era de propiedad del deudor ***(Cas. N° 2165-2003-Lima)***.

Artículo 618 | **Medida anticipada**

Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 372, 610, 611, 647; D.S. 006-97-JUS art. 11.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario, en nuestra opinión, regula lo que CALAMANDREI denominaba como la anticipación de providencias decisorias, aunque por su denominación –medida anticipada– podría confundirse con lo que la doctrina denomina como tutela anticipatoria o anticipación de tutela, la misma que tiene rasgos afines a la tutela cautelar, pero no importa una tutela de aseguramiento, sino importa anticipar los efectos de la tutela pretendida.

También podemos señalar que la medida anticipada no es similar a la medida temporal sobre el fondo. Estas últimas sí deben ser consideradas como parte de la tutela anticipatoria y, por tanto, no tendrían naturaleza cautelar.

En las líneas posteriores, explicaremos el fundamento de este instituto, así como sus presupuestos y sus características a fin de que el lector pueda comprender adecuadamente las implicancias de este instrumento procesal otorgado por el legislador, y que la misma podría resultar una herramienta capaz de otorgarle la protección adecuada para proteger la eficacia de la futura decisión final que se pronunciará sobre su pretensión.

2. ¿MEDIDA ANTICIPADA O CONSERVATIVA?

Cuando nuestro CPC, en su artículo 618 hace referencia a las medidas anticipadas, no se sabe si hace referencia a la posibilidad de emitir medidas cautelares

con igual o semejante contenido de aquella que será la decisión definitiva –que es la típica medida anticipatoria calamandreiana– con fines estrictamente instrumentales, o bien, a la posibilidad de emitir medidas conservativas, distintas del embargo cautelar o el secuestro, tendientes a rendir fructuosa la futura ejecución forzada ("asegurar provisionalmente la ejecución definitiva") que por cierto tiende a neutralizar un peligro de tardividad y no de fructuosidad (ARIANO, 2003: p. 683).

Compartimos la duda que tiene la doctrina especializada en materia cautelar, sin perjuicio que –como ya habíamos adelantado– para nosotros está medida es propiamente la que CALAMANDREI denominaba como la anticipación de providencias decisorias.

En efecto, como enseña el ilustre profesor italiano, esta "providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario" (CALAMANDREI, 2005: p. 59).

A fin de clarificar que este tipo de medidas tienen naturaleza cautelar, respecto a la instrumentalidad de las mismas, CALAMANDREI (2005: pp. 60-61) señala lo siguiente:

> "La función instrumental se explica, pues, en este grupo dando a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que esta, operando *re adhuc integra* y sin solución de continuidad, puede tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si hubiese sido dictada sin retardo: la providencia cautelar funciona aquí, si se nos permite el parangón, como las fuerzas de protección destinadas a mantener las posiciones hasta el momento de la llegada del grueso ejército, a fin de evitar a este las pérdidas mayores que le costaría la reconquista de las posiciones perdidas".

En ese sentido, como dice ARIANO (2003: p. 683) interpretando este dispositivo legal, señala que anticipar implicaría:

> "(...) que la medida cautelar pueda tener igual o semejante contenido que la resolución definitiva, pero no para satisfacer el derecho, que es tarea de la tutela de fondo, sino porque ello se hace imprescindible para que la medida cumpla su misión instrumental de hacer efectiva la tutela de fondo".

Efectivamente, está medida cautelar tiende a otorgar al beneficiado –en mayor medida que otras– la protección de que la sentencia a dictarse y que resolverá su pretensión será la más adecuada y proporcional, inclusive comportando similares efectos a que se hubiera emitido sentencia.

3. RASGO DISTINTIVO: EL PERJUICIO IRREPARABLE

Entendemos que cuando el legislador se refiere a evitar un perjuicio irreparable dicho concepto supone un peligro en la demora de mayor envergadura al normal y objetivo peligro en la demora que emana de la duración del proceso. La irreparabilidad del daño supone que no existirá medio jurídico adecuado para volver a la situación jurídica que se pretendía proteger, y aunque algunos señalen que todo daño puede ser cuantificado, el mismo importará un resarcimiento más no su reparabilidad.

En este orden de ideas, se dice que "el peligro en la demora consiste en un riesgo de daño respecto de la situación jurídica cuya protección se solicita; pero no se trata de cualquier peligro de daño, sino de un riesgo provocado por la demora del proceso" (PRIORI, 2006: p. 39). De aquí se desprende que el solo hecho de ingresar a un proceso nace que surja el peligro de que la futura decisión sea infructuosa, por eso se dice que el peligro en la demora no necesita de probanza, ya que el mismo es objetivo al solo inicio del proceso, sobre todo cuando estamos ante procesos de cognición que –por lo general– son más latos.

Ahora bien, al poner como requisito nuestro legislador el perjuicio irreparable, lo que ha hecho es poner más alta la valla para la concesión de esta clase de medidas respecto de las otras.

En ese sentido se ha dicho que:

> "(...) el que el daño que se quiere evitar sea irreparable no es condición esencial para la procedencia de una medida cautelar. Para la configuración del peligro en la demora, no se requiere que el daño que se teme que se pueda producir por la demora del proceso, sea irreparable; sino que basta que sea inminente. La irreparabilidad del daño es solo un peligro en la demora acentuado (...)" (PRIORI, 2006: pp. 48-49).

Como vemos dicho sector de la doctrina señala que para la concesión de una medida cautelar no debería colocarse como requisito a la posibilidad de evitar un perjuicio irreparable, en nuestra opinión, dicho requisito sí se justifica en este tipo de medidas cautelares porque las mismas tienen un mayor grado de injerencia en la esfera del afectado que las otras medidas cautelares.

4. DIFERENCIA ENTRE MEDIDA ANTICIPADA Y TUTELA ANTICIPATORIA

Podemos señalar que mientras la medida anticipada regulada en el artículo bajo comentario sí forma parte de la tutela cautelar al tener un rol instrumental con respecto de la futura decisión a emitirse, la tutela anticipatoria es considerada

como un adelantamiento de tutela, es decir, es como una sentencia anticipatoria que surte efectos en el plano práctico, por ende, no puede considerarse como una manifestación de la tutela cautelar, sino es propiamente una clase de tutela que forma parte de la tutela de urgencia.

Siendo esto así, las medidas cautelares denominadas "temporales sobre el fondo" reguladas en el artículo 647 del CPC, no deberían ser consideradas como medidas cautelares, sino como tutela anticipatoria.

5. CONCLUSIONES

- La medida anticipada forma parte de la tutela cautelar y, por tanto, siempre será instrumental a la tutela de fondo.
- Para la concesión de la medida anticipada se tiene que cumplir los requisitos establecidos en el artículo 610 del CPC, siendo una condición adicional que el peligro en la demora consistirá en evitar un perjuicio irreparable.
- El perjuicio irreparable es considerado como un grado más acentuado del peligro en la demora.
- La medida anticipada se diferencia de la tutela anticipatoria por su rol instrumental, mientras la segunda es otra forma de tutela de urgencia distinta a la tutela cautelar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* Lima: ARA; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como Derecho fundamental.* Lima: ARA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar.* Lima: Gaceta Jurídica; BAPTISTA, Ovidio (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar.* Lima: Comunidad; ORTELLS RAMOS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares.* Madrid: La Ley; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano.* Lima: Jurista; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

Artículo 619 | Eficacia de la medida cautelar

Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.

La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 629, 690-B.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula el periodo que comprende la eficacia de la medida cautelar, el mismo que se circunscribe desde que el demandante ha obtenido una medida cautelar a su favor ejecutando la misma, hasta la obtención de una sentencia firme a su favor.

Entendemos que se refiere a una sentencia firme condenatoria que es la única pasible de ejecución, ya que la sola emisión de las otras sentencias –declarativas y constitutivas– satisface la pretensión del demandante.

Conforme a las características propias de la medida cautelar, su eficacia está supeditada a la provisionalidad que toda medida cautelar contiene, es decir, a través de este artículo se desprende la característica de la provisionalidad de las medidas cautelares y que será analizada con mayor detenimiento en el siguiente punto.

Además, este dispositivo legal no debe ser utilizado como mecanismo de denegación de tutela, es decir, no puede ser obstáculo para utilizarlo como mecanismo de rechazo de medidas cautelares cuando el solicitante debe pedir medida de ejecución o ejecutiva al poseer una sentencia firme a su favor, el juez en dichos casos deberá aplicar el principio procesal del *iura novit curia* y conceder la misma como medida de ejecución y no como medida cautelar.

Por otro lado, analizaremos la implicancia del requerimiento del cumplimiento de la sentencia firme, ya que esto importará para el proceso de ejecución y no en sede cautelar, por ello es un error que el legislador haya mencionado ello en el título de medidas cautelares cuando esto propiamente pertenece al proceso de ejecución –denominado en nuestra legislación como proceso único de ejecución–.

2. LA PROVISIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

La eficacia de la medida cautelar se circunscribe a la duración de sus efectos, es decir, a la vigencia que mantendrá la medida cautelar durante el proceso, los efectos de la medida cautelar culminan cuando el proceso principal se encuentra ya con sentencia firme, o en casos excepcionales cuando se da algún supuesto anormal de terminación del proceso.

Se dice que:

> "(...) tan pronto termina definitivamente el proceso principal la medida cautelar queda automáticamente, sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre el particular, sin efecto. Adoptándose la medida cautelar para prevenir la pendencia del proceso principal, sus efectos quedan limitados a esta pendencia, extinguiéndose o transformándose tan pronto el proceso principal termina" (SERRA; RAMOS, 1974: p. 108).

En efecto, este rasgo propio de la medida cautelar tiene su fundamento en la característica de la provisionalidad de las medidas cautelares. La doctrina más autorizada señala que:

> "(...) las medidas cautelares son provisorias en la medida que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución que disponga su levantamiento o se produzca una circunstancia que, según ley, la deje sin efecto. De esta manera, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen vocación de permanencia; pero esa vida limitada en el tiempo está condicionada a que se produzca un hecho futuro, y esto es, como hemos señalado, el dictado de la sentencia con autoridad de cosa juzgada o de otra resolución que la levante" (PRIORI, 2006: p. 105).

Por tanto, el precepto legal objeto de comentario regula la eficacia de la medida cautelar durante el proceso, el mismo que –como ya lo dijimos líneas atrás– tiene como punto final a una sentencia firme, en caso sea desfavorable al demandante (improcedente o infundada) o en caso sea declarada fundada.

La norma solo hace mención a la sentencia firme favorable al demandante, ello porque lo que el legislador quiso señalar es la forma como la medida cautelar se convierte en medida de ejecución, lo cual pasaremos seguidamente a explicar.

3. LA CONVERSIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Conforme a lo señalado, la medida cautelar se extingue cuando el proceso cuenta con sentencia firme y en los casos de que dicha sentencia sea favorable al demandante y este ha obtenido una medida cautelar –para futura ejecución forzada– la misma pasa a convertirse en medida ejecutiva o de ejecución.

En efecto, las medidas cautelares por su rol instrumental pueden garantizar cualquier tipo de pretensión, ya sea esta declarativa, constitutiva o condenatoria. Tanto las pretensiones declarativas como constitutivas son satisfechas con el pronunciamiento definitivo por parte del juzgador, es decir, con la sentencia que las resuelve y en determinados supuestos necesitará de actos meramente administrativos para su concretización material, pero estos nunca importarán actos ejecutivos, por tanto, emanadas las sentencias y habiendo quedado firmes las mismas, las medidas cautelares que aseguraban la efectividad de dichas decisiones se extinguirán de pleno derecho.

En esa línea de ideas, solo cuando nos encontremos en presencia de un proceso donde se discute una pretensión condenatoria y en el cual el juez la haya resuelto de manera favorable al demandante y dicha sentencia ha devenido en firme, la medida cautelar –que será para futura ejecución forzada– se convertirá de pleno derecho en una medida de ejecución o ejecutiva, a esta transformación la doctrina la denomina como la conversión de la medida cautelar en medida de ejecución o ejecutiva.

En nuestra opinión esta transformación o conversión implica la extinción de la medida cautelar y el nacimiento de la medida de ejecución, esto debido a que ambas cumplen distintas finalidades en el proceso, mientras que la medida cautelar cumple un rol asegurativo del proceso, la medida de ejecución cumple un rol satisfactivo de la pretensión declarada cierta e indiscutible jurisdiccionalmente.

En tal orden de ideas, discrepamos con aquella doctrina que señala que:

> "(...) dictada sentencia firme condenatoria la medida cautelar se convierte automáticamente en medida ejecutiva. *La homegeneidad existente entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas permite fácilmente esta conversión, pues en su naturaleza son idénticas en principio ambas medidas, variando únicamente en cuanto a su alcance. Buen ejemplo de ello lo constituye el embargo preventivo que, una vez dictada sentencia firme condenatoria, permite pasar ya al procedimiento de apremio sin necesidad de nuevo embargo*" (SERRA; RAMOS, 1974: p. 109 –el énfasis es nuestro–).

No es la homogeneidad lo que hace factible la conversión de la medida cautelar para futura ejecución forzada en medida de ejecución porque las mismas no son homogéneas al cumplir finalidades distintas, sino por el contrario, es el rol instrumental de la medida cautelar la que hace factible dicha conversión.

Ahora bien, la medida de ejecución solo puede estar concebida cuando exista un proceso de ejecución, por tanto, el requisito establecido para que la medida cautelar se convierta –conversión– en medida de ejecución es el requerimiento, conforme lo explicaremos en el siguiente punto.

4. EL REQUERIMIENTO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

La norma hace mención al requerimiento del cumplimiento de la sentencia condenatoria favorable al demandante bajo apercibimiento del inicio de la ejecución forzada.

La ejecución de títulos judiciales –como es el caso de la sentencia condenatoria– se inicia con el pedido de requerimiento del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se dé inicio a la ejecución forzada, es decir, el proceso de cognición culmina con la sentencia firme y con el pedido de requerimiento se da inicio al proceso de ejecución cuyo título ejecutivo es la sentencia condenatoria firme.

Ahora bien, *en el caso de tener una medida cautelar la misma se convierte de pleno derecho en medida ejecutiva, una vez que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, siempre y cuando se dé el inicio de la ejecución,* el cual se lleve a cabo con el pedido de requerimiento, sino que el solo hecho de que la sentencia devenga en firme y se solicite el requerimiento del cumplimiento de dicha sentencia hace que la medida cautelar se transforme automáticamente en una medida de ejecución, por ello, el segundo párrafo del artículo 629 de ser interpretado de forma literal traería consigo un gran peligro para el beneficiado con la medida cautelar.

En efecto, de una interpretación literal de dicho párrafo, se podría llegar a concluir que la medida cautelar se cancela y quien ha obtenido sentencia favorable firme deberá solicitar como medida de ejecución la afectación del bien que fuera afectado con la medida cautelar anteriormente, lo que conforme a lo explicado sería una grave error porque la medida cautelar se convierte automáticamente en medida de ejecución una vez que la sentencia adquiere firmeza y es requerido su cumplimiento, en el supuesto que la misma haya declarado fundada la pretensión del demandante.

Además, debemos recordar que el inicio del proceso de ejecución se da con la demanda ejecutiva, el mismo que en el caso de la ejecución de resoluciones judiciales será a través del pedido de requerimiento del cumplimiento de la sentencia –lo que equivaldría a la demanda ejecutiva–, esto se desprende de una interpretación sistemática del precepto legal objeto de estudio y el segundo párrafo del artículo 690-B del CPC.

5. CONCLUSIONES

- La vigencia de la medida cautelar está ligada a su característica de provisionalidad, por tanto, una vez que en el proceso se dilucida la pretensión hecha valer ya sea con sentencia firme estimatoria (fundada) o

desestimatoria (improcedente o infundada), la medida cautelar se extingue de pleno derecho.

- En el caso de la sentencia condenatoria firme favorable al demandante, la medida cautelar para futura ejecución forzada pasará a convertirse en una medida de ejecución o ejecutiva automáticamente siempre y cuando se solicite el requerimiento del cumplimiento de la sentencia, sin necesidad de que el demandante tenga que solicitar la afectación del bien que fuera objeto de la medida cautelar.
- El inicio del proceso de ejecución de resoluciones judiciales –en especial las sentencias condenatorias– se origina con el pedido del requerimiento del cumplimiento de la obligación contenida en dicho título ejecutivo judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental.* Lima: ARA; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar.* Lima: Gaceta Jurídica; BAPTISTA, Ovidio (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.* Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar.* Lima: Comunidad; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano.* Lima: Jurista; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La eficacia de la medida cautelar radica fundamentalmente en que asegura el resultado práctico de la sentencia, permitiendo proceder a la ejecución judicial cuando el demandado no cumple con la decisión definitiva ***(Exp. N° 109-2008)***.

Se ha declarado no ha lugar a la solicitud de entrega de consignación en ejecución de medida cautelar ya que el impugnante no ha presentado los argumentos necesarios para desvirtuar los fundamentos de la resolución recurrida, ya que la demandada se encuentra en estado de insolvencia por lo cual no se podría realizar la medida cautelar ***(Exp. N° 983-2003)***.

Artículo 620 | Cancelación de la contracautela

Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 613, 619, 621, 630.

J. María Elena Guerra Cerrón

De las características de las medidas cautelares (instrumentalidad, provisionalidad, contingencia, variabilidad, entre otras) la provisionalidad es la que define la vigencia de la misma y, por ende, también de la contracautela.

Además está la característica de la contingencia, esto es, la posibilidad de que suceda una cosa. Pues bien, una pretensión principal puede ampararse o no, por lo tanto, una medida cautelar concedida, a partir de la apariencia del derecho, no vincula al juez a que la decisión final sea amparable. Pueden darse diversas situaciones por las que una demanda no sea amparada, no es solo porque no le asista el derecho, sino porque no se presenten los medios probatorios respectivos, que se dejen vencer los plazos para ejercitar el derecho, no tener una defensa técnica adecuada, etc.

La existencia de la contracautela está en función a la vigencia de la medida cautelar; de ahí que comparten la característica de la provisionalidad. Resuelta en forma definitiva (consentida o ejecutoriada) la pretensión principal, dependiendo de la solución se evaluará la ejecución de la contracautela.

El maestro Juan MONROY GÁLVEZ señala que:

> "(...) la contracautela parte del presupuesto que la ejecución de una providencia cautelar (vale decir, una medida cautelar), trae consigo perjuicios al afectado con ella. Por cierto, tales perjuicios se diluyen cuando la pretensión discutida en el proceso principal y garantizada con la medida cautelar es amparada. En este caso, la medida cautelar forma parte del proceso de ejecución, o se convierte en un medio de coacción para que el obligado cumpla con lo ordenado por el órgano jurisdiccional" (MONROY GÁLVEZ, 1987: p. 9).

Efectivamente, si una pretensión principal es amparada y la decisión es consentida o ejecutoriada, según lo previsto en el artículo 619 del CPC, sobre eficacia de la medida cautelar (que ha sido concedida para garantizar la efectividad de la decisión judicial y la realización de la función jurisdiccional), la ejecución judicial

se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito y se da inicio a la ejecución forzosa.

Esta es la secuencia natural cuando se resuelve de modo favorable al demandante y quien obtuvo la medida cautelar; la contracautela se cancela de pleno derecho y lo que corresponde es la devolución al oferente, de ser el caso.

Respecto a la cancelación de la contracautela, tenemos la siguiente cita del Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 02029-2009-PA/TC, Lima, 10/09/2010:

> "(...) 6. Que de otro lado, respecto la pervivencia del proceso cautelar, a pesar de que el principal ya se encuentra concluido, este Tribunal entiende que no existe amenaza o lesión alguna contra la demandante.
>
> Así, tal como lo ha relatado el Banco de Crédito, Sucursal Chiclayo (folio 550), el banco inició proceso ejecutivo contra la empresa Representaciones e Importaciones Miguel Ángel EIRL y Julio Ismael Severino Bazán solicitando una medida cautelar en forma de inscripción sobre inmueble de propiedad del entonces ejecutado, ofreciendo caución juratoria por un monto de 225,000 dólares americanos (folio 799).
>
> No obstante, debido a la cancelación de la medida cautelar, el 26 de enero de 1999 se condenó al banco a pagar la suma de 200,000 dólares americanos.
>
> Al respecto se puede apreciar, a folios 383, la Resolución 145, de fecha 30 de junio de 2003, mediante la cual se declara infundada la pérdida de la contracautela y se obliga a la devolución del dinero de la contracautela al banco.
>
> Dicha resolución, conforme obra en autos, fue notificada a Julio Ismael Severino Bazán, sin embargo, este no presentó impugnación alguna, quedando consentida. Y si bien María Alejandra Malinarich Gonzáles de Severino (fiadora de la empresa actora) impugnó tal resolución, dicho cuestionamiento fue desestimado en última instancia por la Corte Suprema, mediante Resolución 13 de enero de 2005 (folio 419).
>
> Que por consiguiente no se aprecia que el proceso cautelar implique una pervivencia de alguna medida cautelar, que de *facto* esté afectando algún interés de la empresa amparista. En realidad, en dicho proceso cautelar se estaría discutiendo la devolución de la contracautela, por lo que no se acredita vulneración contra derecho fundamental alguno de la empresa demandante" (STC Exp. N° 02029-2009-PA/TC).

Respecto a esta cita cabe señalar lo siguiente:

a) El demandante Banco de Crédito, Sucursal Chiclayo inició un proceso ejecutivo (hoy proceso único de ejecución) contra Representaciones e Importaciones Miguel Ángel E.I.R.L. y Julio Ismael Severino Bazán.

b) Se pidió una medida cautelar en forma de inscripción sobre inmueble ofreciendo caución juratoria por un monto de 225,000 dólares americanos. Este

es un caso discutible por el que se limita o cuantifica la caución juratoria, desnaturalizándola.

c) Si el proceso principal está concluido con sentencia favorable, ya no existe medida cautelar, no hay proceso cautelar, por el carácter instrumental y provisional de la medida. No hay pervivencia del proceso cautelar.

d) Se extingue la medida cautelar y a tenor de lo previsto en el artículo 619 del CPC, la ejecución judicial se inicia afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar y nos encontramos en la etapa de la ejecución forzosa.

e) Se canceló la medida cautelar, el 26 de enero de 1999 y se condenó al banco a pagar la suma de 200,000 dólares americanos. Se presume que la demanda fue declarada infundada (art. 630 del CPC) y que al amparo del artículo 621 del CPC, se condenó al pago de una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Esta indemnización se fija por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

f) Por la Resolución N° 145, de fecha 30/06/2003, se declara infundada la pérdida de la contracautela y se obliga a la devolución del dinero de la contracautela al banco. Se presume que como el artículo 621 se refiere a sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa (sumilla), se revocó la decisión de condena y se ordenó la devolución de la suma impuesta.

A manera de conclusión señalamos que no hay pervivencia de proceso cautelar, como se señala en el artículo 621 del CPC, la pérdida de la contracautela o la devolución de la misma, la resuelve el juez de la demanda, que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; porque es innecesario crear otro incidente (cuaderno):

> "Si se da la hipótesis de que el afectado con la medida cautelar deba ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos indebida e irregularmente, entonces, se ejecuta la contracautela de naturaleza real o personal que fuera ofrecida, lo cual se hará, a instancia de parte interesada, ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida precautoria y dentro del mismo cuaderno cautelar (...)" (HINOSTROZA, 2010: p. 187).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 3ª ed. Lima: Idemsa; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): "Introducción al estudio de medida cautelar". En: *Temas de proceso civil*. Lima: Studium.

Artículo 621 | Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1332, 1969 al 1971; C.P.C. arts. III, IX, 4, 53 inc. 1, 112, 121, 321, 322, 371, 372, 412, 613, 624, 627, 630.

Héctor Augusto Campos García

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 621 del CPC, bajo la (confusa) sumilla "sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa", enfrenta la problemática que se genera cuando se declara infundada una demanda que estuvo asegurada con una medida cautelar, y establece no solo los efectos jurídicos aplicables, sino también el régimen procedimental para dichas consecuencias jurídicas.

Las consecuencias jurídicas reguladas en el dispositivo contenido en el artículo 621 del CPC se dirigen al solicitante de una medida cautelar cuya demanda ha sido declarada infundada y son las siguientes: (i) la obligación de pagar las costas y costos del proceso; (ii) la obligación de pagar una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal (en adelante, URP); y, (iii) la obligación de pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Toda vez que las consecuencias jurídicas establecidas en el dispositivo bajo comentario tienen una naturaleza jurídica diferente entre sí, procederemos a realizar un análisis por separado de cada una de ellas. De este modo; en primer lugar, analizaremos las consecuencias resarcitorias; en segundo lugar, el régimen de la multa procesal; y finalmente, lo concerniente al pago de las costas y costos procesales.

El objetivo del presente comentario es brindar una visión panorámica, desde una perspectiva civil, de los principales cuestionamientos suscitados por la

regulación establecida por nuestro legislador respecto de una problemática que atiende a la reacción que debe tener el ordenamiento jurídico frente al ejercicio de un derecho (tutela cautelar) sobre el que ha existido un previo análisis de procedibilidad (por parte de un magistrado).

2. EL RÉGIMEN DE LA TUTELA RESARCITORIA EN LA ACTUACIÓN DE RESOLUCIONES CAUTELARES

En atención a la interpretación sistemática de los artículos 1969 y 1970 de nuestro CC, bajo nuestra perspectiva la obligación resarcitoria surge en la medida en que se presenten los elementos siguientes: (i) daño; (ii) acto generador de responsabilidad; (iii) relación de causalidad; y, (iv) criterio de imputación.

Desde este punto de vista, tomamos partido por un enfoque que ve a la "responsabilidad civil" (del causante del daño) y a la "tutela resarcitoria" (de la víctima) como dos perspectivas complementarias, que son el resultado de concebir que la función de la reacción del ordenamiento jurídico frente a los daños causados no se agota en la reparación de los mismos, sino que abarca necesariamente a la prevención de las conductas dañosas.

En ese sentido, pasando por alto la justificación de que el sistema de responsabilidad civil aplicable es el extracontractual (Campos, 2013: pp. 757-774), debe quedar claramente establecido que solo podrá establecerse la responsabilidad civil en el beneficiario de una resolución cautelar en la medida en que se haya acreditado cada uno de los elementos que conforman el supuesto de hecho que da origen a la obligación resarcitoria. Por ello, procederemos al análisis de estos elementos a continuación.

2.1. El daño: presupuesto necesario para determinar la responsabilidad del solicitante de una medida cautelar. Cuestiones problemáticas

En primer lugar, debemos prestar atención a que la acreditación de un daño resarcible es el presupuesto necesario para el surgimiento de una obligación resarcitoria en cabeza del solicitante de una medida cautelar.

De este modo, el solo hecho que se declare infundada la demanda que estuvo asegurada por una medida cautelar no determina de manera automática la imposición de una obligación resarcitoria en el solicitante de la medida cautelar, ya que siempre será necesario la acreditación del daño en la esfera del afectado por la medida cautelar.

En segundo lugar, el tipo de afectación del destinatario de los efectos de la medida cautelar puede ser tanto de tipo material (valorizable económicamente)

como inmaterial (estimable económicamente), lo cual deberá determinarse en función de cada caso concreto sin excluir de forma previa algún tipo de medida cautelar.

En efecto, se debe tener en consideración que el detrimento que puede provocar una medida cautelar no solo incide en el patrimonio del destinatario de la medida cautelar (piénsese en una medida cautelar para futura ejecución forzada como es el embargo), sino también en su esfera personal (piénsese en una medida cautelar innovativa relativa al estado de la persona como puede ser la de interdicción provisional o una medida cautelar en el marco de un proceso de tutela del niño o del adolescente), lo cual pone de realce el menoscabo (y su magnitud) al que puede verse sometido la víctima del daño.

Asimismo, deberá prestarse atención a cada tipo de medida cautelar en particular, de modo que ninguna medida cautelar se encontrará excluida de forma *ex ante* de ser generadora de daños. Esta precisión se hace necesaria desde el momento en que algún magistrado ha considerado que ciertas medidas cautelares (en específico, la "anotación de demanda") "no generan un daño considerable" al afectado por la misma, por lo que no se justificaría la constitución de una contracautela por parte del solicitante de la medida cautelar.

Si el hecho de que ciertas medidas cautelares conlleven una suerte de "daño típico", en el sentido de producir un perjuicio connatural a su propia naturaleza (así por ejemplo, una "anotación de demanda" sobre un bien inmueble necesariamente castiga el valor del predio), ello no significa que se deba excluir del análisis la magnitud del daño generado por cada medida cautelar en específico.

Bajo este punto de vista, podrá suceder, y de hecho ha sucedido, que un "embargo en forma de intervención en administración", que potencialmente resultaría ser más dañosa que una "medida cautelar sobre el fondo en un proceso de desalojo", genere daños de menor magnitud, por ejemplo, cuando la ejecución de la segunda medida cautelar termine con el daño parcial al bien inmueble o incluso con la muerte de sus poseedores.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, se debe ser consciente de que la certeza del daño producido por la medida cautelar se determina en función de los elementos demostrativos de prueba que se aporten al momento de determinar los daños resarcibles.

Este dato es de fundamental relevancia, ya que el principal objetivo (y dificultad) al realizar la fijación de la responsabilidad civil en el solicitante de la medida cautelar será la liquidación de los daños generados por el afectado de la medida cautelar.

En este escenario, los principios de concentración, celeridad y economía procesal cobran una especial relevancia frente al ofrecimiento y actuación de medios probatorios, cualquiera que fuese la vía procedimental para liquidar los daños producidos por la medida cautelar.

De este modo, desde el punto de vista del solicitante del resarcimiento, debe quedar en claro que en él recae la carga no solo de elaborar una liquidación de los daños padecidos (valorándolos o estimándolos, según corresponda), sino de presentar ante el magistrado el sustento documental de la misma. De forma tal que, en caso no se documente la pretensión resarcitoria, esta deberá ser rechazada de plano, salvo los casos de daños *in re ipsa* (los que se acreditan mediante presunciones judiciales) y de aquellos liquidables mediante la equidad (al amparo del art. 1332 del CC).

En este punto, se debe llamar la atención respecto de un factor recurrente en la tramitación de procesos de responsabilidad civil y que puede generar dilaciones (maliciosas): la práctica demuestra que la realización de una pericia, junto a la prueba documental, resulta especialmente esclarecedora (aunque ciertamente no determinante) para fijar la cuantificación del resarcimiento; sin embargo, el tiempo y costo que genera que se lleve a cabo la misma (nombramiento de peritos, cuestionamiento al nombramiento, pago de peritos, renuencia al pago de peritos, fijación de la audiencia para la sustentación del peritaje, objeciones al peritaje, absolución de objeciones al peritaje, y un largo etc.) puede terminar postergando una tutela que, en principio, debe ser especialmente célere.

Recuérdese que el demandante del resarcimiento ha sido ya afectado por una medida cautelar que se ha revelado como totalmente innecesaria al haberse declarado infundada la demanda en el proceso principal con sentencia definitiva. De este modo, la (lenta) actuación de pruebas no puede terminar generando un nuevo daño en aquel que ya sufrió uno como resultado de una medida cautelar.

Si se enfoca el problema desde el punto de vista del demandado por el resarcimiento, debe quedar también en claro que no solo deberá realizar un rechazo genérico a la liquidación (y respectiva sustentación) de daños efectuada por la contraparte, caso en el cual su oposición tendría que ser desestimada, sino que deberá sustentar documentalmente la misma.

En cuarto lugar, no se debe perder de vista la necesaria relación existente entre la liquidación del resarcimiento y la "contracautela" o "caución procesal cautelar" (presupuesto de la actuación de la resolución cautelar).

De hecho, la falta de concordancia entre el artículo 613 del CPC y el artículo bajo comentario, no permite apreciar con claridad dos circunstancias que deberían

ser obvias. Y es que si la caución procesal cautelar es una garantía de la obligación resarcitoria derivada de los daños por la actuación de una resolución cautelar, entonces: (i) la ejecución de la contracautela dependerá de la previa determinación de responsabilidad del solicitante de la cautelar; y, (ii) la cuantía de la contracautela no implica una limitación de responsabilidad por parte del que se benefició con la medida cautelar innecesariamente.

Así las cosas, por más que se haya constituido una caución procesal cautelar real o personal, por un determinado monto, o una "caución juratoria", por el monto que fuese; en ningún caso dichos montos representan un mínimo o una limitación del resarcimiento que deberá abonar el solicitante de la medida cautelar innecesaria. De modo que, según corresponda, la caución procesal cautelar podrá ser considerada diminuta (si el resarcimiento liquidado es mayor), suficiente (si el resarcimiento liquidado es adecuado) o incluso excesiva (si el resarcimiento liquidado es menor, en cuyo caso deberá devolverse el exceso).

Finalmente, el magistrado debe ser especialmente cuidadoso al momento de afrontar, en un caso de responsabilidad por actuación de resoluciones cautelares, a las defensas de los demandados basadas en una supuesta irresponsabilidad por el "ejercicio regular de un derecho" al amparo del inciso 1 del artículo 1971 del CC.

En efecto, si se admite que la tutela cautelar constituye un derecho fundamental (PRIORI, 2003: pp. 135-156), entonces será fácil advertir que recurrir al "ejercicio regular de un derecho" como una causal de irresponsabilidad sería una estrategia posible de ser alegada por aquellos que quieran verse librados de toda responsabilidad.

Nótese que no estamos hablando de aquellas hipótesis que puedan solucionarse recurriendo a la figura del "abuso del derecho" (como lo sería una medida cautelar con fines satisfactivos o intimidatorios antes que cautelares propiamente dicho), sino de aquellos casos en los cuales al otorgarse la medida cautelar se determinó la existencia de verosimilitud en el fundamento de la pretensión y de un peligro en la demora de la prestación jurisdiccional, pero que luego de finalizado el proceso, y actuado todo el acervo probatorio, se declaró infundada la demanda.

En los casos del último tipo descritos en el párrafo precedente, el hecho que se haya declarado infundada la demanda no determina que al momento de solicitar la medida cautelar se haya actuado de forma irregular, ya que para aquel específico estadio procesal no se requería certeza, sino probabilidad en el fundamento de la pretensión, por lo que el solicitante de la tutela cautelar actuó de forma regular excluyendo cualquier forma de ilicitud en su actuar (CALAMANDREI, 1936: pp. 71-72).

No obstante lo anterior, cabe cuestionarnos: ¿la ausencia de ilicitud o antijuridicidad en la conducta del solicitante de la medida cautelar lo libera de responsabilidad?, en otros términos, ¿la situación descrita resulta suficiente para considerar irresponsable civilmente al que solicitó la medida cautelar al amparo del inciso 1 del artículo 1971 del CC? Nuestra respuesta es negativa.

El justificativo de nuestra respuesta se sustenta en las siguientes consideraciones: (i) nuestro ordenamiento civil no admite a la antijuridicidad como un elemento condicionante de la responsabilidad civil (DE TRAZEGNIES, 1990: pp. 110-112; FERNÁNDEZ, 2005: pp. 245-248; LEÓN HILARIO, 2007: pp. 91-94, 799-800), por lo que la ausencia de antijuridicidad o ilicitud en la conducta del agente no determina la inexistencia de una obligación resarcitoria en cabeza del supuesto responsable; (ii) una interpretación histórica, sistemática y finalista del inciso 1 del artículo 1971 del CC permite afirmar que el mismo contempla, *a contrario,* al abuso del derecho como acto generador de responsabilidad civil (LEÓN BARANDIARÁN, 1954: p. 456; DE TRAZEGNIES, 1990: pp. 187-194); y, (iii) nuestro ordenamiento civil tiene un "ámbito dual" de resarcibilidad, por lo que podrán ser susceptibles de resarcidos tanto los daños derivados de "actos lícitos" como de "actos ilícitos" (CAMPOS, 2013b: pp. 257-265).

Bajo estos términos, el reconocimiento de los denominados "actos lícitos dañosos" (TORREGROSSA, 1964: pp. 8-66; MAZZOLA, 2007: pp. 138-234; BUONAURO, 2012: pp. 7-183; CAMPOS, 2013b: p. 257 y ss.) como parte de la responsabilidad civil, permite que el demandado por un resarcimiento que justifique su actuar (solicitud de una medida cautelar) en el ejercicio regular de un derecho, y aún más por el pronunciamiento de procedibilidad del magistrado, no haga de este argumento un "salvo conducto" que le permita escapar de un "juicio de responsabilidad", sin que se lleguen a analizar todos los elementos de la responsabilidad civil.

2.2. El acto generador de responsabilidad y la relación de causalidad: los "vacíos" del artículo 621 del CPC y una mirada al Código de Procedimiento Civiles de 1912

El supuesto de hecho del dispositivo bajo comentario está conformado por una serie de eventos; a saber: (i) que el "demandante" haya solicitado una medida cautelar (antes o durante el trámite del proceso); (ii) que el órgano jurisdiccional haya actuado la resolución cautelar; y, (iii) que la demanda interpuesta por el solicitante de la medida cautelar haya sido declarada infundada por el órgano jurisdiccional.

La forma como ha sido establecido el supuesto de hecho complejo de formación sucesiva del artículo 621 del CPC plantea un problema de especial relevancia:

¿solamente si el proceso principal concluye declarando infundada la demanda estaremos frente a un acto generador de responsabilidad?

En todo caso, ¿qué sucede con las otras formas de conclusión del proceso? ¿Darán lugar a la imposición de una obligación resarcitoria (de una multa, y de las costas procesales) en el solicitante de la medida cautelar o, al no estar comprendidos en el dispositivo bajo comentario, no generan consecuencia jurídica alguna?

La problemática planteada es consecuencia de una deficiencia normativa. En efecto, la simple lectura del artículo 621 del CPC revela que existe una serie de hipótesis de conclusión del proceso que no han sido contempladas, tales como las siguientes:

(i) Supuestos en los que no se llegó a formular la demanda: así, por ejemplo, la situación en la que el demandante ha sido beneficiado por la medida cautelar, pero al no haber interpuesto demanda determina la "caducidad" de la medida cautelar obtenida antes del proceso (*ante causam*).

(ii) Supuestos en los que el proceso principal concluye sin una declaración sobre el fondo: así, por ejemplo, piénsese en las hipótesis del artículo 321 del CPC, o cuando la demanda es declarada improcedente tal como dispone el artículo 121 del CPC; y,

(iii) Supuestos en los que la resolución cautelar fue revocada o anulada por el superior jerárquico del órgano que concedió la medida cautelar (vía apelación) o dejada sin efecto por el propio órgano que la concedió (vía oposición).

En los escenarios apenas descritos, la legislación procesal peruana no brinda una repuesta clara, sea a favor o en contra, respecto de la producción de efectos jurídicos resarcitorios, a diferencia de lo que sucedía, para ciertos casos, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, lo que supondría una mayor completitud del Código derogado respecto al vigente, por lo menos en este extremo.

Así, por ejemplo, para el caso de las medidas cautelares *ante causam,* el artículo 230 del Código derogado establecía lo siguiente: "Si no se entabla la demanda oportunamente, queda sin efecto el embargo preventivo y responsable el que lo solicitó por las costas, daños y perjuicios"; del mismo modo, en lo que se refiere a las hipótesis de "levantamiento" del embargo, el artículo 243 disponía que, "Siempre que se levante el embargo preventivo por ilegal a instancia del deudor o de un tercero, o porque se declare infundada, queda sujeto el que lo pidió a las responsabilidades indicadas en la primera parte del artículo 230".

De regreso a la problemática denunciada en la normativa vigente hay que abordar y proponer una solución en función a los siguientes argumentos.

En primer lugar, debemos advertir que la referencia a que se declare infundada la demanda en el proceso principal, no excluye que sea posible reconocer consecuencias resarcitorias cuando haya mediado otra forma de conclusión del proceso.

La razón de la afirmación expuesta en el párrafo anterior se encuentra en el modelo de responsabilidad civil contemplado en el ordenamiento jurídico peruano.

A nivel de Derecho comparado es posible identificar dos grandes modelos de responsabilidad civil; a saber: (i) uno de carácter atípico basado en cláusulas normativas generales, en donde destaca el modelo francés (art. 1382 *Code*); y, (ii) otro de carácter típico en donde se enumeran los supuestos específicos que generan una obligación resarcitoria, tal como el modelo alemán (§ 823 *BGB*) (SACCO, 1992: pp. 92-106).

Nuestro ordenamiento, se enmarca dentro de un esquema atípico de responsabilidad civil, tal como se dispone normativamente en los artículos 1969 y 1970 del CC, esto es basado en cláusulas generales y no en hipótesis particulares y concretas *numerus clausus*.

De lo anterior se deduce que el establecimiento de hipótesis típicas de responsabilidad civil no limitan el número de supuestos que generen consecuencias resarcitorias, ya que siempre será posible recurrir a las cláusulas normativas generales contenidas en los artículos antes mencionados que mantienen su vigencia.

Bajo este esquema, el hecho de que exista supuestos de conclusión del proceso no contemplados en el dispositivo bajo comentario no excluye que puedan ser considerados como actos generadores de responsabilidad siempre que se haya actuado una resolución cautelar, ello al amparo de la atipicidad del modelo resarcitorio peruano.

La posibilidad de ampliar los actos generadores de responsabilidad a hipótesis distintas de la regulada en el artículo 621 del CPC ha sido reconocida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual, en la Casación N° 2462-2012-Lima Norte señaló lo siguiente respecto de la resolución de abandono que pone fin al proceso:

> "En ese sentido la sentencia y la resolución de abandono que pone fin al proceso tienen los mismos efectos procesales y ambas dan por concluido el proceso. Ahora bien, el artículo 621 del Código Procesal, que regula las sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa, al referirse a la resolución que declara infundada la demanda, incluye, por aplicación extensiva, el

abandono del proceso que también le pone fin" (Numeral 2 de los fundamentos de la Sala Casatoria).

Bajo este punto de vista, la utilidad del artículo 621 del CPC se encuentra en haber precisado el ámbito de la relación de causalidad, ya que ha determinado que el daño debe ser causalmente vinculado al solicitante de la medida cautelar, claro está, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que pueda recaer en el órgano de auxilio judicial o en el magistrado, las cuales concurrirán con la del solicitante de la cautelar.

En segundo lugar, si bien no hay una restricción para considerar a las otras formas de conclusión del proceso como actos generadores de responsabilidad, tal como lo acabamos de sostener, ello no implica que todas y cada una de esas formas de conclusión del proceso no comprendidas en el artículo 621 del CPC deban ser consideradas pasibles de generar consecuencias resarcitorias.

La razón de lo anterior se encuentra en que la forma de determinar si un daño es resarcible dependerá de la ponderación que se realice, en el caso concreto, de los intereses de la víctima y el causante, que para nuestra materia de estudio son los intereses del solicitante de la medida cautelar y del afectado por la misma. La necesidad de realizar este balance de los intereses en conflicto para determinar la resarcibilidad de los daños ha sido denominada como "juicio de resarcibilidad" (CAMPOS, 2012b: pp. 217-227).

Lamentablemente, lo anterior no ha sido advertido por nuestro legislador, quien en algún proyecto de ley (por ejemplo, en el N° 2377-2012-CR) ha considerado propicio aumentar de una forma indiscriminada (y desmesurada) los actos que dan lugar a responsabilidad civil en el artículo 621 del CPC.

De este modo, el referido proyecto de ley hizo alusión tanto a los supuestos en donde la demanda es declarada improcedente, como a los escenarios en los que el proceso concluye según lo dispuesto en los artículos 321 (excepto el inc. 7 que alude a la consolidación sobreviniente de los derechos de los litigantes) y 322 (excepto los incs. 1 y 3 que refieren a que se declare fundada la demanda y el reconocimiento o allanamiento al petitorio, respectivamente) del CPC.

Veamos, por ejemplo, algunos cuestionamientos de considerar como acto generador de responsabilidad civil al hecho que el proceso principal concluya mediante conciliación o transacción.

En este supuesto, debemos distinguir dos situaciones claramente diferenciadas. Por un lado, que las partes hayan incorporado (o tomado en consideración) en la conciliación o transacción los daños derivados de la actuación de la resolución

cautelar. Y por otro lado, que las partes no hayan incorporado (por decisión propia o por descuido) dicha variable al momento de conciliar o transar.

Bajo el primer escenario; es decir, cuando las partes hayan incorporado en la conciliación o transacción los daños derivados de la actuación de la resolución cautelar consideramos que la transacción o conciliación realizada debería ser reconducida a lo que se conoce como "convenios limitativos o extintivos de la obligación de resarcir" y no como supuestos que generen directamente responsabilidad civil.

La consideración indicada en el párrafo precedente es una llamada de atención a las partes, y a sus abogados, a que reflexionen respecto de los alcances de una transacción o conciliación dentro de un proceso civil, cuando haya una medida cautelar vigente, toda vez que los daños generados por esta, durante el tiempo de su eficacia, deben ser tomados en consideración por las partes en la negociación del acuerdo que pone fin al proceso.

Bajo el segundo escenario; es decir, cuando las partes no hayan incorporado en la conciliación o transacción los daños derivados de la actuación de la resolución cautelar, se debe ser muy cauteloso.

Y es que si bien el hecho que el proceso de fondo termine vía conciliación o transacción puede constituir un acto generador de responsabilidad, no bastará, en ningún caso, el solo hecho de la transacción o de la conciliación para que proceda la obligación resarcitoria en el solicitante de la medida cautelar.

No debe perderse de vista que "las concesiones recíprocas" que, por ejemplo, caracteriza a la transacción, hace que no haya un "demandante-perdedor", ni un "demandado-ganador", por lo que no cabría, ni siquiera recurriendo a un criterio de imputación objetivo basado en la "sucumbencia" (el que pierde paga), imputar responsabilidad al solicitante de la medida cautelar si no se ha determinado, previamente, si hubo daño y quien es el causante del mismo.

En última instancia, creemos que debería atenderse al propio contenido de la transacción o conciliación que en concreto puso fin al proceso, a fin de determinar, en caso ello sea posible, quien fue el causante del daño, y en consecuencia, la eventual imputación de la obligación resarcitoria (RAMOS, 2006: p. 288).

Adviértase que, en cualquiera de los dos escenarios expuestos, la conclusión del proceso por transacción o conciliación, *in abstracto*, puede constituir un acto generador de responsabilidad civil, lo cual se condice con la necesidad de no frustrar el interés de la parte que lleva a cabo la negociación de la transacción o conciliación, y de generar los suficientes incentivos en la contraparte, a efectos de que se incluya el resarcimiento derivado de la actuación de una resolución cautelar en las

mencionadas formas autocompositivas del proceso; sin embargo, el análisis debe efectuarse *in concreto* en atención a la ponderación de los intereses de las partes.

2.3. El criterio de imputación: la falacia de la contraposición entre la responsabilidad subjetiva o perspectiva civil y la responsabilidad objetiva o perspectiva procesal

En lo que se refiere al criterio de imputación, esto es, al justificativo para el traspaso del coste económico del daño de la víctima (afectado por la medida cautelar) al causante (solicitante de la medida cautelar) coincidimos con quien ha indicado que es uno de los temas más espinosos o irresolubles del instituto del secuestro (CONIGLIO, 1926: p. 494) y, hoy diríamos, de las medidas cautelares.

En términos tradicionales, la problemática se ha circunscrito en delimitar si la imputación de la obligación resarcitoria en el solicitante de la medida cautelar, por los daños que causa la actuación de la resolución cautelar, se realiza a través de un parámetro subjetivo (la culpa o el dolo del solicitante) o de un objetivo (el hecho que se desestime la demanda en el proceso principal).

Sobre el particular, realizamos los siguientes comentarios:

En primer lugar, una aproximación histórica permite advertir, no sin ciertas imprecisiones, que la responsabilidad civil en la actuación de una resolución cautelar se enmarca dentro de una responsabilidad de tipo objetiva, como se desprende del hecho de que en el Derecho común y en los estatutos, la *actio iniuriarum* (que se fundaba sobre el dolo y la culpa) fue abandonada por la *actio in factum* la cual no dependía del análisis de variables subjetivas (CONIGLIO, 1926: p. 499; CARNELUTTI, 1927: p. 365).

El justificativo de este cambio de perspectiva se sustentaba, ya en ese entonces, en las dificultades probatorias de la culpa (imputación subjetiva) para establecer la responsabilidad del solicitante de la medida cautelar, lo que se consiguió de forma progresiva, primero mediante el recurso a presunciones de culpabilidad, y luego con la regulación de supuestos de responsabilidad netamente objetiva (MITIDEIRO, 2013: pp. 141-142).

Sobre el particular debemos precisar que, en la actualidad, un análisis civil bajo parámetros históricos de la culpa como criterio de imputación revela que sus dificultades probatorias no han eliminado su presencia e importancia dentro de la responsabilidad civil (CORSARO, 2003: pp. 117-162), por lo que consideramos que debe rechazarse toda presunta supremacía de la imputación objetiva sobre la imputación subjetiva, más aún, cuando nuestro modelo de responsabilidad civil

es uno bipolar que reconoce con igual valor ambas formas de imputar responsabilidad civil (FERNÁNDEZ, 2005: p. 270).

En segundo lugar, resulta interesante abordar el tema desde la perspectiva de la comparación jurídica ya que a partir de ella se pueden obtener indicios certeros para proponer una solución al problema en nuestro ordenamiento; sin embargo, se debe proceder de forma cautelosa.

Y es que, el análisis no puede limitarse a la sola revisión del dato legislativo de diversos ordenamientos jurídicos, no solo porque ello no sería realizar un análisis de Derecho comparado (MARTINS-COSTA; SOUZA, 2005: p. 25), sino porque los mismos brindan una variedad de soluciones que impiden deducir parámetros estables de solución (repasa algunos ordenamientos extranjeros, sin mayor análisis, VERAMENDI, 2010: pp. 72-73).

Así por ejemplo, el ordenamiento alemán, en el parágrafo §945 de la *Zivilprozessordnung (ZPO)*, establecen una responsabilidad de índole objetiva (LEIBLE, 1998: p. 543). En el ordenamiento italiano, el artículo 96 del *Codice di Procedura Civile* italiano, recoge una responsabilidad subjetiva basada en el alejamiento de la "prudencia normal" del solicitante de la cautelar (BONGIORNO, 1991: pp. 1-4). En el ordenamiento español, el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone una responsabilidad de tipo objetivo (ORTELLS, 2000: pp. 466-478). En el ordenamiento argentino, el artículo 208 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recoge una responsabilidad de carácter subjetiva basada en el abuso o exceso del derecho en el que incurre el solicitante (BADUEL M.; BADUEL J.E., 1999: pp. 47-55). En el ordenamiento brasileño, repitiendo el criterio del hoy derogado artículo 811 del CPC, dispone en su artículo 302 un criterio de imputación objetivo (THEODORO, 2003: pp. 467-483).

Desde nuestra perspectiva, han sido consideraciones extrajurídicas y, por ende, no técnicas, las que han motivado la asunción de determinadas soluciones legislativas. Un ejemplo de ello lo constituye el ordenamiento italiano, en donde a pesar de la inaplicabilidad práctica de la responsabilidad subjetiva durante la vigencia del *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia* (1865), por un homenaje a la tradición, mantuvo la misma solución legislativa en el *Codice di Procedura Civile* (bajo la rúbrica de una *responsabilità aggravata*) y que frente a su poca relevancia práctica tuvo que ser reformada, no para cambiar el régimen de responsabilidad aplicable, sino para incluir una suerte de "resarcimiento punitivo", que en poco ha ayudado al mejoramiento del sistema de justicia en ese país (de lo cual da cuenta ampliamente MAZZOLA, 2010: p. 17 y ss.).

De forma contraria a lo indicado, una aproximación comparatista más rigurosa permite apreciar que el criterio de imputación aplicable a la responsabilidad

civil por la actuación de resoluciones cautelares se encuentra íntimamente influenciado al procedimiento de concesión y actuación de la resolución cautelar (CAMPOS, 2012: pp. 190-197).

De este modo, resulta lógico establecer un criterio de imputación objetivo en aquellos casos en los cuales la medida cautelar afecte a la víctima sin contradictorio previo; por el contrario, si la cautelar se actuó con contradictorio a la otra parte, entonces se justifica que la imputación de responsabilidad sea subjetiva.

El criterio expuesto en el párrafo anterior debe ser correctamente entendido, para ello se debe tomar en consideración que el mismo se propone a partir de la posibilidad de prevenir el daño con el que cuentan las partes en el proceso cautelar.

Por ejemplo, si la cautelar se concede sin previo contradictorio, se ve que el afectado por la misma no tiene posibilidad alguna de prevenir el daño causado (capacidad de prevención unilateral), lo que justifica la imputación de carácter objetivo. Bajo este mismo punto de vista, se comprenderá que si la medida cautelar se dispuso luego de que verificadas la demanda y la contestación de demanda, la imputación de responsabilidad debería ser subjetiva, ya que ambas partes tuvieron la posibilidad de evitar el daño (capacidades de prevención bilateral).

En tercer lugar, se debe indicar que a partir de nuestro dato legislativo no es posible afirmar que el legislador tomó partido por algún criterio de imputación específico en la regulación del artículo bajo comentario.

De ahí que resultan cuestionables afirmaciones tales como: (i) la responsabilidad subjetiva se ampara en la referencia al carácter innecesario o malicioso de la sumilla del artículo 621 (MENDOZA, 2011: p. 290); o, (ii) la responsabilidad objetiva se sustenta en la misma lógica que las costas procesales o la multa a las que alude el artículo 621 (ZAVALETA, 2012: pp. 6-9).

En lo que concierne a la primera de las ideas aludidas, hay que precisar que si bien las sumillas de los artículos del CPC forman parte de sus dispositivos (CRISAFULLI, 1964: p. 203) y, por ende, condicionarán sus normas, a diferencia de lo que sucede en el CC, ello no otorga un carácter determinante a las sumillas en el sentido interpretativo de los dispositivos legales, más aún cuando no hay una referencia explícita a un determinado criterio de imputación en el dispositivo bajo comentario.

A modo de ejemplo, repárese que la situación fue completamente diferente en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en donde el artículo 235 al indicar que "el embargo preventivo se limitará a los bienes necesarios para responder de los resultados del juicio, y se entiende decretado de cuenta y bajo responsabilidad

de quien la solicita", establece una clara alusión a una imputación objetiva basada en el "riesgo" (APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, 1949: p. 299).

En lo que se refiere a la segunda de las ideas expuestas previamente, basta recordar la diferente naturaleza que existe entre la multa procesal y las costas procesales, respecto de la responsabilidad civil, para evidenciar la imposibilidad lógica de equiparar el tratamiento de dichas instituciones, lo que determina lo cuestionable del argumento.

Bajo un perfil más consistente, se señala que no se puede castigar a aquel que usa los mecanismo previstos por el ordenamiento de forma correcta, por lo que no se puede sancionar a aquel que se comporte según el ordenamiento lo permite, ya que una responsabilidad objetiva implicaría una desconsideración completa del juicio de cognición sumario adoptado (CAVANI, 2013: p. 227, siguiendo lo expuesto por MITIDIERO, 2013: pp. 142-143).

Esta línea de argumentación; sin embargo, no es compartida del todo por nosotros ya que, según lo indicado líneas arriba, desde la perspectiva de la responsabilidad civil es admisible establecer consecuencias resarcitorias frente a la realización de actividades plenamente lícitas (recuérdese lo señalado respecto de la admisibilidad de los "actos lícitos dañosos"), más aún cuando se niega una función punitiva en términos generales y absolutos de la responsabilidad civil.

La afirmación comentada encontraría más asidero en ordenamientos en donde la antijuridicidad es un elemento condicionante de la tutela resarcitoria o en donde la culpa tenga un rol central en la imputación de responsabilidad civil, pero en nuestra interpretación del ordenamiento dicha afirmación resulta cuestionable.

No obstante lo anterior, la relevancia que se le otorga al juicio de cognición sumaria sobre la probabilidad de existencia del derecho, en los casos en donde el pedido final es decidido definitivamente infundado luego de haberse producido una anticipación de tutela (MITIDIERO, 2013: p. 142) es innegable de cara a establecer el justificativo de la tutela del interés del solicitante a través de la concesión de una medida cautelar, el cual deberá ser ponderado con el interés del afectado por la medida cautelar, reflejando aquello que la doctrina denomina como la "necesidad de conciliar derechos inconciliables" (SCADUTO; RUBINO, 1938: pp. 703-704).

De este modo, se puede concluir que el criterio de imputación de responsabilidad civil por la actuación de resoluciones cautelares en nuestro ordenamiento no está predeterminado por el legislador procesal, de modo que será viable recurrir tanto a una imputación subjetiva como a una objetiva.

El parámetro para recurrir a uno u otro criterio de imputación se encontrará, desde nuestro punto de vista, en el procedimiento seguido para la concesión y

actuación de la resolución cautelar, ya que este revelará la posibilidad que tuvieron, o no, las partes para evitar el daño. Evidentemente, si se logra acreditar el dolo en el solicitante de la cautelar, entonces no debería quedar duda alguna de que la imputación deberá ser de carácter subjetivo.

Finalmente, como conclusión general de lo indicado, queremos denunciar la falacia en la que se incurre al momento de contraponer el criterio de imputación subjetivo al objetivo, sobre la base de vincular la imputación subjetiva a una supuesta tesis civilista y la imputación objetiva a una, también supuesta, tesis procesalista.

Si se parte de la premisa de la "tutela de los derechos" como paradigma para el estudio de instituciones materiales y procesales (Di Majo, 2003: pp. 2-4, 43-66; Marinoni, 2014: pp. 162-169; Mitidiero, 2013: pp. 52-57), compartida por nosotros, resulta manifiesto el equívoco que se comete al contraponer lo sustancial y lo procesal para la fijación de un criterio de imputación de responsabilidad civil, toda vez que dicha fijación corresponde exclusivamente al derecho material.

El hecho de que consideraciones de carácter procesal se tengan que tomar en consideración para establecer la racionalidad del criterio de imputación, no es muestra de una autonomía del Derecho Procesal en temas de responsabilidad civil (Podetti, 1956: pp. 125-129), sino de la complementariedad de dos áreas de estudio, que establece nada más que un supuesto especial de responsabilidad civil (Bianca, 2012: pp. 773-783).

3. EL RÉGIMEN DE LA MULTA PROCESAL EN LA ACTUACIÓN DE RESOLUCIONES CAUTELARES

La segunda consecuencia jurídica contemplada en el artículo bajo comentario consiste en la imposición de una multa procesal al solicitante de la medida cautelar, en el escenario que se declare infundada la demanda en el proceso principal. En específico, una multa no mayor de diez (10) URP.

Entre nosotros se ha abordado la problemática de esta consecuencia jurídica precisando la doble acepción de la multa procesal; por un lado, como "técnica ejecutiva coercitiva", y por otro lado, como una "sanción frente a la temeridad procesal" (Cavani, 2013b: p. 225).

Centrando la discusión en el segundo de los significados de multa procesal, se ha señalado con fundamento que, en tanto la multa contemplada en el artículo 621 del CPC es de tipo automática; es decir, basta que se declare infundada la demanda para que surja en el solicitante la obligación de pagar la multa, entonces dicho extremo deviene en inconstitucional porque el medio (multa automática) no resulta ser adecuado para el fin pretendido (desincentivar la proposición de medidas

cautelares maliciosas), ya que, en realidad, se estaría sancionando por haber pedido tutela de seguridad para el derecho, es decir, por haber ejercido el derecho fundamental a la tutela efectiva (CAVANI, 2013b: p. 226).

Sobre el particular hay que realizar dos precisiones. En primer lugar, indicar que la denominada multa procesal entendida como técnica ejecutiva coercitiva constituye, en sentido estricto, un mecanismo mediante el cual se pone en acción el aparato coercitivo del Estado siempre que se verifique un incumplimiento de una obligación consagrada en una sentencia civil, en donde el empleo de la fuerza está dirigido a presionar al demandado a fin que cumpla él mismo la obligación antes que obtener el mismo resultado de la prestación allí deducida contra o sin su voluntad (CHIARLONI, 2005: p. 27), de ahí su ubicación como técnica procesal.

En definitiva, explica que se denomine "multa procesal" a una típica "medida coercitiva", la conocida vocación sancionadora de nuestro CPC (ARIANO, 2003: p. 387); sin embargo, ello no debe ser óbice para reconocer que las medidas coercitivas tienen como fin inmediato propiciar la ejecución indirecta de las obligaciones, pero como misión y meta última lograr una tutela jurisdiccional efectiva (ARIANO, 2003: p. 393).

En segundo lugar, habría que añadir, solo con fines de claridad, que el hecho que la norma sea inconstitucional no significa que el extremo del dispositivo del artículo 621 del CPC que hace referencia a la multa procesal también lo sea, precisamente por la distinción existente entre "disposición" y "norma", con lo que resulta perfectamente posible que siendo la norma (como resultado interpretativo) inconstitucional se mantenga el dispositivo en tanto se reconozca una interpretación constitucional.

Con relación al caso concreto, tenemos que si se interpreta el artículo bajo comentario de forma sistemática con el artículo 112 del CPC, que determina los supuestos de temeridad y mala fe, y con ello se establece que la multa procesal del dispositivo bajo comentario solo resulta admisible de haber mediado temeridad, entonces se salva la inconstitucionalidad cabalmente denunciada.

4. EL RÉGIMEN DE COSTAS Y COSTOS EN LA ACTUACIÓN DE RESOLUCIONES CAUTELARES

El dispositivo bajo comentario completa el elenco de consecuencias jurídicas indicando que el solicitante de la medida cautelar debe asumir los costas y costos procesales.

La problemática es especialmente relevante ya que pone no solo de manifiesto la necesidad de reflexionar sobre los costes administrativos vinculados a la

concesión y ejecución de las medidas cautelares, sino de establecer si la regulación de las costas procesales cumple con los objetivos que persigue la institución tanto a nivel de las partes del proceso, como del sistema de administración de justicia.

En primer lugar, se debe partir de la consideración que las medidas cautelares generan tanto costes como beneficios de carácter privado y sociales, ajenos a los daños que se pueda generar como consecuencia de la actuación de una resolución cautelar.

Sobre el particular se ha indicado que, los costes administrativos de la tutela cautelar (esfuerzos de las partes, costos de ejecución, de seguimiento y control del cumplimiento de una obligación) deben ponerse en relación con los beneficios privados (evitar los daños que se generarían en caso de no contar con la medida cautelar) y sociales (prevención de litigios, impedir que las partes se aprovechen de la duración del proceso, generar espacios de transacción entre las partes) de la misma (RAMOS, 2006: p. 577).

Habiendo puesto en evidencia lo anterior, confirmamos la idea expuesta previamente, en el sentido que el régimen normativo de costas procesales y el de resarcimiento deben diferir dada su diversa finalidad. Empleando una conocida nomenclatura del Análisis Económico del Derecho resulta manifiestamente claro que los costes de prevención de la cantidad y calidad de accidentes (costes primarios) o los costos de eliminación de las consecuencias dañosas producidas por el accidente, respecto de los costes administrativos (costes terciarios) (CALABRESI, 1984: pp. 42-50) son completamente diferentes, de donde se desprende que la tutela resarcitoria es diferente de la tutela que brinda el régimen de costas procesales.

Una consecuencia de lo anterior, la encontramos plasmada en el último párrafo del artículo bajo comentario que establece un régimen de apelación diferente para la resolución que dispone los costos y costas procesales (sin efecto suspensivo), respecto de la que dispone la indemnización por daños (con efecto suspensivo).

En segundo lugar, atendiendo a nuestra regulación procesal se debe precisar que al no encontrar alguna disposición específica en el artículo 621 del CPC, entonces resultará de aplicación el régimen general contenido en el Título XV (Costas y costos) de la Sección Tercera (Actividad procesal) del CPC, la cual se estructura bajo una regla general de sucumbencia; es decir, "el que pierde paga" (art. 412), salvo "declaración judicial expresa y motivada de la exoneración".

Bajo tal perspectiva, debe recordarse que desde un punto de vista económico se ha indicado que ninguna orientación normativa (se refiere a la contraposición entre la regla según la cual "cada parte paga sus costas" y aquella que dispone que "el que pierde, paga") parece superior a la otra en todos los casos, sino que

depende del contexto (COOTER; ULEN, 2008: pp. 619-622), por lo que no abre un cuestionamiento apriorístico a la decisión establecida por nuestro legislador.

Sin embargo, sí debe señalarse una particularidad de nuestro régimen de costas procesales en sede cautelar, ya que la misma se inclina por establecer un régimen diferenciado de costos y costas procesales entre lo sucedido en el proceso principal y el proceso cautelar, lo cual, bajo la normativa hoy vigente, es compatible con lo dispuesto en el artículo 412 según el cual 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, con exclusión de los honorarios del abogado, los cuales se liquidan al finalizar el proceso.

La repercusión de este hecho, en términos prácticos, han sido resumidos de la siguiente manera: pueden ganarse las costas en el proceso principal pero perderse en las medidas; si no hay condena en costas en sede cautelar, las costas de las medidas no se imputan en la condena respecto del proceso principal; la condena en costas en el proceso principal no modifica la condena en costas sobre las medidas; la cuantía de que debe partirse para la tasación de las costas en las medidas es independiente de la cuantía del proceso principal; y deben hacerse tasaciones independientes de las costas del proceso principal y de las medidas (RAMOS, 2006: p. 584).

5. ALGUNAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Para concluir el presente comentario es necesario realizar algunas consideraciones de carácter procedimental con la finalidad de tener un cuadro, si bien descriptivo, completo de la institución bajo examen.

En primer lugar, debe destacarse que a pesar de que el artículo no haga ninguna referencia expresa, uno de los efectos que produce el hecho que se desestime la demanda en el proceso principal es el "levantamiento" de las medidas cautelares trabadas.

Nuestro ordenamiento, sí se pronuncia expresamente sobre esta consecuencia, cuando la medida cautelar recae en terceros ajenos a la relación jurídica procesal (art. 624 del CPC); sin embargo, atentaría contra el principio de igual trato procesal si se admite la "cancelación" de la medida cautelar cuando se afecta a un tercero, pero se mantiene cuando afecta a la parte, ya que el justificativo de esta consecuencia jurídica no está en la calidad de parte o no del proceso, sino en que la situación que justificó la concesión de la medida cautelar ha desaparecido.

Problemática se presenta la situación en la que el proceso no concluya con una sentencia que declare infundada la demanda, sino en alguna otra forma de conclusión del proceso, no solo porque el artículo 621 contempla expresamente esa única hipótesis, sino porque el artículo 630, que regula la "cancelación" de la medida cautelar, contempla esta posibilidad únicamente cuando la demanda se declare infundada (recuérdese que antes de la modificación realizada por el D. Leg. N° 1069 el dispositivo en cuestión aludía a que se "desestime" la demanda).

Sin embargo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 2462-2012-Lima Norte, ha interpretado la normativa entendiendo, no solo que es posible el "levantamiento" de la medida cautelar a pesar de que no esté contemplada como efecto jurídico expreso en el artículo 621 del CPC, sino que inclusive es viable para escenarios diferentes a la conclusión del proceso con demanda infundada. Veamos:

> "También es necesario analizar los alcances del artículo 630 del citado Código Procesal que prescribe la cancelación de la medida cautelar cuando la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda y aunque ella hubiera sido impugnada. Siguiendo la línea de razonamiento anterior si el abandono del proceso es declarado en primera instancia, aun cuando la resolución que lo declara fuera impugnada, es posible cancelar la medida cautelar originada como consecuencia del cuaderno principal" (Numeral 2 de los fundamentos de la Sala Casatoria).

En segundo lugar, debe indicarse que consideramos que la vía procedimental para realizar la liquidación de los daños y perjuicios está dada por un incidente poscautelar, y no necesariamente en un nuevo proceso (al amparo del art. 4 del CPC), ello en la medida en que resultaría demasiado gravoso para el afectado con la medida cautelar, iniciar un nuevo proceso para poder hacer responsable al solicitante de la medida cautelar por los daños causados.

Si bien no existe un procedimiento específico en el CPC para el establecimiento de la responsabilidad civil del solicitante de la medida cautelar, creemos que en virtud del último párrafo del artículo III y del segundo párrafo del artículo IX del Título Preliminar del CPC, es viable que el magistrado diseñe este procedimiento con pleno respeto de las garantías procesales que exige un debido proceso justo.

En este aspecto, debemos destacar que la regulación contenida en el Código de Procedimiento Civiles de 1912 era más diáfana, ya que en su artículo 244 disponía expresamente que la reclamación de daños y perjuicios por razón de un embargo preventivo indebidamente trabado, se ventilará como incidente.

Finalmente, debemos indicar que el tratamiento procesal de la resolución que dispone la indemnización de daños y perjuicios es diferente de la resolución que

establece las costas procesales o la multa procesal en cuanto a la actividad recursiva se refiere.

En efecto, en este caso no planteamos la problemática respecto de la posibilidad de cuestionar vía recurso de apelación dichas resoluciones, sino en concreto si es posible plantear un recurso de casación respecto de la resolución que se pronuncia sobre la indemnización.

Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser afirmativa. Y es que si bien la normativa restringe la posibilidad de formular recursos de casación contra las resoluciones que no ponen fin a la instancia, tales como los autos que se expiden en el procedimiento cautelar, el hecho que la indemnización sea una cuestión de mérito justifica la posibilidad de que sea recurrible en sede casatoria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán (1949): *Código de procedimientos civiles. Glosas y antecedentes. Exposición de motivos, jurisprudencia, bibliografía del art. 1 al 295,* tomo II, 2ª ed. corregida y aumentada por Germán y Felipe Aparicio Valdez. Lima: PTCM; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): "¿Una 'astreinte' endoprocesal? (Reflexiones sobre las multas coercitivas del art. 53 del CPC)". En: *Problemas del proceso civil.* Lima: Jurista; BADUEL, Maximiliano y BADUEL, Jorge Enrique (1999): *Medidas cautelares trabadas indebidamente.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BIANCA, C. Massimo (2012): *Diritto Civile,* vol. V. La responsabilità, 2ª ed. Milán: Giuffrè; BONGIORNÖ, Girolamo (1991): "Responsabilità aggravata" (voz). En: *Enciclopedia Giuridica,* vol. XXVI. Roma: Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani Treccani; BUONAURO, Carlo (2012): *Responsabilità da atto lecito dannoso.* Milán: Giuffrè; CALABRESI, Guido (1984): *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (1970), trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Ariel; CALAMANDREI, Piero (1936): *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.* Padua: Cedam; CAMPOS GARCÍA, Héctor (2012): *La responsabilidad civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasiona su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano,* tesis para optar por el grado académico de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; CAMPOS GARCÍA, Héctor (2012b): "El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho". En: *Ius et Veritas,* N° 45; CAMPOS GARCÍA, Héctor (2013): "Premisa para un estudio sistemàtico de la responsabilidad civil y la tutela resarcitoria de los daños derivados de ejecución de una medida cautelar en el proceso civil peruano". En: AA.VV. *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Lima: Legales-Ius et Veritas; CAMPOS GARCÍA, Héctor (2013b): "El ámbito dual del juicio de resarcibilidad en el análisis de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano: la negación de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil en el Código Civil peruano y la natural afirmación de los actos lícitos dañosos". En: *Derecho & Sociedad,* N° 40; CARNELUTTI, Francesco (1925): "Sulla responsabilità per esecuzione del sequestro". En: *Rivista Diritto Processuale*

Civile, II; CAVANI, Renzo (2013): "Responsabilidad subjetiva de quien disfrutó de la medida cautelar sin tener razón". En: *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; CAVANI, Renzo (2013b): "La inconstitucionalidad de la 'multa automática'". En: *Las medidas cautelares en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; CHIARLONI, Sergio (2005): *Medidas coercitivas y tutela de los derechos,* trad. Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra; CONIGLIO, Antonino (1926): *Il sequestro giudiziario e conservativo.* Torino: Bocca; COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y economía,* 2ª ed., trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica; CORDOPATRI, Franco (1990): "Soccombenza" (voz). En: *Enciclopedia del Diritto,* vol. XLII. Milán: Giuffrè; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del dannegiato e responsabilità civile.* Milán: Giuffrè; CRISAFULLI, Vezio (1964): "Disposizione (e norma)" (voz). En: *Enciclopedia del Diritto,* vol. XIII. Milán: Giuffrè; DI MAJO, Adolfo (2003): *La tutela civile dei Diritti,* 4ª ed. Milán: Giuffrè; DE TRAZEGNIES, Fernando (1990): *La responsabilidad extracontractual,* vol. IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2005): "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano". En: *Themis,* N° 50; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso Civil alemán,* 2ª ed. Medellín: Biblioteca jurídica Dike; LEÓN BARANDIARÁN, José (1954): *Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de Obligaciones),* 2ª ed., tomo I-Acto Jurídico. Buenos Aires: Ediar; LEÓN HILARIO, Leysser (2007): *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* Lima: Grijley; MARINONI, Luiz Guilherme (2014): *Tutela inhibitoria,* trad. Laura Criado Sánchez. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons; MARTINS-COSTA, Judith y SOUZA PARGENDLER, Mariana (2005): "Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Directo brasileiro)". En: *CEJ.* Brasilia, N° 28; MAZZOLA, Marcello Adriano (2007): *Responsabilità civile da atti leciti dannosi.* Milán: Giuffrè; MAZZOLA, Marcello Adriano (2010): *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria.* Milán: Giuffrè; MENDOZA DEL VALLE, Alessandra (2011): "Medidas cautelares trabadas indebidamente". En: *Revista Jurídica del Perú,* N° 127; MITIDIERO, Daniel (2013): *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria,* trad. Renzo Cavani. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons; ORTELLS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares.* Madrid: La Ley; PODETTI, J. Ramiro (1956): *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral (doctrina, legislación y jurisprudencia),* vol. IV. Tratado de las medidas cautelares. Buenos Aires: Ediar; PRIORI POSADA, Giovanni (2003): *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental.* Lima: ARA; RAMOS, Francisco (2006): *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico.* Barcelona: Atelier; SACCO, Rodolfo (1992): *Introduzione al Diritto comparato,* 5ª ed. Torino: UTET; SCADUTO, Gioacchino y RUBINO, Domenico (1938): "Illecito (atto)" (voz). En: *Nuovo Digesto italiano,* vol. VI. Torino: UTET; THEODORO JÚNIOR, Humberto (2003): "Responsabilidade civil objetiva derivada de execuçao de medida cautelar ou medida de antecipaçao de tutela". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal,* tomo VI; TORREGROSSA, Giovanni (1964): *Il problema della responsabilità da atto lecito.* Milán: Giuffrè; VERAMENDI FLORES, Erick (2010): "Restricción a la tutela jurisdiccional efectiva e indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa". En: *Actualidad Civil,* tomo 203; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger (2012): "La argumentación jurídica y la interpretación del artículo 621 del CPC: ¿el que gana pierde?". Disponible en: *<http://argumentacionyderecho.blogspot.com/2012/09/la-argumentacion-juridica-y-la.html>.*

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CABELLA PISU, Luciana (1999): "Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento". En: *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (a cura di Giovanna Visintini). Milán: Giuffrè; CALVOSA, Carlo (1970): *Il processo cautelare (I sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*. Torino: UTET; CONIGLIO, Antonino (1927): "In tema di responsabilità per danni nel sequestro". En: *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam; CORDOPATRI, Francesco (2005): "L'abuso del proceso e la condanna alle spese". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; CORDOPATRI, Francesco (2000): *L'abuso del processo. II. Diritto positivo*. Milán: Cedam; FRANZONI, Massimo (2010): "Il danno risarcibile", tomo II, 2ª ed. En: *Trattato della responsabilità civile (diretto da Massimo Franzoni)*. Milán: Giuffrè; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (2002): *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GRASSO, Eduardo (1959): "Note sui danni da illecito processuale". En: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 14; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (1991): "Daños causados en la actividad judicial". En: *Temas modernos de responsabilidad civil*. Lima: Asesora Andina; MONROY PALACIOS, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; PRIORI POSADA, Giovanni (2001): "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil". En: *Proceso & Justicia*. Revista de Derecho Procesal. Revista editada por la Asociación Civil Taller de Derecho.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 621 del CPC permite al juez de la demanda la sanción al titular de la medida cautelar que ha obtenido esta sin estar premunido del derecho que invocó. Si bien el referido artículo no señala expresamente la situación de la medida cautelar parcialmente atendible, en atención al argumento de que "quien puede lo más puede lo menos", corresponde al juez de la demanda fijar la indemnización ***(Exp. N° 331-1997)***.

La privación del uso de un vehículo embargado indebidamente constituye un perjuicio susceptible de indemnización. Aunque la prueba aportada no sea completamente asertiva sobre los gastos hechos, se supone que ha debido reemplazarlo mediante el pago de otro medio de transporte por el tiempo que estuvo vigente el embargo. En caso de no haber pruebas acerca del quantum de los daños causados por un acto ilícito, pero sí acerca de la existencia de estos, cede la regla clásica del (*onus probandi*) y el juzgador puede y debe fijar el importe de la indemnización por los perjuicios reclamados ***(Exp. N° 1299-1994-Lima)***.

Artículo 622 | Deterioro o pérdida de bien afecto a medida cautelar

El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida cautelar. Esta responsabilidad es regulada y establecida por el juez de la demanda siguiendo el trámite previsto en el artículo 621.

CONCORDANCIAS:
C.C. art. 1969; C.P.C. arts. 55, 621, 649, 650.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, la instauración de una medida cautelar siempre conlleva a un grado de responsabilidad, considerando la posibilidad de que el bien materia de cautela pueda correr el peligro de deteriorarse o perderse, ante cuya situación lo correcto es que alguien deba asumir esa responsabilidad.

Siendo así, nuestro CPC ha establecido que existe una responsabilidad solidaria entre el peticionante de la medida cautelar y el órgano de auxilio judicial por esa pérdida o deterioro del bien.

Como primer punto a referirnos, es que esta norma no solo es de carácter procedimental sino también de carácter sustantivo, en el sentido que determina la existencia de responsabilidad civil reparadora en los sujetos que intervienen en un proceso (depositario, administrador, etc.), sea a título de partes o de órganos de auxilio judicial.

El segundo punto está relacionado con el trámite que se da a la determinación y fijación del monto de reparación.

2. ANÁLISIS NORMATIVO

La norma bajo comentario es una de remisión, puesto que para los efectos de la determinación de la responsabilidad, así como de la fijación de la reparación, se remite a lo regulado por el artículo 621 precedente.

El tema central aquí está referido a que el artículo es claro al señalar que la responsabilidad solidaria nace por el solo hecho del deterioro o la pérdida del bien afectado con la medida cautelar; es decir, el dispositivo legal no adiciona ningún

requisito más, como bien podría haber dicho que responde por el daño causado aquel que actué con dolo o negligencia o simple descuido. Nada de eso señala la norma, razón por la cual, consideramos, que es dable concluir que la responsabilidad es meramente objetiva, que nace por el concreto hecho de la pérdida o deterioro del bien.

Este razonamiento tiene sustento en el sentido que el afectado con la medida cautelar, además de haberse visto limitado en el disfrute del bien –que puede ser materia del litigio o de aseguramiento para evitar la infructuosidad de la pretensión a ampararse–, no tenga que asumir las consecuencias del perjuicio, puesto que, como bien se sabe, aún se está en el plano de las probabilidades cuando se traba una cautelar. En consecuencia, cabiendo la posibilidad que la pretensión pueda ser desestimada, ello significaría que el bien le ha pertenecido y le seguirá perteneciendo al demandado, quien se habría visto doblemente afectado.

Ahora bien, el texto de la norma es general, pero ello no nos puede llevar a concluir que dicha responsabilidad se dará en todos los supuestos de la concesión de medidas cautelares, toda vez que, sin duda estamos ante casos donde ha operado la desposesión del bien, puesto que, por ejemplo, en los casos previstos por los artículos 649 (embargo en forma de depósito) o 650 (embargo de inmueble no inscrito), es el propio afectado con la medida cautelar quien tiene la condición de custodio o depositario del bien –salvo que se presente la negativa del mismo, ante lo cual se proceda del modo indicado en dichos artículos– y quien, obviamente, tiene que velar por la conservación del mismo. De producirse la pérdida o deterioro del bien, será él mismo el que asumirá las consecuencias de sus actos.

De no estarse ante ninguno de esos casos, donde el propio demandado siga en posesión del bien, en todos los demás casos operará lo dispuesto por el artículo bajo comentario.

3. TRÁMITE DEL INCIDENTE

Como la norma es remisiva al artículo 621, aplicable en lo que resultare pertinente, lo correcto es que se forme un cuaderno aparte del principal para darle trámite al incidente de la determinación de la reparación por el daño causado.

Como señalamos –sin perjuicio de anotar que hay posturas diversas, y hasta contrarias, al respecto–, consideramos que, pese a que nuestro Código no lo diga, el tipo de responsabilidad que tenemos regulado es la objetiva, porque no se puede exigir que, para dar lugar a la indemnización, el demandante o el órgano de auxilio judicial, hayan actuado con dolo o culpa, para que recién se dé lugar a la reparación del daño.

Podría sostenerse que, estando frente a una responsabilidad extracontractual, resultaría pertinente aplicar el artículo 1969 del CC, habida cuenta que la acreditación de la ausencia de dolo o culpa correría a cargo del autor del daño. Empero, desde nuestro punto de vista, ese razonamiento sería injusto, porque de acreditarse que no hubo dolo o culpa, el demandado tendría que asumir los costos de la pérdida o deterioro de su bien, además de ya haber estado limitado en el disfrute del bien, por la sola instauración de la medida cautelar; tanto más, si cuando se declara infundada la demanda, en los términos del artículo 621, la indemnización nace a consecuencia de tal desestimación, en tanto se haya causado daños y perjuicios, sin exigirse la presencia de dolo o culpa. Por consiguiente, si en ese caso no se exige la presencia de tales elementos, con igual razón corresponde no hacerlo en este caso señalado por el artículo bajo comentario.

Lo dicho, nos lleva a sostener que la responsabilidad civil que fija nuestro CPC es de naturaleza objetiva, por lo que bastará el solo hecho de la verificación de la pérdida o deterioro del bien para que dé lugar a la obligación de reparar o reponer el bien afectado con la medida cautelar. Pensar de modo contrario, creemos que sería injusto para el demandado, pues no hay que olvidar que aún estamos en el campo de las probabilidades cuando se concede una medida cautelar, de tal modo que no se puede presumir que el demandado resultará vencido de todos modos, puesto que no es poco común que se desestime la pretensión planteada en su contra.

Decíamos que para este trámite debe formarse un incidente en cuerda separada del principal, para que este último siga su curso normal, mientras se debata en vía incidental si corresponde que se indemnice o no al afectado por la pérdida o deterioro del bien, para lo cual debe abrirse a prueba el mismo, corriendo traslado de la pretensión a la parte contraria y, luego, el juez resolverá lo pertinente, fijando no solo el pago de un monto indemnizatorio sino, también, de las costas del incidente, así como de la multa respectiva, en lo que correspondiere.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo,* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

A pedido del titular de la medida cautelar y en cualquier estado del proceso puede sustituirse el órgano de auxilio judicial. El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial son responsables solidarios por el deterioro o pérdida del bien afecto a medida cautelar ***(Exp. N° 1420-1998-Lima).***

Artículo 623 Afectación de bien de tercero

La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda. Ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar.

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional podrán oponer el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil. Dicha oposición surte efecto aun en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del juez y/o auxiliar judicial. (*)

CONCORDANCIAS:
C.C. arts. 40, 195; C.P.C. arts. 98, 611, 621, 650.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

Como regla general se tiene, conforme a lo estipulado por el artículo 611 del CPC, que solamente se pueden dictar medidas cautelares que afecten bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores.

Siendo así, la idea base es que no resulta posible afectar bienes ni derechos de terceros que, naturalmente, no intervengan en el proceso, pues el mismo solamente se desarrolla *inter partes*.

No obstante lo anotado, el artículo 623 precisa que es posible que se pueda trabar una medida cautelar sobre un bien de tercero, en tanto y en cuanto se llegue a acreditar, por el solicitante de la medida, su relación o interés con la pretensión principal, así como haya sido citado con la demanda.

2. CONSIDERACIONES

En primer lugar, hay que diferenciar el supuesto regulado por la norma bajo comentario con el contemplado por el artículo 650, en el cual se permite trabar embargo sobre un inmueble que esté inscrito a nombre de una persona distinta a la del demandado, pero que se ha acreditado que dicho bien le pertenece al mismo; esto

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 27723 del 14/05/2002.

es, por ejemplo, cuando A demanda a B y advierte que este ha adquirido un inmueble de C, pero que, por razones de evitar el embargo, B no realiza la inscripción de la transferencia de propiedad. En este caso, bajo el amparo del artículo citado se puede afectar con embargo en forma de inscripción el inmueble que aún sigue apareciendo registrado a nombre de C, pero que en la realidad ya no le pertenece.

En el presente caso, no estamos ante tal supuesto, sino que el bien materia de afectación sí pertenece realmente a un tercero y no al demandado.

Por otro lado, cuando la norma hace alusión a un tercero, se está refiriendo sin duda en un sentido especial –en cuanto tendría un interés o relación con la pretensión principal–, porque si fuere un tercero en sentido lato no habría razón para que se afecten sus bienes.

Igualmente, la norma señala que ese tercero debe estar citado con la demanda para que, luego de haberse trabado la medida cautelar, pueda intervenir en el proceso principal y también, como es natural, en el procedimiento cautelar. Con lo cual, se tiene que esa denominada citación es el elemento no solo informador de la existencia de una demanda, sino, también legitimador para que pueda intervenir en el proceso principal.

Ahora bien, como la norma es un tanto vacua, lo que debe desentrañarse es a qué título es "citado" ese tercero con la demanda, puesto que el artículo no está mencionando para nada que se trata de uno de los demandados, sino de un tercero que tiene interés o relación con la pretensión materia de *litis*.

Podría ser el caso donde existan deudores solidarios y el acreedor decide demandar solo a uno de ellos, cuidándose de que se ponga en conocimiento del otro deudor solidario la interposición de la demanda.

En dicho supuesto, en caso los bienes del deudor solidario demandado no sean suficientes para garantizar el crédito, lo que podría hacer el actor es solicitar al juez de la demanda que trabe embargo sobre los bienes del otro deudor solidario que fue citado con la demanda, para que se pueda garantizar el pago de la deuda.

El tercero afectado con la medida cautelar, tendría que participar en el proceso bajo la figura de la intervención litisconsorcial que regula el artículo 98 del CPC, de tal modo que pueda no solo contradecir en el proceso principal sino también, de manera esencial, oponerse a la medida cautelar trabada en su contra.

Creemos que esta institución jurídica no podría aplicarse en el caso donde se esté sometiendo a contienda una acción pauliana (art. 195 del CC), porque, en dicho caso, tanto el deudor fraudulento como el que se ha confabulado con él para recibir en donación o vía compraventa los bienes, tendrían la condición de

litisconsortes necesarios pasivos, puesto que no podría iniciarse el proceso solo demandando al deudor sin incluirse al tercero adquirente.

3. OPONIBILIDAD DEL CAMBIO DE DOMICILIO

El párrafo final del artículo 623, en realidad es una norma general, por lo que no debió incorporarse a dicho artículo sino merecer una regulación independiente. Párrafo que fue incorporado mediante la Ley N° 27723, publicada el 14 de mayo de 2002.

Tanto para efectos obligacionales como procesales, la fijación del domicilio del deudor o demandado, respectivamente, tiene enorme importancia, puesto que es en dicho lugar donde se le cursarán los requerimientos de pago o la demanda para que pueda defenderse.

Siendo las cosas así, el artículo 40 del CC señala que es un deber del deudor el comunicar a su acreedor el cambio de su domicilio. Comunicación que debe hacerse de manera indubitable; entiéndase, vía carta notarial, correo electrónico, fax u otro medio que deje constancia de la existencia de la comunicación de la variación del domicilio.

En caso el deudor o el tercero hayan procedido del modo anotado, tendrán expedito su derecho a oponer tal cambio domiciliario en cualquier momento de la fase de desarrollo de la relación obligacional, así como cuando se presente el caso que se quiera trabajar una medida cautelar sin que antes se les haya demandado o citado con la demanda conforme a ley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo,* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Debe desestimarse el pedido si las inscripciones no contienen en modo alguno título de propiedad alguno a favor de los recurrentes, sino más bien, el acuerdo según el cual el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él conforme lo señala el artículo 1583 del Código Civil ***(Exp. N° 118-2002-Lima).***

Artículo 624 Responsabilidad por afectación de bien de tercero

Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario.

Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53 inc. 1, 371, 372, 412, 539, 613, 621.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo regula la responsabilidad de haberse trabado la medida cautelar sobre el bien de un tercero ajeno al proceso; puesto que si bien, en el artículo anterior, se contempla la posibilidad de afectar el bien de un tercero que tenía relación o interés con la pretensión materia de *litis*; en este caso, la medida cautelar se ha trabado sobre un bien ajeno que le pertenece a una persona que nada tiene que ver con el proceso. Precisando, además, que en caso de mala fe del peticionante será multado, pudiendo tener responsabilidad penal.

2. CONSIDERACIONES RELEVANTES

El artículo que estamos comentando indica que el tercero afectado debe acreditar "fehacientemente" que el bien no le pertenece al demandado, con lo cual estaría excluyendo toda posibilidad de que se presente un medio probatorio que no tenga esa cualidad de fehaciente.

Es más, emerge de la lectura del texto que el tercero no solo debe acreditar con documento fehaciente que el bien no le pertenece al demandado sino que, además, debe acreditar ser el propietario del bien, con lo que se estaría excluyendo que esa desafectación la puedan solicitar los posesionarios bajo algún título formal, como puede ser arrendatario, usufructuario, etc.

Mencionamos lo anterior, porque la segunda parte del primer párrafo menciona que el peticionante de la medida cautelar deberá pagar las costos y costos del procedimiento cautelar y, en atención a las circunstancias, perderá la contracautela a favor del "propietario", no dice que lo perderá a favor del tercero simplemente, que logró acreditar que el bien no era de propiedad del demandado, sino que debe tener la condición de propietario del bien.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el artículo debió ser más extensivo y no embretar el pedido de desafectación solo a favor del propietario del bien afectado, sino también a favor de cualquier otro que tenga un título de posesión formal (y no precario, por supuesto). En ese sentido, lo más apropiado hubiera sido que quien pueda pedir la desafectación sea cualquier tercero con título suficiente que desvirtúe la vinculación del bien con alguna de las partes del proceso.

Pues bien, conforme a lo señalado por el artículo 613 del CPC, la finalidad de caución (que nuestro Código le llama contracautela) es asegurar al afectado con la medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que puedan causarle su ejecución.

Siendo así las cosas, esa frase un tanto elíptica del artículo: "en atención a las circunstancias perderá la contracautela", no debe entenderse en otro sentido sino en el que nos señala el citado artículo 613; esto es, que la caución solo se hará efectiva en favor del afectado con la medida cautelar en tanto y en cuanto se le haya causado algún tipo de daño, susceptible de repararse, no importando si hubo dolo o culpa de por medio, sino por el solo hecho de la provocación del daño y nada más.

Lo dicho antes tiene sentido cuando nos remitimos a la lectura del siguiente párrafo, en donde se regula expresamente que, si se llega a verificar que el peticionante de la medida cautelar actuó con mala fe (es decir, con dolo), la consecuencia tendrá que ser, además, el imponérsele una multa, además de la responsabilidad penal que pueda recaer sobre el mismo, para cuyo fin se oficiará al Ministerio Público para que actúe dentro del marco de sus competencias.

La duda que nos surge está relacionada con el hecho que, si habiendo actuado de manera dolosa el peticionante, se ha causado daños al bien sujeto a medida cautelar, y verificándose que la caución no resulta suficiente para cubrir esos daños: ¿El tercero afectado en qué vía y ante quién tendría que pedir la indemnización correspondiente?

En dicho caso, creemos que, como la norma no permite tramitar esa pretensión en vía incidental dentro del mismo proceso, no le quedaría al tercero otra salida que incoar su demanda de manera autónoma ante el juez competente y en la vía correspondiente, de acuerdo a la cuantía de lo reclamado.

Nada dice nuestro texto legal al respecto, que bien pudo o tener un texto parecido al artículo 621 o remitirse a él para efectos de la tramitación de la pretensión indemnizatoria en vía incidental y no obligar al tercero afectado a –además de verse perjudicado con el trámite del pedido del levantamiento de la cautelar– tener que demandar en otra vía judicial el pago de daños y perjuicios que no han podido ser cubiertos por la caución.

3. CONSIDERACIONES ADICIONALES

A modo de reflexión solo resta comentar que no encontramos razones de peso para que coexistan dos normas que, en el fondo, contienen lo mismo. Nos referimos al artículo 539 del CPC que se refiere a la suspensión de la medida cautelar sin necesidad de interponer tercería de propiedad, cuando bien puede formularse tal petición con base en el artículo 624 que estamos comentando y que no había necesidad de incardinar una norma con igual contenido en la parte de la tercería.

Tanto en uno como en otro artículo se hace alusión a que el sujeto legitimado para pedir el levantamiento de la cautelar –porque para estos fines, en los términos de redacción de nuestro Código [que no es un ejemplo de claridad en redacción dicho sea de paso] significa lo mismo decir "suspensión" que "desafectación" [pese a que se trate, técnicamente, de dos palabras con contenidos distintos], porque con ambas se logra el mismo resultado, que es levantar la medida cautelar, esto es, que la misma ya no siga afectando el bien– debe tener la condición de propietario, solo que en el artículo 539 se dice que el título debe estar inscrito, así como que el pedido debe ser puesto en conocimiento de ambas partes y que, de ampararse el pedido de levantamiento, la decisión es inimpugnable. Mientras que el artículo 624, no señala que se debe correr traslado del pedido a la parte interesada para que diga algo –lo cual de plano consideramos que es incorrecto, porque debería escucharse previamente al solicitante de la cautelar–, ni que la decisión que ordena la desafectación sea inimpugnable.

La redacción de ambas normas legales demuestra más bien la incoherencia sistemática del Código, puesto que no encontramos razones valederas para que en un caso, pese a que se trata de un propietario con título inscrito (artículo 539), su pedido debe someterse al contradictorio de las partes contendientes; en otro caso (artículo 624), el propietario sin título inscrito, no requiere ver sometida su petición al previo contradictorio de las partes y que el juez puede resolver *in limine* e *inaudita altera pars* tal petición, solo con la posibilidad que sea impugnable la decisión, sin indicar el efecto de la apelación, lo cual nos obliga a remitirnos a lo regulado por los artículos 371 y 372 del CPC.

Una reflexión final también merece dejarse sentada, y es la referida a que, habiéndose logrado la desafectación vía el artículo 539 y habiéndose acreditado la mala fe del solicitante ¿cabría que también se pueda pedir indemnización al amparo del artículo 624?

El artículo 539 es escueto al señalar que de acreditarse la titularidad se levanta la cautelar *sine strepitu*, pero nada dice de qué es lo que pasaría si medió mala fe del solicitante de la medida cautelar; ante lo cual, podría concluirse o que no hay posibilidad de sancionarse al peticionante de mala fe, o se aplica de manera sistemática el artículo 624 y sí cabría la imposición de la multa, además de la entrega de la contracautela al tercero afectado. Vacío normativo que sin duda quedará a la toma de postura de los tribunales.

En suma, creemos que solo debió contarse con la redacción (mejorada por cierto) del artículo 624, contemplando el previo contradictorio y la impugnación de la decisión sin efecto suspensivo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo,* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La adquisición del automóvil marca por parte de los recurrentes se encuentra debidamente protegida por el principio de fe pública registral contenido en el artículo 2014 del Código Civil, en concordancia con el principio de legitimación previsto en el artículo 2013 del mismo cuerpo legal, por lo que no resulta oponible a estos las medidas cautelares de secuestro vehicular y de embargo en forma de inscripción decretadas al interior del presente proceso, por ser los desafectantes terceros ajenos al presente proceso, además de no haber sido inscrito oportunamente el embargo en forma de inscripción en los Registros Públicos, a efectos de darle publicidad y oponibilidad a dicha situación jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2012 del Código Civil ***(Exp. N° 106-2005)***.

No procede el levantamiento de una medida cautelar que afecta a un inmueble, si el embargo se verificó antes de que el recurrente iniciara los trámites para la adquisición del bien, y porque este tenía pleno conocimiento de que dicho inmueble, cuya titulación pretendía, se encontraba embargado ***(Cas. N° 1490-04-Lambayeque)***.

Debe ampararse la desafectación, a tenor del artículo 624 del Código Procesal Civil, debido a que se ha acreditado fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado. Si el bien embargado pertenece a la sociedad de gananciales, el gravamen practicado resulta ilegal, más aún, si no se ha probado que la deuda contraída por el ejecutado haya redundado en provecho de la sociedad conyugal ni que haya servido para atender las cargas del hogar. Dicho bien no puede responder por la deuda adquirida por el cónyuge ***(Exp. N° 1309-2001)***.

Artículo 625 | Extinción de la medida cautelar concedida con el Código derogado

En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral. (*)

CONCORDANCIA:
C.P.C. art. 637.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. ANTECEDENTES

El presente artículo originariamente tuvo la redacción siguiente:

> "Artículo 625.- Toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión garantizada con esta. La caducidad opera de pleno derecho, siendo inimpugnables los actos procesales destinados a hacerla efectiva.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica inscripción registral".

Posteriormente, mediante Ley N° 26639, publicada el 27/06/1996, se precisó la aplicación del plazo de caducidad. Luego, con la Ley N° 28473, publicada el 18 de marzo de 2005, se modificó con el texto actual que estamos comentando.

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 625

Lejos de entrar a las críticas que suscitó la redacción original del citado artículo (para todo nos remitimos a lo sostenido por Eugenia ARIANO: p. 147 y ss.), nos limitaremos a comentar la redacción vigente, que más se parece a una disposición transitoria que a un texto propio del cuerpo de un CPC.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 28473 del 18/03/2005.

El texto actual es escueto, porque se limita a indicar que aquellas medidas cautelares trabadas en los procesos judiciales iniciados bajo las reglas del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se extinguirán (antes decía que caducarían) a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución.

En caso que no hubiera concluido el proceso –que por más que suene inverosímil a estas alturas del tiempo aún hay algunos de ellos dando vueltas aún por los despachos judiciales–, para que la cautelar siga vigente, el interesado tendrá que pedir la reactualización de la medida, la que requerirá nueva ejecución si es que implicare una inscripción registral.

El aspecto que lleva a mayor meditación es el referido a qué es lo debemos de entender por "reactualización" de la medida y por "nueva ejecución" de esta, porque el artículo pareciera que se refiere a dos situaciones diferentes. Que en un caso, bastaría la sola reactualización de la medida –no imaginamos cuáles, que no requieran de "ejecución"– y en otro caso, cuando se trata de un tema inscribible, se dará con la inscripción.

Creemos que la redacción no resulta del todo aceptable, puesto que, en principio, toda medida cautelar necesita ser ejecutada o trabada y, en todo caso, noticiada a quien corresponda.

La sola "reactualización" de la medida cautelar nada va a aportar para la efectiva vigencia de la misma, puesto que requiere de una etapa de "ejecución", sea cual fuere el tipo de medida provisoria concedida.

Por ejemplo, aún en el caso de una anotación de demanda, de actualizarse esta, tendría que oficiarse a los Registros Públicos para que mantenga su vigencia. Ahora bien, se entiende que esa "reactualización" es en el mismo lugar de prelación que tuvo inicialmente, pues de otro modo el peticionante resultaría más afectado, además de la duración del proceso, con que su pretensión se vea desplazada de un primer rango a uno posterior, por haberse registrado otras anotaciones posteriores a la suya inicialmente anotada.

Del mismo modo, en caso exista un embargo en forma de depósito, la sola emisión de la resolución de "reactualización" no sería suficiente, porque tendría que notificarse tanto al afectado como al depositario para que estén noticiados de la decisión judicial.

Bien vale traer a colación lo dicho por Eugenia ARIANO, al señalar que: "(...) *quien ha obtenido una medida cautelar aún no ejecutada* está ante una mera situación expectativa de la constitución de la *situación cautelante*, que es como decir que los efectos sustanciales de aquella, ya sea que se trate de los legalmente establecidos (como en el caso del embargo) o los que se dispongan en la propia resolución

cautelar (necesario cuando esta es atípica) están aún pendientes de producirse. En pocas palabras: la resolución cautelar no ejecutada es, desde el punto de vista sustancial, aún *ineficaz*. Por tanto, el momento constitutivo de la *situación cautelante* coincide con el de su ejecución y no con el de la emisión de resolución cautelar. Naturalmente, lo que se entienda por 'ejecución' dependiente del contenido concreto de la resolución cautelar" (ARIANO, 2014: p. 235).

En ese sentido, resultaba impertinente que el legislador haga la distinción que cuando se trataba de medidas registrables, esta "reactualización" era la única que daba lugar a una "nueva ejecución", puesto que debió decir en términos generales que toda medida cautelar reactualizada tenía que ser nuevamente ejecutada o en todo caso, que esa reactualización debía ser puesta en conocimiento de las partes interesadas, así como de las entidades encargadas de su publicidad, como en el caso de los Registros Públicos, con lo que también se eliminaba la incertidumbre de si la "nueva ejecución" implicaba la mantención del lugar de prelación o este grado de prelación variaba.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo,* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 625 del Código Procesal Civil señala que toda medida cautelar caduca a los dos años de consentida o ejecutoriada la decisión que amparó la pretensión; sin perjuicio de ello; también caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución. En ese sentido, la norma adjetiva no señala los plazos procesales de caducidad de las medidas de embargo ordenadas en ejecución de sentencia ***(Exp. N° 1209-2003)***.

En virtud del interés público que se pretende tutelar con las medidas cautelares en materia tributaria, el Código Tributario no prevé un plazo de caducidad para tales medidas. Por tanto, no les es aplicable el plazo de dos años prescrito en el artículo 625 del Código Procesal Civil ***(Exp. N° 3681-2002)***.

En atención a lo dispuesto en el artículo 625 del Código Procesal Civil, se colige la existencia de dos plazos de caducidad, ya sea cuando la medida de embargo solo y únicamente se ha dictado –dos años– y/o cuando dicha medida se ha ejecutado –cinco años–; entendida esta última como la materialización de la efectación jurídica sobre un bien determinado; es decir, que la ley no contempla el cómputo del plazo de caducidad desde que la sentencia haya quedado consentida o firme ***(Exp. N° 1226-2001)***.

Artículo 626 Responsabilidad del juez y del secretario

Cuando el juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por este cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. En este caso, será sometido al procedimiento especial establecido en este Código.

El secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan en su negligencia al ejecutar la medida cautelar. La sanción la aplicará el juez a pedido de parte, oyendo al presunto infractor y actuándose pericia si lo considera necesario. El trámite se realizará en el cuaderno de medida cautelar. La decisión es apelable con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 55, 371, 509 a 518, 621, 622.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

El artículo está dirigido a regular tanto la responsabilidad del magistrado como del auxiliar jurisdiccional encargado de la tramitación del procedimiento cautelar.

En el primer caso, el juez será responsable civilmente (en los términos regulados por los arts. 509 a 518 del CPC) por haber decidido de manera "ostensiblemente inidónea" al momento de designar el órgano de auxilio judicial que ha producido el deterioro o la pérdida del bien sujeto a medida cautelar.

Si nos remitimos a lo regulado por el artículo 509, veremos que el juez será civilmente responsable por haber actuado con *dolo* o *culpa inexcusable*, pero nada dice del actuar de manera "ostensiblemente inidónea", con lo cual podríamos colegir que es otro supuesto más de responsabilidad civil del juez, toda vez que no nos resulta posible subsumir este actuar inidóneo dentro de un actuar doloso o culposo inexcusable. Siendo así, sería un *tertius genus* el supuesto antes anotado y que sería fuente de responsabilidad del magistrado, la misma que deberá ser determinada en un proceso abreviado independiente. Es eso lo que entendemos, cuando el artículo dice que tal pretensión se sustanciará en el procedimiento especial establecido en este Código. Concluir de manera diferente, nos llevaría simplemente a un punto oscuro de no saberse a qué otro procedimiento especial se estaría refiriendo la norma.

2. RESPONSABILIDAD ¿DISCIPLINARIA? DEL AUXILIAR JURISDICCIONAL

Por otro lado, el mismo artículo regula también la responsabilidad del secretario interviniente, quien será responsable de los daños y perjuicio que se originen por su "negligencia" al ejecutar la medida cautelar, acotando que la sanción la aplicará el juez de la causa a petición de parte y oyendo al presunto infractor, actuándose la pericia respectiva si se considera necesaria su actuación. Este trámite se debe sustanciar en cuerda separada, siendo apelable con efecto suspensivo la decisión final adoptada.

En este caso ya no estamos ante un supuesto de responsabilidad civil del funcionario judicial, sino de una responsabilidad de otra naturaleza, que es la responsabilidad disciplinaria, la misma que no puede someterse a las reglas procesales comunes sino a las que la ley señala especialmente. Eso es lo que emerge de una lectura detenida del texto legal, que no solamente usa el vocablo "sanción" sino también "presunto infractor", que son términos propios del Derecho Disciplinario y no Civil.

Para tal efecto es necesario remitirnos a las normas especiales que regulan la responsabilidad funcional de los jueces y los servidores judiciales. A los primeros, se les somete al estatuto disciplinario previsto por los artículos 44 y siguientes de la Ley de la Carrera Judicial, Ley N° 29277; en tanto que a los segundos –en mérito a lo dispuesto por la tercera disposición complementaria transitoria de la citada Ley–, están sometidos al régimen previsto por la Resolución Administrativa N° 227-2009-CE-PJ, que aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Auxiliares Jurisdiccionales del Poder Judicial.

Ahora bien, en principio, la Ley de la Carrera Judicial, al modificar y derogar diversos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, le quitó al juez la facultad de imponer sanciones al personal jurisdiccional bajo su cargo; empero, en el inciso 4 del artículo 46 de la Ley de la Carrera Judicial, se contempla como una falta leve del magistrado no ejercer control sobre su personal o no imponerles las sanciones pertinentes cuando el caso lo justifique. Norma que, sin duda, servirá de cobertura para conectarla con esa facultad disciplinaria que contempla el artículo 626 bajo comentario.

Como punto final, estimamos necesario dejar en claro que ese procedimiento disciplinario que se tramita en cuerda separada –y que no estará sometida a competencia de la OCMA–, debe regularse bajo los cánones del reglamento del régimen disciplinario antes anotado, porque el aludido artículo para nada menciona que la responsabilidad es de naturaleza civil y que esa "sanción" es pecuniaria a título indemnizatorio.

Desde nuestro punto de vista, salvo mejor parecer, observamos que, en cuanto se refiere a los secretarios de juzgado, el legislador no ha señalado un procedimiento indemnizatorio, sino disciplinario, de lo contrario, bien pudo haber usado la misma técnica legislativa contenida en el artículo 621 del CPC.

Estando a ello, para el caso que se verifique la comisión de daños y perjuicios por la actuación del auxiliar jurisdiccional, al igual como se señala en el primera párrafo, para este caso, también quedaría expedito el derecho del afectado de interponer la demanda respectiva ante el juez civil competente de acuerdo a la cuantía contenida en la pretensión indemnizatoria; con lo que, en ambos casos, el tema de la responsabilidad patrimonial se estaría definiendo en proceso judiciales autónomos, distintos al que originó el procedimiento cautelar.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

A pedido del titular de la medida cautelar y en cualquier estado del proceso puede sustituirse el órgano de auxilio judicial. El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial son responsables solidarios por el deterioro o pérdida del bien afecto a medida cautelar *(Exp. N° 1420-1998-Lima).*

Artículo 627 | Medida innecesaria

Si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 428, 438, 530 párr. 3, 621.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

La norma está dirigida a limitar el uso de las medidas cautelares, cuando el bien objeto de la pretensión esté suficientemente garantizado, lo cual nos lleva a considerar que se está refiriendo, generalmente, a los casos donde se pretenda una ejecución de garantías, en los que el crédito reclamado se encuentra debidamente respaldado por una garantía real que, por lo común, es una hipoteca.

2. PARTICULARIDADES DE LA NORMA

Como regla general se tiene que no resulta viable solicitar se trabe una medida cautelar sobre los bienes del deudor, en caso el crédito reclamado se encuentre suficientemente garantizado.

No obstante lo anotado, la misma norma señala que si se diera el caso en el que esa garantía haya sufrido una disminución en su valor o, en todo caso, la pretensión haya aumentado durante el curso del proceso (o se presente una causa análoga), sí resulta procedente solicitar que se dicte una medida cautelar para proteger mejor ese crédito reclamado.

Pues bien, en cuanto concierne a que el bien materia de garantía, por cuestiones de la fluctuación de los precios de mercado, disminuya o pierda ostensiblemente valor, resulta atendible que el acreedor quiera asegurar realmente el pago de su acreencia, la misma que no ha sido honrada en los términos acordados con su deudor demandado.

Para tal efecto, tendrá que solicitar se trabe una medida cautelar respecto a otros bienes que tenga el demandado y, de ese modo, asegurar el pago de su crédito.

En cuanto al último párrafo del citado artículo, el mismo indica que también se puede pedir medida cautelar, cuando la pretensión haya aumentado durante el curso del proceso; esto es, no se señala que esa pretensión haya aumentado durante el periodo de incumplimiento del deudor previo al inicio del proceso, sino durante el curso de este.

Así las cosas, para que la pretensión puede "aumentar", esto es, para que la cuantía de lo pretendido varíe en más, el demandante ha tenido que reservarse ese derecho –de ampliar la cuantía– al momento de interponer su demanda, conforme lo dispone el artículo 428 del CPC; de lo contrario, se estaría vulnerando lo dispuesto por el artículo 438, referido a la fijación de la competencia y a la inmutabilidad de la demanda.

En caso no se esté en un supuesto de disminución del valor del bien, porque mantiene aún su valor de mercado, sino que el crédito inicialmente garantizado ha ido en aumento –sea por haberse refinanciado la deuda, por ampliaciones de plazo para pagar o la adición de intereses pactados o devengados por el incumplimiento–, la pretensión planteada con la demanda será mucho mayor al valor del bien que garantiza la deuda, en cuyo caso no se está en que la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso, porque este todavía no se ha iniciado, sino que estaremos ante esa otra "causa análoga" a la que se refiere el artículo; es decir, que la petición de una medida cautelar se basará en la pretensión materia de la demanda y no en función a la disminución del valor del bien, ni tampoco en el vencimiento de cuotas pactadas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El juez al disponer la variación de la medida, debe valorar cuál es la forma más idónea para asegurar la pretensión. No procede la variación si con esta última los bienes embargados, no constituirían garantía suficiente que pueda sustituir el dinero embargado. Se debe atender las circunstancias particulares del caso conforme lo contempla el artículo 617 del CPC ***(Exp. N° 99-4757-3236)***.

Las partes pueden solicitar la variación de la medida cautelar dictada, debiendo el juez atender a este, según la circunstancia particular de caso. Si se ha declinado a la incorporación como miembros de la actual junta directiva, corresponde al juez designar los nuevos integrantes, pues la controversia versa sobre la nulidad de las elecciones sobre el consejo directivo de la Asociación ***(Exp. N° 2059-1999-Lima)***.

Artículo 628 Sustitución de la medida

Cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el juez de plano la sustituirá. La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal. Esta decisión es inimpugnable.

También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días.

CONCORDANCIAS:

***C.P.C.** arts. 617, 642, 643; **D.LEG. 822** art. 200 inc. a.*

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

Conforme a lo normado por el artículo 642 del CPC, cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar *embargo*.

Por su parte, el artículo 643 prescribe que cuando el proceso principal tiene por objeto la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a este con el carácter de *secuestro judicial*; en tanto que cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor con el carácter de *secuestro conservativo*.

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 628

Es evidente que el sentido del artículo es aplicable, esencialmente, al embargo, puesto que con el mismo lo que se busca es garantizar el pago de una pretensión dineraria, razón por la cual se permite que el demandado pueda "sustituir" el embargo decretado sobre algunos de sus bienes entregando en garantía una suma de dinero, equivalente al moto fijado en la medida cautelar.

En otras palabras, en vista de que el accionante quiere asegurar el pago de su acreencia embargando los bienes del deudor, este último, para no verse afectado en el uso o disfrute de esos bienes, opta por ofrecer en garantía (mas no en pago), una suma de dinero que respalde el pago del monto reclamado en el proceso principal. Dinero que será depositado en el Banco de la Nación a nombre del juzgado competente.

La norma nada dice en qué momento ocurre ello, con lo que se colige que puede ser al momento mismo en que se está ejecutando el mandato cautelar o luego de haberse trabado la medida.

Sin duda que este artículo debe leerse de la mano con su similar, el artículo 617, que regula también la variación de la medida cautelar, diferenciándose con este último en que, en el presente caso, además de estarse frente al reclamo de una pretensión dineraria, esa sustitución se realizará "de plano" por el juez, sin correr previo traslado a la contraparte y, además, tal decisión que acepta la sustitución será inimpugnable.

En uno u otro caso estamos ante la sustitución del objeto del embargo, porque primigeniamente se ordenó afectar un bien determinado, el cual es "variado o sustituido" por otro bien, en este caso dinero que garantizará la pretensión reclamada, solo que para el artículo 628 operará cuando en la demanda se esté reclamando el pago de una pretensión dineraria.

Si de encontrar otras diferencias con el artículo 617 se trata, podríamos decir que este artículo se aplica para todas las medidas cautelares, en tanto el artículo 628 se aplicaría solo en caso se trabe un embargo.

No obstante lo anotado, otra lectura que se puede dar al artículo es que esta "sustitución" solo podría darse hasta el mismo momento en que se está ejecutando la medida cautelar, de lo contrario, ejecutada esta, solo quedaría el camino previsto por el artículo 617.

Sea como fuere, el caso es que la norma no tiene una redacción lo suficientemente clara como para distinguirse del artículo 617, así como tampoco señala en qué momento puede ocurrir esa sustitución, porque, ya sea al momento de trabarse la medida o luego de ella, de todos modos el juez tiene que aceptar esa sustitución, lo que implica la expedición de un auto resolutivo.

Asimismo, el artículo contempla la posibilidad de sustituir el objeto de la medida cautelar –ya trabada se entiende– cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del juez, la cual será aceptada o rechazada luego de haberse corrido traslado de tal petición a la parte contraria.

Se advierte que ese "a criterio" del juez, debe ser uno razonable, que conlleve a que realmente se esté garantizando la efectividad de la medida asegurativa, esto es, que no le resulte más ventajoso al demandado (y, por ende, más desventajoso y perjudicial al accionante) el ofrecer una garantía insuficiente que a la postre no asegurará el pago del crédito reclamado en el proceso principal. Por ello, quizá lo apropiado sea que esa garantía a ofrecerse y aceptarse sea equivalente, por lo menos, al momento fijado en la resolución cautelar.

3. ¿TODAS LAS MEDIDAS SON POSIBLES DE SUSTITUIRSE?

Como reflexión final, habida cuenta que hemos hecho alusión al artículo 617, podemos anotar que no todas las medidas cautelares trabadas pueden ser sustituidas, puesto que solo podrán serlo aquellas que van a asegurar el pago de una pretensión dineraria, porque, por ejemplo, si en un proceso de cognición se está discutiendo la titularidad (sea a título de propietario o posesionario) sobre un bien determinado, la medida cautelar pertinente que se trabará será la de secuestro judicial. Por lo tanto, no resulta posible que se admita la sustitución, porque en este caso no se está persiguiendo el pago de una suma de dinero sino la entrega de un bien determinado.

Lo mismo se podrá decir de aquellas medidas cautelares anticipativas, innovativas o de no innovar, donde las pretensiones que se reclaman no necesariamente se relacionan con el pago de sumas de dinero.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el banco demandado presenta una carta fianza en garantía para solicitar la sustitución de la medida cautelar de embargo, la misma que es rechazada porque es válida por un determinado periodo y no tiene el carácter de renovable; puede admitirse la sustitución condicionada, a que antes del vencimiento de la carta, el banco adjunte una nueva y similar garantizando, por un plazo igual, el eventual resultado del proceso ***(Exp. N° 1723-1999-Lima)***.

La resolución que decide la sustitución de la medida cautelar no es susceptible de apelación ***(Exp. N° 25363-1999-Lima)***.

Es nulo el auto que resolviendo la sustitución de la medida cautelar adiciona el levantamiento de esta, a pesar de no existir pedido en torno a ello. El juez no puede ir más allá del petitorio ***(Exp. N° 580-1999-Lima)***.

Artículo 629 | Medida cautelar genérica

Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 610 a 612.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula la posibilidad que el juez conceda la medida cautelar que él considera la más acorde para asegurar la efectividad del proceso, pese a que la misma no esté prevista dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Debemos tener en consideración que el legislador no puede establecer un listado taxativo de formas de medidas cautelares, ello sería un claro atentado contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de todo justiciable.

En dicha línea de ideas, resulta imposible que el legislador pueda diagramar todas las formas de medidas cautelares que cautelen cualquier tipo de pretensiones. Nos explicamos, si lo que se va a discutir en el proceso es la pretensión procesal, entonces, el legislador no puede prever todas las formas de cautelar cada particular pretensión de la mejor manera posible, lo que resulta obvio por cuanto los conflictos que suceden en la sociedad y que luego deben ser solucionados en el Poder Judicial no pueden encuadrarse en un listado cerrado.

Ergo, si no existe un listado cerrado de las pretensiones que se discutirán en un proceso judicial, por ende, no puede existir un listado cerrado de formas de medida cautelar que garanticen o aseguren la efectividad del proceso en que se resuelvan tales pretensiones, pensar lo contrario sería absurdo e insostenible dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Esta postura del legislador del CPC, tiene su fundamento en lo que la doctrina especializada califica como el poder general de cautela que posee el órgano jurisdiccional y se legitima al ser la tutela cautelar un derecho fundamental de todo sujeto de derecho.

Un ejemplo de medida cautelar genérica lo encontramos en los denominados procesos de ejecución de garantías donde la pretensión es el pago de una suma de

dinero –obligación de dar suma de dinero– pero a fin de evitar el levantamiento del gravamen ya sea hipotecario o la garantía mobiliaria, se solicita ante el juez la medida cautelar genérica de anotación de demanda, con lo cual, en la partida electrónica del bien que será realizado en la etapa de ejecución a fin de que con el producto de su enajenación judicial se vea satisfecha la pretensión del ejecutante, se anotará el inicio del proceso de ejecución de garantías y ningún tercero podrá alegar buena fe en caso de alguna venta ficticia o levantamiento del gravamen otorgado en algún procedimiento concursal o la venta judicial del bien en otro proceso.

El otro ejemplo de medida cautelar genérica que podría brindarse también resulta ante la presencia de pretensiones de dar suma de dinero; esta medida cautelar es denominada por la doctrina como inhibición general de bienes, la misma que puede ser definida como aquella que impide disponer de bienes registrables, como así también asumir determinadas conductas y realizar ciertos actos.

En sentido similar, PALACIO (1989: pp. 163-164) refiere:

> "(...) a diferencia del embargo, que debe recaer sobre uno o más bienes del deudor, sean cosas (muebles o inmuebles) o derechos patrimoniales, la inhibición constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar, genéricamente, cualquier cosa, inmueble o mueble registrable de que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida, o que adquiera con posterioridad" (pp. 163-164).

Como se puede advertir esta medida se caracteriza por ser subsidiaria al embargo, toda vez que la misma procede cuando el embargo no pueda hacerse efectivo, sea por inexistencia de bienes o por insuficiencia o desconocimiento de los mismos. Por ello, esta medida se dejaría sin efecto en tanto se proceda a embargar bienes suficientes o se otorgue garantía real, que satisfaga la pretensión demandada y cuya futura ejecución forzada se procuraría.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR

Al respecto se ha dicho que:

> "(...) el derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria– el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse" (PRIORI, 2006: p. 142).

Siendo esto así, las características de la tutela cautelar como derecho fundamental serían las siguientes:

- Es un *derecho fundamental* porque es inherente a todo sujeto de derecho por el hecho de serlo.
- Implica la posibilidad de *solicitar la medida cautelar*, esto es, es una manifestación del derecho de acceso al órgano jurisdiccional y su obtención no debe estar condicionada a requisitos irrazonables o desproporcionales.
- La medida cautelar es otorgada a través de una *cognición sumaria*, es decir, el juez no tendrá certeza de que quien la solicita tenga la razón en el proceso, pero sí existe la probabilidad –verosimilitud del derecho– de que es factible que en el futuro la decisión final ampare su pretensión, la cognición sumaria implica limitación en el conocimiento del juez y como consecuencia de ello, implica que la técnica procedimental para efectivarse sea rápida. Por tanto, la sumarización procedimental no es un rasgo distintivo de las medidas cautelares, sino que es una consecuencia de la cognición sumaria con la que es conocida por el juez.
- La *ejecución oportuna de la medida cautelar* implica que la misma sea concedida y actuada antes que se torne en irreparable el derecho lesionado.
- La postura de PRIORI al respecto es, sin lugar a dudas, la más adecuada. Para dicho profesor:

  "(...) es muy importante tener presente que cuando hablamos de tutela cautelar, estamos haciendo expresa referencia al derecho que tiene toda persona a solicitar, obtener y ejecutar medidas cautelares que tengan por finalidad garantizar *la efectividad de la sentencia*. No hemos hablado de un derecho que tenga por finalidad *garantizar la ejecución de la sentencia*. ¿En qué radica la diferencia? La ejecución supone la realización de aquello que se encuentra contenido en una sentencia. Con ello, la ejecución presupone necesariamente que, luego del dictado de una sentencia, queda pendiente la realización de un acto para que el derecho reconocido en ella, sea realizado. De esta manera, se hace precisa la realización de aquella conducta sin la cual dicho derecho permanecerá en estado de insatisfacción. Pues bien, siendo ello así, el cumplimiento de la sentencia es algo característico de las sentencias de condena, pero no son estas las únicas sentencias que es preciso asegurar frente a los perniciosos efectos del tiempo. Las sentencias meramente declarativas y las sentencias constitutivas no son sentencias que necesiten ser ejecutadas; es más, son sentencias que, por la naturaleza de la tutela jurisdiccional por ellas brindada, no requieren de un acto posterior que realice sus efectos, pues ellas mismas, por su solo dictado resuelven la incertidumbre (meramente declarativas) o crean, modifican o extinguen la relación o situación jurídica propuesta en el proceso (constitutivas). Sin embargo, los efectos de una sentencia meramente declarativa o constitutiva pueden verse seriamente afectados por el transcurso del tiempo. Es decir, el tiempo es tan perjudicial para privar de eficacia a una sentencia

de condena, como para privar de efectos a una sentencia constitutiva y a una meramente declarativa, siendo ello así, el derecho constitucional a la tutela cautelar es un derecho que se ejerce, sea que la pretensión planteada en el proceso principal sea una pretensión de condena, o también si es una pretensión meramente declarativa o constitutiva. Por ello, la tutela cautelar no solo tiene por finalidad asegurar la ejecución de una sentencia (algo que nos conduciría única y exclusivamente al ámbito de las pretensiones o sentencias de condena), sino, en general, la efectividad de toda sentencia judicial" (2006: pp. 150-151).

- Por último, cuando se nos enseña que la *medida cautelar debe ser la adecuada para garantizar la sentencia a expedirse*, ello quiere decir que la medida cautelar otorgada por el juez debe ser *idónea*, es decir, de todas las posibles formas de medida cautelar a otorgarse, el juez debe conceder la que garantice de la mejor manera la futura decisión final.

3. EL PODER GENERAL DE CAUTELA DEL JUEZ

Como hemos manifestado en el punto anterior, dentro de un Estado Constitucional de Derecho no es posible admitir que solo se le permita al juez conceder las medidas cautelares tipificadas por el legislador, lo cual sería considerado como un atentado contra el derecho fundamental a la tutela cautelar de todo sujeto de derecho y, por ende, habría una clara violación de un derecho constitucional.

Concordamos con PRIORI cuando señala que:

"(...) un régimen que respete el derecho fundamental a la tutela cautelar es uno que no solo tiene un sistema típico de medidas cautelares sino que, además, confiere un poder general, para que se pueda conceder aquella adecuada según las circunstancias, es decir, aquella necesaria para garantizar de manera real la efectividad de la sentencia" (p. 175).

Reforzando la posición adoptada, la profesora ARIANO (2003: pp. 674-675) opina que:

"(...) un sistema procesal no puede limitarse a establecer medidas cautelares *típicas* que se piden y conceden frente a presupuestos expresamente establecidos por el legislador (en relación a un determinado derecho, en relación a un determinado y concreto *periculum in mora*), sino que además, repudiando todo criterio de tipicidad, debe conceder al juez el poder de emitir medidas que permitan neutralizar con anticipación, y rápidamente, los peligros que, durante el tiempo necesario para obtener la tutela definitiva se pueda comprometer la efectividad o la fructuosidad final. Tal poder de emitir medidas cautelares *atípicas* ha sido llamado por la doctrina tradicional, justamente, *poder general de cautela*".

Un sector de la doctrina señala que este poder forma parte del poder jurisdiccional, es decir, es intrínseco a dicho poder, así se ha dicho que "el *poder cautelar genérico* es una expresión del poder jurisdiccional por el cual el juez puede otorgar la medida cautelar idónea, prescindiendo de su tipificación normativa" (MONROY PALACIOS, 2002: p. 372).

Como vemos, la doctrina es uniforme al señalar que el poder general de cautela es la facultad que posee todo juez de poder conceder la medida cautelar que considere más adecuada para cumplir con la finalidad de las medidas cautelares, esto es, asegurar la efectividad de la decisión final, y en fin de cuentas del proceso jurisdiccional.

Esta facultad del juez no es ilimitada, la misma –como toda facultad discrecional– tiene límites, siendo la doctrina la encargada de establecer dichos límites, los cuales serán mencionados en el siguiente punto.

4. LÍMITES AL PODER GENERAL DE CAUTELA

Entendemos que todo derecho fundamental tiene límites ya que no existen derechos absolutos, el derecho a la tutela cautelar también se encuentra dentro de dicho rubro.

Siendo que el poder general de cautela es una facultad del órgano jurisdiccional que está estrechamente relacionado con el derecho a la tutela cautelar, el mismo –nos referimos al poder general de cautela– se encuentra sujeto a límites, los mismos que han sido desarrollados y plenamente identificados por la doctrina y se desprenden interpretando teleológicamente el sentido de la adecuación de la medida cautelar (art. 611 del CPC).

La más autorizada doctrina nos enseña que los límites del poder general de cautela se encuentran en "(...) las características generales de las medida cautelares, la instrumentalidad y la provisionalidad, y al conceder una medida "adecuada atendiendo a la naturaleza de pretensión principal" (art. 611 primer párrafo *in fine)* el juez, además de su sentido común, deberá tener particularmente en cuenta que:

1° No deberá emitir una medida cautelar en donde el sujeto activo de la misma obtenga *más de aquello* que le será reconocido en sede de tutela de fondo, en donde el derecho encontrará su plena y definitiva realización;

2° Deberá evitar disponer medidas cautelares con un contenido y efectos objetivamente *irreversibles* o que sean de *difícil reversión*;

3° Deberá tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo evitando que la media le produzca efectos *excesivamente* dañosos.

Solo teniendo en cuenta los precisos parámetros entre los cuales se desenvuelve la tutela cautelar podremos lograr que está cumpla su verdadera función de garantía de eficacia de la tutela de fondo y evitaremos que este *super poder de cautela* del que hoy goza el juez peruano se vuelva fuente de abuso y de prepotencia de quien debería ser el supremo garante de nuestros derechos" (ARIANO, 2003: p. 693).

5. CONCLUSIONES

- Es imposible que el legislador pueda prever todas las posibles pretensiones que puedan originarse ante la vulneración o amenaza de los derechos sustanciales, por tanto, y debido al carácter instrumental de las medidas cautelares, las mismas no pueden legislarse restrictivamente, sino permitiéndose que el juez pueda otorgar la medida cautelar acorde con la pretensión a discutirse en el principal.

- Las medidas cautelares típicas son aquellas previamente establecidas por el legislador y que se subsumen a específicas situaciones jurídicas, mientras que las denominadas medidas cautelares atípicas por el contrario no están positivizadas y son las que nuestro legislador ha denominado como medidas cautelares genéricas.

- La tutela cautelar es un derecho fundamental que es innato a todo sujeto de derecho y su vulneración implica una violación de un derecho constitucional y como tal puede ser reparado a través de la jurisdicción constitucional.

- La medida cautelar genérica tiene su fundamento en el poder general de cautela que posee todo juez y que implica la facultad que tiene este para conceder la medida cautelar más idónea para garantizar la eficacia de la sentencia a expedirse, sin importar si la misma está regulada de forma positiva en nuestro ordenamiento jurídico.

- El poder general de cautela como toda facultad tiene límites, los mismos que se desprenden de las características propias de las medidas cautelares, como son la instrumentalidad y provisionalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; PALACIO, Lino Enrique (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como Derecho fundamental*. Lima: ARA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BAPTISTA, Ovidio (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ORTELLS RAMOS, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; SERRA, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las medidas cautelares deben ser adecuadas respecto de la pretensión a demandar. Si se pretende demandar la nulidad del acto jurídico, porque el estado de salud del poderdante, no hace posible que haya precisado su intención de revocar el poder, así como su deseo de otorgar un nuevo apoderamiento de motu proprio; las consecuencias de esa nulidad es reponer las cosas a su estado anterior; como si el acto no se hubiere realizado, por tanto, la medida cautelar denominada "genérica" consistente en la gestión y administración provisional de la Sociedad Anónima no se condice con la pretensión a demandar. Una persona jurídica es distinta de sus miembros, siendo que una sociedad anónima se gobierna por su junta general de accionistas y por su administración, ya sea directorio o gerencia ***(Exp. N° 01-200089 (649)-Lima)***.

No obstante existir cautela material, ello no obsta para que se conceda medida adicional, si se tiene en cuenta la calidad de los bienes prendados, pues siendo vehículos de transporte su depreciación es evidente ***(Exp. N° 4521-976-1999-Lima)***.

No procede amparar la medida cautelar genérica para la desocupación del predio, a pesar de que el principal, que declara fundada la demanda, se encuentra en el Supremo Tribunal en casación. Para evitar la ejecución tardía, nuestro ordenamiento procesal contempla los plazos procesales a los que se sujetan todos los intervinientes en el proceso; y respecto a la onerosidad, se instituye las costas y costos del proceso a cargo del perdedor, ello sin perjuicio de las acciones indemnizatorias respectivas ***(Exp. N° 4017-1999-Lima)***.

Artículo 630 | **Cancelación de la medida**

Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 612, 621.

Manuel Enrique Valverde Gonzáles

1. INTRODUCCIÓN

El ilustre procesalista Piero CALAMANDREI nos decía que la peculiaridad característica de las medidas cautelares radica en la relación de instrumentalidad que liga indefectiblemente toda providencia cautelar a una providencia principal, el rendimiento práctico de la cual se encuentra facilitado y asegurado anticipadamente en virtud de la primera (CALAMANDREI, 1945: p. 135).

Acotaba el mismo autor que la "instrumentalidad" es la única palabra que consigue recoger la función típica e inconfundible de las providencias cautelares en cuanto destinadas a anticipar, en todo o en parte, los supuestos efectos, decisorios o ejecutorios, de la providencia principal, y a hacer interinamente sus veces, en espera de la emanación de la misma que, cualquiera sea su contenido e independientemente de cualquier nuevo examen, marcará necesariamente el término de su efímero ciclo vital (CALAMANDREI, 1945: pp. 139-140).

Sin duda que la adopción de una medida cautelar repercute en la realidad de una forma diversa, puesto que supone una alteración en la relación existente entre las partes. Antes de que esta se adopte, existe una situación con la cual la parte actora se muestra disconforme, como se demuestra con el hecho de acudir a un proceso judicial para alterar la situación fáctica con el respaldo de la norma jurídica. En determinadas situaciones especialmente graves, el ordenamiento jurídico regula la adopción de unas medidas previas a la resolución definitiva del proceso, con la finalidad de alterar la realidad extraprocesal, porque estima que podría producirse un perjuicio irreparable a una de las partes, si esta realidad se mantuviera.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

La institución a través de la cual el ordenamiento jurídico consigue este objetivo se denomina medidas cautelares (PÉREZ DAUDÍ, 2012: p. 29).

Pues bien, por regla general se entiende que dadas las características de las medidas cautelares –que son provisorias, instrumentales y variables, conforme reza el artículo 612–, estas cumplen su finalidad o su ciclo vital hasta la expedición de la resolución final (sea estimatoria, desestimatoria o inhibitoria), que es ese el sentido al que apunta el artículo 630 bajo comentario, el cual solo opta por regular el aspecto negativo de la sentencia; es decir, cuando se declara infundada la demanda. En cuyo caso, señala la norma, la medida cautelar quedará cancelada, aunque tal sentencia desestimatoria haya sido impugnada, salvo que el solicitante de ella mejore la caución por una de naturaleza real o una fianza.

Lo dicho nos lleva a discurrir por el campo de la finalidad de las medidas cautelares, la que a decir de Eugenia ARIANO esa "(...) finalidad de la tutela cautelar no puede estar limitada *solo* a asegurar la eficacia de una forma de tutela jurisdiccional (la de condena y la subsiguiente ejecución) o, en general, a neutralizar los perjuicios irreparables que amenazan la situación a cautelar. *La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso-instrumento de tutela.* La tutela cautelar es un instrumento que asegura (en cuanto sea posible) que pueda haber una efectiva tutela. La tutela cautelar sirve para garantizar cualquier tipo de pretensión de cognición sea esta de condena, constitutiva o meramente declarativa y no solo, sino que además tiende a asegurar también la posibilidad de una fructuosa ejecución" (ARIANO: pp. 604-605).

2. CANCELACIÓN Y PERVIVENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Este artículo, antes de ser modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, tenía como texto primigenio el siguiente: "Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada".

Sin embargo, como se advertirá, se agregó un segundo párrafo referido a la *continuidad* o *permanencia* de la medida cautelar, en tanto y en cuanto el beneficiado con ella asegure su vigencia mejorando la contracautela por una fianza o una garantía real. Claro está que, de haberse otorgado una caución de ese tipo, tendría que quedar a discreción del juez el exigir al solicitante el mejoramiento de tal caución si es que considera que la actual es insuficiente para garantizar el pago de eventuales daños y perjuicios que pudieran ocasionarse a la parte afectada.

El artículo tiene sustento en el hecho que toda medida cautelar es de por sí *provisoria,* razón por la cual CALAMANDREI señalaba que: "Teniendo presentes estas distinciones de terminología –el autor se refiere a la distinción entre el concepto de *provisoriedad* frente al de *temporalidad*–, la cualidad de *provisoria* dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración *temporal* (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula *rebus sic stantibus*, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociales destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, o en absoluto destinadas a valer solamente por un cierto tiempo, preestablecido por el juez o por la ley, como ocurre típicamente (...), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación *de otra providencia jurisdiccional*, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de *cautelar* dada a la primera, con la calificación de *definitiva*. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera" (CALAMANDREI, 1945: pp. 36-37).

Justamente por ser instrumental y provisoria, la medida cautelar deja de existir o de estar vigente cuando se emite el pronunciamiento de fondo de manera definitiva, porque ya no tiene razón de ser de ella, toda vez que o ya se amparó el derecho reclamado o ya se determinó que no había derecho alguno que reclamar.

Por eso se dice que "(...) todas las medidas cautelares nacen bajo el signo de su precariedad, transitoriedad, interinidad, pues la suerte vital de sus efectos está condicionada al sobrevenir de la tutela de fondo. Cuando sobreviene la tutela de fondo, la tutela cautelar cumple su ciclo vital, y como consecuencia se extingue, por haber cumplido su función. Ello implica que, por lo regular, la tutela cautelar tendría (...) como duración *fisiológica* la duración del proceso de fondo, a cuyo término la tutela cautelar o perderá eficacia o será absorbida (o sustituida) por la tutela de fondo" (ARIANO, 2003: pp. 639-640).

Es por tal razón, que al desestimarse la pretensión planteada, la lógica consecuencia es que decaiga la medida cautelar trabada por haber dejado de tener eficacia, habida cuenta que el respaldo esencial para su concesión fue el *fumus boni iuris* y, ahora que se ha declarado infundada la demanda, habiéndose *esfumado* esa apariencia de derecho, el efecto es que ya no subsista más esa cautelar que, para efectos prácticos, deberá ser levantada inmediatamente por el juez del proceso. Cancelación que debe realizarse aun esté impugnada la sentencia, porque el efecto suspensivo de la apelación es con relación al expediente principal, mas no así con relación al cuaderno cautelar.

El segundo párrafo de la norma considera un supuesto, en el que, pese a haberse desestimado la pretensión y a haberse apelado la sentencia, el beneficiario con la medida cautelar puede pedir mantener la vigencia de la misma, en tanto ofrezca una contracautela de naturaleza real o fianza solidaria, dado que, al no haber la apariencia de derecho que la sustentaba, lo justo es que, si los bienes del demandado ganador van a seguir embretados por una medida cautelar, se garantice sólidamente la posibilidad de una reparación, vía indemnización, a través de una caución concreta y no tan gaseosa como la denominada caución juratoria.

Es más, creemos que las reglas aplicables a este caso, para los efectos de la fijación de la indemnización, en caso se confirme la infundabilidad de la demanda, es que se sigan las reglas previstas por el artículo 621 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista Editores; CALAMANDREI, Piero (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina; PÉREZ DAUDÍ, Vicente (2012): *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien el demandado acogiéndose a los alcances del artículo 615 del Código Procesal Civil solicita se deje sin efecto el embargo en forma de inscripción, empero con la facultad del iura novit curia, debe entenderse que la misma se encuentra circunscrita a la cancelación de pleno derecho como señalar el artículo 630 del Código Procesal Civil. Si se desestima la pretensión incoada, es menester que la medida cautelar quede cancelada de pleno derecho, incluso cuando hubiere sido impugnada ***(Exp. N° 712-2002-Lima)***.

Si la sentencia de primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiese sido impugnada, señala el artículo 630 del Código Procesal Civil. Es nula la medida cancelada si la sentencia impugnada se declara nula (voto singular) ***(Exp. N° 1081-2000-Lima)***.

Toda medida cautelar está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; significando ello, que tiene sustento y razón de ser, si está destinada a asegurar el cumplimiento del fallo a emitirse en el proceso principal, de tal manera que si la pretensión demandada en este último es desestimada entonces la medida cautelar deja de tener su razón de ser y vigencia ***(Exp. N° 36425-1999-Lima)***.

Artículo 631 | Pluralidad de órganos de auxilio judicial

Cuando la medida recae sobre más de un bien y su naturaleza o ubicación lo justifica, puede el juez designar más de un órgano de auxilio judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 55, 610, 611, 643, 644, 649, 652, 654, 655, 657, 659, 660, 662, 663, 666, 668, 670, 671.

Eder Juárez Jurado

1. INTRODUCCIÓN

La presente disposición normativa regula la *pluralidad de órganos de auxilio judicial en el proceso cautelar*. Al respecto, una correcta interpretación de esta disposición exige de antemano la delimitación conceptual de lo que constituye el órgano de auxilio judicial, la descripción de su tratamiento sistemático en el CPC, así como la exégesis de los supuestos de pluralidad regulada.

En el proceso intervienen –como es lógico y natural– una serie de sujetos procesales que despliegan una gama de actividades (procesales) en su interior a fin de que el mismo pueda cumplir su finalidad prevista por la ley y la Constitución, esto es, resolver el conflicto de intereses haciendo efectivo los derechos sustanciales.

Considerando la trascendencia de las actividades que despliegan en relación a los fines del proceso, se podría decir –y solo por cuestiones didácticas y metodológicas– que los sujetos que generalmente intervienen en un proceso son de tres tipos; a saber:

a) *Sujetos principales o naturales*: Son el juez y las partes, que constituyen una suerte de actores principales del drama llamado proceso. Sin ellos no hay proceso ni relación procesal.

b) *Sujetos accidentales*: Son aquellas personas que por alguna circunstancia intervienen legítimamente en el proceso en cautela de sus derechos e intereses por cuanto el resultado del proceso les va a afectar en dicha esfera, no obstante no ser demandante ni haber sido demandado o en tanto tienen una expectativa de derecho producto del proceso. Así, tenemos el caso de

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

los terceros coadyuvantes, los litisconsortes, los "terceros con interés", así como los postores y los adjudicatarios, entre otros.

c) *Sujetos secundarios o colaboradores*: Son una suerte de actores secundarios o de reparto en el drama del proceso, que tienen por función desplegar actos de colaboración o auxilio en el proceso para el logro de su fin. Estos sujetos son a su vez de dos tipos:

- Los *auxiliares jurisdiccionales*: Constituidos por el personal adscrito a los órganos jurisdiccionales para el auxilio de la función jurisdiccional, por lo que su actuación es permanente en el proceso, se encuentran bajo la dirección y supervisión del juez. Son una suerte de *auxiliares internos de los jueces*. Así, tenemos a los secretarios de sala, los relatores, los secretarios de juzgado y los oficiales auxiliares de justicia (art. 54 del CPC). Sus deberes y responsabilidades se encuentran delimitadas en el Texto Único Ordenado de la LOPJ y demás normas reglamentarias.

- Los *órganos de auxilio judicial*: Son aquellos sujetos que generalmente no se encuentran adscritos a los órganos jurisdiccionales ni forman parte del Poder Judicial, pero que son designados por el juez o por la autoridad judicial correspondiente para cumplir una determinada función específica de colaboración en el proceso o en la actividad jurisdiccional cuando la situación lo requiera. Son designados por el juez dentro del proceso o por la autoridad correspondiente del Poder Judicial para el apoyo a la actividad jurisdiccional. Son a decir de Ramiro PODETTI una suerte de *auxiliares externos de los jueces* (1956: pp. 95-96).

2. ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

El artículo 55 del CPC precisa que: "Son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley".

Generalmente, los órganos de auxilio judicial como sujetos de apoyo a la función judicial que constituyen, no forman parte del Poder Judicial. No son personal de la institución, aunque nada obsta a que la Corte de Justicia los reclute y forme un cuerpo de peritos que sean remunerados por el Poder Judicial como personal conformante (lo cual en puridad existen en varias cortes). Lo mismo bien podría ocurrir también con un cuerpo de martilleros públicos, de curadores procesales o de depositarios (lo cual en realidad sería deseable y beneficioso). Más ello no puede conducir a confundirlos con los auxiliares jurisdiccionales.

En realidad, la diferencia entre los *auxiliares jurisdiccionales* y los órganos de auxilio judicial radica en que los primeros actúan en el desarrollo del proceso en forma permanente, ya sea dando fe en las actuaciones jurisdiccionales o ya sea brindando apoyo en general en dicha actividad. En cambio, los órganos de auxilio judicial actúan únicamente cuando son designados por el juez en el proceso para el cumplimiento de una función, misión o actividad de apoyo determinados, ya sea por sus conocimientos técnicos, profesionales, científicos o simplemente porque el juez y el proceso así los requiere. Así, la actuación de un secretario, de un relator de sala o de un auxiliar judicial cualquiera, es permanente en el proceso (levantando actas, dando fe de los actos del juez, elaborando cédulas de notificación, etc.); en cambio, el perito, el depositario, el martillero público o el curador procesal únicamente intervienen en el proceso en tanto exista la necesidad de su servicio o apoyo para los cuales son designados por el juez. Por ello PODETTI los denomina como *auxiliares externos de los jueces*.

Ahora bien, la calidad de órgano de auxilio judicial no se agota sin embargo con el elenco dado por el artículo 55 del CPC. En puridad, todo otro sujeto que sin ser un auxiliar jurisdiccional adscrito al órgano jurisdiccional, pero que presta coloración o servicio en el proceso con una función específica y para lo cual es designado por el juez o por mandato de la ley, es un órgano de auxilio judicial. Así, tenemos también en esta función de apoyo al *veedor*, al *custodio*, al *agente retenedor*, al *registrador público*, al *administrador judicial*, etc.

3. ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL EN EL PROCESO CAUTELAR: DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES

Las actuaciones en el proceso cautelar y el cumplimiento de sus fines, requiere también –y siempre– de la intervención o apoyo de determinados órganos de auxilio judicial. Ramiro PODETTI refiriéndose a ellos, a los que llama también *custodios judiciales*, señala que: "Todas las medidas cautelares exigen, en mayor o menor grado, la colaboración de terceros o de los propios interesados, sean aquellos funcionarios administrativos o auxiliares externos de los jueces especialmente designados para tal fin. Desde el encargado del registro de la propiedad, de hipotecas, de embargos e inhibiciones, hasta el depositario judicial de un bien inmueble embargado o el guardador de un incapaz o presunto incapaz, todos estos auxiliares custodian bienes o personas por mandato judicial (...). En general, podemos decir que el custodio judicial, es un auxiliar externo de los jueces, encargado de cumplir una medida cautelar que constituyen la materia sobre la cual recae la medida (...). La designación, en general, corresponde al juez. Pero puede esta encontrarse predeterminada por la ley, como en el caso de depósitos en dinero o ser hecho a propuesta de los litigantes (...). No existe profesión u oficio especialmente apto, genéricamente, para el cargo de custodio judicial, en sus diversas especies, por lo

cual no existen listas judiciales para la designación, que queda así librada al arbitrio judicial" (PODETTI, 1956: pp. 95-97).

Concretamente en el proceso cautelar intervienen como órganos de auxilio judicial:

- El *depositario*: Es el órgano de auxilio judicial que recibe la cosa (sobre la cual recae el embargo en forma depósito) con la obligación de cuidarla diligentemente y conservarla en su poder, haciendo entrega de ella cuando el órgano jurisdiccional se lo ordene (art. 649 del CPC). Será siempre depositario el afectado con la medida, porque si tal función la ejerce una tercera persona se le denominará custodio y se estaría ante la medida cautelar de secuestro, pues el depósito judicial no supone la desposesión del bien, sino su conservación por parte de quien sufre la medida preventiva. (HINOSTROZA, 2004: p. 143).

  El depositario tiene como derechos: a) El reembolso de los gastos por la conservación y cuidado del bien o bienes objeto de depósito; b) El pago de una retribución por la prestación del servicio de cuidado y conservación. Este derecho, sin embargo, está excluido si es que el depositario es la misma persona obligada (demandada) o es la persona llamada por ley a cumplir tal función (por ejemplo, las entidades financieras); c) La indemnización de daños y perjuicios sufridos en el cumplimiento de la función o la prestación del servicio.

  El depositario tiene como deberes y responsabilidades: Conservar los bienes en depósito en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del juzgado y con acceso permanente para la observación por las partes y veedor, si lo hay. Asimismo, darán cuenta inmediata al juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en depósito o secuestro y los que regulen otras disposiciones, bajo responsabilidad civil y penal (art. 655 del CPC).

- El *custodio*: Denominado también en la doctrina como *secuestre* por cuanto este órgano de auxilio judicial se designa para la conservación, cuidado y restitución de bienes sobre los cuales recae la medida cautelar de secuestro. Si, generalmente, la calidad depositario recae en la misma persona afectada con la medida cautelar, la calidad de custodio en cambio recae siempre en persona ajena al afectado (arts. 643, 652, 655 del CPC). El custodio tiene los mismos derechos y deberes que el depositario descritos en el artículo 655 del CPC. En cuanto a la retribución, el custodio, antes de la aceptación del encargo, debe proponer el monto de la retribución por su servicio, estimada por día, semana o mes, según las circunstancias, la

que será tomada en cuenta por el juez al señalar la retribución (art. 654 del CPC).

- El *interventor recaudador*: Es el auxiliar que el juez designa para materializar la recaudación de fondos o frutos. No tiene injerencia alguna en la administración de la empresa o negocio (NOVELLINO, 2005: p. 265). Este órgano de auxilio judicial está obligado a: 1. Verificar el funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin interferir ni interrumpir sus labores propias; 2. Llevar control de ingresos y de egresos; 3. Proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido; 4. Poner a disposición del juez dentro de tercer día las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación. A pedido propio o de parte, puede el juez modificar el plazo para consignar; y, 5. Informar, en los plazos señalados por el juzgado (art. 662 del CPC). Especialmente, el interventor recaudador debe informar, de inmediato, sobre aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación (art. 663 del CPC). Asimismo, el interventor recaudador es responsable civil y penalmente por el dinero que recaude, asimilándose para estos efectos al depositario (art. 668 del CPC).

- El *interventor informador:* Es el auxiliar que el juez designa para investigar el estado de bienes, negocios, operaciones o actividades, pero sin importar interferencia en la administración de la sociedad o persona física afectada (ALVAREZ JULIÁ; NEUSS; WAGNER, 1990: p. 441). El informador está obligado a: 1. Informar por escrito al juez, en las fechas señaladas por este, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida; y, 2. Dar cuenta inmediata al juez sobre los hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que obsten el ejercicio de la intervención (art. 666 del CPC). Y, es responsable civil y penalmente por la veracidad de la información que ofrezca (art. 668 del CPC).

- El *agente retenedor*: Es el órgano de auxilio judicial que el juez designa a fin de que cumpla con hacer efectivo el embargo en forma de retención impidiendo o suspendiendo la entrega de bienes, dinero u otro crédito a la que está obligado a entregar, devolver o pagar a favor del afectado con dicha medida, debiendo por tanto el retenedor cumplir con depositar el dinero retenido en el Banco de La Nación a nombre del juzgado o mantenerlo como depositario en caso de retención de otros bienes (art. 657

del CPC). Si el intimado para la retención niega falsamente la existencia de créditos o bienes, será obligado a pagar el valor de estos al vencimiento de la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar (art. 659 del CPC). Si el retenedor, incumpliendo la orden de retener, paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del juzgado (art. 660 del CPC).

- El *administrador judicial*: Es el órgano de auxilio judicial que es designado por el juez para hacerse cargo de los bienes y negocios sociales sustituyendo provisionalmente a la administración natural y tomándola bajo su cuidado con facultades de dirección y gobierno (NOVELLINO, 2005: p. 267). Es designado ya sea para preservar el cumplimiento de los fines de la persona jurídica o ya sea para de este medio recaudar los frutos para el cumplimiento de la obligación demandada (arts. 668 y 670 del CPC). El administrador está obligado, según corresponda al bien o empresa, a: 1. Gerenciar la empresa embargada, con sujeción a su objeto social; 2. Realizar los gastos ordinarios y los de conservación; 3. Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan; 4. Pagar tributos y demás obligaciones legales; 5. Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley; 6. Proporcionar al juez la información que este exija, agregando las observaciones sobre su gestión; 7. Poner a disposición del juzgado las utilidades o frutos obtenidos; y, 8. Las demás señaladas por este Código y por la ley (art. 671 del CPC).
- También puede intervenir el *perito* cuando las circunstancias requieran su apoyo (por ejemplo, en la identificación de bienes embargados o secuestrados, art. 644 del CPC).

La designación de los órganos de auxilio judicial en el proceso cautelar es efectuado por el juez, en principio a pedido de la parte que solicita la medida cautelar. Esta parte deberá proponer al referido órgano, acreditando su identificación, indicando también su domicilio real y anexando copia legalizada de su documento de identidad personal (art. 610 del CPC).

Los órganos de auxilio judicial en el proceso cautelar pueden ser generalmente personas naturales, empero nada impide que personas jurídicas asuman dicha función. Así, por ejemplo, el cargo de administrador judicial puede recaer en una empresa especializada en dicha función, o la de custodio o depositario que bien puede recaer en una empresa de seguridad o de almacén. O en las empresas del sistema financiero en el caso de los embargos en forma de retención.

4. PLURALIDAD DE ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL EN EL PROCESO CAUTELAR

Generalmente, en la concesión y ejecución de una medida cautelar el juez designa a una persona (natural o jurídica) como órgano de auxilio judicial dependiendo del tipo o forma de medida cautelar que conceda, ya sea un depositario, un custodio, un interventor o un administrador judicial, etc. Sin embargo, *cuando la medida recae sobre más de un bien y su naturaleza o ubicación lo justifica, puede el juez designar más de un órgano de auxilio judicial.* Así lo dispone el artículo 631 del CPC, bajo comento.

Una interpretación estricta de la norma, pareciera permitir la designación de pluralidad de órganos solo bajo dos supuestos: i) *Cuando exista más de un bien afectado y la naturaleza del mismo lo justifica; y,* ii) *Cuando exista más de un bien afectado y la ubicación de los mismos los justifica.*

Sin embargo, a nuestro criterio, nada impide efectuar una interpretación extensiva de dicha norma en favor de la finalidad del proceso cautelar. Es decir, bien puede el juez designar pluralidad de órganos de auxilio judicial en otros supuestos (aun existiendo un solo bien afectado) siempre que la circunstancia lo requiera para un mejor cumplimiento de la finalidad de la medida cautelar (asegurar la eficacia de la decisión fondal estimativa definitiva a dictarse en los autos principales). Así, por ejemplo, cuando se conceda una medida de secuestro sobre una gran unidad de producción o servicio (un hotel por ejemplo) bien puede el juez designar dos o más custodios. O cuando se trata de una medida de embargo en forma de intervención sobre un negocio o del nombramiento de un administrador judicial para una sociedad, bien puede el juez a su criterio designar un colegiado de órganos de auxilio judicial debido a cierta complejidad o eficiencia que la función requiera. O cuando se conceda embargos en forma de intervención en recaudación sobre una misma empresa ejecutada pero que cuenta con dos o más sucursales o locales comerciales ubicados en distintos lugares del país, el juez puede también designar –dependiendo de las circunstancias, necesidad y tomando en consideración la propuesta que efectúe la parte ejecutante– dos o más interventores para la recaudación a fin de que la medida se efectúe en un solo acto y un solo momento.

En realidad, la norma contenida en el referido artículo no resulta imperativa, sino en todo caso permisiva y facultativa para el juez. El profesor Adolfo Armando Rivas señala que: "Del texto resulta el carácter restrictivo con el que debe otorgarse, ya que la pluralidad solamente podría establecerse en caso que lo imponga la naturaleza de la medida (...)" (Rivas, 2005: p. 99). Dependiendo del ángulo en la que se aprecie el texto claro del citado artículo, es decir sea permisiva, facultativa o restrictiva la norma, lo claro y concreto es que en la designación del o los órganos de auxilio judicial rige el *criterio de razonabilidad* (el cual comprende a

su vez la proporcionalidad o ponderación) con la que debe actuar el juez, criterio que debe estar destinado a hacer efectivos el proceso cautelar y la finalidad de las medidas cautelares, pero observando el debido proceso. Si se designa una pluralidad de órganos de auxilio judicial es porque la circunstancia lo requiere para una mejor eficacia cautelar, pero las decisiones que adopte el juez en aras a dicha eficacia, debe tener como límite la razonabilidad y la ponderación. Recuérdese que toda persona tiene *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* para el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso (artículo I del Título Preliminar del CPC). Y, recuérdese también que de conformidad con el artículo 611 del CPC: "El juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión definitiva y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandado, aprecie: (...) 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión (...)".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ JULIÁ, Luis; NEUS, Germán R. J.; WAGNER, Horario (1990): *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; NOVELLINO, Norberto J. (2005): *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: La Ley; PODETTI, Ramiro J. (1956): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: San Marcos; ALVAREZ JULIÁ, Luis; NEUS, Germán R. J.; WAGNER, Horario (1990): *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Astrea; ARAZI, Roland (1997): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, tomo IX (Proceso cautelar). Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Universidad; NOVELLINO, Norberto J. (2005): *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: La Ley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; PODETTI, Ramiro J. (1956): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

Artículo 632 | Derechos del órgano de auxilio judicial

Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el juez. El peticionante es responsable de su pago con cargo a la liquidación final, y debe hacerlo efectivo a simple requerimiento. Las decisiones en relación a la retribución son apelables sin efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:
C. arts. 23, 103; C.P.C. arts. 372, 412, 634, 649, 654, 657.

Eder Juárez Jurado

1. INTRODUCCIÓN

La norma en comento trata a cerca de uno de los derechos del órgano de auxilio judicial: la retribución o pago por los servicios prestados a la función jurisdiccional cautelar.

Los órganos de auxilio judicial (perito, martillero público, traductor o intérprete, depositario, custodio, interventor, administrador judicial, veedor, agente retenedor, registrador público, policía judicial, etc.) son aquellos sujetos que generalmente no se encuentran adscritos a los órganos jurisdiccionales ni forman parte del Poder Judicial, pero son designados por el juez o por la autoridad judicial correspondiente para cumplir una determinada función específica de colaboración en el proceso o en la actividad jurisdiccional cuando la situación lo requiera para el apoyo a la actividad jurisdiccional, aunque también existen otros órganos de auxilio judicial que ejercen tal función en el cumplimiento de sus funciones (como ocurre con los policías, el registrador público o la entidad financiera retenedora).

2. NATURALEZA DEL SERVICIO QUE PRESTAN LOS ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL Y EL DERECHO DE RETRIBUCIÓN

La función de apoyo que despliegan los órganos de auxilio judicial constituye jurídicamente una *prestación de servicio* (sea de carácter científico, profesional, técnico o empírico), pero ontológicamente constituye un *trabajo*; es decir, una actividad humana (física o intelectual) y, por ende, voluntaria que una persona humana presta en beneficio de otra y que por ello le corresponde a su vez como derecho y razón percibir una contraprestación que se denomina retribución, debiendo esta ser a su vez "adecuada a su labor y responsabilidades" (PODETTI, 1956: p. 116).

La Constitución Política dispone en el artículo 23 *in fine* que "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento". He aquí el fundamento constitucional del derecho de retribución de los órganos de auxilio judicial. La retribución es consustancial al concepto mismo de "trabajo" y está basado a su vez en la dignidad de la persona humana. Una de las definiciones de la categoría *trabajo* que recoge el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española es simplemente como "Ocupación retribuida" como afirma Enrique BERNALES BALLESTEROS: "Desde luego, el trabajador puede renunciar a aquella [es decir a la retribución] por motivos personales que emerjan de su propia consideración de las cosa, pero nadie puede ser obligado a prestar trabajo sin retribución" (1997: p. 254).

3. PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN Y PAGO DE LA RETRIBUCIÓN DEL ÓRGANO DE AUXILIO JUDICIAL

De conformidad con la disposición normativa en comento, la retribución a que tiene derecho el órgano de auxilio judicial, es fijada por el juez siempre que sea solicitada por aquel. Es decir, en la fijación de dicha retribución, el juez actúa sobre la base del *principio dispositivo* no de oficio. Sin embargo, cabe precisar que no todos los órganos de auxilio judicial tienen derecho a dicha retribución. Por ejemplo, en el caso del cuerpo de *policías judiciales*, *peritos de la Policía Nacional*, *registradores públicos* o *agentes retenedores*, dichos órganos cumplen el rol de órgano de auxilio judicial por mandato de la ley o en cumplimiento de sus funciones, por lo que en principio no perciben retribución alguna en el proceso, sino la remuneración que perciban de la institución en la que laboran o simplemente –en otros supuestos– no perciben ninguna remuneración, como ocurre con los agentes retenedores y el depositario, en este último caso cuando tal cargo recae en el mismo afectado con la medida cautelar.

En el caso de los retenedores la función que cumplen es una colaboración inmediata (retener el pago y ponerlo en forma inmediata a disposición del juez). Por lo que no resulta razonable que por dicha función tengan que percibir una remuneración, a no ser que el objeto de retención sean bienes de naturaleza distinta al dinero o al crédito, supuesto en el cual –de conformidad con el artículo 657 del CPC– "el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del juez". Ergo, en su calidad de depositario, si tendría a su vez derecho a una retribución.

Asimismo, cabe precisar que, al margen del derecho (o no derecho) a la retribución en el proceso, en algunos supuestos el cumplimiento de las funciones de órgano de auxilio judicial puede irrogar gastos (que en estricto deben ser comunicados al juez y aprobados en el proceso), circunstancias en las cuales el órgano

de auxilio judicial también tendría el derecho al reembolso de tales gastos. Más los gastos resultan ser distintos de la retribución.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento de fijación y pago de la retribución de los órganos de auxilio judicial que participan en el proceso cautelar, cabe precisar que el artículo 654 del CPC, refiriéndose al custodio señala que: "antes de la aceptación del encargo, debe proponer el monto de la retribución por su servicio, estimado por día, semana o mes, según las circunstancias, la que será tomado en cuenta por el juez al señalar la retribución". Sin embargo, no existe disposición similar para los demás órganos de auxilio judicial con derecho a una retribución como el interventor recaudador, el interventor informador o el administrador judicial. No obstante ello, dada la similitud en la prestación de servicios que prestan los órganos de auxilio judicial en el proceso cautelar, corresponde en todo caso aplicar por extensión dicha disposición normativa a los demás supuestos.

Sin embargo, cabe precisar a su vez que en la práctica, en el caso del custodio, el depositario (en los casos en que tal función no recaiga en el propio afectado) o el retenedor, estos generalmente no proponen ni exigen retribución alguna en el proceso, sino que acuerdan tal cuestión con el peticionante de la medida cautelar sin conocimiento del órgano jurisdiccional y al margen del proceso.

Este acuerdo de pago extraproceso, no regulado en la norma procesal, no resulta prohibido por la norma procesal, por cuanto en esencia no afecta la imparcialidad de la función de tales órganos de auxilio judicial, toda vez que estos sirven esencialmente al titular de la medida cautelar (cautelando los bienes para un futuro remate o recaudando las ganancias de la empresa), pero sin dejar de servir también a los fines e intereses del proceso. Distinto en cambio, es el supuesto en el caso de otros órganos como el administrador judicial o los interventores, dada la complejidad de la función que cumplen que requieren de mayor responsabilidad e imparcialidad, en estos supuestos los intereses del proceso cobran mayor importancia al de los intereses de la parte ejecutante. Y, más aún con la función que cumple el *veedor* (fiscalizador de los órganos de auxilio judicial) cuya labor –qué duda cabe– debe ser aún más imparcial y servir ante todo a los fines del proceso. Supuestos en los cuales la retribución corresponde ser fijado por el juez. En la legislación procesal argentina, existe prohibición expresa al pacto de honorarios: *El interventor que pactare honorarios extrajudicialmente será removido de su cargo y perderá su derecho a cobrar* (art. 224 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina) (NOVELLINO, 2005: p. 319).

En suma, podemos afirmar que en esencia la retribución del órgano de auxilio judicial en el proceso cautelar, es fijado por el juez a solicitud del órgano, empero nada impide que dicha retribución sea acordada entre los interesados (fuera de proceso) y no por el juez, siempre que tal forma no afecte la imparcialidad del

órgano de auxilio judicial o que este sea llamado en el caso concreto a actuar con independencia e imparcialidad debida. Supuesto en el cual resultaría inaceptable el acuerdo de pago de dicha retribución, por lo que debe ser fijado por el juez. En cualquiera de los supuestos, no está demás decir que dicha retribución debe ser fijado por el juez con *criterio de razonabilidad* teniendo en consideración la naturaleza y complejidad de la función encomendada, el número de órganos de auxilio judicial, la distancia geográfica, el tiempo empleado, la cuantía del proceso, entre otros criterios.

El pago de la retribución que fije el juez, debe hacerse efectivo por el obligado (es decir, el peticionante del nombramiento del órgano de auxilio judicial) "a simple requerimiento", vale decir, que la resolución que fija dicha retribución es de actuación inmediata para su efectividad y no requiere que quede consentida ni ejecutoriada. A este respecto, como precisa la profesora Marianella LEDESMA NARVÁEZ (2012: p. 493): "[L]os beneficiaros con la medida no siempre son diligentes con el pago, motivando –en algunos casos– que el custodio se resista a devolver los bienes hasta que se cumpla con el pago de sus honorarios, a pesar de que el artículo 649 del CPC señale que no puede invocar el derecho de retención sobre el bien confiado para su custodia. Esto obliga al juez a ejercer sus facultades coercitivas y disponga la detención hasta por 24 horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia (...)".

Un supuesto no regulado en la norma procesal es la situación en la que el órgano judicial es removido del cargo por negligencia grave en el ejercicio de sus funciones o por el ejercicio abusivo del mismo. En tales supuestos, consideramos que no tendría derecho al pago de la retribución por cuanto de conformidad con el artículo 103 de nuestra Carta Magna: *La Constitución no ampara el abuso de derecho*. Sin embargo, en ese afán debe el juez actuar con bastante criterio de razonabilidad y dependiendo de cada caso concreto a fin de no vulnerar a su vez el derecho fundamental a la remuneración que a su vez toda persona tiene por el trabajo realizado (art. 23 de la Const.). Así, por ejemplo, puede haber ejercido el cargo (trabajo) en forma normal o eficiente antes de haber incurrido en negligencia o abuso que lo conlleva finalmente a su remoción, supuesto en el cual bien el juez podría fijar la retribución en parte. Más, si podría negar dicha retribución al órgano de custodio judicial que haya actuado a lo largo de su ejercicio con negligencia, mala fe o abuso del cargo.

Finalmente, cuando la norma en comento hace mención que el peticionante es responsable del pago de la retribución "con cargo a la liquidación final", significa ello que el peticionante tiene derecho al reembolso del pago de dicha retribución en calidad de costas, siempre que resulte parte vencedora en el proceso, ello

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 412 del CPC: *El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración.*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1997): *La Constitución 1993. Análisis comparado.* Lima: Constitución y Sociedad; NOVELLINO, Norberto J. (2005): *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares.* Buenos Aires: La Ley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; PODETTI, Ramiro J. (1956): *Tratado de las medidas cautelares.* Buenos Aires: Ediar.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Lima: San Marcos; ALVAREZ JULIÁ, Luis; NEUS, Germán R. J.; WAGNER, Horario (1990): *Manual de Derecho Procesal.* Buenos Aires: Astrea; ARAZI, Roland (1997): *Medidas cautelares.* Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil,* tomo IX (Proceso cautelar). Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990): *Medidas cautelares.* Buenos Aires: Universidad; NOVELLINO, Norberto J. (2005): *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares.* Buenos Aires: La Ley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil,* tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; PODETTI, Ramiro J. (1956): *Tratado de las medidas cautelares.* Buenos Aires: Ediar; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano.* Lima: Jurista.

Artículo 633 | Veedor especial

Cualquiera de las partes puede pedir la designación de un veedor que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial. En la resolución se precisarán sus deberes y facultades, así como la periodicidad con que presentará sus informes escritos, los que serán puestos en conocimiento de las partes.

En atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo subrogar al auxiliar observado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 372, 617, 631, 632, 634, 647, 655, 665.

Eder Juárez Jurado

Los órganos de auxilio judicial partícipes en el proceso cautelar (depositario, custodio, interventor recaudador, interventor informador, agente retenedor, administrador judicial) tienen en el cumplimiento de sus funciones, deberes que el CPC establece en forma expresa (los cuales han sido descritos al comentar el art. 631 del CPC). Pues bien, tanto la eficiencia como la rectitud del cumplimiento de dichos deberes, deben ser materia de fiscalización a fin de que dicha institución cumpla su finalidad en el proceso cautelar.

Pues bien, en principio, cierto es que dicha labor de fiscalización puede y debe ser hecha por el juez dada su calidad de director del proceso. Igualmente pueden desarrollarla el demandante y el demandado, los litisconsortes necesarios, así como el propio tercero que sufre la afectación de un bien de su propiedad (HINOSTROZA, 2010: p. 28). Sin embargo, existen situaciones varias en las que dicha labor requiere de personas especializadas o con cualidades especiales que auxilien o cumplan mejor dicha labor de control o sea porque el juez se encuentre impedido o dificultado por cuanto ello requiere de actos especiales de control que el juez no podría desarrollar desde su despacho. Es así que, en tales circunstancias, cualquiera de las partes puede pedir la designación de un *veedor* que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial. En la resolución se precisarán sus deberes y facultades, así como la periodicidad con que presentará sus informes escritos, los que serán puestos en conocimiento de las partes (art. 633).

Como afirma la profesora Marianella LEDESMA NARVÁEZ: "El veedor no participa de la diligencia cautelar en sí misma, sino que observa el comportamiento de quien debe llevarla a cabo. Su apreciación es muy importante porque en atención

a lo informado y a lo expresado por las partes, el juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo inclusive subrogar al auxiliar observado" (LEDESMA NARVÁEZ, 2012: p. 494; RIVAS, 2005: p. 101).

Ahora bien, sobre el *veedor* regulado en el artículo normativo en comento debe también efectuarse algunas precisiones adicionales. En principio este *veedor* no puede ser confundido con el interventor informador regulado en el artículo 665 del CPC. En esencia, tanto el interventor informador como el veedor, tienen por función informar al juez respecto del encargo que se le encomiende en el proceso, empero la diferencia radica en que el primero (llamado también en la doctrina como interventor veedor) tiene la función de informar al juez respecto del movimiento económico o la situación económica de una empresa de persona natural o jurídica; en cambio, el *veedor especial* regulador en el artículo bajo comento tiene por función específica fiscalizar la función que ejercen los otros órganos de auxilio judicial e informar de ello al juez. Es en esencia un *veedor fiscalizador* de la función que cumplen los otros órganos de auxilio judicial designados en el proceso cautelar.

Como segunda cuestión, debe tenerse en consideración que el veedor especial o fiscalizador, no deja ser un órgano de auxilio judicial tal como los demás órganos que cumplen la función de auxilio al juez en el proceso cautelar. Dijimos al comentar el artículo 55 del CPC, que si bien dicha disposición precisa que: *Son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley.* Sin embargo, esta disposición normativa no es taxativa en la descripción de los órganos de auxilio judicial. La calidad de órgano de auxilio judicial no se agota en el elenco dado por dicho artículo normativo. En puridad, todo otro sujeto que, sin ser un auxiliar jurisdiccional adscrito al órgano jurisdiccional, presta, sin embargo, coloración o servicio en el proceso con una función específica y para lo cual es designado por el juez o por mandato de la ley, es un órgano de auxilio judicial. Ergo, el *veedor fiscalizador* cumple a su vez dicha función y la naturaleza de su función es la misma que cumplen los demás órganos de auxilio judicial.

Por ello, no compartimos la posición del profesor Alberto HINOSTROZA MÍNGUEZ (2010: p. 29) para quien: "[E]l veedor no representa un órgano de auxilio judicial, por cuanto el CPC le niega implícitamente dicha calidad en el primer párrafo de su artículo 634, cuando es asimilado al órgano de auxilio judicial, pero solo para los efectos de su retribución". Tal interpretación no resulta – a nuestro criterio– congruente con la naturaleza de la función que cumple este importante órgano de auxilio judicial.

La función del veedor si bien es distinta con la de los demás órganos de auxilio judicial que intervienen en el proceso cautelar, sin embargo, no deja de ser una función de auxilio o apoyo a la función de control o fiscalización que, en principio,

le corresponde al juez (como director del proceso cautelar) en el cumplimiento eficaz y recto de las funciones de los demás órganos de auxilio judicial. Por ello, la función que el veedor cumple es "especial" (de ahí que el art. 633 esté sumillado como "veedor especial") por cuanto es un órgano de auxilio judicial designado para fiscalizar a otro órgano de auxilio judicial en el proceso cautelar en aras de que la función del segundo sea más eficiente y recto.

Y si el artículo normativo en comento hace mención de que "el veedor se asimila al órgano de auxilio judicial para los efectos de su retribución", esta en modo alguno constituye una negación (ni aún implícita) de la naturaleza ontológica de la función de auxilio o apoyo que a la función jurisdiccional cautelar cumple también el *veedor especial*. No existe norma expresa que disponga tal negativa. La referencia de asimilación que efectúa la norma debe ser entendida en el sentido que la regulación del derecho a la retribución de los demás órganos de auxilio judicial efectuada en el artículo 632 ("Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el juez. El peticionante es responsable de su pago con cargo a la liquidación final, y debe hacerlo efectivo a simple requerimiento. Las decisiones en relación con la retribución son apelables sin efecto suspensivo"), es también aplicable al *veedor especial*. Nada más.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias del informe del veedor fiscalizador, debe tenerse en consideración que el juez puede disponer las modificaciones que considere pertinentes con base en lo informado por el veedor y tomando en consideración lo expresado por las partes, pudiendo inclusive subrogar al órgano de auxilio judicial observado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, tomo IX (Proceso cautelar). Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial San Marcos; ÁLVAREZ JULIÁ, Luis; NEUS, Germán R. J.; WAGNER, Horacio (1990): *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Astrea; ARAZI, Roland (1997): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Universidad; NOVELLINO, Norberto J. (2005): *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: La Ley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; PODETTI, Ramiro J. (1956): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar.

Artículo 634 | Derechos y responsabilidades del veedor

El veedor se asimila al órgano de auxilio judicial para los efectos de su retribución.

El veedor que incumpla sus obligaciones es responsable por los daños y perjuicios que se produzcan, sin perjuicio de la responsabilidad a que se contraen los artículos 371 y 409 del Código Penal.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 632, 633, 670; C.P. arts. 371, 409.

Eder Juárez Jurado

Como ya lo veníamos sosteniendo al comentar el artículo 633 del CPC, debe tenerse en consideración que el veedor especial o fiscalizador, no deja de ser un órgano de auxilio judicial tal como los demás órganos que cumplen la función de auxilio al juez en el proceso cautelar. Dijimos al comentar el artículo 55 del CPC, que si bien dicha disposición precisa que: "Son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley". Sin embargo, esta disposición normativa no es taxativa en la descripción de los órganos de auxilio judicial. La calidad de órgano de auxilio judicial no se agota en el elenco dado por dicho artículo normativo. En puridad, todo otro sujeto que, sin ser un auxiliar jurisdiccional adscrito al órgano jurisdiccional, presta sin embargo coloración o servicio en el proceso con una función específica y para lo cual es designado por el juez o por mandato de la ley, es un órgano de auxilio judicial. Ergo, el *veedor fiscalizador* cumple a su vez dicha función y la naturaleza de su función es la misma que cumplen los demás órganos de auxilio judicial.

Por ello, no compartimos la posición del profesor Alberto HINOSTROZA MÍNGUEZ para quien: "[E]l veedor no representa un órgano de auxilio judicial, por cuanto el CPC le niega implícitamente dicha calidad en el primer párrafo de su artículo 634, cuando es asimilado al órgano de auxilio judicial, pero solo para los efectos de su retribución" (2010: p. 29). Tal interpretación no resulta –a nuestro criterio– congruente con la naturaleza de la función que cumple este importante órgano de auxilio judicial.

La función del veedor si bien es distinta con la de los demás órganos de auxilio judicial que intervienen en el proceso cautelar, sin embargo, no deja de ser una función de auxilio o apoyo a la función de control o fiscalización que, en principio, le corresponde al juez (como director del proceso cautelar) en el cumplimiento

eficaz y recto de las funciones de los demás órganos de auxilio judicial. Por ello, la función que el veedor cumple es "especial" (de ahí que el art. 633 esté sumillado como "veedor especial") por cuanto es un órgano de auxilio judicial designado para fiscalizar a otro órgano de auxilio judicial en el proceso cautelar en aras de que la función del segundo sea más eficiente y recto.

Y si el artículo normativo en comento hace mención de que "el veedor se asimila al órgano de auxilio judicial para los efectos de su retribución", esta, en modo alguno, constituye una negación (ni aún implícita) de la naturaleza ontológica de la función de auxilio o apoyo que a la función jurisdiccional cautelar cumple también el *veedor especial*. No existe norma expresa que disponga tal negativa. La referencia de asimilación que efectúa la norma debe ser entendida en el sentido de que la regulación del derecho a la retribución de los demás órganos de auxilio judicial efectuado en el artículo 632 ("Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el juez. El peticionante es responsable de su pago con cargo a la liquidación final, y debe hacerlo efectivo a simple requerimiento. Las decisiones en relación a la retribución son apelables sin efecto suspensivo"), es también aplicable al *veedor especial*. Nada más.

Asimismo, en cuanto a las responsabilidades del veedor, la norma bajo comento concluye prescribiendo que el veedor incumplidor de sus obligaciones "es responsable por los daños y perjuicios que se produzcan, sin perjuicio de la responsabilidad a que se contraen los artículos 371 y 409 del Código Penal". Así, al igual que en los demás órganos de auxilio judicial, tal responsabilidad es de orden civil y penal. En el orden civil responderá ante una pretensión de indemnización de daños y perjuicios. Y, en el orden penal podrían hacer frente a una denuncia y proceso por comisión de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (negativa a colaborar con la administración de justicia) y contra la administración de justicia (falsedad en juicio).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, tomo IX (Proceso cautelar). Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: San Marcos; ÁLVAREZ JULIÁ, Luis; NEUS, Germán R. J.; WAGNER, Horacio (1990): *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Astrea; ARAZI, Roland (1997): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ BOTOS, Raúl (1990): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Universidad; NOVELLINO, Norberto J. (2005): *Embargo y*

desembargo y demás medidas cautelares. Buenos Aires: La Ley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; PODETTI, Ramiro J. (1956): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

SUBCAPÍTULO 2
PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Artículo 635 | Autonomía del proceso

Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. art. 608, 634, 637 al 640; C.P. Const. arts. 15, 16.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina mayoritariamente clasifica a los procesos civiles, según su función, en tres tipos: declarativos o cognoscitivos, ejecutivos y cautelares (MONROY GÁLVEZ, 1996: p. 136). Los primeros tienen como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino al suyo; los segundos, en cambio, no se refieren a una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene razón, sino a una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa; y, los terceros, tienen como objetivo que el órgano jurisdiccional asegure con el dictado de una medida precautoria la eficacia o cumplimiento de la sentencia a expedirse en el proceso principal que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la *litis* traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.

Sin embargo, muchos pueden encontrar discutible tal clasificación, por cuanto el proceso cautelar no comporta propiamente un proceso, ya que no tiene como función resolver una *litis* o incertidumbre jurídica, sino colaborar con cualquiera de los otros dos para que alcancen eficacia.

Considero que una clasificación más acertada de los procesos civiles, sería el siguiente: Procesos contenciosos y procesos no contenciosos. En los primeros existe una *litis*, una controversia, existen dos partes, se resuelven conflictos de

intereses con relevancia jurídica, y puede generar tres clases de sentencias, declarativas que reconocen un derecho ya existente (prescripción adquisitiva de propiedad), una sentencia constitutiva que genera, modifica o extingue un derecho (divorcio) y una sentencia de condena (obligación de dar, hacer o no hacer). Por su parte, los procesos no contenciosos se caracterizan porque no existe *litis*, no existe conflicto, solo existe una parte, se resuelven incertidumbres jurídicas, pues el derecho ya existe o solo se pide al órgano jurisdiccional que lo declare, por ello que en estos procesos se expiden sentencias meramente declarativas.

Siguiendo con la idea de la clasificación antes esbozada, diremos que los procesos contenciosos se dividen en causales, y de ejecución ahora denominado Proceso Único de Ejecución desde el 28 de junio de 2008, en virtud del Decreto Legislativo N° 1069, que modifica el CPC de 1993 en cuanto a los procesos de ejecución y medidas cautelares. A los procesos causales la doctrina los denomina de cognición o de conocimiento, sin embargo considero que lo más acertado es causal, porque en ellos se debe demostrar la causa que dio origen al derecho invocado por el demandante, en cambio en el Proceso Único de Ejecución, el derecho se encuentra reconocido en un documento denominado título ejecutivo que puede ser de naturaleza extrajudicial o extrajudicial, en este proceso no es necesario demostrar la causa que dio origen al derecho invocado, basta que el título ejecutivo cumpla con todos los requisitos generales y especiales. Dentro de los procesos causales tenemos el proceso de conocimiento, el abreviado y el sumarísimo. Y dentro de los procesos únicos de ejecución, tenemos el proceso único de ejecución de obligación de dar suma de dinero, el proceso único de obligación de dar bien mueble determinado, el proceso único de obligación de hacer, el proceso único de obligación de formalizar documento, el proceso único de obligación de no hacer y el proceso único de ejecución de garantías reales y, finalmente, el proceso de ejecución de títulos ejecutivos judiciales.

Respecto a las medidas cautelares, considero que constituye un verdadero proceso cautelar, sin embargo estas siempre son instrumentales porque dependen de un proceso principal (son el instrumento del instrumento), y no se ubican dentro del proceso causal ni del proceso único de ejecución, sino que sirven a ellos. Asimismo, es preciso resaltar que nuestro CPC contempla toda una teoría cautelar, que no solo es de aplicación para los procesos civiles sino también para los procesos constitucionales, laborales, de familia, contenciosos administrativos, penales y otros.

2. LA MEDIDA CAUTELAR Y TUTELA CAUTELAR

Teniendo en cuenta lo expuesto en el artículo anterior, la *medida cautelar* constituye el resultado perseguido dentro de la *tutela cautelar*, denominada también

asegurativa o *provisional*. Ella es opuesta a la *tutela satisfactiva* (llamada así por cuanto satisface a las partes en el sentido de que, luego que la decisión ha adquirido firmeza y ha sido debidamente actuada, elimina del plano jurídico y material la controversia que motivó que las partes se enfrenten en el proceso), que a su vez se subdivide en *tutela de conocimiento* y *tutela de ejecución*, siendo que en la primera, una vez verificadas las afirmaciones sobre los hechos expuestos por las partes y luego que el juzgador ha interpretado y aplicado las normas pertinentes al caso concreto, se emite la sentencia final; mientras que, en la segunda, la parte demandante se encuentra provista de un documento que, de manera anticipada a la iniciación del proceso, goza de una estimación jurídica particular otorgada por el ordenamiento, según la cual todo lo que resta al actor es recurrir al órgano jurisdiccional para que provea los medios materiales necesarios para concretar la satisfacción (MONROY PALACIOS, 2002: pp. 228-229).

Ahora, los teóricos ubican a la *tutela cautelar* dentro de la *tutela de urgencia*, entendida como la prestación oportuna de un mandato judicial ante la coyuntura que reclama una pronta respuesta y solución, tendiente en este caso a impedir que se frustre la eficacia del proceso principal; y, a su vez, a esta dentro de la *tutela diferenciada*, la cual es opuesta a la *clásica* u *ordinaria*, que está reservada para cuando el interés que se discute en el proceso puede esperar en el tiempo y no exista posibilidad de que se deteriore, desaparezca o se haga inservible, o que se genere irreparabilidad.

3. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Uno de los temas polémicos en materia cautelar es el que pretende esclarecer si se trata de un *proceso* o de un *procedimiento*. Sobre el particular hace varios años, a propósito de la puesta en vigencia de nuestro actual CPC, se suscitó una interesante polémica.

CARRIÓN LUGO fue quien la inició y sostuvo: "¿Cuál habrá sido el criterio del legislador para denominar el título que trata de las medidas precautorias como 'proceso cautelar'? En doctrina, casi por consenso, se distingue entre proceso y procedimiento, concibiéndose al primero como la sucesión de actos, producidos ordenada y progresivamente, con el fin de resolver un conflicto mediante un juicio de autoridad. Las medidas cautelares, como las concibe el propio CPC (art. 608), coadyuvan a asegurar las resultas del conflicto materia del proceso y no resuelven el conflicto mismo. Lo más acertado habría sido designar al título en referencia como procedimientos cautelares y ubicarlo al final del tratamiento de los procesos contenciosos" (MONROY GÁLVEZ y otros, 1994: pp. 442-446).

Por su parte, MONROY GÁLVEZ replicó: "El tema cautelar es la especie dentro del género llamado tutela judicial preventiva. Esta es la manera contemporánea de apreciar el proceso no solo como un medio de solucionar conflictos, sino una posibilidad real de evitarlos, o por lo menos de hacerlos expeditivos y eficaces. En este tema, la doctrina unánime se refiere a medida cautelar, acción cautelar, proceso cautelar, e incluso a providencia cautelar, para decirlo en el hermoso estilo de Piero Calamandrei. Sin embargo, lo que no hemos encontrado es el concepto procedimiento cautelar, y creemos saber por qué. (...) En el tema cautelar lo menos trascendente, mejor aún, lo irrelevante, es el trámite (léase procedimiento) para obtener una medida cautelar. Es importante la medida en sí, qué duda cabe, pero también lo es el hecho que la actividad cautelar, al margen de su función instrumental respecto del proceso principal, tiene requisitos, características, clasificación y desarrollo propios. (...) Por lo dicho, la obtención de una medida cautelar exige una racionalidad propia en la actuación de las partes, la actividad debe ser por ejemplo: sumarísima, inaudita pars (sin que lo sepa la otra parte), etc. Esto configura un proceso cautelar" (MONROY GÁLVEZ y otros, 1994: pp. 445-446).

Doctrinariamente podría decirse que tal consideración depende de la forma como se mire al proceso y al tema cautelar. Así, si a aquél le atribuimos solamente la finalidad de resolver la controversia, no podremos hablar de proceso cautelar, por cuanto este no resuelve el fondo de la controversia (solo facilita su efectividad); si, por el contrario, lo vemos no solo como el instrumento que facilita la solución de la controversia, sino que propende a su efectividad (cumplimiento de lo decidido), podremos hablar entonces de proceso cautelar, el cual –como el declarativo y el ejecutivo– cobrará vida en un determinado procedimiento, como es el caso de la posición asumida en nuestro ordenamiento procesal civil.

Ya el *proceso* en sí (concebido como instrumento para resolver las controversias) tiene como presupuesto inmanente el ser efectivo (lograr que se cumpla lo decidido), y para el efecto se auxilia de algunas figuras jurídicas como la *medida cautelar* (la cual para reunir el efecto "sorpresa" que le es esencial tiene que solicitarse y concederse en un *procedimiento* aparte); de lo contrario no se justificaría la existencia de un instrumento (proceso) que de por sí no logre lo que busca quien lo requiere o hace uso de él (hace tiempo que habría sido reemplazado por otro instrumento).

En suma, si solamente nos concretamos al trámite o sustanciación de la medida cautelar que le ha diseñado nuestro Código (art. 637 y demás pertinentes), entonces será un *procedimiento*; si, por el contrario, consideramos todos los atributos que comporta una medida cautelar en función de la eficacia de los derechos, lo cual empieza por reconocer la existencia de una tutelar cautelar que tiene como soporte a toda una teoría cautelar, entonces será un *proceso* (MONTERO, 2000:

pp. 97-98). No todo puede ser blanco y negro; después de todo, como indica MONROY PALACIOS el proceso cautelar tiene una autonomía teleológica, no procedimental (2002: p. 147).

De ese modo, cuando el artículo en comento señala que *todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial*, no está afirmando en realidad una autonomía procesal, sino resaltando una situación de independencia en el mero trámite de la medida cautelar, a fin de que se concreten los fines que se le tienen previstos, como es el caso de su condición de *inaudita altera pars* o de la probanza documental que debe efectuar el solicitante.

En efecto, se ha señalado que el hecho que la medida cautelar sea instrumental respecto del proceso principal, no impide que sea autónomo el desarrollo procesal que se dé desde la demanda (solicitud) hasta que se disponga su correspondiente agregado al expediente principal; es más, dicho desarrollo se lleva a cabo con reglas y principios propios –sin perjuicio de la aplicación supletoria o complementaria de los que corresponden a los demás procesos–, y con modalidades particulares, *sui géneris*. Dicha autonomía se traduce materialmente en actuaciones separadas, como las que enuncia el artículo 640 del CPC cuando alude a la formación del cuaderno cautelar (RIVAS, 2005: p. 89).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2001): *Manual de consulta rápida del proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I, 1ª ed. Bogotá: Temis-De Belaunde y Monroy; MONROY GÁLVEZ, Juan (2003): *Formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): *Temas de proceso civil*. Lima: Studium; MONROY GÁLVEZ, Juan y otros (1994): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Cultural Cuzco; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*, 1ª ed. Lima: Comunidad; MONROY PALACIOS, Juan (2002): "Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, V; MONTERO, Juan (2000): *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch; MORALES GODO, Juan y otros (2005): *El proceso civil: Enfoques divergentes*, 1ª ed. Lima: Iuris Consulti; PERUZZI, Héctor (1998): "Visión panorámica de las medidas cautelares en los proyectos de reforma". En: *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; PRIORI POSADA, Giovanni (2007): "La tutela cautelar como instrumento para resolver el problema del tiempo y el proceso". En: *Revista JUS (Doctrina y práctica)*, N° 4, Lima: Grijley; RAMOS, Francisco (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Barcelona: Bosch; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima:

Jurista; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Grijley; TARZIA, Giuseppe (2001). "La tutela cautelar". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº IV. Lima: Communitas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁNGELES, María (1995): *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; ARAZI, Roland (1998): *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): *Batallas por las medidas cautelares*. Madrid: Thomson-Civitas; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *El embargo y otras medidas cautelares*, 3ª ed. Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; PELÁEZ BARDALES, Mariano (2007): *El proceso cautelar*, 2ª ed. Lima: Grijley; PODETTI, J. Ramiro (1969): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RAMOS ROMEU, Francisco (2006): *Las medidas cautelares civiles*. Barcelona: Atelier.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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 ***(Cas. Nº 1607-2004-Cajamarca)***.

En principio debe dejarse establecido que la medida cautelar es un instrumento jurídico legal de naturaleza procesal que ha sido concebido para garantizar la efectividad de un fallo definitivo, de ahí su carácter netamente provisorio e instrumental, y precisamente en este contexto nuestra legislación procesal exige para la concesión de una medida cautelar que existan elementos objetivos suficientes aparentes que persuadan al Juzgador del derecho de quien lo invoca, lo que denota a su vez aquella característica esencial relativa al prejuzgamiento, aspecto que se encuentra ligado a su vez al requisito de la verosimilitud del derecho invocado, llamado también fomus bonus iuris o apariencia de derecho ***(M.C. Nº 523-2003-Arequipa)***.

En el proceso ejecutivo sobre obligación de dar suma de dinero con medida cautelar, el impulso de esta última no significa el impulso del proceso principal, ya que dado el carácter autónomo del citado proceso cautelar, este no puede influir en el principal ya que se adopta bajo determinados supuestos procesales y con procedimiento que difiere del principal ***(Cas. Nº 2573-1999-Lima)***.

La Ley General de Arbitraje permite solicitar medidas cautelares, ante una autoridad judicial, antes de la iniciación del arbitraje, las que, según el texto de la norma, no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él; siendo de aplicación para dichos efectos, las disposiciones sobre el proceso cautelar contenidas en Código Procesal Civil ***(Exp. Nº 99-1362-731-Lima)***.

Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar conforman un "proceso autónomo" para el que se forma cuaderno especial ***(Exp. Nº 144-95-Lima)***.

Artículo 636 Medida fuera de proceso

Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de esta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o esta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 608, 625, 635, 637, 638, 640, 641; D.LEG. 822 art. 200 inc. b.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho muchas veces, a efectos de la regulación de determinada materia o figura, se tiene que elegir el mal menor. En el caso de las medidas cautelares, debido a la finalidad que le es propia y también dado el riesgo implícito que significa su concesión, el legislador nuestro tuvo que optar por un trámite *inaudita altera pars*, privilegiando el derecho del demandante o ejecutante por sobre el del demandado o ejecutado, estableciendo para aquel requisitos y presupuestos de ineludible cumplimiento, y para este la previsión de que si sufría daños innecesarios por la conducta maliciosa del demandante sea resarcido mediante el mecanismo de la contracautela.

Ahora, en muchos casos el solo hecho de que la medida cautelar se tramite *inaudita altera pars* no es suficiente para asegurar el efecto "sorpresa" que significa la misma, del cual depende mayormente su eficacia. Por ello, el legislador ha previsto la *medida cautelar fuera de proceso*, en la cual el demandado no toma conocimiento alguno previo de que se ha iniciado un proceso principal en su contra, como sí suele ocurrir en el caso de la *medida cautelar dentro del proceso*.

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

2. PROCESO O PROCEDIMIENTO CAUTELAR

En el comentario al artículo anterior hemos ya señalado que uno de los temas polémicos en materia cautelar es el que pretende esclarecer si se trata de un *proceso* o de un *procedimiento*. Hemos examinado el tema partiendo de la interesante polémica suscitada entre el jurista Carrión Lugo, y el maestro Monroy Gálvez, por lo que nos remitimos al ítem ya desarrollado.

3. LAS VARIANTES EN EL INICIO DEL TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR: MEDIDA CAUTELAR DENTRO DEL PROCESO Y MEDIDA CAUTELAR FUERA DEL PROCESO

El procedimiento para la obtención de una medida cautelar es en realidad uno solo y está contemplado básicamente en el artículo 637 del CPC; las variantes (denominadas *dentro del proceso* y *fuera del proceso*) solo se presentan en cuanto al modo de cómo y cuándo se inicia el proceso cautelar.

En efecto, las variantes las contempla en un primer momento el artículo 608 del CPC, el cual alude a que un juez puede dictar una medida cautelar *dentro del proceso*, que es la modalidad más conocida y utilizada, o *antes del proceso*, llamado también *ante causam* (ARIANO, 2007), y lo complementan los artículos 636 y 640 del mismo texto legal.

La primera se refiere a la medida cautelar *antes del proceso*, en cuyo caso el trámite se inicia con la presentación de la demanda cautelar (solicitud) cuando el futuro demandante aún no ha presentado su demanda para dar origen al proceso principal (por lo que el juez la concederá –siempre y cuando se cumplan los requisitos y presupuestos– sabiendo de antemano que no existe principal), luego de lo cual el titular de la medida cautelar (beneficiado) con la medida debe presentar su demanda –que dará inicio, recién, al principal– ante el mismo juez que concedió la medida dentro de los diez días posteriores a la ejecución de la medida cautelar.

Por su parte, la segunda se refiere a la medida cautelar *dentro del proceso*, caso en el cual el trámite se inicia con la presentación de la demanda (solicitud) cautelar cuando el demandante ya ha presentado su demanda (que ha dado inicio al proceso principal) y ha obtenido cuando menos el autoadmisorio (por tal razón el juez la concederá –siempre y cuando se cumplan los requisitos y presupuestos– sabiendo de antemano que existe un principal), constituyendo su particularidad que el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisoria, las cuales se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios.

Cualquiera sea la modalidad empleada para iniciar el procedimiento cautelar, lo que sigue a su presentación es la calificación de la misma para determinar

su concesión, así como el trámite en general contemplado en los artículos 635 (autonomía del procedimiento cautelar), 637 (trámite de la medida –modificado por Ley N° 29384, publicada el 28/06/2009), 638 (ejecución por terceros y auxilio policial) y 641 (ejecución de la medida).

4. EL CÓMPUTO DEL PLAZO CUANDO MEDIE PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

Mención aparte merece la modificación que introdujo al artículo en comento el Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 de junio de 2008, normativa que fue dictada para modificar la Ley de Conciliación N° 26872 existente.

Como el referido cuerpo normativo dispuso la obligatoriedad del procedimiento conciliatorio (o sea lo que comúnmente se conoce como conciliación extrajudicial), lo cual se iba a ir dando de manera paulatina en los diferentes distritos judiciales, en tanto se vaya poniendo en vigencia la misma en los distritos conciliatorios del país, se tuvo necesariamente que modificar el artículo bajo comentario del CPC, sino se corría el riesgo de hacer totalmente infructuosa la medida cautelar fuera del proceso, en la medida en que el demandado con la sola citación al procedimiento conciliatorio (es decir mucho antes de presentar su demanda) ya tomaba conocimiento de las pretensiones del demandante y, por tanto, de la posibilidad de que las quiera asegurar con una medida cautelar.

Por esa razón, para un adecuado cómputo del plazo, se dispuso: "Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de esta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida". Es decir, se le dio un trato distinto a los casos en que la pretensión del principal no es un tema conciliable.

Eso obligó también al legislador a efectuar la precisión correspondiente en cuanto a la sanción por no presentar la demanda en el plazo que señala el artículo subexamen. Por ello se estableció que: "Si no se interpone la demanda oportunamente, o esta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho".

Sin perjuicio que el trámite de las medidas cautelares se estudie al comentar el artículo siguiente, es necesario precisar algunos aspectos contemplados en este artículo. Así tenemos que si la medida cautelar se ejecuta antes de iniciado un proceso principal, y la pretensión que se postulará en el proceso principal no está sujeta a procedimiento conciliatorio (entiéndase conciliación extrajudicial) el titular de la medida (beneficiario) debe interponer su demanda ante el mismo juez,

dentro de los diez días hábiles posteriores a dicho acto (ejecución), caso contrario si no lo interpone, no lo dice la norma pero debe interpretarse que la medida cautelar quedará sin efecto, por caducidad, pues su extinción depende de un tiempo.

Ahora, si la pretensión que se postulará en el futuro proceso principal se encuentra sujeta al procedimiento conciliatorio, el trámite sería el siguiente: primero el titular del derecho presentará su demanda cautelar fuera del proceso, luego de concedida la medida cautelar (declarar fundada) se ejecutará, e inmediatamente el titular de la medida (beneficiario) dentro del plazo de cinco días computados desde que tomó conocimiento de la ejecución deberá iniciar el procedimiento conciliatorio, esto es, deberá presentar ante el centro de conciliación extrajudicial la solicitud de invitación a conciliar, de no presentarse dicha solicitud la medida cautelar quedará sin efecto, caducará. Si se inicia el procedimiento conciliatorio oportunamente, esto es dentro del plazo de los cinco días antes señalados, y las partes no llegan a un acuerdo conciliatorio, el titular de la medida (beneficiario) deberá interponer su demanda principal dentro del plazo de diez días hábiles computados desde que concluyó el procedimiento conciliatorio sin conciliación, de no presentarse dicha demanda, la medida cautelar quedará sin efecto, se extinguirá por caducidad.

La parte final del artículo 636 en comento trae una sanción común para tres supuestos distintos, señalando que la medida cautelar caduca de pleno derecho, discrepando en un supuesto, así, estamos de acuerdo que se debe declarar la caducidad de la medida cautelar, si la demanda principal no se presenta dentro del plazo de los diez días hábiles computados, ya sea desde que se ejecutó la medida cautelar (si no era obligatorio el procedimiento conciliatorio) o desde que concluyó el procedimiento conciliatorio sin conciliación) y cuando no se dio inicio al procedimiento conciliatorio dentro del plazo de los cinco días de ejecutada la medida, pues en ambos supuestos la medida se extinguirá, quedará sin efecto por el factor tiempo que es el elemento esencial de la caducidad. Sin embargo, discrepamos que también se haya contemplado como causal de caducidad de la medida cautelar cuando la demanda principal es rechazada liminarmente, toda vez que dicho supuesto no está relacionado con el tiempo sino con el derecho, por lo tanto, la extinción de la medida no se debe al tiempo sino al derecho, debería entonces cancelarse la medida.

Veamos brevemente cuando puede rechazarse la demanda liminarmente: Si se interpone la demanda principal oportunamente y el juez la califica, si dicha calificación es positiva, esto es admite la demanda, no habría problema alguno con la medida cautelar, si el juez califica en forma negativa, esto es inadmisible, tampoco habría problema porque el demandante podrá subsanar, pero si se declara improcedente o en los procesos únicos de ejecución se deniega ejecución, la medida

cautelar se dice que caduca, sin embargo ello no tiene que ver nada con el tiempo sino más bien con el derecho, pues para que el señor juez conceda (declare fundada la medida cautelar) ha verificado la existencia de un derecho verosímil, derecho que se habría hecho valer en la pretensión demandada en el proceso principal, pero si dicha demanda se rechaza liminarmente ese derecho habría desaparecido siendo legal que la medida cautelar quede sin efecto pero no por caducidad sino por cancelación (la cancelación tiene que ver con el derecho y la caducidad con el tiempo). Ahora la norma no establece si la declaración de la caducidad de la medida cuando la demanda principal se rechaza es cuando el auto de rechazo (improcedente o deniega ejecución) queda firme (consentido o ejecutoriado) o cuando se rechazó en primera instancia. Sin embargo, de la parte final de esta norma se establece que basta que se expida el auto en primera instancia rechazando la demanda para que la medida cautelar caduque, independientemente de la apelación que podría interponerse contra dicha resolución, pues se señala que si el superior revoca el auto de rechazo y ordena la admisión de la demanda, la medida cautelar requiere nueva tramitación, lo que implica que la que se concedió fuera de proceso ya se habría extinguido o quedado sin efecto, por lo tanto cuando se admita la demanda, el demandante podrá interponer una nueva medida cautelar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2007): "Las garantías procesales en el procedimiento cautelar". En: *<http://revistathemis.com/seminarios/256,1,Las garantías procesales en el procedimiento cautelar>* (acceso 09/10/2007); MONROY GÁLVEZ, Juan y otros (1994): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Cultural Cuzco; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*, 1ª ed. Lima: Comunidad; MONTERO, Juan (2000): *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁNGELES, María (1995): *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; ARAZI, Roland (1998): *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): *Batallas por las medidas cautelares*. Madrid: Thomson-Civitas; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *El embargo y otras medidas cautelares*, 3ª ed. Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium; PELÁEZ BARDALES, Mariano (2007): *El proceso cautelar*, 2ª ed. Lima: Grijley; PODETTI, J. Ramiro (1969): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RAMOS ROMEU, Francisco (2006): *Las medidas cautelares civiles*. Barcelona: Atelier.

Artículo 637 | Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo. (*)

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 33, 36, 130 al 133, 372, 424, 425, 427, 608, 610, 611, 635, 636, 638, 640, 641.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

Si bien la idea de proceso es genérica, abstracta, universal; sin embargo, la idea de procedimiento es concreta, práctica, local –por decirlo de alguna manera–. Y cuando se alude a procedimiento, no es otra cosa que al trámite, a la secuencia de pasos previstos en la norma que se le dispensa a una determinada materia, en este caso lo relativo a la medida cautelar.

Uno de los aspectos más relevantes de todo procedimiento judicial es que todos los posibles actos procesales a ocurrir ya están previstos, de tal manera que no solo lo conoce de antemano el juez, sino también el demandante y el demandado. De ese modo pueden anticiparse a lo que podría ocurrirle y ejercer sus derechos de acción y contradicción.

Ahora, toda medida cautelar debe seguir un trámite, una determinada secuencia, donde se va a contemplar el inicio, los actos subsiguientes y también el modo

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29384 del 28/06/2009.

como debe concluir, incluyendo ciertas incidencias o figuras que podrían o no presentarse en el camino (variación, sustitución, extinción, cancelación, etc.).

En el caso del proceso cautelar peruano, ese trámite va a estar marcado por tres aspectos sustanciales: las variantes que pueden darse en su modo de inicio (*dentro del proceso* y *fuera del proceso*), el trámite *inaudita altera pars* y la posibilidad de contradecir mediante la *oposición*.

2. EL TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR

El procedimiento para la obtención de una medida cautelar es en realidad uno solo y está contemplado básicamente en el artículo materia de comentario, al que debe sumarse otros artículos del mismo capítulo (635, 636, 638, 640, 641, etc.) que regulan diferentes aspectos o figuras de la medida cautelar.

En cuanto al inicio del mismo, deberá observarse las dos variantes existentes (denominadas dentro del proceso y fuera del proceso), las que solo presentan diferencias en cuanto al modo de cómo y cuándo se inicia el proceso cautelar. La primera se deduce del artículo 608 del CPC, el cual alude a que un juez puede dictar una medida cautelar dentro del proceso, que es la modalidad más conocida y utilizada; la segunda está contemplada en el artículo 636 del CPC, el cual contempla la posibilidad de presentar una medida cautelar antes del proceso, llamada también *ante causam* (ARIANO, 2007).

2.1. El trámite de la medida cautelar fuera del proceso

En el trámite de la medida cautelar se siguen los siguientes pasos:

a) En primer lugar el peticionante de la medida cautelar debe determinar quién será el juez que conocerá el futuro proceso principal para de esa manera interponer la medida cautelar fuera del proceso ante el juez que resulte competente luego de aplicar las reglas generales de la competencia, pues el artículo 33 del CPC señala: "Es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso (...) el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse". Además deberá tenerse presente que la disposición transitoria, complementaria y final única de la Ley N° 29384 del 28 de junio de 2009, que modificó el CPC, establece que: "Tratándose de lo previsto en el primer párrafo del artículo 608 del CPC, el juez provisional o suplente solo puede conocer de los pedidos cautelares dentro de proceso, salvo que, en el distrito judicial correspondiente o en el ámbito de su competencia, el juez titular no se encuentre habilitado (...)", lo que quiere decir que las medidas cautelares solo

pueden ser calificadas por un juez titular, mas no por un juez provisional (que es aquel que es titular en un cargo, por ejemplo juez de paz letrado, pero que es promovido al cargo inmediatamente superior, juez civil) ni por un juez supernumerario antiguamente suplente (que es aquel abogado en ejercicio que no tiene ningún cargo en el Poder Judicial pero que en forma esporádica es llamado para ejercer la judicatura).

b) Luego redactará su demanda cautelar (o solicitud como la llaman algunos autores) la misma que debe cumplir requisitos generales aplicables a toda demanda, como son los formales (arts. 130 al 133 del CPC), de forma (arts. 424 y 425 del CPC) y de fondo (art. 427 del CPC, por interpretación *a contrario sensu*), y los requisitos de las medidas cautelares, los cuales podemos dividir en dos: i) los generales aplicables a todas las medidas cautelares y que están señalados en los artículos 610 y 611 del CPC; y, ii) los especiales que son los exigidos para cada tipo de medida cautelar, esto es ya se trate de una medida cautelar para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, innovativa, de no innovar u otra medida cautelar.

c) Presentada la demanda cautelar, el juez deberá, en primer lugar y por mandato de la primera parte de la norma en comento, apreciar su incompetencia territorial, es decir, verificar si resulta ser competente por razón del territorio, ello porque han existido muchos casos en que se han presentado demandas cautelares ante jueces incompetentes por razón del territorio, pero que eran concedidas so pretexto que la competencia por el territorio es prorrogable y que solo podía cuestionarse a pedido de parte (excepción) mas no de oficio. Sin embargo, con esta norma expresa le permite al juez verificar su incompetencia por el territorio y de resultar incompetente deberá remitir la demanda cautelar al órgano jurisdiccional (juez) que considere competente, ello en virtud de lo prescrito en el artículo 36 del CPC modificado por la Ley N° 30293 del 28 de diciembre de 2014, vigente desde el 10 de febrero de 2015.

d) Luego el juez procede a calificar la demanda cautelar, ya sea en forma negativa o en forma positiva. Si califica en forma negativa puede declararla inadmisible cuando le falta algún requisito formal o de forma y concederá un plazo para subsanar los defectos, omisiones o errores advertidos, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda cautelar. Declarará improcedente cuando la demanda cautelar no cumple con algún requisito de fondo, como por ejemplo el peticionante de la medida cautelar no tiene legitimidad, cuando se advierte que no tiene interés en este caso se da por concluido el proceso y se archiva el expediente. Considero también que

el juez puede declarar infundada la medida cautelar cuando pese a que la demanda cumple con los requisitos de fondo, el peticionante no tiene razón, porque no ha acreditado su derecho, ejemplo no hay verosimilitud, no hay peligro en la demora o en otras medidas como por ejemplo, temporal sobre el fondo, el demandante no ha demostrado el perjuicio irreparable.

e) Si se rechaza la demanda, esto es, se declara improcedente o infundada, dicha resolución es apelable con efecto suspensivo y no se notifica a la otra parte. En ciertos casos hemos observado que los señores jueces de primera instancia, cuando rechazan la demanda cautelar y esta es apelada, el auto concesorio de la apelación le es notificado a la otra parte siguiendo la norma general del artículo 427 del CPC, parte pertinente, que señala: "Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el juez pone en conocimiento del demandado el recurso interpuesto"; sin embargo, se debe tener presente que en el caso de las medidas cautelares este artículo no es de aplicación por existir una norma especial. Asimismo, se debe tener presente que si el peticionante de la medida cautelar no apela la resolución que rechazó su medida tendrá derecho a que se le devuelva el cincuenta por ciento de su tasa judicial, pero si apela y el superior confirma ya no tendrá derecho a devolución. Es necesario precisar que la terminología correcta para rechazar la medida cautelar debe ser improcedente o infundada, mas no se puede emplear terminologías no jurídicas, como por ejemplo "rechazar", "no ha lugar" "no ha lugar por el momento".

Existe la polémica para el caso de que se apele la resolución que rechaza la medida cautelar, en el sentido de que si el superior podría revocar la resolución y reformándola declarar fundada la medida cautelar, o si su decisión solo debería limitarse o a confirmar o a declarar su nulidad y ordenar que el juez de origen sea quien, con los lineamientos expuestos por el superior, conceda la medida cautelar. Considero que lo más apropiado resultaría que el superior anule la resolución y disponga que el juez de origen conceda –esto es, declare fundada– la medida cautelar, de tal manera que sea este quien lo ejecute y notifique al afectado. Este podrá formular su oposición y el juez la resolverá, y de presentarse apelación a esta resolución, será el superior quien la resuelva. Ahora, ¿qué pasaría si el superior concede la medida cautelar?; ¿ante quien se opondría el afectado?; ¿quien resolvería la oposición?; ¿el juez superior? y ¿si se apela? Al respecto, en el último Pleno Nacional Civil y Procesal Civil organizado por el Poder Judicial los días 16 y 17 de octubre de 2015, respecto a este tema, se acordó por mayoría lo siguiente: "Que, cuando el juez de primera instancia no concede la medida cautelar solicitada y el superior

considera que sí reúne los requisitos para concederla: entonces, la instancia superior debe revocar dicha decisión y conceder la medida cautelar atendiendo al derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y urgente". Es preciso señalar que los plenos jurisdiccionales solo son ilustrativos y no tienen carácter vinculante, como sí lo tienen los plenos casatorios.

f) Si el juez califica en forma positiva la medida cautelar la declarará *fundada* indicando la modalidad y la forma específica de esta y otras especificaciones necesarias que permitan su adecuada ejecución, no se puede decir admítase, ni declárese procedente, ni concédase en forma genérica, pues si el juez advierte que el peticionante tiene derecho debe declararla así: *fundada.*

g) Luego de declararse fundada la medida cautelar se procede a su ejecución, la misma que dependerá del tipo de medida cautelar y, por lo general, se encuentra a cargo del secretario del juzgado; por ejemplo: si se trata de embargo en forma de inscripción, la medida se ejecutará con la inscripción en los Registros Públicos correspondientes; si se trata de un embargo en forma de depósito, la medida se ejecutará cuando el secretario concurra al domicilio del demandado y embargue los bienes muebles dejándolos en poder del propio obligado o deudor.

h) Inmediatamente de ejecutada la medida, se debe notificar al afectado con la medida (ejecutado, demandado), quien dentro del plazo de cinco días podrá formular oposición a la medida cautelar. Luego el juez resolverá la oposición, declarándola fundada o infundada, si declara fundada dejará sin efecto la medida cautelar y si declara infundada la medida cautelar seguirá vigente. El auto que resuelve la oposición será apelable sin efecto suspensivo, es decir, que se ejecutará inmediatamente; así, si se deja sin efecto la medida cautelar inmediatamente se desafectará el bien.

i) Por otro lado, habiendo sido ejecutada la medida cautelar, el titular de la medida cautelar tiene el plazo de 10 días hábiles para interponer la demanda principal, si no la interpone dentro de dicho plazo, la medida caduca.

Como se ha podido apreciar claramente el sistema peruano de medida cautelar es: el de *inaudita altera pars*. Tal modelo significa que para determinar el dictado o no de la medida cautelar no se pone en conocimiento de la otra parte (corre traslado) del pedido a la otra parte, sino que se dicta sin el contradictorio correspondiente, con solo los argumentos y caudal probatorio aportado por el peticionante. Tal condición es muy criticada por un sector de la doctrina en nuestro país, por cuanto se señala que, entre otros, afecta seriamente el derecho fundamental a la defensa, por lo que proponen la modificación respectiva a fin de que se incorpore

el contradictorio previo, con las salvedades del caso, tal como ocurre en países como España o Brasil (ARIANO, 2014: pp. 5-6).

2.2. El trámite de la medida cautelar dentro del proceso

En este caso la medida cautelar se interpone cuando el proceso principal ya se encuentra en trámite, se seguirán los siguientes pasos:

a) Se presenta la demanda cautelar ante el juez que viene conociendo el proceso, la misma que debe cumplir requisitos generales aplicables a toda demanda, como son los formales señalados en los artículos 130 al 133 del CPC, de forma señalados en los artículos 424 y 425 del CPC y de fondo señalados en el artículo 427 del CPC por interpretación al contrario, y los requisitos de las medidas cautelares, los cuales los podemos dividir en dos: i) los generales aplicables a todas las medidas cautelares y que están señalados en los artículos 610 y 611 del CPC; ii) y los especiales que son los exigidos para cada tipo de medida cautelar, esto es ya se trate de una medida cautelar para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, innovativa, de no innovar u otra medida cautelar.

b) Presentada la demanda cautelar, el juez lo primero que deberá hacer es expedir un decreto disponiendo la formación del cuaderno cautelar, el que se formará con copia simple de la demanda principal, sus anexos y la resolución admisoria, y la demanda cautelar y sus anexos.

c) Luego de formado el cuaderno cautelar el juez procede a su calificación ya sea negativa o positiva, siguiéndose con el tramite ya descrito para la medida cautelar fuera de proceso (ítem 2.1).

3. LA INCORPORACIÓN DE LA OPOSICIÓN COMO RECURSO CONTRA LA MEDIDA CAUTELAR

El texto originario del artículo en comento señalaba que luego de ejecutada la medida cautelar se notificaba al afectado con la medida y este podía apelar el auto que concedió dicha medida, y se concedía la apelación sin efecto suspensivo quedando supeditada a lo que resuelva el superior.

Luego mediante Ley N° 29384, publicada el 28 de junio de 2009, se efectuó una modificación importante al trámite del procedimiento cautelar, al incluir la figura de la *oposición* del afectado, en vez de la *apelación* que estaba regulada en el texto originario del artículo.

Tal modificación ha traído serios cuestionamientos (LUJÁN, 2012: pp. 185-190) por parte de especialistas en el tema, como por ejemplo que no se ha regulado con claridad a partir de cuándo se puede formular la oposición, dado que la redacción anterior establecía que a partir de la notificación que se realizaba al afectado después de ejecutada la medida, mientras que ahora parece ser que ni bien se ha concedido la medida y es conocido ello por el afectado (es decir aún no ejecutada) ya se puede oponer, lo cual supone un riesgo para su eficacia, pues el afectado puede boicotear la ejecución (ARIANO, 2009: p. 17); o que se ha dispuesto que la resolución que resuelva la oposición (VIERA, 2012: p. 206), sea fundada o infundada, es apelable sin efecto suspensivo, lo que supone que si ocurre lo primero la medida deberá cancelarse, con el riesgo que el superior revoque y en tal caso se precise de una nueva ejecución, la cual está condenada a no contar con los bienes que si se tuvo en la primera ejecución, tornándose ineficaz la medida cautelar (MARTEL, 2009: p. 41); o si se trata de un recurso u otro mecanismo de defensa (VERAMENDI, 2011: p. 133); o si la figura es o no novedosa (ARIANO, 2009: p. 17).

Pero no solo, sino por los desconcertantes efectos posteriores que genera su aplicación. Así, acotando los supuestos advertidos por Rolando MARTEL CHANG referimos los probables desalentadores escenarios –algunos aberrantes– que se vienen dando en la praxis judicial (MARTEL, 2009: p. 41), por los que a continuación citaremos los más controvertidos:

i) La norma señala que el afectado con la medida puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, nos preguntamos: ¿en qué momento el afectado podrá tomar conocimiento? Y la respuesta es con la notificación de la medida cautelar y esta notificación tiene que darse necesariamente luego de ejecutada la medida. Por lo tanto, en una situación normal, el tramite sería: Se concede la medida, se ejecuta, se notifica al afectado, este toma conocimiento y se opone dentro del plazo de cinco días luego el juez resuelve la oposición declarándola fundada o infunda, dicho auto que resuelve la oposición puede ser apelado y se concederá sin efecto suspensivo. Sin embargo, el problema se suscita cuando la misma norma señala que la formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida, esto quiere decir que el afectado con la medida ha tomado conocimiento por un medio distinto a la notificación, pues para que se notifique ha tenido que ser ejecutada y ello no ha sucedido. Considero que podrían existir casos excepcionales en los cuales el afectado podría tomar conocimiento de la medida cautelar aun cuando no se haya ejecutado, por ejemplo cuando se trata de una medida cautelar de reincorporación de un trabajador en un proceso laboral o de amparo, pero al constituirse al empleador

no se puede ejecutar por no encontrarse el jefe responsable, sin embargo el afectado ya tomó conocimiento.

ii) Otro problema presentado en los ámbitos jurisdiccionales es de que luego de notificado el afectado con la medida, lejos de formular oposición conforme a la norma vigente, interponen recurso de apelación y el juez concede la apelación, algunos órganos jurisdiccionales de segunda instancia resolvían la apelación, pero otros jueces declaraban nulo el concesorio improcedente la apelación, toda vez que no se había formulado el medio de defensa pertinente. En el distrito judicial de La Libertad precisamente se presentó este problema, por lo que en reunión de jueces superiores se acordó que si el afectado con la medida cautelar interponía recurso de apelación contra el auto que concedió la medida cautelar, el juez de primera instancia debía conceder el recurso y el superior tenía que atender la apelación, de ninguna manera podía declarar nulo el concesorio e improcedente la apelación, toda vez que ello atentaría contra el principio constitucional de la pluralidad de instancia, el derecho de defensa y por ende el debido proceso, y porque además no existe norma que señale o establezca que el auto que concede la apelación sea inimpugnable. Sin embargo, se recalcó que si el afectado con la medida interpone apelación contra el auto que concedió la medida ya no podrá formular oposición o viceversa, pues de interponerse ambos medios de defensa podría generar fallos contradictorios, pues mientras el juez de origen podía declarar fundada la oposición y dejar sin efecto la medida cautelar, el superior que atiende la apelación podría confirmar la medida cautelar, generándose de esta manera una contradicción entre las decisiones.

iii) Asimismo, otro problema es el relacionado al efecto con que se debe conceder la apelación del auto (resolución) que resuelve la oposición, pues la norma señala que es apelable *sin efecto suspensivo*, ya sea que se declara fundada o infundada, que pasaría si se declara fundada la oposición y, por lo tanto, se deja sin efecto la medida cautelar y esta ya se hubiese ejecutado, se tendrá que dejar sin efecto la medida –porque eso precisamente persigue la oposición– a pesar de la apelación que se interponga, pues como se entenderá dicha decisión no puede suspenderse. Ahora, si al absolver dicho grado se revoca la resolución que declaró fundada la oposición, tendrá que volverse a ejecutar la medida originalmente concedida, con el riesgo de ineficacia que ya suponemos, pues el demandado ha podido en todo ese tiempo disponer de los bienes.

Igual riesgo ocurre, en el caso que al absolver tal grado se anule la indicada resolución, con la diferencia de que la nueva decisión que adopte el *a quo* podrá

amparar o no la oposición, y nuevamente ser objeto de apelación sin efecto suspensivo, con lo que volvemos al infortunio del primer caso.

Por ello, compartimos la idea que lo mejor hubiese sido que en el caso de apelación contra la resolución que declara fundada la oposición se conceda *con efecto suspensivo*, más aún si con ella se deja sin efecto la medida concedida y por tanto se impide la continuación del proceso cautelar. Tanto más si recordamos que la regla general previa a la modificatoria –que obedecía a la concepción íntegra de nuestro sistema cautelar– era que la impugnación de una medida concedida debía ser sin efecto suspensivo, a fin de favorecer la eficacia del proceso.

Ahora, nada impide que al resolverse una oposición se la declare fundada en parte (por ejemplo cuando se haya dictado dos tipos de medida en un solo concesorio cautelar y en el examen posoposición se advierta lo inapropiado de una de ellas; o cuando la medida dictada sí fue la pertinente, pero no su monto o el bien afectado o la contracautela aceptada o el órgano de auxilio; etc.), con lo que al momento de la apelación correspondiente se presentarán dudas razonables respecto a cómo concederlo.

Finalmente, es necesario señalar que la dación de la Ley N° 29384 ya citada que modificó el artículo 637 del CPC, introduciendo la institución jurídica de la oposición a la medida cautelar como medio de defensa del afectado tiene su razón de ser, esto es tiene su fundamento, el cual radica en que como quiera que la medida cautelar se concede sin conocimiento de la otra parte, ya que el juez solo escucha a la parte peticionante, es necesario que luego de concedida la medida, el mismo juez escuche a la otra parte a través de la oposición y sea el juez con los argumentos de defensa del afectado quien reafirme su decisión cautelar, esto es declare infundada la oposición, o por el contrario cambie de parecer y, en consecuencia, declare fundada la oposición y deje sin efecto la medida cautelar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2007): "Las garantías procesales en el procedimiento cautelar". En: *<http://revistathemis.com/seminarios/256,1,Las garantías procesales en el procedimiento cautelar>* (acceso 09/10/2007); ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*, Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2009): "El 'nuevo' procedimiento cautelar". En: *Actualidad Jurídica*, tomo 188. Lima: Gaceta Jurídica; LUJÁN, Helder (2012): "Los nuevos escenarios problemáticos de nuestro proceso cautelar". En: *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, N° 146. Trujillo: Colegio de Abogados de La Libertad; MARTEL CHANG, Rolando (2009): "La Ley N° 29384 y el procedimiento cautelar en el proceso civil". En: Revista *Actualidad Jurídica*, tomo 188. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan y otros (1994): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Cultural Cuzco; MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*,

1ª ed. Lima: Comunidad; MONTERO, Juan (2000): *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista; VERAMENDI FLORES, Erick (2011): "La impugnación de la decisión cautelar: A propósito de la oposición". En: *Manual del Código Procesal Civil*. Renzo I. Cavani Brain (coordinador). Lima: Gaceta Jurídica; VIERA ARÉVALO, Rafael (2012): "La oposición y el levantamiento de la medida cautelar". En: *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, N° 146. Trujillo: Colegio de Abogados de La Libertad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁNGELES, María (1995): *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; ARAZI, Roland (1998): *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2004): *Batallas por las medidas cautelares*. Madrid: Thomson-Civitas; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *El embargo y otras medidas cautelares*, 3ª ed. Lima: San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium; PELÁEZ BARDALES, Mariano (2007): *El proceso cautelar*, 2ª ed. Lima: Grijley; PODETTI, J. Ramiro (1969): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; RAMOS ROMEU, Francisco (2006): *Las medidas cautelares civiles*. Barcelona: Atelier.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el juez ha procedido a reexaminar la resolución expedida por su propio despacho, variando su decisión no en atención a hechos nuevos invocados, sino porque ha procedido a merituar de modo distinto los mismos argumentos y medios probatorios que son el sustento de la petición cautelar, debe declararse la nulidad de esta última decisión porque el pedido de la apelante ha sido formulado en atención a hechos posteriores a los alegados al momento de emitir decisión cautelar ***(Exp. N° 51394-1999-Lima)***.

Es nula la resolución, si el juez fundamenta la improcedencia de la medida cautelar en el hecho de que la pretensión planteada no tiene conexión con la principal, sin explicar en qué radica la no conexidad ***(Exp. N° 5039-1999-Lima)***.

Artículo 638 | Ejecución por terceros y auxilio policial

Cuando la ejecución de la medida deba ser cumplida por un funcionario público, el juez le remitirá, bajo confirmación, vía correo electrónico el mandato que ordena la medida de embargo con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

Cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública, se cursará un oficio conteniendo el mandato respectivo a la autoridad policial correspondiente.

Por el mérito de su recepción, el funcionario o la autoridad policial quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal. (*)

CONCORDANCIAS:

C. arts. 40, 139 inc. 2; C.C. arts. 2015, 2017, 2019 inc. 7; C.P.C. art. 148, 624, 641 al 644, 647, 649 al 653, 656, 657, 658, 661, 664, 665, 667, 670, 672, 673, 676, 679, 681, 684, 725 y ss.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

El presente texto normativo contiene la última modificación realizada a través del artículo Único del Decreto Legislativo N° 1069, del 28 de junio de 2008, y que entró en vigencia a los 180 días de su publicación. Dicha norma establece el mecanismo de la ejecución de la medida cautelar por terceros y el auxilio de la fuerza policial.

En primer orden debemos tener presente que *funcionario público* es la persona que desempeña alguna de las funciones públicas, es decir quien pone en ejercicio el poder público (Ossorio, 1998: p. 448). El artículo 40 de la vigente Constitución Política peruana guarda silencio en cuanto a una definición clara y precisa sobre qué debe entenderse por funcionario público; no obstante ello, técnicamente hablando, un funcionario público es un servidor del Estado, designado por disposición de la ley, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, para ocupar grados superiores de la estructura orgánica y para asumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando. Este concepto que se sustenta en el criterio orgánico de jerarquía y potestad pública que da origen al

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008. Esta modificación entró en vigencia a partir del 25/12/2008, según lo establecido en su segunda disposición complementaria transitoria.

carácter de autoridad que reviste a los funcionarios públicos para distinguirlos de los demás empleados y personas que prestan sus servicios al Estado, bajo circunstancias opuestas, es decir, ejecutan ordenes de la superioridad y no tienen representatividad del órgano al que están adscritos.

De otro lado, interpretando sistemáticamente la presente norma, nos damos cuenta que en realidad ella constituye una excepción a la regla general prescrita en el artículo 641 del CPC, sobre lo cual hablaremos en lo sucesivo.

También hay que tener presente que la ejecución de la medida cautelar, si bien en apariencia resulta algo fácil de efectuar, en la praxis suelen ocurrir ciertos eventos, algunos previsibles y otros inesperados, que tornan compleja su ejecución, siendo que tantas contingencias ocurren o podrían suceder cuantas medidas cautelares existan o puedan existir; en ese sentido, la ejecución variará de acuerdo a la medida cautelar decretada.

Ahora bien, en cuanto a la ubicación o contexto de la norma bajo comentario, manifestamos nuestra discrepancia por considerar incorrecto el lugar en la que se le ha colocado, déficit atribuible a la negligencia legislativa, que con mejor técnica hubiese ubicado al artículo después del artículo 641, es decir, después de la regla general, donde el presente artículo por ser una excepción a tal regla habría encajado perfectamente.

2. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA NORMA FRENTE A LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 641 DEL CPC

Entiéndase por "ejecución de la medida" a su actuación, al hecho de que sea practicada, realizada, es decir, que se dé estricto cumplimiento a lo ordenado en la resolución que concede la medida cautelar. Por ejemplo, la medida cautelar de anotación de la demanda será ejecutada cuando se inscriba el mandato de anotación en los Registros Públicos correspondientes (art. 673 del CPC); en el embargo en forma de inscripción hay que tener cuidado cuando hablamos de su ejecución, pues una cosa es entender su ejecución como la realización de su inscripción en la partida del bien (art. 656 del CPC), y otra cosa muy distinta es la "ejecución forzada" que recaerá sobre el bien embargado, lo que no es otra cosa que el denominado "remate" (art. 725 y ss. del CPC).

Como anunciamos *supra*, la norma en comentario regula una excepción a la regla general, consistente esta en que las medidas cautelares deben ser ejecutadas por el secretario del proceso, conforme se desprende del artículo 641 del CPC, y solamente en caso, de acuerdo a las circunstancias y a la naturaleza de la medida cautelar decretada, puede y/o debe disponerse que la medida provisional sea ejecutada por un funcionario público.

Consideramos que la norma en comentario es la excepción, por cuanto ello se infiere tanto de la interpretación literal del título o denominación de la norma ("ejecución por terceros"), como por la propia forma de redacción con la que inicia el texto normativo: "Cuando la ejecución de la medida deba ser cumplida por un (...)"; es decir, la inferencia extraída consiste propiamente en que no siempre la ejecución de la medida es realizada por funcionarios públicos (terceros), sino en algunas ocasiones, y cuando esto ocurra el juez deberá proceder conforme al tenor de dicha norma, a fin de asegurarse la ejecución de la medida.

Ahora bien, existe una variedad de medidas cautelares típicas en cuya ejecución participa el secretario del proceso, conforme se puede apreciar de la lectura de la normativa pertinente; así por ejemplo ocurre en el secuestro judicial y en el conservativo (arts. 643 y 644 del CPC), en el embargo en forma de depósito y en el secuestro de bienes muebles y de títulos de crédito (arts. 649, 651, 652 y 653 del CPC), también en el embargo en forma de retención de bienes no crediticios (arts. 657 y 658 del CPC), en el embargo en forma de intervención en recaudación –y su conversión a secuestro o a intervención en administración– y en el de información (arts. 661, 664, 665, 667, 670 y 672 del CPC), en las medidas temporales sobre el fondo de desalojo y de devolución de bien correspondiente al interdicto de recobrar (arts. 679 y 681), y finalmente, en la medida innovativa de cautela posesoria (art. 684).

Sin perjuicio de lo antedicho, probablemente hay otras medidas provisionales típicas que estamos pasado involuntariamente por alto, en la cuales interviene el secretario; aunado a ellas encontramos otras cuya intervención es necesaria para la ejecución, las mismas que se decretan bajo la denominación de las temporales sobre el fondo, las innovativas y las de no innovar, según sea la pretensión u objeto que mediante ellas se quiere cautelar.

El número aumenta cuando se trata de las medidas cautelares atípicas o genéricas (art. 629 del CPC), las cuales son indefinidas, por lo que serán los casos concretos los cuales permitan evidenciar cuándo para su ejecución interviene el secretario del proceso o un funcionario público.

De otro lado, entre los casos en los cuales un funcionario público interviene para ejecutar las medidas cautelares decretadas y que son típicas, tenemos al embargo en forma de inscripción, en cuyo caso se remiten los partes judiciales con el respectivo oficio al registrador público, a fin de que inscriba dicha medida, luego de lo cual se presentará al cuaderno cautelar la certificación registral de la inscripción (arts. 642, 650 y 656 del CPC). De igual manera contamos con la medida cautelar de anotación de demanda en los Registros Públicos (art. 673 del CPC), en la cual la norma indica la forma como debe ejecutarse el mandato decretado, señalándose que el registrador cumplirá la orden por su propio texto, es decir sin cuestionarlo, siempre que se cumplan los requisitos previstos tanto por el ar-tículo 673

como por el artículo 8 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, que regula la inscripción en mérito a un mandato judicial. En ambos supuestos mencionados, la certificación que se agrega al cuaderno constituye precisamente la constancia de que el mandato judicial ha sido ejecutado.

Los aludidos casos son los únicos que encontramos en el CPC en los cuales interviene un funcionario público, no obstante no descartamos otros casos configurados a través de las medidas temporales sobre el fondo, las innovativas, las de no innovar y las cautelares atípicas o innominadas, según lo que, generalmente, se haya postulado como pretensión principal del proceso.

3. EL PROCEDIMIENTO PARA LOGRAR LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Explica CARRIÓN LUGO que "el ejecutor de esta medida cautelar es el registrador del correspondiente Registro. El juez le remite, bajo confirmación, vía correo electrónico, el mandato que ordena la medida de embargo, con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión. El funcionario registral, a mérito de la recepción del correo electrónico o de otro medio fehaciente, queda obligado a su ejecución inmediata del mandato, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal" (CARRIÓN, 2014: p. 536). Por nuestra parte discrepamos parcialmente con el citado autor, debido a que él interpreta el tenor de la norma restrictivamente, tomando como funcionarios públicos solamente a los registradores públicos, cuando en realidad a la presente norma le corresponde una interpretación *lato sensu*, toda vez que si bien es cierto solamente encontramos dos casos (que hemos aludido en el punto anterior) en los cuales como funcionario público ejecutor de medidas cautelares lo es el registrador; no obstante, creemos que pueden ocurrir una serie de casos en los cuales el ejecutor de las medidas cautelares sea otro tipo de funcionario público, como bien puede ser el alcalde de una municipalidad, el presidente del gobierno regional (ahora gobernador regional), el presidente del Poder Judicial, el superintendente de la Sunat, etc., quienes ante un eventual mandato judicial vía medida cautelar proveniente de un proceso civil, deberán proceder a ejecutarla *ipso facto*.

La presente norma señala que el juez remitirá al funcionario público, bajo confirmación, vía correo electrónico, el mandato que ordena la medida de embargo con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión. Estos actuados son conocidos en la actividad judicial como "partes judiciales" y contienen información sucinta y precisa del mandato cautelar que se quiere ejecutar (LEDESMA, 2011: p. 512).

Otro error de la norma es que solo se refiere al embargo, cuando este solo forma parte de las medidas cautelares para futura ejecución forzada, existiendo

también las medidas cautelares temporales sobre el fondo, las innovativas, las de no innovar y otras, que también podrían ser ejecutadas por un funcionario público.

Un punto importante incorporado a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1069, es el hecho de que el juez podrá remitir al funcionario público, vía correo electrónico, el mandato cautelar; también la norma prevé que excepcionalmente puede remitirse dicho mandato a través de otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión, como puede ser vía fax. Sin embargo, en la praxis aún vemos que la prescripción de la norma no es cumplida en su amplia magnitud, probablemente por razones de falta de logística, de coordinación entre el Poder Judicial y los Registros Públicos, falta de implementación informática (*hardware* y *software*) apropiada para los fines propuestos; motivo por el cual aun actualmente siguen remitiéndose los mandatos cautelares para su inscripción vía el clásico papel (oficio acompañado de los partes judiciales), en estricta aplicación de lo prescrito por la parte *ab initio* del artículo 148 del CPC.

4. EL AUXILIO DE LA FUERZA PÚBLICA PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo hace referencia a la intervención de la autoridad policial a fin de lograr la ejecución de la medida cautelar decretada, condicionando esto a la exigencia de las circunstancias. Al respecto debemos precisar que "la Policía –según LEDESMA– es un cuerpo orientado a mantener el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos. La administración del Estado necesita un cierto poder coactivo que asegure el mantenimiento del orden público para lo cual utiliza elementos activos, llamados policías, a fin de que den fuerza a la autoridad del estado" (LEDESMA, 2011: p. 513).

La intervención de la autoridad policial en la medida cautelar contribuye a efectivizar la *coertio,* que es uno de los poderes de la jurisdicción, a través del cual se elimina todo tipo de obstáculos que se oponen al cumplimiento de los mandatos judiciales. A propósito, DEVIS ECHANDÍA sostiene que los jueces pueden emplear la fuerza pública para imponer la práctica de un embargo, situación diversa al poder de ejecución que también tiene la jurisdicción, pues allí no se persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que derive de una sentencia o de un título de ejecución. Cuando se trata de ejecutar una sentencia, la *executio,* se refiere al poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, pues de nada serviría el proceso, si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado (DEVIS ECHANDÍA, 1994: p. 82).

La forma de proceder en ese caso, a diferencia de la comunicación que se hace al funcionario público, aquí la propia norma prescribe que se realizará mediante oficio, el cual debe contener el mandato cautelar, el mismo que será

remitido al jefe de la comisaría más cercana al lugar donde deberá llevarse a acabo la ejecución de la medida cautelar, o en todo caso deberá ser la comisaría o puesto policial que brinde más y mejores garantías de seguridad a fin de practicar el mandato.

Entre los casos de las medidas cautelares típicas en las cuales interviene la autoridad policial para su ejecución, está el secuestro judicial y el conservativo (*ex* art. 643 del CPC), obviamente que aquí intervendrá la autoridad policial si fuere necesario para brindar las garantías de seguridad; en el caso del secuestro vehicular (art. 647 del CPC) la intervención policial es sumamente necesaria a fin de llevar a cabo la orden de captura que recae sobre el vehículo.

Generalmente con la ayuda de la fuerza pública se busca que la medida cautelar surta eficacia y no se quede en el mero papel, teniendo en cuenta que el mayor número en los cuales interviene la autoridad policial para tal fin corresponde a las medidas cautelares sobre la posesión o desposesión de bienes muebles e inmuebles, o también en las medidas cautelares de naturaleza personal como, por ejemplo, en las temporales sobre el fondo derivadas de asuntos de familia e intereses de menores. La fuerza policial brindará en estos casos su apoyo efectivo a fin de evitar, bloquear o eliminar la obstrucción que opongan los sujetos afectados con la cautelar que es materia de ejecución.

Hay dos aspectos que alude la profesora LEDESMA y que los compartimos en absoluto. El primero de ellos se refiere a los efectos que genera la comunicación mediante oficio para la ejecución de la medida cautelar. "De este acto –dice LEDESMA– se desprenden dos efectos; el primero está referido a la reserva que debe acompañar a la comunicación a fin de preservar el éxito de su ejecución; y el efecto conminatorio que genera su sola recepción, esto implica que la autoridad policial o funcionario público, quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal" (LEDESMA, 2011: p. 514). El segundo aspecto que según la citada autora debe considerarse en la comunicación que se dirige a la Policía Nacional para el auxilio de la fuerza pública, es el contenido del oficio. "Cuando el juez se dirige a la autoridad policial, sencillamente le comunica que preste el apoyo policial en las condiciones que precisa, sin acompañar copia del mandato judicial a que hace referencia la comunicación. El nuevo texto señala que el oficio debe contener el mandato respectivo; sin embargo, esta exigencia hay que apreciarla con bastante reserva, sobre todo cuando se tenga que ejecutar resoluciones que contienen una concurrencia de medidas cautelares. Lo reservado de la medida se estaría desprotegiendo si se acompaña copia del mandato cautelar a la autoridad policial, antes de que se haya culminado con la ejecución total" (LEDESMA, 2011: p. 514).

5. EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO A LOS MANDATOS DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La parte *in fine* del artículo objeto de comentario expresa que "por el mérito de su recepción, el funcionario o la autoridad policial quedan obligados a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal".

En ese sentido, somos enfáticos al sostener de acuerdo al precitado texto, que el funcionario público o la autoridad policial no podrán sustraerse al mandato jurisdiccional, salvo que la ley especial que regula sus funciones así lo permita, o que por ejemplo al mandato judicial y especialmente a sus recaudos le falte algún requisito indispensable para llevar a cabo la ejecución de la medida cautelar, cuando del funcionario se trata. De lo contrario, la indiferencia injustificada del funcionario o de la autoridad policial, puede implicar una grave infracción al artículo 139.2 de la Constitución Política, como también al artículo 4 de la LOPJ, figurando esto un desacato o desobediencia a la autoridad judicial, que bien podría acarrearle a aquellos responsabilidad administrativa, civil y hasta penal, esta última incluso está expresamente prevista por el artículo *subexámine*.

No obstante ello, en lo que al funcionario público respecta, es de precisar que "a pesar de que la norma establezca que 'por el solo mérito de su recepción, el funcionario queda obligado a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal', ello no es del todo cierto porque en el caso del registrador público citado, puede llevar a generar resistencia a la inscripción del mandato judicial argumentando la incongruencia con los principios registrales de impenetrabilidad y tracto sucesivo recogidos en los artículos 2017 y 2015 del CC, a pesar de que el inciso 7 del artículo 2019 del CC, permite la inscripción de embargos y demandas verosímilmente acreditadas; recién cuando el mandato judicial sea inscrito se podría considerar que la ejecución se está materializando" (LEDESMA, 2011: p. 512).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, tomo III. Lima: Ediciones Jurídicas; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal*, tomo 1, 13ª ed. Medellín: Dike; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; OSSORIO, Manuel (1998): *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, 25ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas, Buenos Aires: Heliasta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HERRERA NAVARRO, Santiago (1998): *Medidas cautelares en el proceso civil*. Trujillo: Marsol Perú; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Juan J. (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.

Artículo 639 | Concurrencia de medidas cautelares

Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión.

CONCORDANCIAS:
C.C. art. 195; C.P.C. arts. 616, 619, 627, 628, 690.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento procesal civil tiene como objeto principal la tutela jurisdiccional de los derechos patrimoniales de las personas. Esta tutela se brinda mediante el proceso, y se hace necesaria cuando las normas establecidas para la regulación de estos derechos no son cumplidas espontáneamente por los sujetos destinatarios de las mismas. La tutela cautelar, por su parte, sirve para el aseguramiento de la eficacia de la decisión final de un proceso civil y consiste en la posibilidad de que el juez, con esa finalidad, adopte ciertas decisiones provisionales disponiendo la afectación de bienes u ordenando la realización de determinadas conductas.

En tal sentido, resulta frecuente que un mismo sujeto tenga varios acreedores, en esa situación, y a fin de asegurar una obligación ante un incumplimiento, es posible que más de un acreedor ante una obligación vencida inicie un proceso de obligación de dar suma de dinero, y ante ello plantear una medida cautelar para futura ejecución forzada, ya sea el embargo en sus seis formas o el secuestro conservativo.

Este es el escenario en el que cabe la posibilidad de la existencia de diversas medidas cautelares sobre un mismo bien a fin de asegurarse el pago de la obligación, ante ello, ¿qué medida cautelar prevalecerá sobre las demás?

Efectivamente, es posible que un mismo bien o una misma situación fáctica resulten afectados por más de una medida cautelar. En estos casos, nos encontramos ante el supuesto de la concurrencia de medidas cautelares. Imaginemos, por ejemplo, que el vendedor de un vehículo demanda a su comprador el pago del precio y obtiene una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre un

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008. Esta modificación entró en vigencia a partir del 25/12/2008, según lo establecido en su segunda disposición complementaria transitoria.

inmueble de propiedad del demandado. Imaginemos también que otro acreedor del dueño de ese inmueble inicia un proceso contra él (ante otro juez) y también obtiene una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre ese mismo bien. La situación descrita constituye una hipótesis de concurrencia de medidas cautelares, pues los dos embargos están afectando al mismo inmueble.

Una acotación que realizamos consiste en la incorrecta ubicación de la presente norma, la cual no debería corresponder al subcapítulo de "procedimiento cautelar". Precisamente por esto es que ARIANO realiza la siguiente recomendación de la cual hacemos cita textual: "Con todo, sería bueno ya que todas las supuestas disposiciones válidas para 'cualquier' medida cautelar que en realidad valen solo para el embargo (como, justamente la del art. 639, o la del 616, o la del 619, o la del art. 627, o la del art. 628, etc.) pasarán a ser normas relativas a este" (ARIANO, 2014: p. 213).

Ahora bien, conviene tener presente la alusión de ARIANO en cuanto a que la norma se refiere estrictamente al embargo ejecutivo (o para futura ejecución) y no al embargo cautelar que previene otras situaciones distintas a las del cobro judicial de una deuda, señala que "si fuéramos coherentes, tal efecto sobre el crédito debería producirlo solo el embargo ejecutivo y no el meramente cautelar, pues este último lo que neutraliza es el peligro de dispersión fraudulenta de los bienes del deudor (previene el tener que plantear, *ex post*, la pauliana del artículo 195 del CC), por lo que el surgimiento de la prelación en el crédito no es inherente a la función del embargo cautelar. A lo más podría pensarse en que si el embargo ejecutivo recae sobre el mismo bien embargado cautelarmente, la prelación se 'retrotraiga' al momento de la 'ejecución' de la cautela" (ARIANO, 2014: p. 213). Sin embargo, este comentario es particular de la autora, puesto que otros autores nacionales interpretan la norma en sus diversos contextos, así como también de acuerdo a las situaciones que se presentan en la praxis, los cuales conllevan a aplicar la norma más allá que al simple embargo ejecutivo, es más, aplican la norma a conflictos entre medidas cautelares patrimoniales (embargos) y extrapatrimoniales (temporales sobre el fondo por ejemplo).

2. EL PRINCIPIO QUE CONTIENE Y EL FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO EN COMENTARIO

La *fattispecie* abstraída en la presente norma es lo que antaño se denominaba como "reembargo", término que aludía prácticamente a un conflicto o colisión intercautelar (propiamente interembargos), llamado actualmente por el legislador como "concurrencia de medidas cautelares". Tal colisión debe solucionarse con la fórmula preceptuada en el texto normativo aludido, que no es otra que el criterio de la *prelación temporal*, lo cual a su vez es la traducción positiva y actualizada de la máxima justiniana: *prior tempore, potior iure del pignus in causa iudicati captum*. A través de la cual se brinda protección cautelar en primer término al

demandante cuya medida se ejecutó con anterioridad. Considerando que en el proceso civil se discuten derechos de índole patrimonial, este mecanismo puede ser utilizado también cuando las medidas cautelares concurrentes contengan órdenes de hacer o de no hacer. En todos estos casos se tendrá que privilegiar la protección cautelar correspondiente a la medida cautelar que se ejecutó primero.

Para el profesor Omar CAIRO ROLDÁN "[e]l fundamento de la prelación temporal en materia cautelar es el concepto de unidad de la jurisdicción, es decir, la idea de que los jueces a cargo de los diferentes procesos que se desarrollan en un Estado, forman parte de una unidad orgánica llamada jurisdicción, dentro de la cual no es tolerable que distintos funcionarios jurisdiccionales jueces emitan decisiones igualmente válidas pero prácticamente contrapuestas. Por eso, para evitar esta contraposición se establece este criterio, en virtud del cual, cuando se ordenen diversas medidas cautelares referidas a un mismo bien o a una misma situación fáctica, la contradicción se elimina otorgando actualidad a la medida que se ejecute primero, y colocando en una situación de expectativa –en orden cronológico– a las medidas cuyos actos tendientes a su ejecución se realicen en un momento posterior" (CAIRO, 2003).

3. LOS TIPOS DE CONCURRENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN MARIANELLA LEDESMA

Para la profesora Marianella LEDESMA existen dos tipos de concurrencia de medidas cautelares, denominadas por ella como difusa y concentrada.

a) Concurrencia difusa de medidas cautelares

Señala la citada autora que con ello se alude a la "concurrencia de diversas medidas sobre diferentes bienes, pero motivados por el mismo crédito insoluto y promovidos por el mismo acreedor. Aquí no se trata de un tema de prelación que aparece en la concurrencia concentrada de medidas; todo lo contrario, se busca a través de un solo mandato cautelar afectar varios bienes del demandado, situación diversa de la afectación concentrada, pues varios demandantes persiguen el mismo bien del demandado y lo afectan por distintos mandatos cautelares que provienen de diversos procesos en los que se ejecutan diferentes títulos. En el caso anterior, un solo acreedor persigue y afecta simultáneamente algunos bienes del demandado. Se aprecia en las solicitudes cautelares la concurrencia de bienes para la afectación, esto es, el pedido no solo busca inmovilizar un bien sino varios de ellos. Hay una especie de acumulación de medidas porque se puede decretar más de una medida para amparar determinadas circunstancias cuando una sola resulta insuficiente para cumplir su contenido" (LEDESMA, 2013: p. 622).

"Para esto –dice LEDESMA– hay que recordar que la actividad cautelar está regida por diversas reglas, entre ellas, las que dicen: a) la afectación debe limitarse

a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y los gastos procesales; b) el acreedor no puede exigir que el embargo recaiga sobre bienes con perjuicio grave para el deudor, si hubiera otros disponibles" (LEDESMA, 2013: p. 622).

b) **Concurrencia concentrada: la prelación**

La concurrencia concentrada es la que aparece regulada en el artículo 639 del CPC, donde un típico ejemplo sería cuando el juez del Segundo Juzgado Civil dispone el embargo por determinado monto, en forma de inscripción, sobre un inmueble X por una pretensión dineraria y el juez del Quinto Juzgado Civil dispone otro embargo en forma de inscripción sobre el mismo bien por un monto diverso.

A propósito, dice LEDESMA que "cuando estamos ante la concurrencia de medidas cautelares que afectan un bien, existe un criterio de prelación temporal para decidir el orden de prioridad entre las medidas cautelares que concurren sobre el bien, pero nótese que este criterio de prelación temporal solo va a operar cuando se discuten derechos patrimoniales, provenientes de créditos ordinarios. Aquí se tendrá que privilegiar la medida cautelar que se inscribió primero" (LEDESMA, 2013: p. 625). Esto significa –sigue LEDESMA–, "que cuando un mismo bien puede ser susceptible de varios embargos, la venta del bien puede ser ordenada por un juez distinto del que lo decretó el primero de ellos, sin embargo, el primer embargante tiene prioridad para el pago de su crédito sobre el embargante posterior, siempre y cuando no exista concurso de acreedores, porque en este último caso, la preferencia del primer embargante desaparece. Esta preferencia del primer embargante tiene prioridad sobre los de fecha posterior, aun cuando estos últimos provengan de derechos privilegiados. En este caso, este privilegio no se plantearía ante el proceso en el que se ha decretado el embargo, sino en el expediente donde se halla depositado los fondos producidos por el remate del inmueble, que fuera objeto del embargo a través de la tercería preferente de pago" (LEDESMA, 2013: p. 625).

En ese sentido, el primer embargante tiene derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores con embargos posteriores, salvo los créditos privilegiados y el caso del concurso del deudor. Los embargantes posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedare después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores. La prioridad del primer embargo no impide que otros puedan rematar judicialmente el bien, pero deberá ser notificado fehacientemente, tal como lo exige el artículo 690 del CPC (LEDESMA, 2013: p. 625).

El problema surge cuando no se puede precisar fehacientemente la fecha de ejecución de la medida cautelar, a fin de operar con la prelación, entonces en este caso debe determinarse por la fecha de su concesión, así lo propuso MONROY GÁLVEZ en su propuesta de reforma presentada a la Corte Suprema de la República; propuesta esta que es criticada severamente por Eugenia ARIANO. Por su lado, Marianella LEDESMA, cuando hace referencia al embargo de retención de créditos,

agrega que la prelación se determinará por la fecha de notificación al deudor del ejecutado, primando en consecuencia la notificación más antigua; fórmula esta que podría extenderse a otros supuestos como aquellos en los cuales se trata de cautelas extrapatrimoniales. Este parámetro no es otra cosa que llevar la prelación al acto judicial inmediatamente anterior a la ejecución.

4. LA PRIMACÍA DE LAS CAUTELAS DE ACUERDO A LOS DERECHOS QUE SUSTENTAN LA PRETENSIÓN

Esta regla es la establecida en la última parte del artículo en comentario, que es aplicable cuando se producen casos en los cuales concurra una medida cautelar ordenada en un proceso iniciado para la tutela de un derecho patrimonial, con una medida cautelar ordenada posteriormente en un proceso cuya finalidad es la protección de un derecho fundamental.

Ejemplo de ello, es el caso de un primer embargo en forma de inscripción sobre el único bien del demandado, el cual proviene de un proceso de obligación de dar suma de dinero, versus un embargo en forma de inscripción ejecutado en días posteriores solicitado por un trabajador a fin de que garantice el pago de sus beneficios laborales que el antes mencionado demandado tiene para con este. Tal caso es resuelto a través de la primacía del derecho discutido en el proceso principal, por lo que primará el segundo embargo por garantizar derechos fundamentales del trabajador. En ese sentido, en caso de ser declarada fundada la demanda del trabajador, con el producto del remate del bien este será pagado en primer orden.

Por último, debemos tener en cuenta que la medida cautelar ordenada por un juez contra una medida cautelar ordenada por otro juez en un proceso distinto –salvo el excepcional supuesto de la tutela cautelar en el amparo contra resoluciones judiciales–, es un acto nulo. No constituye, por lo tanto, un supuesto de concurrencia de medidas cautelares.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; CAIRO ROLDÁN, Omar (2003): Ponencia presentada al Congreso Internacional "A 10 años de vigencia del Código Procesal Civil peruano", organizado por la Universidad de Lima, noviembre de 2003.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BELTRÁN PACHECO, Jorge (2014): *Taller medidas cautelares en el proceso civil. Material autoinstructivo*, Lima: Academia de la Magistratura; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; RAMOS ROMEU, Francisco (2006): *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*. Barcelona: Atelier libros jurídicos.

Artículo 640 | Formación del cuaderno cautelar

En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisoria. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal. (*)

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 139, 615, 635.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

La presente norma regula la formación del cuaderno cautelar, de lo cual se aprecian ínsitamente dos aspectos: i) la autonomía de la medida cautelar; y, ii) su accesoriedad e instrumentalidad respecto del proceso principal.

El incidente cautelar como lo llama MONROY PÁLACIOS, se tramita en cuerda separada al principal, siendo que para su formación existen ciertos componentes que la norma *in comento* estipula.

FERNÁNDEZ VARGAS dice al respecto que se trata de una "'autonomía técnica' que permite solicitar las medidas cautelares en cualquier estado del proceso, y con una rápida tramitación, impidiendo el entorpecimiento mutuo de ambos procesos, permitiendo salvaguardar la reserva de los actos procesales que permitan la eficacia de la medida" (PELÁEZ, 2005: p. 68).

El presente artículo concuerda con lo previsto por el artículo 635 del CPC, que prescribe la autonomía del proceso cautelar.

2. COMENTARIO

En primer lugar, "[p]ara obtener de la medida es indispensable la reserva del proceso cautelar dentro del principio de unilateralidad, hecho que justifica la formación de un cuaderno cautelar autónomo en relación con el expediente principal" (PELÁEZ, 2005: p. 68).

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26871 del 12/11/1997.

Para formar cuaderno cautelar el proceso debe estar en trámite, es decir no se forma cuaderno cuando la medida cautelar es *ante causam*, lo cual resulta ciertamente obvio, por cuanto no existe aún el proceso principal. Eso significa que cuando se trata de las medidas cautelares fuera de proceso, el expediente que se forme luego cuando ya exista el expediente principal pasará a ser prácticamente un cuaderno más.

La presente norma indica –cuando la medida cautelar es dentro de proceso–, que el cuaderno se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisoria, claro está que todos esos documentos son extraídos del proceso principal donde obra, teniendo en cuenta que la resolución admisoria debe obrar debidamente suscrita y firmada por el juez y el secretario del proceso.

La norma también precisa que los citados documentos deben agregarse a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Es decir, una vez reunidos aquellos con estos, se realiza el tradicional cocido o anexado de la forma que fuere.

En la praxis ocurre que el secretario emite un decreto ordenando la formación del cuaderno cautelar, para lo cual requiere que el solicitante se acerque al despacho a extraer las copias de los documentos y que los facilite al secretario, quien finalmente es el que se encarga del armado, cocido y foliado del cuaderno, luego de lo cual lo ingresa al despacho del juez para la emisión de la resolución cautelar.

De otro lado, en el último apartado la norma en comentario señala que: "para la tramitación de este recurso está prohibido el pedido del expediente principal". Aquí el legislador incurre en una falta de técnica, al señalar que se trata de un "recurso", cuando en realidad debió utilizar la palabra demanda o, como sostiene la mayoría, "solicitud". En efecto, técnicamente hablando el incidente de medida cautelar no es un recurso sino una petición.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PELÁEZ BARDALES, Mariano (2005): *Manual práctico. El proceso cautelar*. Lima: Grijley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BELTRÁN PACHECO, Jorge (2014): *Taller medidas cautelares en el proceso civil. Material autoinstructivo*. Lima: Academia de la Magistratura; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 641 | Ejecución de la medida

La ejecución de la medida será realizada por el secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. *arts. 53, 141 al 144, 629, 643; 644, 649, 651 al 653, 656 al 658, 661, 664, 665, 667, 670, 672, 673, 679, 681, 684, 725 y ss.; **L.O.P.J.** art. 124.*

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

La norma en comentario regula la regla general de ejecución de las medidas cautelares, como en efecto hemos precisado al comentar el artículo 638 del CPC, correspondiendo tal actuación al secretario del proceso, y en los términos que expresa la presente norma.

No está demás precisar que el procesalista Juan MONROY GÁLVEZ, en el año 2007, presentó una propuesta de reforma del CPC a la Corte Suprema de la República, la cual a su vez lo remitió al Colegio de Abogados de Lima para su respectiva revisión, siendo que este sometió la consulta a la eximia procesalista Eugenia ARIANO DEHO, quien al comentar la modificación del artículo 641, en cuanto a que se proponía la agregación en un último parágrafo que diga "a efectos de lograr la plena ejecución del mandato cautelar, se podrán imponer las medidas coercitivas previstas por el artículo 53", al respecto la referida autora señaló que no tenía objeción, dado que este es también el campo de las medidas coercitivas, y que sería bueno que se estableciera que se "imponen" a pedido de parte. Sin embargo, podemos notar que tal propuesta de MONROY no fue incorporada al texto normativo; empero, tampoco habría impedimento para proceder, ante el incumplimiento del deber impuesto por la norma, con los apercibimientos y *astreintes* que correspondan conforme al artículo 53 del CPC, pues como dice ARIANO, la ejecución de las medidas cautelares también es el campo de las medidas coercitivas (2014: p. 212).

2. SOBRE EL USO DEL TÉRMINO "EJECUCIÓN"

Al respecto, consideramos pertinente traer a colación una trascendente y preciada acotación efectuada por Juan MONROY PALACIOS, quien señala, citando y discutiendo al insigne CARNELUTTI, lo siguiente:

> "(...) un importante sector de la doctrina considera que lo cautelar constituye un auténtico *tertium genus*, que rompe los esquemas clásicos de la forma cómo se efectúa la prestación jurisdiccional. En este sentido, la cautela toma, tanto de la cognición como de la ejecución, algunas características que finalmente crean una forma propia y distinta en el actuar del órgano jurisdiccional frente a cada caso concreto. Bajo esta perspectiva resulta fácil deducir que la cautela encuentra afinidad con la ejecución justamente en la posibilidad de modificar la relación material y que, a su vez, coincide con la cognición en que ambas suponen una declaración de certeza (*accertamento*), sea sobre la fundabilidad (sentencia declarativa) o la concesión del pedido cautelar (una vez observada la idoneidad de los presupuestos cautelares). Sin perjuicio de admitir esto último, no podemos compartir esta opinión, pues la cautela tiene para nosotros un carácter absolutamente incidental, es un instrumento (cualificado es cierto), que busca la eficacia del proceso. No es más ni menos que eso. Es pertinente o, en todo caso, es necesario apreciar en su verdadera dimensión la afirmación según la cual la tutela cautelar constituye *tertium genus*, porque tiene una función mediata respecto de la *litis*, no la compone directamente (función inmediata) como es el caso de la cognición o la ejecución, solo contribuye –que no es poco– a la formación de una sentencia que, en el supuesto que ampare los derechos del demandante, sea eficaz" (MONROY, 2002: pp. 238-239).

El término "ejecución" usado en el texto normativo *in comento* debe entenderse como actuación, realización, es decir como el hecho de que el mandato cautelar sea practicado, cumplido. Por ejemplo, la anotación de la demanda será ejecutada cuando se inscriba el mandato de anotación (art. 673 del CPC); en el embargo en forma de inscripción hay que tener cuidado cuando hablamos de su "ejecución", puesto que una cosa es entender su ejecución como la realización de su inscripción en la partida del bien (art. 656 del CPC), y otra cosa muy distinta es la ejecución forzada que recae sobre el bien embargado, lo que propiamente es denominado positivamente como "remate" (art. 725 y ss. del CPC).

Efectivamente, siguiendo al autor precitado, "[c]uando hablamos de ejecución de medidas cautelares utilizamos este término en sentido amplio" (MONROY, 2002: p. 240); es más, la presente norma no usa el término "ejecución" en el estricto sentido jurídico procesal (como "ejecución forzada"), sino en su definición gramatical o semántica, es decir *lato sensu*.

En ese sentido, MONROY PALACIOS apunta que "en el ámbito de las medidas cautelares la cuestión ofrece algunas confusiones debido a su *capacidad de operar de manera similar a las sentencias constitutivas o declarativas en algunos casos, y en otros, a las de condena.* En efecto, en el caso de la *medida cautelar de anotación de demanda*, podemos apreciar que el despliegue de su eficacia es similar –no idéntico– al de aquellas sentencias de carácter constitutivo, donde se requiere de algunos actos documentales (trámites en registro público) para cumplir su finalidad. Por otro lado, así como la ejecución forzada proveniente de una sentencia

de condena requiere de una orden judicial que (siempre y cuando la parte ejecutada se rehúse a cumplir voluntariamente con lo preceptuado por la orden judicial) disponga la realización de actos materiales que la hagan efectiva, la mayor parte de las cautelares, pese a tratarse de actos que no requieren de la voluntad del afectado con la medida, necesitan de actos semejantes –repetimos, no idénticos– para cumplir con sus objetivos. Ejemplo de ello pueden resultar los *secuestros conservativos* o los *judiciales*, medidas en las cuales es necesario solicitar el auxilio de la autoridad pública, pues suponen actos de desposesión material. Por último, los casos que resultan más problemáticos para ser abordados, son aquellas cautelas que tienen como contenido la prestación de un hacer infungible o un no hacer. En tales supuestos, tal como ocurre con las sentencia fondales, se deberá preferir el recurso a las llamadas medidas coercitivas, es decir, a la posibilidad de imponer multas e, inclusive, prisión civil, a los sujetos que se rehúsen a cumplir con el mandato cautelar" [sic] (MONROY, 2002: pp. 242-243).

Finalmente, "[r]esta señalar que cuando la medida cautelar se actúa mediante actos de carácter ejecutivo realizados con el propósito de lograr la eficacia de la misma, estos no son equiparables con los actos propios de la ejecución forzada (ejecución procesal, en sentido estricto) debido a que la segunda tiene un carácter definitivo, respecto la provisionalidad de la primera. En otras palabras, la cautelar tiene al *límite de irreparabilidad* como punto insuperable, mientras que la ejecución forzada busca la *satisfacción procesal*, teniendo como guía de su teatro de operaciones a los límites objetivos y subjetivos de la sentencia, más nada" [sic] (MONROY, 2002: p. 246).

3. MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS EN CUYA EJECUCIÓN INTERVIENE EL SECRETARIO DEL PROCESO

Existe una variedad de medidas cautelares típicas en cuya ejecución participa el secretario del proceso, conforme se puede apreciar de la lectura de la normativa pertinente; así por ejemplo ocurre en el secuestro judicial y en el conservativo (arts. 643 y 644 del CPC), en el embargo en forma de depósito y en el secuestro de bienes muebles y de títulos de crédito (arts. 649, 651, 652 y 653 del CPC), también en el embargo en forma de retención de bienes no crediticios (arts. 657 y 658 del CPC), en el embargo en forma de la intervención en recaudación –y su conversión a secuestro o a intervención en administración– y en el de información (arts. 661, 664, 665, 667, 670 y 672 del CPC), en las medidas temporales sobre el fondo de desalojo y de devolución de bien correspondiente al interdicto de recobrar (arts. 679 y 681 del CPC), y finalmente, en la medida innovativa de cautela posesoria (art. 684 del CPC).

Sin perjuicio de lo antedicho, probablemente hay otras medidas típicas que estamos pasado involuntariamente por alto, en la cuales interviene el secretario;

aunado a ellas encontramos otras cuya intervención es necesaria para la ejecución, las mismas que se decretan bajo la denominación de las temporales sobre el fondo, las innovativas y las de no innovar, según sea la pretensión u objeto que mediante ellas se quiere cautelar.

El número aumenta cuando se trata de las medidas cautelares atípicas o genéricas (art. 629 del CPC), las cuales son indefinidas, por lo que serán los casos concretos los cuales permitan evidenciar cuándo para su ejecución interviene el secretario del proceso o un funcionario público.

4. SOBRE LA FORMA DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La norma indica que la ejecución de la medida cautelar será realizada por el secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar.

Respecto del día y hora hábiles debemos precisar que el artículo 141 del CPC, establece que son días hábiles , los comprendidos entre el lunes y viernes de cada semana, salvo los feriados, y para las actuaciones que deben realizarse fuera del despacho judicial, son horas hábiles las que están comprendidas entre las siete y las veinte horas. Asimismo, el artículo 142 del mismo Código faculta al juez de oficio o a pedido de parte, habilitar días y horas en aquellos casos que no pueda realizarse una actuación judicial dentro del plazo que el CPC establece o cuando se trate de actuaciones urgentes cuya demora pueda perjudicar a una de las partes; las demás reglas sobre la habilitación de días y horas están prescritas en los artículos 143 y 144 del CPC, concordados con el artículo 124 de la LOPJ.

Ahora bien, "[l]a intervención de la fuerza pública, para la ejecución de las medidas cautelares, se producirá únicamente cuando sea necesario, por lo que la medida cautelar ejecutada sin dicho apoyo tendrá plena eficacia. De otro lado, el juzgador se encuentra facultado, de acuerdo a la naturaleza de la cautela concedida, a autorizar el descerraje u otros actos similares en caso de que esto sea necesario. Igualmente la diligencia de ejecución se practicará aun ante la ausencia del afectado con la medida cautelar, en este caso el auxiliar del acto de ejecución dejará constancia en el acta, y la medida se limitará a los bienes necesarios para cubrir el monto materia de afectación" (PELÁEZ, 2005: p. 69). Considero que dentro de los otros actos similares al descerraje que puede ordenar el juzgador, podemos incluir al cateo que el juez puede ordenar en ciertas medidas cautelares tales

como el embargo en forma de depósito, el secuestro conservativo o el judicial, a fin de que se pueda buscar el bien o bienes en el interior del inmueble cuando se presume su ocultamiento.

Es de precisar una importante cuestión atinente a que al término de la ejecución, se procede a notificar al afectado, dejándose constancia de ello en el acta. "Este acto –dice Marianella LEDESMA– es importante para el desarrollo del proceso cautelar, porque a partir de ese momento podrá apersonarse a este y ejercer su defensa, si es que no ha tomado antes conocimiento de la resolución cautelar; también sirve para computar el consentimiento del mandato cautelar impugnado o la procedencia de la apelación en cuanto al plazo. Puede darse la posibilidad de que el secretario omita la notificación del mandato cautelar al momento de la diligencia, esa anomalía (referida a la falta de notificación) no anula la diligencia y solo difiere el término para la interposición del recurso. El plazo para que el afectado pueda invocar la oposición se cuenta desde el momento de la afectación, si el deudor estuvo presente y se le entregó la notificación; en su defecto desde la notificación por cédula. Contra el auto que decreta el embargo no procede el recurso de reposición sino la oposición y la apelación posterior" (LEDESMA, 2013: pp. 619-621).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Juan J. (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; PELÁEZ BARDALES, Mariano (2005): *Manual práctico. El proceso cautelar*. Lima: Grijley.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BELTRÁN PACHECO, Jorge (2014): *Taller medidas cautelares en el proceso civil. Material autoinstructivo*. Lima: Academia de la Magistratura; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; RIVAS, Adolfo Armando (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista; PODETTI, J. Ramiro (1969): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: EDIAR.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Habiéndose trabado la medida cautelar sobre bienes que pertenecen a la deudora, no es procedente anular de oficio la medida y sustituirse en su derecho, por haber ejecutado la medida en día feriado y sin habilitación expresa. No constituye causal de nulidad si no se depositan los bienes en un almacén, pues la ley no lo señala como obligación, sino como prioridad ***(Exp. N° 66942-1998-Lima)***.

ÍNDICE GENERAL

Autores de este tomo 5

SECCIÓN QUINTA
PROCESOS CONTENCIOSOS

TÍTULO I

PROCESO DE CONOCIMIENTO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 475 Procedencia
F. Martín Pinedo Aubián 11

Artículo 476 Requisitos de la actividad procesal
F. Martín Pinedo Aubián 28

Artículo 477 Fijación del proceso por el juez
F. Martín Pinedo Aubián 33

Artículo 478 Plazos
F. Martín Pinedo Aubián 36

Artículo 479 Plazo especial del emplazamiento
F. Martín Pinedo Aubián 48

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES ESPECIALES

SUBCAPÍTULO 1

SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO POR CAUSAL

Artículo 480 Tramitación
F. Martín Pinedo Aubián 51

Artículo 481 Intervención del Ministerio Público
F. Martín Pinedo Aubián 62

Artículo 482 Variación de la pretensión
F. Martín Pinedo Aubián 65

Artículo 483 Acumulación originaria de pretensiones
F. Martín Pinedo Aubián 68

Artículo 484 Acumulación sucesiva
F. Martín Pinedo Aubián 72

Artículo 485 Medidas cautelares
F. Martín Pinedo Aubián 74

TÍTULO II

PROCESO ABREVIADO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 486 Procedencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 79

Artículo 487 Fijación del proceso por el juez
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 97

Artículo 488 Competencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 104

Artículo 489 Normativa supletoria
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 110

Artículo 490 Improcedencia de la reconvención
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 115

Artículo 491 Plazos
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 123

Artículo 492 Plazo especial del emplazamiento
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 140

Artículo 493 Abreviación del procedimiento
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 144

Artículo 494 Apelación
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 158

CAPÍTULO II
DISPOSICIONES ESPECIALES

SUBCAPÍTULO 1
RETRACTO

Artículo 495 Requisitos y anexos especiales
Manuel Muro Rojo 167

Artículo 496 Legitimidad pasiva
Manuel Muro Rojo 176

Artículo 497 Plazo para ejercer el retracto
Manuel Muro Rojo 177

Artículo 498 Desconocimiento de la prestación
Manuel Muro Rojo 180

Artículo 499 Requisito especial de la contestación
Manuel Muro Rojo 181

Artículo 500 Improcedencia especial de la demanda
Manuel Muro Rojo 182

Artículo 501 Carga probatoria
Manuel Muro Rojo 184

Artículo 502 Conclusión especial del proceso
Manuel Muro Rojo 186

Artículo 503 Acumulación sucesiva de procesos
Manuel Muro Rojo 188

SUBCAPÍTULO 2
TÍTULO SUPLETORIO, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y RECTIFICACIÓN O DELIMITACIÓN DE ÁREAS O LINDEROS

Artículo 504 Tramitación
Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro 191

Artículo 505 Requisitos especiales
Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro 207

Artículo 506 Emplazamiento
Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro 210

Artículo 507 Intervención del Ministerio Público
Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro 212

Artículo 508 Consulta
Luis Aliaga Huaripata
Gilberto Mendoza del Maestro 213

SUBCAPÍTULO 3
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Artículo 509 Procedencia
David Ibarra Delgado 214

Artículo 510 Presunción de dolo o culpa inexcusable
David Ibarra Delgado 226

Artículo 511 Competencia de grado
David Ibarra Delgado 228

Artículo 512 Dictamen previo del Ministerio Público
David Ibarra Delgado 230

Artículo 513 Interposición de la demanda
David Ibarra Delgado 232

Artículo 514 Plazo
David Ibarra Delgado 234

Artículo 515 Regulación de la responsabilidad
David Ibarra Delgado 236

Artículo 516 Obligados al resarcimiento
David Ibarra Delgado 238

Artículo 517 Efectos de la sentencia
David Ibarra Delgado 240

Artículo 518 Demanda maliciosa
David Ibarra Delgado 242

SUBCAPÍTULO 4
EXPROPIACIÓN

Artículo 519 Competencia por materia
Roger Merino Acuña 244

Artículo 520 Requisitos de la demanda
Roger Merino Acuña 249

Artículo 521 Emplazamiento de tercero al proceso
Roger Merino Acuña 254

Artículo 522 Requisitos de la contestación
Roger Merino Acuña 257

Artículo 523 Reconvención
Roger Merino Acuña 260

Artículo 523-A Contradicción
Roger Merino Acuña 262

Artículo 524 Efectos de la declaración de rebeldía
Roger Merino Acuña 265

Artículo 525 Medios probatorios
Roger Merino Acuña 267

Artículo 526 Contenido del acta de conciliación
Roger Merino Acuña 269

Artículo 527 Audiencia de pruebas
Roger Merino Acuña 271

Artículo 528 Ejecución de la sentencia
Roger Merino Acuña 273

Artículo 529 Pretensión de tercero
Roger Merino Acuña 278

Artículo 530 Posesión provisoria
Roger Merino Acuña 279

Artículo 531 Caducidad
Roger Merino Acuña 281

Artículo 532 Reversión
Roger Merino Acuña 284

SUBCAPÍTULO 5
TERCERÍA

Artículo 533 Fundamento
Eugenia Ariano Deho 287

Artículo 534 Oportunidad
Eugenia Ariano Deho 305

Artículo 535 Inadmisibilidad
Eugenia Ariano Deho 312

Artículo 536 Efectos de la tercería de propiedad
Eugenia Ariano Deho 316

Artículo 537 Efectos de la tercería de derecho preferente
Eugenia Ariano Deho 321

Artículo 538 Connivencia y malicia
Eugenia Ariano Deho 326

Artículo 539 Suspensión de la medida cautelar sin tercería
Eugenia Ariano Deho 330

SUBCAPÍTULO 6
IMPUGNACIÓN DE ACTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 540 Procedencia
(DEROGADO) 333

Artículo 541 Admisibilidad
(DEROGADO) 333

Artículo 542 Competencia
(DEROGADO) 334

Artículo 543 Representación especial
(DEROGADO) 334

Artículo 544 Intervención del Ministerio Público
(DEROGADO) 334

Artículo 545 Acumulación
(DEROGADO) 334

TÍTULO III

PROCESO SUMARÍSIMO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 546 Procedencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 335

Artículo 547 Competencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 351

Artículo 548 Normativa supletoria
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 358

Artículo 549 Fijación del proceso por el juez
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 364

Artículo 550 Plazos especiales del emplazamiento
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 371

Artículo 551 Inadmisibilidad o improcedencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 375

Artículo 552 Excepciones y defensas previas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 384

Artículo 553 Cuestiones probatorias
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 395

Artículo 554 Audiencia única
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 403

Artículo 555 Actuación
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 415

Artículo 556 Apelación
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 424

Artículo 557 Regulación supletoria
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 432

Artículo 558 Trámite de la apelación con efecto suspensivo
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 437

Artículo 559 Improcedencias
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 442

CAPÍTULO II
DISPOSICIONES ESPECIALES

SUBCAPÍTULO 1
ALIMENTOS

Artículo 560 Competencia especial
Juan Carlos del Aguila Llanos 455

Artículo 561 Representación procesal
Juan Carlos del Aguila Llanos 459

Artículo 562 Exoneración del pago de tasas judiciales
Juan Carlos del Aguila Llanos 463

Artículo 563 Prohibición de ausentarse
Juan Carlos del Aguila Llanos 466

Artículo 564 Informe del centro de trabajo
Juan Carlos del Aguila Llanos 469

Artículo 565 Anexo especial de la contestación
Juan Carlos del Aguila Llanos 473

Artículo 565-A Anexo especial de la demanda
Juan Carlos del Aguila Llanos 477

Artículo 566 Ejecución anticipada y ejecución forzada
Juan Carlos del Aguila Llanos 481

Artículo 566-A Apercibimiento y remisión al fiscal
Juan Carlos del Aguila Llanos 485

Artículo 567 Intereses y actualización del valor
Juan Carlos del Aguila Llanos 489

Artículo 568 Liquidación
Juan Carlos del Aguila Llanos 492

Artículo 569 Demanda infundada
Juan Carlos del Aguila Llanos 496

Artículo 570 Prorrateo
Juan Carlos del Aguila Llanos 500

Artículo 571 Aplicación extensiva
Juan Carlos del Aguila Llanos 503

Artículo 572 Garantía
Juan Carlos del Aguila Llanos 513

SUBCAPÍTULO 2
SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

Artículo 573 Aplicación supletoria
Manuel Bermúdez Tapia 516

Artículo 574 Intervención del Ministerio Público
Manuel Bermúdez Tapia 518

Artículo 575 Requisito especial de la demanda
Manuel Bermúdez Tapia 520

Artículo 576 Anticipación de tutela
Manuel Bermúdez Tapia 522

Artículo 577 Representación especial
Manuel Bermúdez Tapia 523

Artículo 578 Revocación
Manuel Bermúdez Tapia 524

Artículo 579 Contenido de la sentencia
Manuel Bermúdez Tapia 525

Artículo 580 Divorcio
Manuel Bermúdez Tapia 526

SUBCAPÍTULO 3
INTERDICCIÓN

Artículo 581 Procedencia de la interdicción
Juan Carlos del Aguila Llanos 528

Artículo 582 Anexos específicos
Juan Carlos del Aguila Llanos 534

Artículo 583 Caso especial
Juan Carlos del Aguila Llanos 539

Artículo 584 Rehabilitación
Juan Carlos del Aguila Llanos 543

SUBCAPÍTULO 4
DESALOJO

Artículo 585 Procedimiento
Fort Ninamancco Córdova 546

Artículo 586 Sujetos activo y pasivo en el desalojo
Fort Ninamancco Córdova 549

Artículo 587 Tercero con título o sin él
Fort Ninamancco Córdova 560

Artículo 588 Falta de legitimidad pasiva
Fort Ninamancco Córdova 562

Artículo 589 Notificación
Fort Ninamancco Córdova 564

Artículo 590 Desalojo accesorio
Fort Ninamancco Córdova 566

Artículo 591 Limitación de medios probatorios
Fort Ninamancco Córdova 567

Artículo 592 Requerimiento
Fort Ninamancco Córdova 568

Artículo 593 Lanzamiento
Fort Ninamancco Córdova 568

Artículo 594 Sentencia con condena de futuro
Fort Ninamancco Córdova 570

Artículo 595 Pago de mejoras
Fort Ninamancco Córdova 574

Artículo 596 Restitución de otros bienes
Fort Ninamancco Córdova 576

SUBCAPÍTULO 5
INTERDICTOS

Artículo 597 Competencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 578

Artículo 598 Legitimación activa
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 589

Artículo 599 Procedencia
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 594

Artículo 600 Requisitos y anexos
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 601

Artículo 601 Prescripción extintiva
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 608

Artículo 602 Acumulación de pretensiones
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 616

Artículo 603 Interdicto de recobrar
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 622

Artículo 604 Demanda fundada e interdicto de recobrar
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 628

Artículo 605 Despojo judicial y procedimiento especial
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 634

Artículo 606 Interdicto de retener
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 641

Artículo 607 Sentencia fundada e interdicto de retener
Reynaldo Mario Tantaleán Odar 649

TÍTULO IV

PROCESO CAUTELAR

CAPÍTULO I

MEDIDAS CAUTELARES

SUBCAPÍTULO 1
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 608 Juez competente, oportunidad y finalidad
Giovanni F. Priori Posada 657

Artículo 609 Sustitución del juez
David Florián Vigo 665

Artículo 610 Requisitos de la solicitud
David Florián Vigo 671

Artículo 611 Contenido de la decisión cautelar
Giovanni F. Priori Posada 681

Artículo 612 Características de la medida cautelar
Giovanni F. Priori Posada 694

Artículo 613 Contracautela y discrecionalidad del juez
J. María Elena Guerra Cerrón 700

Artículo 614 Exceptuados de contracautela
J. María Elena Guerra Cerrón 715

Artículo 615 Caso especial de procedencia
Percy Howell Sevilla Agurto 718

Artículo 616 Casos especiales de improcedencia
Percy Howell Sevilla Agurto 726

Artículo 617 Variación
Percy Howell Sevilla Agurto 732

Artículo 618 Medida anticipada
Percy Howell Sevilla Agurto 740

Artículo 619 Eficacia de la medida cautelar
Percy Howell Sevilla Agurto 744

Artículo 620 Cancelación de la contracautela
J. María Elena Guerra Cerrón 749

Artículo 621 Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa
Héctor Augusto Campos García 752

Artículo 622 Deterioro o pérdida de bien afecto a medida cautelar
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 774

Artículo 623 Afectación de bien de tercero
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 777

Artículo 624 Responsabilidad por afectación de bien de tercero
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 780

Artículo 625 Extinción de la medida cautelar concedida con el Código derogado
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 784

Artículo 626 Responsabilidad del juez y del secretario
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 787

Artículo 627 Medida innecesaria
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 790

Artículo 628 Sustitución de la medida
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 792

Artículo 629 Medida cautelar genérica
Percy Howell Sevilla Agurto 795

Artículo 630 Cancelación de la medida
Manuel Enrique Valverde Gonzáles 802

Artículo 631 Pluralidad de órganos de auxilio judicial
Eder Juárez Jurado 806

Artículo 632 Derechos del órgano de auxilio judicial
Eder Juárez Jurado 814

Artículo 633 Veedor especial
Eder Juárez Jurado 819

Artículo 634 Derechos y responsabilidades del veedor
Eder Juárez Jurado 822

SUBCAPÍTULO 2
PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Artículo 635 Autonomía del proceso
David Florián Vigo 825

Artículo 636 Medida fuera de proceso
David Florián Vigo 831

Artículo 637 Trámite de la medida
David Florián Vigo 836

Artículo 638 Ejecución por terceros y auxilio policial
David Florián Vigo 846

Artículo 639 Concurrencia de medidas cautelares
David Florián Vigo 853

Artículo 640 Formación del cuaderno cautelar
David Florián Vigo 858

Artículo 641 Ejecución de la medida
David Florián Vigo 860

Índice general 865