



# CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO **V**

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

Coordinador:  
RENZO CAVANI



**G**ACETA  
JURIDICA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO  
TOMO V

# CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO V

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

Coordinador:  
**RENZO CAVANI**

Benjamin Aguilar / Jorge Beltrán / Marco Carbajal / Sergio Casassa / Juan Carlos del Aguila /  
Mario Diez Canseco / Gonzalo García-Calderón / Martín Hurtado / Marianella Ledesma /  
Luis Liñán / Elisban Mamani / Rolando Martel / Elizabeth Narváez / Juan Olavarria /  
A. Flavio Saavedra / Gloria Salvatierra / Percy Sevilla / Maria Sokolich / Yuri Vega /  
Erick Veramendi

 **GACETA  
JURIDICA**

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

**BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ**

**Centro Bibliográfico Nacional**

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

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

D.L. 2016-11492  
ISBN 978-612-311-372-8

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

**BNP: 2016-371**

**CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO**

**Por los mejores especialistas**

**Tomo V**

© Gaceta Jurídica S.A.

© Benjamín Aguilar / Jorge Beltrán / Marco Carbajal / Sergio Casassa / Juan Carlos del Aguila / Mario Díez Canscco / Gonzalo García-Calderón / Martín Hurado / Marianella Ledesma / Luis Liñán / Elisban Mamani / Rolando Martel / Elizabeth Narváez / Juan Olavarría / A. Flavio Saavedra / Gloria Salvatierra / Percy Sevilla / María Sokotich / Yuri Vega / Erick Veramendi

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 V: 978-612-311-377-3

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

Nora Villaverde Soldevilla

**GACETA JURÍDICA S.A.**

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

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

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

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Setiembre 2016

# **AUTORES DE ESTE TOMO**

(por orden de aparición)

**1. 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 en 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. Socio Principal del Estudio Sevilla & Parrilla Abogados.

**2. Erick Veramendi Flores**

Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL). Egresado de la Maestría en Derecho Procesal por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Egresado del Doctorado por la USMP. Fiscal provincial de Familia del Callao.

**3. Marco J. Carbajal Carbajal**

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Maestría y doctorando por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Curso de Postgrado en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual y título de Especialista en Justicia Constitucional, interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla La Mancha - España. Curso de Especialización en Argumentación por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente cursa el Máster Oficial en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha - España (2015-2016). Ex juez especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2007-2010). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Privada del Norte (UPN). Asociado del Estudio Hora, Robas-Cassinelli & Gonzales-Méndez Abogados.

**4. Sergio Natalino Casassa Casanova**

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

**5. Rolando Martel Chang**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y doctor en Derecho por la USMP. Profesor de posgrado en la UNMSM y en la USMP. Profesor en la Academia de la Magistratura (AMAG). Juez superior de Lima.

**6. Martín Alejandro Hurtado Reyes**

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

**7. Luis Alberto Liñán Arana**

Abogado por la Universidad de Lima (UL). Maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima (UL) y en la Academia de la Magistratura (AMAG). Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

**8. Elisban Dante Mamani Laurente**

Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano de Puno (UNAP). Candidato a magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario - Argentina. Diploma de Especialización en Teoría de la Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y la Universidad de Alicante - España. Miembro adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP).

**9. A. Flavio Saavedra Dioses**

Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Exbecario del Programa Futuros Docentes de la misma casa de estudios. Ex defensor público adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Sullana. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la UDEP y profesor contratado en la misma casa de estudios en el área de Derecho Público.

**10. Mario Díez Canseco Carranza**

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT), con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Diplomado en Derecho Procesal Constitucional por la UNT.

**11. 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 citada casa de estudios. Gerente General del Estudio Del Aguila Llanos Abogados S.A.C., estudio jurídico especializado en temas familiares, y encargado del Área de Familia y Sucesiones del Estudio Corcel Abogados S.A.C.

**12. María Isabel Sokolich Alva**

Doctora en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Docente de posgrado en la especialidad de Derecho de Familia en la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo (USAT), UNIFÉ y USMP. Docente de la Academia de la Magistratura (AMAG) en la especialidad de Derecho de Familia. Fiscal adjunto supremo de la Fiscalía Suprema Civil.

**13. Yuri Vega Mere**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Especialización en Disciplinas Bancarias por la Università degli Studi di Siena, Italia. Estudios de Maestría en la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Profesor en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Profesor honorario en la Universidad Católica de Santa María (UCSM). Exasesor de la Comisión de Reforma del Código Civil del Congreso de la República. Socio sénior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

**14. Elizabeth Narváez Alor**

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), con estudios en el XII Programa de Especialización de Mercado de Valores organizado por la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). Exintegrante del Área Corporativa del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Miembro del Área Legal de Cavali S.A. Institución de Compensación y Liquidación de Valores.

**15. Benjamín Aguilar Llanos**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Profesor en la Academia de la Magistratura (AMAG), la PUCP y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Jesús (UNIFÉ).

**16. 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.

**17. Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Egresado del Doctorado de Derecho y de la Licenciatura en Educación con mención en Educación para el Desarrollo de la PUCP. Árbitro y consultor empresarial. Profesor de pregrado y posgrado en Derecho de diversas universidades del país. Gerente Central de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio Público - Fiscalía de la Nación.

**18. Gloria Amparo Salvatierra Valdivia**

Abogada por la Universidad de Lima (UL) y máster en Derecho Empresarial por la misma casa de estudios. Posgrado en Derecho Registral Inmobiliario por la Universidad Autónoma de Madrid. Ex registradora pública del Registro de Predios. Vocal del Tribunal Registral.

**19. Juan Olavarría Vivian**

Abogado por la Universidad de Lima (UL) en ejercicio desde 1989. Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Profesor en la Facultad de Derecho de la UL. Profesor asociado en la Academia de la Magistratura (AMAG). Conciliador extrajudicial. Miembro de la Comisión Consultiva en Derecho de Sucesiones del Colegio de Abogados de Lima (CAL).

**20. Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magister en Derecho Internacional Económico por la misma casa de estudios. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos Valores y de la Ley de Arbitraje del Congreso de la República. Exdirector de la Cámara de Comercio de Lima (CCL). Árbitro internacional y nacional de la lista de la CCL, de la PUCP, de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú), del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), entre otros.



## CAPÍTULO II MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

### SUBCAPÍTULO 1 MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

#### Artículo 642 Embargo

*Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 616, 698; C. de P.P. arts. 94 y ss., 100, 102; C. de C. arts. 592, 597; C.D.I.P. art. 387; L.G.S. arts. 110, 274, 292; L.T.V. art. 12; D.LEG. 822 art. 198 inc. a.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

#### 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario nos hace referencia al instituto del embargo dentro del Derecho Procesal, señalando además que el embargo se da principalmente cuando se ventilen pretensiones de dar sumas de dinero, pero la norma no señala que solo se podrá solicitar embargos ante pretensiones de dar sumas de dinero, por tanto, es posible el embargo cuando se ventilen otra clase de pretensiones, siempre que estas puedan con posterioridad ser apreciables en dinero.

Ahora bien, debemos tener en claro que aunque la norma que regula el embargo se encuentra dentro del Título IV del CPC referido al proceso cautelar, el embargo también puede darse en la etapa de ejecución de sentencia (en el caso de proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo) o en la etapa de ejecución forzada en un proceso de ejecución donde se ejecuten títulos ejecutivos extrajudiciales.

A continuación analizaremos las implicancias del embargo, su naturaleza, las clases de embargo estudiados por la doctrina sus semejanzas y diferencias con las garantías reales.

## 2. EL EMBARGO Y SU NATURALEZA

Conforme enseña CARRERAS –citado por la profesora ARIANO (1996: p. 318)– el embargo es:

“aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución enderezada a elegir los bienes del ejecutado y afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal de percibir el importe de los bienes afectados, sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre esos bienes”.

Entonces es posible afirmar que el embargo es un acto jurisdiccional, por tanto, tiene origen procesal y constituye una garantía judicial del crédito. “Hay que precisar que, cuando se afirme la naturaleza procesal del embargo, no solo se está indicando que este forma parte de un procedimiento judicial, sino también que tiene lugar en un auténtico proceso” (CACHÓN, 1991: p. 26).

Por ende, la *naturaleza jurídica del embargo es jurisdiccional*, ya que solo puede darse a través de un proceso siendo un juez el que la otorga –aunque en sede nacional tenemos casos donde entidades administrativas a través de sus ejecutores coactivos traban embargos, pero ello es una excepción a la regla y dichos supuestos están expresamente permitidos por leyes especiales–, y constituye una garantía judicial del crédito, ya que la tutela del derecho del crédito permite la utilización de todos los mecanismos legales posibles para la satisfacción del crédito en caso de incumplimiento, dentro de ellos tenemos precisamente al embargo, el cual emana de una autoridad judicial y que resulta a su vez ser una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pero esta garantía surte efectos desde su anotación en el registro, es decir, desde que es oponible a terceros en el supuesto de que los bienes o derechos afectados con el embargo sean pasibles de inscripción en el registro.

Por ello, “desde un punto de vista material, en cambio, la anotación preventiva de embargo constituye una auténtica *garantía o forma de aseguramiento del despacho de ejecución, de eficacia registral*, a favor del anotante del derecho que publica. En este sentido, podría precisarse su cualidad de *gravamen* al que está afecto el bien anotado por mandato judicial” (ERDOZAÍN, 2009: p. 51).

Siendo así, a fin de clarificar la exposición, se debe diferenciar al embargo de la anotación preventiva que lo publicita, ello ha de ser necesario para verificar en qué momento nace el embargo y desde qué momento es oponible a los terceros.

“En este sentido, lo que es constitutivo no es el embargo, como medida o garantía procesal, sino la *garantía que implica sobre el bien de cara a terceros*. Cuando se habla de constitución se quiere decir constitución de la *garantía registral* que lleva consigo la anotación, no de la *garantía procesal* en sí:

la diferencia no se encuentra en el fin de servir como eventual caución en la que resarcirse el acreedor de las resultas del juicio, sino en la eficacia de esa garantía de cara a terceros; *la misión que cumple precisamente la anotación preventiva de embargo es prevenir a los posibles compradores o posteriores acreedores del titular registral del derecho de que el bien está afecto a un procedimiento del que puede resultar su enajenación judicial*. De ahí la conveniente distinción anterior entre el embargo y su anotación en el Registro en forma de anotación *preventiva*. Es, por tanto, un requisito de *oponibilidad* a los terceros: no es que no exista el embargo, afección decretada por el juez, como *medida procesal*; es que de no constar en el Registro de la Propiedad no le será oponible a los terceros; luego, a efectos prácticos es como si la misma no existiera” (ERDOZAÍN, 2009: pp. 61-62).

El embargo puede ser *preventivo* o *ejecutivo*:

- *Embargo preventivo* es el otorgado a través de la tutela cautelar, es decir, a través del otorgamiento de medidas cautelares para la futura ejecución forzada, el mismo puede darse antes o después de iniciado del proceso, y tiene como consecuencia una función asegurativa para luego convertirse en un embargo ejecutivo y cumplir la función de aquel.
- *Embargo ejecutivo* es el otorgado en el proceso de ejecución, y su función es delimitar los bienes que serán objeto de la actividad ejecutiva y con el producto del remate de dichos bienes se cumplirá con satisfacer el crédito del acreedor ejecutante.

Para la doctrina las diferencias entre embargo preventivo y ejecutivo son:

- a) “La estructura del embargo ejecutivo está compuesta únicamente de una declaración de voluntad jurisdiccional cuyo contenido es la afección de determinados bienes a una ejecución. La estructura del embargo preventivo es más compleja. Junto a aquella declaración de afección, concurren otras medidas cuyo contenido está en función de los bienes afectados.
- b) Ambos tipos de embargo cumplen la función de concretar los bienes sobre los que ha de recaer una determinada actividad de apremio. Pero, mientras que esa es la función esencial del embargo ejecutivo, en el preventivo asume un carácter instrumental, esto es, se haya al servicio de la finalidad fundamental del embargo preventivo, que es la de asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, recaiga en el proceso principal. Esto es lo que determina su carácter de medida cautelar.
- c) El embargo ejecutivo forma parte del proceso de ejecución, es un acto de este proceso. El embargo preventivo es adoptado en un procedimiento entera y expresamente previsto por ley a tal fin.

- d) El embargo ejecutivo se practica después del despacho de una ejecución. El preventivo se lleva a cabo con anterioridad al comienzo de un proceso de ejecución, cuando aún no se sabe si este podrá tener lugar.

Por eso, el embargo preventivo se acuerda en virtud de un documento que o no es título ejecutivo, o, si lo es, aún no ha operado procesalmente como tal. Por el contrario, el embargo ejecutivo requiere siempre para su existencia un título ejecutivo” (CACHÓN, 1991: pp. 97-98).

Resulta evidente por lo hasta aquí expuesto que el embargo otorga al acreedor embargante:

“(…) un conjunto de expectativas procesales. En primer lugar, la de que, concurriendo los restantes presupuestos generales para entrar en la vía de apremio, los bienes embargados deben ser destinados a satisfacer la pretensión deducida por dicho acreedor. En segundo término, surge en favor del ejecutante la expectativa procesal consistente en que la adscripción de los bienes embargados a la finalidad mencionada tiene *carácter preferente*” (CACHÓN, 1991: p. 71).

Lo cual se condice con la razón de ser del embargo, esto es cuando –como ya lo hice mención– surte efectos para todos, es decir, con su inscripción en el registro correspondiente.

Esto implica que el embargo desde su inscripción surte efectos frente a terceros, y por tanto, goza de la protección del Derecho Registral y como tal “es plenamente eficaz frente a los terceros que sean titulares de derechos o gravámenes constituidos sobre los bienes embargados en fecha posterior a la de la traba” (CACHÓN, 1991: p. 78).

### 3. EL EMBARGO COMO AFECTACIÓN DE BIENES Y DERECHOS

Como lo señala la norma objeto de estudio, el embargo recae sobre bienes y derechos. Los bienes pasibles de embargo son tanto los bienes corpóreos (ejemplo una casa, un vehículo, un barco, dinero, un animal, etc.), como los bienes incorpóreos (ejemplo derechos de autor, etc.).

La regla general indica que al afectar algún o derecho mediante embargo, es posible poder realizar actos de ejecución –disponer– sobre dicho bien o derecho, siendo que cuando se traba embargo sobre derechos expectaticios resulta imposible jurídicamente realizar los actos de ejecución.

En efecto, en el supuesto de que A trabe embargo sobre los derechos y acciones que le corresponden a B sobre un inmueble, siendo que su alícuota no está determinada pero B es copropietario de dicho bien, la propia ley presume que las

cuotas de los copropietarios son iguales admitiendo prueba en contrario (art. 970 del CC) y sobre la base de dicha norma, puede darse la ejecución.

Pero ello no puede darse en el supuesto de que se embargue derechos expectaticios del obligado cuando el bien pertenece a una sociedad de gananciales de la cual forma parte, pese a que existe norma expresa que señala que los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges (art. 323 del CC), por ello es un derecho expectaticio sabiendo que fenecida la sociedad de gananciales deberá corresponderle la mitad de los gananciales.

Empero el embargante asegurará de alguna forma su crédito si embarga dicho derecho expectaticio, ya que si el obligado al liquidarse la sociedad de gananciales otorga mediante donación sus gananciales a la otra persona que conformaba ella, pues también asumirá el embargo.

#### 4. LAS GARANTÍAS REALES Y SU NATURALEZA

“La garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho. En el sentido anteriormente indicado, no puede ser considerada a nuestro juicio como una garantía en sentido propio la responsabilidad patrimonial del deudor o el poder que los acreedores tienen para ejecutar sobre los bienes del deudor su derecho de crédito. *La responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo, al que nada añade*” (DÍEZ-PICAZO, 2007: pp. 395-396, énfasis nuestro).

Así tenemos que existen garantías reales y garantías personales, las que sirven para reforzar al cumplimiento del crédito. Son garantías reales la hipoteca, la anticresis y la garantía mobiliaria, mientras que garantías personales son el aval y la fianza, y como tales las garantías tienen el carácter de accesorios al crédito u obligación que respaldan.

Las garantías reales o también denominados derechos reales de garantía “pueden definirse como la vinculación pública de un bien al cumplimiento de una obligación, mediante la enajenación jurisdiccional del mismo en caso de incumplimiento” (ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 1986: p. 117). Es decir, dentro del principio de responsabilidad patrimonial donde el deudor responde con todo su patrimonio, a través de las garantías reales se afectan específicos bienes que responderán ante el incumplimiento del deudor.

Además, las garantías reales son *típicas*, porque se fundan en el régimen de tipicidad de los derechos reales, son *públicas* ya que para su nacimiento deben estar inscritas, son *especiales* porque siempre recaen sobre bienes determinados y son *accesorias* porque siempre tendrán un vínculo de dependencia respecto del crédito al cual garantizan.

En ese sentido, es claro que las garantías reales tienen su origen en la voluntad de las partes, por tanto, su *naturaleza jurídica es negocial*, es decir, tanto del acreedor y deudor –y en caso el deudor no sea el propietario del bien que se afectará con la garantía real será el constituyente– serán quienes deberán manifestar su voluntad de vincular un bien al cumplimiento de una obligación.

Ahora bien, para el profesor GONZALES BARRÓN (2013: p. 258): “la garantía real es, por tanto, un añadido del crédito, que mejora la posición jurídica del acreedor; por tal motivo, el acreedor garantizado cuenta con dos acciones a su favor: la primera, de carácter personal, se deriva de la responsabilidad patrimonial del deudor, por mérito de la cual, el acreedor tiene a su disposición el íntegro patrimonio del obligado, sea cual fuese los bienes que lo conforman; por otra parte, la segunda acción, de carácter real, está presente en los acreedores que, además, cuentan con una garantía real a su favor, la cual permite ejecutar exclusivamente el bien gravado”.

Discrepamos abiertamente de la postura asumida por el distinguido profesor, en primer lugar, a estas alturas no es posible que se siga cometiendo el error de denominar acción a la pretensión, y en segundo lugar, las garantías reales no otorgan una pretensión real de ningún tipo, las mismas por su carácter de accesorio siempre seguirán la suerte de la obligación que garantizan, por ello solo ante el incumplimiento de una obligación nacerá una pretensión que será la de buscar el cumplimiento del crédito impago –pretensión de obligación de dar suma de dinero–, pero al tener una garantía real está delimitará el bien específico que corresponde al patrimonio del deudor o tercero constituyente, el cual se podrá realizar forzosamente para que con el producto de su venta judicial el acreedor vea satisfecha su única pretensión, la cual es el cumplimiento del crédito.

Por ello concuerdo con la doctrina que señala –haciendo la atinencia que cuando se habla de prenda debe asimilarse como garantía mobiliaria– “que la denominación de ‘ejecución de garantías’ es errónea, pues lo que se ejecuta no es ni la prenda, ni la hipoteca, lo que se ejecuta forzosamente es la obligación, frente al fracaso del cumplimiento voluntario del deudor y como en toda ejecución forzada que esté dirigida a satisfacer un derecho de crédito dinerario, los actos ejecutivos consistirán en la realización de los bienes, en estos casos, prendados o hipotecados. *No se ejecutará la prenda o la hipoteca, sino la obligación que extrajudicialmente se garantizó con esos bienes (como delimitación concreta de la responsabilidad*

*patrimonial, frente a la garantía genérica que tiene un acreedor quirografario). De allí se sigue que la acción que se ejercita no es real, sino la misma acción (o pretensión ejecutiva) que podría ejercitar un acreedor quirografario dotado de título ejecutivo. La diferencia está en que ya no tendrá que seleccionar dentro de esa universitas que es el patrimonio del deudor un bien, con el riesgo que no exista, sino que ya con la prenda o la hipoteca se habrá delimitado la responsabilidad” (ARIANO, 1996: p. 18, énfasis nuestro).*

A mayor abundamiento, el ejemplo que brinda CARNELUTTI –citado por la profesora ARIANO– resulta ser sumamente convincente y razonable, para el maestro italiano “cuando el acreedor hace vender, en daño del deudor o del tercero, el fundo sujeto a hipoteca, hace valer en juicio el derecho de crédito o el derecho real. Ciertamente, de las dos hipótesis, la verdadera es la primera, ya que el fundo está sujeto a la expropiación, no al libramiento, y al acreedor se le entrega en fin de cuentas el dinero que se le debe, no el fundo dado en garantía. Pero si lo que se realiza, por tanto, con la acción hipotecaria y la relativa responsabilidad es el derecho de crédito, no el derecho real, no hay ninguna situación distinta de esas dos: el derecho de crédito por un lado y la acción ejecutiva del otro, y el pretendido derecho real no es más que la quinta rueda del carro. Acreedor simple y acreedor hipotecario se comportan, en el proceso y fuera de él, los dos del mismo modo, y no se observa, por consiguiente, de parte del titular del derecho, ningún comportamiento que no responda al contenido característico del derecho de crédito. ¿Dónde está, pues, por esta parte, el derecho real?” (ARIANO, 1996: p. 377).

## **5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EMBARGO Y LAS GARANTÍAS REALES**

En cuanto a las similitudes entre el embargo y las garantías reales, se puede señalar las siguientes:

- Ambas figuras constituyen mecanismos otorgados por el ordenamiento jurídico para la protección del derecho de crédito.
- Dentro de su estructura comprenden la afección de unos determinados bienes como objeto de la ejecución forzada dineraria.
- Cumplen la función de concretar o delimitar los bienes sobre los que la actividad ejecutiva ha de versar.
- Otorgan preferencia al acreedor en cuanto al cobro del producto del remate del bien afectado.

Respecto a las diferencias entre ambas instituciones, las que a continuación se detallan son las que considero más resaltantes:

- Como ya lo hemos expuesto, el embargo tiene naturaleza jurisdiccional ya que emana de un juez, este es quién lo decreta, mientras que las garantías reales son constituidas mediante acuerdo de voluntades, por tanto, su naturaleza es negocial.
- El embargo nace con la sola declaración del juez a través de la resolución judicial correspondiente, mientras que por regla general las garantías reales se constituyen o nacen desde su inscripción en el registro.
- El embargo siempre tiene estrecha vinculación a un proceso judicial, mientras que las garantías reales surgen extraprocesalmente.

## 6. CONCLUSIONES

- El embargo es una herramienta del derecho de crédito y manifestación del principio de responsabilidad patrimonial, el que supone que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros para el cumplimiento de sus obligaciones, siendo que a través del embargo se eligen y afectan determinados bienes del deudor.
- La naturaleza jurídica del embargo es jurisdiccional, ya que solo puede darse a través de un proceso siendo un juez el que la otorga (salvo excepciones establecidas por ley), y constituye una garantía judicial del crédito, ya que la tutela del derecho del crédito permite la utilización de todos los mecanismos legales posibles para la satisfacción del crédito en caso de incumplimiento.
- En síntesis tanto el embargo como las garantías reales son manifestaciones de la protección del derecho de crédito, siendo que su principal diferencia radica en que la primera –embargo– está vinculada o nace por un proceso jurisdiccional, mientras la segunda –garantías reales– nacen extraprocesalmente y por voluntad de sus otorgantes.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José (1986): *Curso de Derechos Reales. Los Derechos reales limitados*. Madrid: Civitas; ARIANO, Eugenia (1996): *El proceso de ejecución*. Lima: Rodhas; CACHÓN, Manuel-Jesús (1991): *El embargo*. Barcelona: Bosch; DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Madrid: Civitas; ERDOZAÍN, José (2009): *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*. Pamplona: Aranzadi;



---

GONZALES, Günther (2013): *Los Derechos Reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coords.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coords.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol. 3. Buenos Aires: EJEA; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El embargo trabado necesariamente debe cubrir no solo el capital adeudado sino además una suma prudencial por concepto de intereses y costas que se generen hasta el día del pago, razón por la cual la medida siempre va a ser mayor a la deuda liquidada, lo cual no importa un exceso ni vicia el mandato (*Exp. N° 207-2000*).

Los bienes integrantes del patrimonio social pueden embargarse mas no rematarse, pues dicho acto daría lugar a liquidar un bien social en forma no autorizada por ley. La naturaleza provisorio de la misma, no puede afectar de manera definitiva la porción que en caso de indivisión corresponda al cónyuge no obligado (*Exp. N° N-486-97*).

Que el objeto del embargo es garantizar el resultado del juicio, esto es que haya factibilidad plena de ejecutarse voluntaria o forzosamente la obligación mandada cumplir en la sentencia firme. Una garantía real es más sólida que la fianza personal (*Exp. N° 608-94, Primera Sala Civil*).

**Artículo 643****Secuestro**

*Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a este, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez.*

*Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.*

*Se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 617, 642; D. LEG. 822 art. 198 inc. c.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la medida cautelar de secuestro, la que puede derivarse en secuestro judicial o secuestro conservativo, teniendo ambas clases de secuestros la misión de garantizar pretensiones distintas.

Tanto las medidas cautelares como el secuestro y embargo son denominadas por nuestro legislador como medidas cautelares para futura ejecución forzada, siendo que las mismas también son pasibles de interponerse como medidas ejecutivas, una vez instaurado el proceso de ejecución (denominado por nuestro legislador como proceso único de ejecución) y contando con auto que ordena llevar adelante la ejecución consentido o ejecutoriado.

En la práctica existe ambigüedad acerca de la procedencia de esta clase de medidas cautelares sobre bienes inmuebles (secuestro judicial), asimismo, no se tiene claro si es pasible su procedencia en procesos de cognición donde se ventilen pretensiones condenatorias y otras ambigüedades que trataremos de absolver seguidamente.

**2. EL SECUESTRO**

La doctrina señala lo siguiente: “denomínese *secuestro*, en sentido lato, a la medida judicial en cuya virtud se desapodera a una persona de una cosa litigiosa

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

o embargada o de un documento que tiene el deber de presentar o restituir” (MARTÍNEZ, 1991: p. 343).

Nuestro legislador ha regulado dos modalidades de secuestro, los cuales son el secuestro judicial y el secuestro conservativo:

- i) *Secuestro judicial*: Se denomina secuestro judicial a aquella medida cautelar o ejecutiva que tiende a preservar la integridad o el evitar el uso del bien que constituye el objeto mediato de la pretensión principal que será materia de un proceso judicial (medida cautelar antes de iniciado el proceso), o que ya está siendo sustanciada en el proceso judicial (medida cautelar dentro del proceso).

La norma señala que esta medida cautelar será factible cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien.

Si interpretamos literalmente la norma objeto de comentario, se podría afirmar que esta medida cautelar solo procedería ante dos clases de pretensiones, la pretensión de mejor derecho de propiedad (denominada acción reivindicatoria) y la pretensión de mejor derecho de posesión (denominada acción publiciana).

Si esto es así, ambas pretensiones deben ser declarativas condenatorias, es decir, deben tener como finalidad que se les restituya la posesión de bien del cual tienen mejor derecho de propiedad –reivindicatoria– o se les restituya la posesión del bien del cual tienen mejor derecho de posesión –publiciana–.

Se colige entonces que ambas pretensiones de cognición, cuando en las mismas recaiga sentencia firme pronunciándose positivamente sobre cada una de ellas (fundabilidad), tendrán que ser llevadas para su cumplimiento a la etapa de ejecución forzada, por tanto, dichas pretensiones tienen como objeto el cumplimiento de la prestación de dar (entrega del bien).

Ergo, toda pretensión condenatoria en caso de ser declarada fundada desembocará en un proceso de ejecución donde se buscará el cumplimiento forzado de tal decisión.

Es por ello que el secuestro judicial sería el mecanismo adecuado para estas pretensiones –pretensiones de dar bien determinado a excepción del dinero– y no solo para asegurar el cumplimiento de aquellas pretensiones donde se discuta el mejor derecho de propiedad o posesión.

En efecto, por ejemplo en los casos donde existe un contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), donde dicho contrato ha sido resuelto o rescindido, y como tal corresponde la devolución del bien a favor del propietario del mismo, como dicho contrato y sus obligaciones tienen mérito ejecutivo, la pretensión ejecutiva de dar (entrega o restitución de bien) deberá tramitarse bajo los parámetros del proceso único de ejecución y es viable la posibilidad de solicitarse la medida cautelar de secuestro conservativo antes de la presentación de la demanda ejecutiva (medida cautelar antes del proceso) o luego de presentada la misma (medida cautelar dentro del proceso).

Otro problema que resulta de la ambigüedad de la norma objeto de estudio, es determinar si el secuestro judicial es procedente sobre bienes inmuebles.

Un sector de la doctrina nacional considere que el secuestro judicial no sería la medida idónea para la discusión de bienes inmuebles, señalando que: “(...) pero cuando se refiera a inmuebles, una solución que podría intentarse será la administración de terceros, como medida genérica (art. 629 del CPC)” (LEDESMA, 2008: p. 175).

Ahora bien, en primer lugar es de notarse que el legislador no señaló expresamente que el secuestro judicial solo es posible sobre bienes muebles, sino por el contrario, solo se refiere a aquellos bienes donde se discuta su propiedad o posesión.

En dicha línea de ideas, el hecho que con el secuestro judicial genere la desposesión a su tenedor y entrega al custodio, no implica que el bien objeto del secuestro necesariamente deba ser mueble, porque la desposesión y entrega también es factible para los bienes inmuebles, solo que la medida se efectivizará no trasladando el bien, sino que el custodio tendrá que tomar la posesión del bien si es necesario con la ayuda de la fuerza pública.

Siendo esto así, conforme al ejemplo del contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) descrito anteriormente, si el bien objeto de restitución sería un inmueble, perfectamente cabría la procedencia de la medida cautelar de secuestro judicial, sobre todo si la verosimilitud del derecho es cuasi certeza al estar ante la presencia de un título ejecutivo, por ende, somos partidarios que el legislador si faculta la procedencia del secuestro judicial como medida cautelar o medida ejecutiva sobre bienes muebles e inmuebles.

- ii) *Secuestro conservativo*: El secuestro conservativo es procedente cuando la pretensión sea de dar suma de dinero, es allí donde el demandante (acreedor) podrá solicitar el secuestro de los bienes del deudor para proceder posteriormente al remate de los mismos y poder cobrar el crédito que se le adeuda.

Este secuestro es parecido al embargo en cuanto afecta al bien o bienes del deudor, solo que es en mayor medida más gravoso, ya que genera la desposesión de los bienes al deudor y su entrega al custodio.

Ahora bien, en nuestra opinión cuando se trate de bienes registrables está medida cautelar debe necesariamente complementarse con la medida cautelar de embargo en forma de inscripción.

En efecto, por ejemplo si un acreedor solicita el secuestro conservativo del automóvil (bien registrable) de su deudor, la orden de captura será a nivel nacional pero nada impide que el deudor transfiera a un tercero el automóvil y esta transferencia se inscriba en el Registro de Propiedad Vehicular, siendo que el tercero podrá solicitar la desafectación del bien, ya que él adquirió de buena fe dicho bien sin tener conocimiento de la afectación con el secuestro conservativo.

Por tanto, las medidas cautelares embargo en forma de inscripción y secuestro conservativo son complementarias entre sí, y lo que se busca es garantizar la eficacia y ejecutabilidad de la decisión final, ya que de concederse únicamente el embargo en forma de inscripción los deudores podrían ocultar o dañar el bien (vehículo), en tanto que de solo concederse el secuestro conservativo nada impediría a los deudores transferir registralmente el bien a un tercero.

Lo expuesto hasta aquí es de suma importancia, ya que abundan resoluciones judiciales que deniegan ambas medidas cautelares, lo que evidentemente atenta contra el derecho fundamental a la tutela cautelar.

Ahora bien, el secuestro conservativo no procedería sobre bienes inmuebles porque su objeto principal es garantizar pretensiones dinerarias y para ello está el embargo en forma de inscripción como medida cautelar adecuada, tanto para inmuebles inscritos como no inscritos.

El otro problema que resulta de una interpretación literal de la norma objeto de comentario es que señala que la procedencia de la medida cautelar de secuestro conservativo será factible cuando la obligación dineraria se encuentre en un título ejecutivo judicial o extrajudicial, y en el texto original del CPC se exigía la existencia de un mandato ejecutivo.

En nuestra opinión exigir al acreedor que su crédito dinerario esté reflejado en un título ejecutivo judicial o extrajudicial para que proceda una medida cautelar de secuestro conservativo contra los bienes de su deudor resultaría ser contraria a la propia razón de ser de las medidas cautelares, la cual no es otra que garantizar o proteger la eficacia de la futura sentencia.

En este orden de ideas, con la interpretación literal de la norma solo se estaría permitiendo la medida cautelar de secuestro conservativo antes o dentro del proceso único de ejecución, lo que a todas luces sería irrazonable, porque existen pretensiones condenatorias de dar sumas de dinero que se tramitan en el proceso de cognición (conocimiento, abreviado o sumarisimo) –por no contar con título ejecutivo alguno– y no podrían garantizarse por la interpretación literal de la norma.

Así las cosas, consideramos que el secuestro conservativo como medida cautelar será procedente tanto en el proceso único de ejecución como en los procesos de cognición (conocimiento, abreviado o sumarisimo), ya que en ambos clases de procesos pueden ventilarse pretensiones dinerarias en las cuales se hace necesario garantizar el cumplimiento de la decisión final a través de esta medida.

### 3. CONCLUSIONES

- El secuestro judicial es aquella medida cautelar o ejecutiva que tiende a preservar la integridad o el evitar el uso del bien que constituye el objeto mediato de la pretensión principal que será materia de un proceso judicial (medida cautelar antes de iniciado el proceso), o que ya está siendo sustanciada en el proceso judicial (medida cautelar dentro del proceso).
- El secuestro judicial sería el mecanismo adecuado para estas pretensiones –pretensiones de dar bien determinado a excepción del dinero– y no solo para asegurar el cumplimiento de aquellas pretensiones donde se discuta el mejor derecho de propiedad o posesión.
- El secuestro conservativo es procedente cuando la pretensión sea de dar suma de dinero, es allí donde el demandante (acreedor) podrá solicitar el secuestro de los bienes del deudor para proceder posteriormente al remate de los mismos y poder cobrar el crédito que se le adeuda.
- Las medidas cautelares embargo en forma de inscripción y secuestro conservativo son complementarias entre sí, y lo que se busca es garantizar la eficacia y ejecutabilidad de la decisión final, ya que de concederse

únicamente el embargo en forma de inscripción los deudores podrían ocultar o dañar el bien (vehículo), en tanto que de solo concederse el secuestro conservativo nada impediría a los deudores transferir registralmente el bien a un tercero.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. III. Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ, Raúl (1991): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coords.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coords.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO, Víctor, 2009: *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El secuestro conservativo, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 643 del C.P.C., requiere para su otorgamiento la existencia de mandato ejecutivo, por lo que no puede ser concedido fuera de proceso (*Exp. N° 2000-1820-721*).

No obstante que la norma procesal limita el secuestro conservativo al mandato ejecutivo, el juez, debe atender a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora del proceso para admitirla, máxime que el artículo 608 del CPC no prohíbe el dictado de la medida sin mandato ejecutivo (*Exp. N° 99-14875-1515, Sala para Procesos Ejecutivos y Cautelares*).

No cabe afectar el vehículo con la medida de secuestro si no es de propiedad del emplazado. La medida cautelar solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas con la relación material, por tanto, si el derecho de propiedad del tercero se encuentra inscrito con anterioridad a la medida cautelar, tiene preferencia sobre dicha medida, por ser primero en el tiempo (*Exp. N° 18813-98, Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares*).

No puede ser aplicable el secuestro a un inmueble en litigio, pues para ello el ordenamiento procesal ha regulado el ejercicio de otro tipo de medida, en función a que el inmueble se encuentre inscrito o no tenga esa condición (*Exp. N° 12364-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

**Artículo 644**

**Identificación de los bienes embargados o secuestrados**

*En la ejecución del embargo o secuestro, el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando fuere necesario: la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Igualmente identificará a la persona designada como órgano de auxilio, certificando la entrega de los bienes a esta.*

**CONCORDANCIAS:**

C.R.C. arts. 641, 642, 643.

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos señala la forma como se debe proceder a la identificación de los bienes objeto de medida cautelar de embargo y/o secuestro, ello es de vital importancia principalmente cuando el embargo recae sobre bienes no registrables, mientras que en el secuestro siempre será necesario la plena identificación de los bienes.

A continuación analizaremos la identificación de los bienes tanto en el embargo como en el secuestro.

**2. IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES EN EL EMBARGO**

En el supuesto de embargo sobre bienes registrables, será el registrador público quien actúe como órgano de auxilio judicial siendo que la descripción y características del bien estarán registradas en la partida electrónica que le corresponde al bien.

Se presume que dicha información (art. 2012 del CC) que es verídica aunque en muchos supuestos dicha información puede no estar actualizada, por ejemplo en el supuesto de inmuebles donde hay construcciones no registradas, etc.

En cuanto a la identificación de bienes no registrables, realizado el embargo ejecutado por el auxiliar jurisdiccional (secretario judicial o especialista), este detallará de ser posible la naturaleza de los bienes (perecibles o no, etc.), el número o cantidad, la marca, el año de fabricación, número de serie o motor en caso de



máquinas, estado de conservación y cualquier otro dato que pueda facilitar la plena identificación del bien.

En estos supuestos, el órgano de auxilio judicial (depositario) deberá mostrar su conformidad con la descripción de los bienes detallada en el acta por el auxiliar jurisdiccional, lo que resulta necesario, ya que será este (depositario) el responsable del cuidado de los bienes objeto de embargo.

Ahora bien, la norma hace mención a que en caso de ser necesario se solicitará la ayuda de un perito para la plena identificación de los bienes, esto puede suceder por ejemplo en el supuesto de embargo sobre bienes inmuebles no inscritos donde será necesaria la presencia de un arquitecto y/o ingeniero a fin de verificar las medidas, ubicación y estado de conservación del inmueble, ya que dicha información no estará en los Registros Públicos.

Será el solicitante de la medida cautelar quien deberá proponer que el juez nombre un perito o proponer un perito propio, en todo caso los gastos por la ejecución de la medida cautelar siempre serán asumidos por el solicitante con cargo a ser reembolsados como costas del proceso en el supuesto que su pretensión sea amparada.

### **3. IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES EN EL SECUESTRO**

En el secuestro judicial será importante que el auxiliar jurisdiccional detalle detenidamente las características del bien secuestrado, sea bien mueble o inmueble.

Aquí pese a que se haya realizado el secuestro judicial sobre bienes (mueble o inmueble) registrables se deberá proceder a la plena identificación de los mismos al momento de ser secuestrados porque podrían haber sufrido variaciones en las características de los bienes.

Ahora bien, como ya hemos hecho mención al comentar el artículo 643 del CPC, consideramos que es perfectamente válido el secuestro judicial sobre bienes inmuebles, siendo esto así, el auxiliar jurisdiccional no solo deberá consignar las características registrales en caso de ser bien inmueble registrado, sino además consignar si hay nuevas construcciones, deterioros en el bien, etc.

En el supuesto del secuestro conservativo, es necesario que el auxiliar jurisdiccional identifique plenamente el bien o bienes secuestrados.

Lo que la norma omite es señalar como se llevaría a cabo la ejecución de bienes muebles como vehículos o naves, en efecto, si el bien se encuentra en un determinado lugar será el solicitante de la medida cautelar de secuestro conservativo quien señalará la ubicación del bien o bienes para ser secuestrados, en ese

caso no habría inconveniente pues es el auxiliar jurisdiccional quien realizará el secuestro del bien o bienes.

Pero en los supuestos donde los bienes están en constante circulación como los vehículos automotores, la forma como se materializará el secuestro conservativo –e inclusive judicial– será mediante la orden de captura que el juez dispondrá, la que será dirigida a la Policía Nacional de Tránsito y será este organismo del Estado quien efectuará la captura (intervención) del vehículo a través del policía de tránsito y dicho vehículo será internado en un depósito o en la propia comisaría del sector donde se produjo su captura.

En esa línea de ideas, cuando el vehículo es capturado la misma Policía elabora un acta en la cual se detalla las características y actual estado del vehículo, dicha acta es puesta a conocimiento del juzgado a fin de que con posterioridad se efectivice la entrega del vehículo al custodio designado quien deberá verificar que los datos consignados en dicha acta elaborada por la Policía coincidan con las características del vehículo cuando se le es entregado.

#### 4. CONCLUSIONES

- La plena identificación de los bienes sujetos a embargo o secuestro por parte del auxiliar jurisdiccional resulta de suma importancia tanto para el ejecutado con la medida cautelar, solicitante de la medida cautelar, para el propio órgano jurisdiccional que concede la medida cautelar y para el órgano de auxilio judicial (depositario o custodio), porque permitirá establecer correctamente que bienes están afectados y cuál es su actual estado de conservación.
- Cuando los bienes a ser secuestrados están en constante circulación como los vehículos automotores, la forma como se materializará la medida será mediante la orden de captura que el juez dispondrá, la que será dirigida a la Policía Nacional de Tránsito y será este organismo del Estado quien efectuará la captura (intervención) del vehículo a través del policía de tránsito y dicho vehículo será internado en un depósito o en la propia Comisaría del sector donde se produjo su captura, siendo que la misma policía elabora un acta en la cual se detalla las características y actual estado del vehículo, dicha acta es puesta en conocimiento del juzgado a fin de que con posterioridad se efectivice la entrega del vehículo al custodio designado quien deberá verificar que los datos consignados en dicha acta elaborada por la policía coincidan con las características del vehículo cuando se le es entregado.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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; ORTELLI, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI POSADA, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como Derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Para que se ampare la conversión de la intervención es necesario que se pruebe lo improductiva de esta. Si los escritos del interventor solo dan cuenta de la obstaculización de la medida, más no de su concreción, no procede amparar la conversión (*Exp. N° 274-99*).

## Artículo 645

### Extensión del embargo

*El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 888, 890, 894; L.G.S. art. 274.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario se refiere a la extensión del embargo otorgado o concedido judicialmente.

Se debe tener en cuenta que tanto el embargo como cualquier garantía real (hipoteca, anticresis o garantía mobiliaria) tienen una misma finalidad la cual es que son mecanismos de protección del crédito, por lo cual tienen elementos afines.

La principal diferencia entre el embargo y una garantía real es la forma de su constitución, mientras el embargo tiene naturaleza jurisdiccional porque nace por orden judicial, es decir el juez lo crea a través de la resolución que lo concede; las garantías reales tienen una naturaleza convencional porque nacen por acuerdo de las partes, es decir, acuerdo entre acreedor y deudor y también manifestará su voluntad el propietario del bien en caso sea distinto al deudor.

A continuación analizaremos los pormenores de la posibilidad de embargar tanto los accesorios, frutos y productos del bien.

## 2. EXTENSIÓN DEL EMBARGO A SOLICITUD DE PARTE

El primer requisito para que proceda el embargo sobre los accesorios, frutos y productos del bien, es que haya sido peticionado por el solicitante de la medida cautelar, es decir, el juez de oficio no puede ordenar que se embarguen los accesorios, frutos y productos adicionalmente al bien que peticionó el acreedor.

Ello se explica en virtud del principio de justicia rogada que coincide con el principio de congruencia procesal, además en la solicitud de medida cautelar se deberá solicitar la afectación del bien principal, accesorios, frutos y productos, si luego de ejecutada la medida cautelar se solicita la afectación de accesorios, frutos y productos entonces ello será una variación de la medida cautelar en la forma de modificación de la misma, específicamente la ampliación.

Ahora bien, es evidente que para que el embargo se extienda además del bien, a sus accesorios, frutos y productos del bien el juez en su resolución judicial (auto) debe haberse pronunciado por ello y en la parte resolutive de la misma debe conceder dicho extremo, de lo contrario se entenderá que el embargo no se extiende a ellos (accesorios, frutos y productos).

### 3. LOS ACCESORIOS, FRUTOS Y PRODUCTOS

Nuestro legislador no hace mención a la extensión del embargo a las partes integrantes, porque considera que afectado el bien, también están afectados sus partes integrantes, ya que estas partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares (art. 887 del CC), ello porque "(...) la doctrina de las partes integrantes tiene como finalidad evitar la destrucción de los bienes mediante su división o alteración antieconómica. (...) El concepto de parte integrante requiere una *conexión corporal*, pero además un carácter de *unidad económica* dada por los usos del tráfico, de tal suerte que de una apreciación jurídica se concluye en que determinado conjunto de piezas conforman un bien unitario, mientras cada pieza abstractamente considerada carece de individualidad" (GONZALES, 2005: pp. 213-214).

Habiendo esclarecido por qué nuestro legislador no señala como parte de la extensión del embargo a las partes integrantes, procederemos al análisis de los bienes accesorios, frutos y productos:

- i) *Los bienes accesorios*: el legislador ha señalado (art. 888 del CC) que "son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien (...) Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares (...)".

Como nos enseña GONZALES BARRÓN "en la realidad vital no solo encontramos partes integrantes que conforman un bien (unidad jurídica), sino también vinculación económica entre un bien principal y otro bien accesorio, sin que ambos lleguen a adherirse o confundirse en un solo cuerpo. En el caso de la parte integrante, esta se incorpora de tal manera con el todo, que pierde su propia individualidad. En cambio, el accesorio conserva su autonomía jurídica, aunque sobre él nace una vinculación económica con respecto al bien principal" (p. 222).

Ahora bien, pese a que la regla general es que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la cual se encuentra contenida en nuestra ley sustantiva (art. 889 del CC), para el caso de los embargos no es aplicable dicha regla por cuanto como lo señala el artículo bajo comentario, el embargo alcanzará a los accesorios siempre y cuando haya sido solicitado en la solicitud de medida cautelar y concedido por el juez en la resolución que ordena el embargo.

Siendo esto así, es falso lo afirmado por SILVA (2007: p. 41) cuando señala que "(...) Así, un bien principal será vendido, arrendado, hipotecado o embargado conjuntamente con los bienes accesorios afectados a él, pues según la regla general, los bienes accesorios siguen la condición de este".

- ii) *Los frutos*: nuestro legislador señala (art. 889 del CC) que "son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia". Además explica las clases de frutos que pueden existir (art. 890 del CC), señalándose que "los frutos son naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica".

En este orden de ideas, así como para que proceda el embargo sobre los bienes accesorios se debió solicitar en la medida cautelar su afectación y debió ser concedido por el juez, en el caso de los frutos también sucede lo mismo.

En efecto, si A solicita embargo en forma de depósito sobre los bienes muebles de B que se encuentran en el interior de su domicilio, entre ellos tenemos a un perro que está esperando crías, de no haber sido solicitada la afectación de los frutos del bien, las crías del perro –frutos naturales– no estarán afectadas por el embargo solicitado y concedido por el juez.

- iii) *Los productos*: nuestro legislador ha señalado (art. 894 del CC) que "son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien".

La diferencia entre frutos y productos es clara, mientras que los primeros son provechos renovables los segundos no lo son, ejemplo de productos son los minerales extraídos de las minas, etc.

Para su afectación también habrán de haber sido solicitados en la solicitud de medida cautelar y concedidos por el juez.

#### 4. CONCLUSIONES

- Los bienes accesorios, frutos y productos para que puedan ser afectados con el embargo han de haber sido solicitada su afectación en la solicitud de medida cautelar y concedido por el juez, de lo contrario no estarán afectados por el embargo.
- Pese a que la regla general es que los accesorios siguen la suerte de lo principal, en el caso de los bienes accesorios no se sigue esta regla pro voluntad del legislador.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

GONZALES, Günther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista; SILVA, Fredy (2007): "Comentarios al artículo 888". En: *Código Civil comentado*; Walter Gutiérrez (dir.). Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coords.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coords.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol. 3. Buenos Aires: EJE; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso Civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El valor del inmueble embargado o de cualquier otro no afectado, no es relevante para la calificación de la legalidad de la resolución apelada, más aun si se tiene en cuenta que la afirmación del impugnante no ha sido probada y, básicamente, que la referencia que se hace es a un inmueble diferente a los embargados. Por lo demás, otra cosa es que el ejecutado pretenda sustituir los bienes afectados por otro de eventual mayor valor, para lo que debe proceder en la forma legal que corresponde (*Exp. N° 162-2006*).

**Artículo 646**

**Embargo de bien en régimen de copropiedad**

*Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación solo alcanza a la cuota del obligado.*

CONCORDANCIA:

*C.C. art. 969 y ss.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario pretende brindar los alcances del embargo contra bienes sujetos al régimen de copropiedad.

En las siguientes líneas estudiaremos las implicancias del embargo sobre bienes sujetos a este régimen, además lo distinguiremos de los bienes pertenecientes a una sociedad de gananciales, los cuales no deben ser considerados como bienes sujetos a copropiedad, ya que forman parte de un patrimonio autónomo.

**2. LA COPROPIEDAD**

Nuestro legislador ha definido a la copropiedad señalando (art. 969 del CC) que *hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas.*

La doctrina nos ha enseñado que “de esta definición institucional se advierte que nuestro legislador adopta la concepción romana de la comunidad, esto es, dividida en cuotas ideales sobre las cuales se ejerce un dominio exclusivo; a diferencia de lo que ocurre con el bien común, en donde las decisiones se toman por unanimidad o mayoría, según el caso, de los comuneros” (GONZALES, 2005: p. 832).

Ahora bien, en el supuesto en que no exista una división y partición a fin de determinar el porcentaje que le corresponde a cada copropietario, la norma sustantiva (art. 970 del CC) señala que *las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario.*

Es decir, si se ha trabado embargo sobre un inmueble en el que A y B son copropietarios, pero el deudor es A, se habrá embargado las acciones y derechos que le corresponden a este (A), y como quiera que no está establecido el porcentaje que de acciones y derechos que le corresponde a cada copropietario, la ley presume que a cada uno le corresponde el 50 % de las acciones y derechos sobre el inmueble, por tanto, será dicho porcentaje el afectado con el embargo y podrá ser rematado solo



dicha porción que le corresponde al ejecutado con la medida cautelar que en su oportunidad se ha convertido en una medida de ejecución.

Evidentemente para romper la presunción de cuotas iguales en los copropietarios, deberá existir algún documento privado de fecha cierta o documento público que acredite la disparidad en el porcentaje de acciones y derechos sobre el bien.

Ello debe ser evaluado exhaustivamente por el juez a fin de poder verificar la fiabilidad de los documentos presentados y evitar con el desmedro de la garantía judicial –embargo– a favor del acreedor.

### 3. COPROPIEDAD Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

Mientras en la copropiedad cada copropietario es titular de las acciones y derechos sobre el bien, en la sociedad de gananciales los bienes sometidos a tal sociedad pertenecen a un patrimonio autónomo y por ende no procede el embargo por las deudas de uno de los cónyuges que conforman la sociedad de gananciales y tampoco por las deudas contraídas en forma conjunta si fue antes del matrimonio, solo procederá el embargo de los bienes de la sociedad de gananciales siempre y cuando el crédito incumplido que origina el embargo sea de ambos cónyuges.

Ahora bien, solo será factible el embargo sobre las acciones y derechos que le corresponderán a uno de los cónyuges una vez liquidada la sociedad de gananciales, lo que no puede considerarse como copropiedad, al menos no será copropiedad hasta que no fenezca la sociedad de gananciales y se hayan dividido los gananciales entre cada cónyuge.

Por ende, en la práctica es posible rematar bienes sujetos al régimen de copropiedad, rematándose las acciones y derechos que le corresponden al copropietario sobre el bien, mientras que resulta ser un imposible jurídico rematar los bienes sujetos al régimen de la sociedad de gananciales, sobre los derechos expectaticios que puede tener alguno de los cónyuges porque en la realidad dicho cónyuge no es titular actual de ninguna acción y derecho sobre el bien.

### 4. CONCLUSIONES

- Es posible embargar bienes sujetos al régimen de copropiedad, afectándose a tal efecto las acciones y derechos que le corresponde al deudor o ejecutado con la medida cautelar.
- Es perfectamente válido rematar las acciones y derechos que le corresponden a un ejecutado (deudor) sobre un bien del cual es copropietario.

- Los bienes sujetos al régimen de la sociedad de gananciales son bienes que pertenecen a un patrimonio autónomo, por ende, existe la posibilidad de embargar los derechos y acciones que le corresponderán a uno de los cónyuges –en caso de ser deudores– una vez liquidada la sociedad de gananciales, es decir, se procederá a un embargo sobre derechos expectatícios, pero jurídicamente es imposible que se puedan rematar los derechos expectatícios ya que el deudor no es titular actual de acciones y derechos sobre el bien.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GONZALES, Günther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Los dispositivos legales de la sociedad de gananciales no protegen el inmueble que se pretende rematar, porque ha sido adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio civil. El artículo 302.1 del Código Civil señala que “son bienes propios de cada cónyuge: los que se aporten al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales”. Si el inmueble se encuentra dentro del régimen de copropiedad, establecido en el artículo 969 del Código Civil, debe presumirse que las cuotas de los copropietarios son iguales ya que no hay prueba en contrario (*Exp. N° 1657-2002*).

**Artículo 647 | Secuestro de vehículo**

*El vehículo sometido a secuestro, será internado en almacén de propiedad o conducido por el propio custodio, accesible al afectado o veedor, si lo hay. El vehículo no podrá ser retirado sin orden escrita del juez de la medida. Mientras esté vigente el secuestro, no se levantará la orden de captura o de inmovilización.*

CONCORDANCIAS:  
C.P.C. art. 633, 643, 644.

**Percy Howell Sevilla Agurto****1. INTRODUCCIÓN**

Como ya hemos hecho mención al comentar el artículo 643 del CPC, existe como posibilidades de secuestro el judicial y el conservativo.

La norma objeto de comentario nos hace referencia solo específicamente al secuestro de vehículos, sin señalar si se trata de secuestro judicial o conservativo.

Aquí el legislador ha querido establecer la forma como deberá de conservarse el vehículo objeto de secuestro, siendo que resulta ser muy escueta la regulación, conforme pasaremos a desarrollar en las siguientes líneas.

**2. PROCEDIMIENTO DEL SECUESTRO DE VEHÍCULOS**

Cuando se solicite el secuestro judicial o conservativo de un vehículo conociéndose el lugar donde se encuentra internado, deberá además solicitarse el auxilio de la fuerza pública (policía), así como la correspondiente orden de descerraje, además que se deberá contar con el equipo logístico adecuado para el traslado del bien al almacén a ser internado.

En la mayoría de los casos, tratándose de vehículos (automóviles) los mismos se encuentran en circulación, así que al interponer la solicitud de medida cautelar deberá pedirse se emita la correspondiente orden de captura a nivel nacional del vehículo objeto de secuestro, ello con la finalidad que dicho bien pueda ser capturado por el órgano competente para tal efecto (la Policía Nacional).

Una vez que el vehículo es capturado por la policía, el vehículo es internado en la comisaría del lugar donde fue intervenido, y el policía a cargo deberá elaborar el acta de situación del vehículo a fin de garantizar el estado en el que es

internado, posteriormente, la policía oficia al juzgado que emitió la orden de captura y este corre traslado al beneficiado con la medida de secuestro.

Realizado estos actos, se deberá proceder a la formalización de la entrega del bien al custodio, el cual deberá verificar que el vehículo le sea entregado en las mismas condiciones en las cuales fuera internado en el depósito de la comisaría.

Como lo señala la norma objeto de estudio, el vehículo deberá ser internado en un almacén de propiedad del custodio o conducido por este, es decir, puede que el almacén sea de propiedad del beneficiado con la medida cautelar pero importará que el custodio tenga la conducción del almacén.

La norma también señala que el almacén deberá estar ubicado en una zona que sea de fácil acceso al afectado con la medida cautelar y al veedor si lo hubiere, ello con la finalidad de que estos puedan verificar el estado del vehículo y ante cualquier eventualidad puedan poner en conocimiento del juez cualquier observación y/o deterioro que hayan podido verificar que fuera posterior al internamiento del vehículo.

Por último se señala que mientras esté vigente el secuestro no se levantará la orden de captura o de inmovilización sobre el vehículo.

En el supuesto del secuestro conservativo, la finalidad del mismo es que el bien –vehículo– sea rematado, por tanto, no queda claro si ya en la etapa de ejecución forzada se levantará la orden de captura o si la misma será levantada luego que se hayan adjudicado el bien vía remate judicial.

Entendemos que como toda medida cautelar, el secuestro fenece una vez que se encuentra el proceso en etapa de ejecución forzada, convirtiéndose el secuestro cautelar en medida de ejecución en la forma de secuestro, siendo que deberá seguir vigente la orden de captura hasta el remate, ya que luego del remate y adjudicado el bien la medida de ejecución en forma de secuestro deberá ser levantada.

En el supuesto del secuestro judicial, creemos que una vez que se cuenta con sentencia firme (proceso de cognición) o auto final firme (proceso de ejecución), automáticamente se debe proceder a la entrega del bien al favorecido con la medida cautelar en caso su pretensión haya prosperado, concluyendo con ello el proceso y ordenándose el levantamiento de la orden de captura.

En nuestra opinión el levantamiento de la orden de captura en ambos casos debe ser ordenado de oficio por el juez, y no esperar a que el ejecutante o adjudicatario lo soliciten ya que podría afectar indebidamente a terceros cuando la medida de secuestro ya cumplió la finalidad para la que fue concedida.

### 3. EL RETIRO DEL VEHÍCULO

La norma objeto de estudio nos señala que el vehículo no podrá ser retirado del almacén sin orden escrita del juez que concedió el secuestro, debe entenderse que dicha orden de retiro del vehículo será a través de una resolución judicial, la cual deberá ser cursada mediante oficio al custodio o en su defecto a la Policía Nacional que tiene internado el bien.

Quien tenga la custodia del bien (sea un tercero o la Policía Nacional) será responsable por el retiro del bien sin orden judicial previa, ya que estaría excediendo y contraviniendo sus funciones como órgano de auxilio judicial.

### 4. CONCLUSIONES

- El secuestro de vehículos puede realizarse ante el secuestro judicial como el secuestro conservativo.
- En caso el vehículo a secuestrarse se encuentre internado en algún lugar, deberá solicitarse la correspondiente orden de descerraje, extracción del bien y auxilio de la fuerza pública.
- Si el vehículo a secuestrarse se encuentra en circulación por la vía pública sin conocerse su paradero, deberá solicitarse como forma de efectivización del secuestro la correspondiente orden de captura a nivel nacional del bien.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BAPTISTA, Ovidio (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Mariha 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; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel; RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

**Artículo 647-A**

**Secuestro conservativo sobre bienes informáticos**

*En caso de que se dicte secuestro conservativo o embargo, sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos.*

*Quedan a salvo las demás disposiciones y las medidas que puedan dictarse sobre bienes informáticos o sobre la información contenida en ellos. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 343, 344.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia al secuestro o embargo de soportes magnéticos, ópticos o similares, señalando que el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos.

En las siguientes líneas nos referiremos a la interpretación debida de la norma objeto de comentario.

**2. LOS SOPORTES MAGNÉTICOS, ÓPTICOS O SIMILARES**

Un soporte magnético es uno de los tantos soportes de almacenamiento de datos que existen en los cuales se utilizan las propiedades magnéticas de los materiales para el almacenamiento de la información digital.

Ejemplo de soportes magnéticos son los discos duros, los *diskettes*, las tarjetas de memoria, etc.

Los soportes ópticos tienen como fin el almacenamiento de datos teniendo como principal característica que dicho almacenamiento se lleva a cabo a través de la tecnología digital.

Ejemplo de soportes ópticos son los cd, los dvd, etc.

Como se puede apreciar el legislador dejó abierta la posibilidad de que el embargo o secuestro pueda afectar otros tipos o clases de almacenamiento de

---

(\*) Artículo incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 26925 del 05/02/1998. El artículo 2 de esta ley precisa que el artículo incorporado es de aplicación a los procesos que se siguen conforme al Código de Procedimientos Civiles.

datos, ello con la finalidad de proteger la información contenida en los soportes que contienen la información.

### **3. EL EMBARGO O SECUESTRO**

Aunque el título del presente artículo se refiera a secuestro conservativo sobre bienes informáticos, la redacción también se refiere al embargo sobre tales bienes y efectivamente en la práctica ello también es posible.

Ahora bien si el legislador hace mención al embargo y secuestro conservativo sobre bienes informáticos, lo que nos está diciendo es que la afectación sobre dichos bienes solo procederá cuando la pretensión principal verse sobre el pago de una suma de dinero, ya que afectados los bienes con el embargo o secuestro conservativo en la etapa de ejecución forzada se procederá a la venta judicial –remate– de dichos bienes materiales.

Pero es que acaso también no podría ser factible el secuestro judicial sobre bienes informáticos, siendo aplicable la regla contenida en el artículo bajo comentario en el sentido de que el afectado con la medida podrá retirar la información contenida en los bienes secuestrados, por ejemplo, se discute la posesión o propiedad de varias computadoras, y el afectado con el secuestro judicial tendrá el derecho de retirar la información que ha guardado en dichas máquinas durante el tiempo en que ha tenido la posesión de dichos bienes.

Siendo esto así, es perfectamente factible la aplicación de la regla contenida en el presente artículo en el supuesto del secuestro judicial sobre bienes informáticos.

Ahora bien, el afectado con el embargo o secuestro sobre los bienes informáticos tiene el derecho de retirar la información contenida en ellos, y si es un derecho del afectado es él quien en plena ejecución de la medida cautelar deberá solicitar al auxiliar jurisdiccional se le permita el retiro del información, asimismo, de considerarlo el afectado podría solicitar no el retiro de la información pero sí copiar la misma en otro soporte de almacenamiento de datos que no ha sido afectado con la medida.

Ejecutado el embargo o el secuestro el afectado ya no podrá solicitar retirar la información contenida en los bienes informáticos, habiendo precluido dicha posibilidad.

### **4. LA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD**

Mientras que el derecho a la intimidad permite decidir por uno mismo en qué medida compartiremos nuestros pensamientos, sentimientos y hechos de nuestra

vida privada; el derecho a la confidencialidad implica que se permita establecer que ciertos datos o información tienen la cualidad de reservados o secretos.

Es entonces la *ratio legis* del artículo bajo comentario y de las reglas contenidas en él, la protección de ambos derechos (intimidad y confidencialidad) debido a que los bienes informáticos sirven en su mayoría para el almacenamiento de información, la cual puede tener el carácter de íntimo o confidencial y es derecho del afectado el decidir o no que esta información sea ventilada.

Siendo ello así, se desprende que el legislador del CPC tuvo como parámetro la posibilidad de acceder a la tutela cautelar armonizándolo con los otros derechos fundamentales como es el caso del derecho a la intimidad y confidencialidad.

## 5. CONCLUSIONES

- El afectado con la medida de secuestro o embargo sobre bienes informáticos tiene el derecho de solicitar al auxiliar jurisdiccional el retiro de la información contenida en los bienes afectados, ejecutada la medida habrá perdido la posibilidad de efectuarlo.
- Pese a que la norma solo menciona al embargo y secuestro conservativo sobre bienes informáticos, también será factible el secuestro judicial sobre tales bienes.
- La razón de permitir al afectado el retiro de la información de los bienes informáticos afectados con embargo o secuestro, radica en proteger el derecho a la intimidad y confidencialidad del afectado y terceros que puedan estar comprometidos en la información almacenada en los bienes afectados.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 648****Bienes inembargables**

*Son inembargables:*

1. *Los bienes del Estado.*

*Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, solo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del sector al que correspondan; (\*)*

2. *Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492 del Código Civil;*

3. *Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;*

4. *Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;*

5. *Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;*

6. *Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.*

*Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;*

7. *Las pensiones alimentarias;*

8. *Los bienes muebles de los templos religiosos; y,*

9. *Los sepulcros.*

*No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 3 y 4, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables, con excepción de los que generen los bienes señalados en el inciso 1. (\*\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 492; C.P.C. art. 616; L.G.S.F. arts. 147, 155, 163, 317; D.LEG. 822 arts. 21, 22, 115; L.G.S.C. arts. 14, 51.*

(\*) Inciso declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 006-97-AI/TC del 07/03/1997, que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, que modificó dicho inciso.

(\*\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26599 del 24/04/1996.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia al listado de bienes que son inembargables a través del proceso civil, este listado de bienes que no son pasibles de embargo tiene una razón de ser la que explicaremos más adelante.

Ello trae consigo una excepción al principio de responsabilidad patrimonial, el que supone que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros para el cumplimiento de sus obligaciones, por ende, el patrimonio del deudor es la garantía común de todos sus acreedores para la satisfacción o cumplimiento de sus obligaciones.

Si mediante el embargo se busca afectar los bienes del deudor a fin de proceder a la venta forzada de estos, y con el producto de dicha venta el acreedor vea satisfecha su pretensión que es el pago del crédito que se le adeuda, al existir bienes que no son pasible de embargo, se estaría permitiendo al deudor una forma de no responder con sus bienes ante los créditos que mantiene.

Para llegar a ello el legislador debe evaluar diversos requisitos de forma que realizando una ponderación entre el derecho de crédito y otros derechos, llegue a la conclusión de que el derecho de crédito no puede contrarrestar estos otros derechos.

A continuación pasaremos al análisis de la razonabilidad del establecimiento de bienes inembargables.

## **2. LA RAZÓN DE SER DEL CARÁCTER INEMBARGABLE DE ALGUNOS BIENES**

Como ya hemos hecho mención, cuando el legislador señala que existen bienes que no son pasibles de embargo lo que hace es remarcar una excepción al principio de responsabilidad patrimonial, toda vez que según este principio los deudores responden con su patrimonio ante el incumplimiento de sus créditos.

Para MONTERO (2004: p. 1398) “los bienes y derechos carentes de las cualidades esenciales que permitan su enajenación forzosa para obtener dinero con que satisfacer el crédito del ejecutante son absolutamente inembargables”.

Si un bien es inalienable por disposición legal entonces no es factible de enajenación y, por tanto, no tendría razón de ser que sea pasible de embargo porque

al finalizar el proceso no podrá ser vendido forzosamente, y en consecuencia no cumplirá la finalidad del embargo.

Ejemplo de estos bienes que son inembargables son los bienes constituidos en patrimonio (art. 488 del CC), a excepción de los frutos de dichos bienes en el caso de que las deudas se originen por condenas penales, tributos referentes al bien y pensiones alimenticias (art. 492 del CC).

Otro ejemplo de bienes no susceptible de embargos –que no están contemplados en el listado del artículo bajo comentario– por su carácter de inalienables lo constituyen los bienes del Estado de dominio público, *a contrario sensu* si proceden los embargos sobre bienes del Estado de dominio privado (ver comentario al art. 616 del CPC).

Además de la inalienabilidad de los bienes como requisito para que sean inembargables, encontramos que el legislador también ha considerado el criterio de subsistencia y dignidad de la persona para lo cual se toma como partida que no proceden los embargos contra los bienes que puedan afectar el normal desarrollo de la persona dentro de una sociedad.

Ejemplo de estos bienes inembargables los encontramos en los incisos 3, 6 y 7 del artículo bajo comentario, toda vez que *las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia* importan para el desarrollo de la persona dentro de la sociedad.

*Las remuneraciones y pensiones* permiten la subsistencia de las personas y tienen carácter alimentario como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3218-2004-AA/TC, en dicho supuesto el legislador establece un tope que es posible afectarse a través de embargo, habiendo considerado que dicha parte si sería disponible por parte del trabajador y no afectaría su subsistencia ni la de su familia. En efecto, si un trabajador o pensionista recibe como remuneración o pensión más de 5 URP (más de S/ 1925.00), será posible embargar el exceso de dicho monto solo hasta una tercera parte.

Excepción a esta regla es en el caso de las obligaciones alimentarias, donde si es permitido el embargo de remuneraciones y pensiones sin importar el monto de estas, teniendo como límite el 60 % de las mismas.

*Las pensiones alimentarias* tampoco son embargables ya que afectarían la subsistencia del beneficiado con dicha pensión, por cuanto sirven para solventar sus gastos básicos.

Existe también un criterio moral y ético que el legislador ha tomado en consideración para señalar ciertos bienes como inembargables, dentro de los cuales están los bienes señalados en los incisos 8 y 9.

*Los bienes muebles de los templos religiosos* han sido considerados por nuestro legislador como bienes inembargables por el hecho que con su afectación podría perjudicar a las personas creyentes, véase que no se establece alguna religión específica ya que en nuestro país existe el derecho a la libertad de culto, por tanto, los bienes muebles de cualquier templo religioso son inembargables.

*Los sepulcros* tampoco son pasibles de embargo, y esto evidentemente fue evaluado por nuestro legislador y consideró que el lecho luego que una persona fallece no debe ser pasible de embargo, ello por un tema ético y moral de la sociedad.

Ahora bien, entendemos que también el legislador ha considerado como criterio para declarar como inembargables algunos bienes, el valor afectivo que se puede tener a estos, lo que en nuestra opinión no es un criterio objetivo y razonable para establecer que un bien es inembargable ya que por ejemplo *las insignias condecorativas* tienen un valor sentimental para la persona condecorada pero evidentemente pueden ser objeto de enajenación y por tanto deberían poder ser embargadas, en cuanto a *los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional*, consideramos que son bienes muebles del Estado y de uso público por tanto no pueden ser embargadas.

Como último criterio utilizado por el legislador para declarar inembargable un bien, tenemos al de utilidad, por ello que son inembargables *los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado*, por tanto, el requisito de la indispensabilidad de los bienes para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado se acentúa, si una persona tiene un vehículo que usa de transporte para su traslado diario, el mismo si puede ser embargado porque no es indispensable para su profesión u oficio, en sentido contrario, si el vehículo fuera su herramienta de trabajo no procedería el embargo.

### **3. CAUSAL DE IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA O LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO**

Esta relación de bienes inembargables permitiría el rechazo de una medida cautelar o medida de ejecución en los casos en que el juez puede apreciar el carácter inembargable de los bienes al evaluar la concesión o no del embargo, como por ejemplo si se pretende el embargo de un bien constituido en patrimonio familiar

y de la copia literal del mismo se desprende la inscripción de dicho acto jurídico, ante ello el juez rechazará el embargo.

Pero existirán casos donde se ejecute el embargo, y posterior a la ejecución el afectado deberá poner en conocimiento del juez la calidad de inembargable del bien, como por ejemplo embargado un vehículo, el afectado deberá acreditar que dicho bien es indispensable para su oficio o profesión, de ser así, el juez ordenará el levantamiento del embargo.

#### 4. CONCLUSIONES

- Solo los bienes señalados por ley como inembargables no son pasibles de embargo, por tanto, los bienes inembargables son solo aquellos expresamente señalados por ley (principio de reserva legal).
- A fin de establecer los bienes que tendrán la característica de inembargables, el legislador no los determina de manera arbitraria, sino aplicando criterios razonables y objetivos.
- El carácter inembargable de los bienes podrá ser causal de rechazo de una solicitud de embargo sea a través de una medida cautelar o medida de ejecución si es que puede ser apreciado por el juez al momento de evaluar su concesión, y habrán supuestos donde será el afectado con el embargo quien deberá poner en conocimiento del juez el carácter inembargable del bien afectado.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BAPTISTA, Ovidio, (1993): *Teoría de la acción cautelar*, trad. Martha Olívar. 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; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar; su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Son inembargables los vehículos, entre otros, indispensables para el ejercicio directo del oficio del obligado, sin embargo, pueden afectarse cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. Si la obligación garantizada con las garantías reales otorgadas es un crédito otorgado a la empresa recurrente y no es el saldo del precio de los vehículos adquiridos, no resulta aplicable la excepción de inembargabilidad de los bienes (*Exp. N° 96-99, Sala de Procesos Ejecutivos*).

Mientras la obligación alimentaria se encuentra vigente, corresponde al obligado garantizar su cumplimiento. Si los beneficios sociales del demandado se encuentran afectados, al haberse dispuesto el pago de la tercera parte del monto retenido derivado de los beneficios sociales del demandado, se ha afectado el derecho de los menores alimentistas, por cuanto no es posible disponer de la totalidad de dicho monto, por encontrarse este afectado. Será con los informes ordenados, que se dilucidará con mayores elementos, el desuno del saldo (*Exp. N° 423-99, Sala de Familia*).

Están prohibidos los embargos sobre los bienes dados en arrendamiento financiero, mas no, sobre los ingresos que genere la actividad mercantil y que la arrendataria perciba, respecto de la explotación de los bienes que posee (*Exp. N° 99-16119-2883, Sala para Procesos Ejecutivos y Cautelares*).

Se incurre en error al indicar que no pueden afectarse bienes de la sociedad conyugal por deudas propias de los cónyuges, puesto que la medida cautelar no se solicitó sobre la integridad del bien, sino sobre los derechos que le pudiera corresponder, hasta las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales (*Exp. N° 26674-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

**Artículo 649****Embargo en forma de depósito y secuestro**

*Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, este será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos, procediéndose de la manera como se indica en el párrafo siguiente.*

*Cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, estos serán depositados a orden del juzgado. En este caso, el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. Asimismo, está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del juez, sin poder invocar derecho de retención.*

*Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco de la Nación.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P. arts. 391, 392; C.T. art. 118 inc. 2.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula al embargo en forma de depósito y señala asimismo que ante la imposibilidad jurídica de ejecutar esta modalidad de embargo se procederá a realizar la conversión de la forma de la medida cautelar, variando la misma de embargo en forma de depósito a secuestro.

Ahora bien, la norma no señala si el secuestro es judicial o conservativo, debiendo aclararse dicho extremo.

Además regula las responsabilidades del custodio que será depositario de los bienes muebles secuestrados en virtud a la conversión de la medida cautelar de embargo en forma de depósito a secuestro.

A continuación analizaremos las implicancias de la figura del embargo en forma de depósito y su conversión a secuestro.

**2. EL EMBARGO EN FORMA DE DEPÓSITO Y SU CONVERSIÓN A SECUESTRO**

Como lo señala la ley (art. 642 del CPC) el embargo solo será aplicable cuando la pretensión principal sea dineraria, siendo que el embargo en forma de depósito

es una de las tantas modalidades de embargo que nuestro legislador ha regulado expresamente.

El embargo como tal es una manifestación del derecho a la protección del crédito, así como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva –en cuanto sea una medida cautelar o medida ejecutiva–, mediante el embargo se afectan determinados bienes del deudor efectivizándose el principio de responsabilidad patrimonial, con lo cual se individualizan los bienes que serán objeto de remate y con el producto de ellos se buscará satisfacer el crédito a favor del acreedor, generando con ello un privilegio a favor del acreedor respecto de otros acreedores que no hayan afectado tales bienes.

En el caso del embargo en forma de depósito los bienes embargados serán los afectados en la diligencia judicial en la cual intervendrá el ejecutante o solicitante de la medida cautelar, el auxiliar jurisdiccional quien llevará a cabo el embargo y el afectado con la medida de embargo en forma de depósito.

Como quiera que este embargo solo será factible en el caso de bienes muebles no inscritos o bienes inmuebles no inscritos (ver art. 650 del CPC), el juez al conceder la medida deberá ordenar el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de la medida y además la autorización del descerraje en caso sea necesario, ello teniendo en consideración que los bienes muebles no inscritos estarán en el domicilio del deudor y sin orden judicial que permita el acceso al domicilio será prácticamente inviable la ejecución del embargo en forma de depósito.

Como característica principal de esta modalidad de embargo, será que los bienes muebles no inscritos y afectados serán custodiados por el propio deudor quien a su vez es el propietario de los mismos, siendo que no podrá disponer (enajenar) dichos bienes una vez ejecutado el embargo, de hacerlo será pasible de las sanciones civiles y penales establecidas en las leyes.

Esta designación del deudor (propietario) como depositario de los bienes muebles no inscritos se efectúa por imperio de la ley, es decir, la misma no es por discrecionalidad del juez, sino porque la propia ley así lo establece.

Ahora bien, el legislador también hace mención a la posibilidad que el deudor (propietario) no acepte se le nombre como depositario del bien, en dicho supuesto automáticamente se procederá a variar el embargo en forma de depósito a la medida de secuestro de los bienes muebles del deudor.

Bajo estas premisas y como quiera que la medida principal es un embargo que luego varía convirtiéndose en secuestro, entendemos que la norma se refiere únicamente al secuestro conservativo, la que tiene también a asegurar el



cumplimiento de una obligación dineraria, siendo que como ya lo hemos explicado (ver comentario al art. 643 del CPC) el secuestro conservativo solo procede frente a bienes muebles.

Ahora bien, en estricta aplicación del principio de economía procesal en la misma resolución que concede el embargo en forma de depósito deberá también concederse el secuestro conservativo en caso el deudor (propietario) no acepte ser el depositario de los bienes, por ende, un acreedor diligente en la solicitud cautelar donde pida embargo en forma de depósito también deberá solicitar el secuestro conservativo en caso no pueda ejecutarse el embargo, proponiendo para ello un custodio que deberá ser aceptado y nombrado por el juez en la resolución que concede la medida cautelar o la medida ejecutiva.

En dicho supuesto, será perfectamente válido que en la ejecución del embargo en forma de depósito y no prosperar la misma por la negativa del deudor (propietario) a la aceptación de ser depositario, se procederá al secuestro de los bienes muebles no inscritos, los cuales deberán ser trasladados al almacén de propiedad o conducidos por el custodio.

Debemos también pronunciarnos respecto de la atingencia que realiza el legislador cuando hace referencia a que el custodio tiene la obligación de presentar los bienes dentro del día siguiente de la intimación del juez, sin invocar derecho de retención.

En efecto, la labor del custodio tiene naturaleza civil y se asemeja a una locación de servicios especial, por tanto, el custodio no podrá argüir derecho de retención y retener los bienes que tiene en su poder hasta que se cancelen sus honorarios, ya que la cancelación de sus honorarios estarán a cargo del solicitante de la medida y el juez ordenará al mismo el cumplimiento de dicho pago bajo los apercibimientos de ley.

Por último la norma hace mención que tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, estos serán depositados en el Banco de la Nación, siendo que esta entidad tendría entonces la calidad custodio de dichos bienes, ya que solo procederá en caso el deudor (propietario) no acepte ser el depositario.

Coincidimos con la profesora LEDESMA cuando señala que “el depósito se diferencia del secuestro en los efectos, pues mientras los bienes embargados quedan bajo la custodia del propio deudor-propietario, si este ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en la hipótesis del secuestro, por cuanto las cosas afectadas por la medida se ponen bajo la custodia de un tercero” (2008: p. 207).

### 3. CONCLUSIONES

- El embargo en forma de depósito es una modalidad del embargo, y como tal permite la afectación e individualización de los bienes que serán pasibles de remate para satisfacer la pretensión del acreedor, la cual será el pago de una suma dineraria.
- Cuando el embargo en forma de depósito no puede ejecutarse por la renuencia del deudor (propietario) de aceptar su designación como depositario dicha medida variará, se convertirá en secuestro conservativo, cumpliendo la misma finalidad que el embargo, esto es, asegurar el cumplimiento de una obligación dineraria.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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 NARVAÉZ, 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; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 medida cautelar dictada en forma de secuestro conservativo sobre los bienes de propiedad del codemandado, por un monto igual al señalado en el mandato ejecutivo, no puede considerarse como un abuso de derecho, toda vez que las medidas cautelares buscan asegurar el cumplimiento o eficacia de la decisión definitiva, para en su momento y caso proceder a la ejecución forzada (*Exp. N° 018-2005*).

La Ley General de Sociedades sí prevé la posibilidad de dictar medida cautelar en forma de depósito sobre acciones (*Exp. N° 4298-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

**Artículo 650****Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona**

*Cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.*

*En este supuesto el juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, solo para fines de la anotación de la medida cautelar.*

*También en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 642, 644; R. 097-2013-SUNARP/SN. art. 129.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**I. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula dos situaciones distintas en las cuales de posibilita la afectación de un inmueble a través del embargo.

La primera situación que el legislador consideró que debería estipularse la posibilidad de afectar a través de un embargo los inmuebles, es el supuesto que el inmueble no esté inscrito en los Registros Públicos, en dicha situación el inmueble es de propiedad del deudor y como tal forma parte de su patrimonio y debe por ende responder por las obligaciones de aquel, de conformidad con el principio de responsabilidad patrimonial.

La segunda situación considerada por el legislador es la posibilidad de embargar un inmueble inscrito en los Registros Públicos a nombre de tercera persona –sujeto distinto al deudor–, pero que en la realidad es de propiedad del deudor.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Como veremos más en detalle, existe una gran diferencia entre el embargo sobre inmueble no inscrito y el embargo sobre inmueble inscrito a nombre de tercera persona.

A continuación, pasaremos al análisis de cada una de estas posibilidades de embargo que el legislador ha considerado atendibles a fin de posibilitar al acreedor los mecanismos legales adecuados para tratar de satisfacer su pretensión, que no es otra cosa que el cumplimiento de una obligación dineraria.

## **2. EL EMBARGO SOBRE INMUEBLE NO INSCRITO**

En primer orden debemos señalar que en una relación jurídica obligacional, existe un sujeto activo denominado acreedor y un sujeto pasivo denominado deudor, el deudor tiene la obligación de cumplir una prestación a favor del acreedor dentro de los parámetros establecidos como son el de integridad, identidad, y dentro del plazo convenido.

Cuando el deudor incumple –cualquiera de los parámetros establecidos– el acreedor tiene la facultad de utilizar los mecanismos legales que estén a su alcance a fin de que el deudor cumpla su obligación.

En el supuesto que la obligación sea dineraria, el principio de responsabilidad patrimonial por el cual todos los bienes del deudor presentes y futuros son capaces de responder por la obligación se acentúa, siendo que el acreedor puede pretender la afectación de los bienes que se conforman el patrimonio del deudor y con la venta judicial de ellos hacerse cobro de la obligación impaga.

En este orden de ideas, el embargo constituye una garantía judicial del crédito y solo es posible esta medida en los casos donde se pretenda el pago de sumas de dinero (art. 642 del CPC), afectándose determinados bienes del deudor para su posterior venta judicial y el producto obtenido cubrirá el crédito.

Bajo estas premisas, también debemos considerar que en nuestro país a la fecha existen bienes inmuebles registrados (inmatriculados en los Registros Públicos) y no registrados (no inmatriculados en los Registros Públicos), pese a que lo ideal es que todos los inmuebles estén registrados, ello no sucede en la realidad.

Ahora bien, estos bienes inmuebles no registrados tienen propietarios y estos pueden ser deudores en una relación jurídica obligacional, entonces si estos bienes inmuebles no registrados forman parte del patrimonio del deudor podrán ser embargados en virtud al principio de responsabilidad patrimonial.

Ello es precisamente lo que nuestro legislador ha establecido con claridad en nuestro ordenamiento jurídico, lo que obedece a la realidad de nuestro país, es

decir, la existencia de bienes inmuebles que no están inmatriculados en los Registros Públicos.

La norma objeto de comentario en su primer y segundo párrafo regula el embargo sobre inmueble no inscrito, siendo que esta medida como regla general se ejecutará bajo la forma de un embargo en forma de depósito y accesoriamente –a pedido del solicitante– podrá formalizarse a través de la inmatriculación del inmueble preventivamente en los Registros Públicos.

Nos explicamos, se trata en primer lugar de un embargo en forma de depósito porque el propio obligado será nombrado como depositario del inmueble debiendo conservar la posesión inmediata del bien, y en segundo lugar, a solicitud del peticionante este embargo adicional al depósito se ejecutaría a través de la inscripción preventiva del inmueble en los Registros Públicos, pero solo para los efectos de la medida cautelar o medida de ejecución de ser el caso.

En cuanto al embargo sobre inmueble no inscrito en forma de depósito, la norma precisa que se nombrará como depositario al obligado con la medida cautelar o medida de ejecución, es decir, no existe otra posibilidad más que se nombre como depositario al propio obligado.

¿Qué sucede si al momento de la ejecución del embargo el inmueble está en posesión inmediata de un tercero? Pues igual el depositario nombrado por imperio de la ley será el obligado o afectado y no será impedimento alguno para la ejecución del embargo el hecho de que la posesión inmediata del inmueble recaiga sobre un tercero.

Además señala la norma que el obligado nombrado por mandato legal como depositario deberá conservar la posesión inmediata del bien careciendo de la obligación de pagar renta, es lógico que el propietario de un inmueble no deba pagar renta por poseer (posesión inmediata) así dicho bien se encuentre afectado por embargo, por tanto, nada nuevo nos dice el legislador.

Ahora bien, si el inmueble no inscrito ha sido entregado en arrendamiento, el poseedor inmediato del bien será el arrendatario (tercero), y de interpretarse literalmente la norma objeto de comentario, se desprende que el obligado una vez ejecutado el embargo sobre inmueble no inscrito deberá conservar la posesión inmediata del bien, lo que evidentemente colisionaría con el contrato de arrendamiento que ha celebrado con su arrendatario.

Entendemos que el legislador no se colocó en esta hipótesis, pero no es óbice para que se frustre el embargo o se desconozca un contrato, aquí la solución sería que de igual forma el afectado con el embargo deberá ser nombrado como depositario por mandato legal, pero no deberá conservar la posesión inmediata del bien

al tener que respetar el contrato de arrendamiento que celebró con el arrendatario (tercero), siendo que igual tendrá las responsabilidades civiles en caso el bien sufra deterioro distinto al uso normal del inmueble.

Esto debería ser así porque no se puede obligar a nadie a incumplir un contrato, salvo que sean las mismas partes de dicho contrato las que están litigando en un proceso judicial, cosa que no sucede en la situación descrita, véase además que la propia norma señala que cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, *con exclusión de sus frutos*, es decir, permitiría que el propietario obtenga frutos del inmueble como por ejemplo la renta (frutos civiles) originada por el arrendamiento del bien, distinto sería el embargo de la renta para lo cual se debería proceder con un embargo en forma de retención (art. 657 del CPC).

En cuanto a la anotación preventiva del inmueble no inscrito en los Registros Públicos complementaría el embargo en forma de depósito, de una interpretación literal de este artículo se desprende que el juez está prohibido de ordenarla de oficio.

Además el hecho de que el inmueble pueda inscribirse preventivamente en los Registros Públicos es solo para los efectos de la medida cautelar o de ejecución, bajo dicho contexto, el propietario no podrá beneficiarse de los derechos de la inscripción en los Registros Públicos, como por ejemplo pretender hipotecar el inmueble a un tercero atendiendo a que dicho bien ya consta inscrito en los Registros Públicos.

Habría que preguntarnos ¿por qué el legislador permite a pedido del solicitante la inscripción preventiva del inmueble embargado? Entendemos que la respuesta es obvia, por seguridad jurídica.

Ello debido a que como cualquier otra modalidad de embargo no restringe la facultad de disposición del inmueble por parte de su propietario, siendo que este podría venderlo y el tercer adquirente alegaría que desconocía de la afectación –embargo sobre inmueble no inscrito– ya que no existía algún mecanismo que publicite la afectación como si sucede si el inmueble estuviese registrado, por tanto, este es el motivo que justifica el establecimiento del segundo párrafo del artículo bajo estudio y creemos que no solo deberá proceder la inscripción a solicitud de parte, sino como forma complementaria de la ejecución del embargo sobre inmueble no inscrito, ello en atención a la finalidad del embargo –garantizar el crédito incumplido– que se vería entorpecida por distintas situaciones como la venta del inmueble no inscrito a tercera persona que desconozca la afectación.

### 3. EL EMBARGO SOBRE INMUEBLE INSCRITO A NOMBRE DE TERCERA PERSONA

Del título del artículo que analizamos parece desprenderse que solo se refiere al embargo sobre inmuebles inscritos a nombre de terceros, pero en nuestra opinión la norma es perfectamente aplicable a bienes muebles como inmuebles que se encuentren inscritas a nombre de terceras personas, esto porque existen también bienes muebles que pueden inscribirse en los Registros Públicos como por ejemplo los automóviles.

Ahora bien, el presupuesto para la procedencia de este embargo es que el deudor sea el propietario del bien (o al menos parezca), pese a que en Registros Públicos figure como titular un tercero.

En ese sentido es claro que, el legislador no pretende afectar bienes que pertenezcan a terceros ajenos a la relación obligacional, sino que por un tema práctico y de conocimiento que en muchísimas ocasiones existe inexactitud entre lo que está inscrito en los Registros Públicos con lo que acontece en la realidad, permite la posibilidad de este embargo, siendo la forma de la medida un embargo en forma de inscripción ya que se anotará en la partida registral del bien.

¿Cómo se puede acreditar fehacientemente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro?, por ejemplo si se adjunta a la solicitud de medida cautelar o a la medida de ejecución el testimonio de escritura pública de la compraventa de un inmueble por el cual el titular registral a transferido la propiedad de dicho bien al deudor a cambio del precio que ya fue cancelado, en dicha hipótesis es claro que el actual propietario del inmueble es el deudor solo que aún no ha formalizado la transferencia del bien en los Registros Públicos pero la escritura pública acredita de modo fehaciente el acto jurídico.

En el caso de bienes muebles, podemos colocar como ejemplo que se haya suscrito el acta de transferencia vehicular en la notaría por el cual el tercero registral ha vendido un vehículo al deudor, siendo que aún está pendiente la inscripción de dicho acto en los Registros Públicos, dicha acta acredita fehacientemente la inexactitud del Registro en cuanto al actual titular del vehículo.

La norma además señala que se le notificará al tercero que aparece en el Registro con la medida cautelar, entendemos que la notificación se hará luego de ejecutado el embargo –inscrito en los Registros Públicos–, dicha notificación tendrá como finalidad que el tercero que aparece en Registros Públicos como titular registral pueda solicitar la desafectación del bien para lo cual deberá acreditar

que sigue gozando de la titularidad del bien como por ejemplo que opere la resolución del contrato de compraventa por el cual transfería la propiedad del bien al obligado, etc.

Por último se señala también que para proceder a la venta del bien, se deberá haber regularizado el tracto registral, es decir, para la procedencia del remate judicial el titular del bien en los Registros Públicos deberá ser ya el obligado y no el tercero.

Esto podría acarrear que el proceso de ejecución se dilatará porque quedará en potestad del afectado (obligado) con el embargo si se realiza la formalización o no de la inscripción de su derecho en los Registros Públicos, es decir el ejecutante podrá impulsar el proceso hasta tener por aprobada la tasación del bien a rematarse, pero se verá impedido en que se nombre el martillero público que se encargará de llevar a cabo la venta judicial del bien.

En nuestra opinión, debería proceder la venta judicial sin importar si se regularizó el tracto sucesivo registral, ello en virtud a que la afectación ya fue registrada si se ha llegado incluso al proceso de ejecución y se está en la etapa de ejecución forzada sin que el tercero que aparece como titular en el Registro Público haya objetado nada, implicaría que efectivamente el bien es de propiedad del obligado, de lo contrario, se permitiría un embargo pero no cumpliría íntegramente su finalidad al no poder venderse judicialmente el bien.

#### 4. CONCLUSIONES

- El embargo sobre inmueble no inscrito y el embargo sobre bien inscrito a nombre de tercero son dos manifestaciones del embargo ante situaciones distintas.
- El presupuesto para que proceda el embargo sobre inmueble no inscrito es precisamente que el inmueble no tenga inscripción registral y de los documentos aparejados a la solicitud de medida cautelar o ejecución se acredite la existencia del bien y la propiedad a favor del obligado.
- A fin de afectar el inmueble no inscrito se formalizará la medida a través del embargo en forma de depósito y complementariamente –a solicitud del obligado– se inmatriculará preventivamente el inmueble en los Registros Públicos.
- El presupuesto para que proceda el embargo sobre bien inscrito a nombre de tercero es que se acredite que el propietario actual del bien es el obligado, por tanto, se estaría afectando un bien el patrimonio del obligado y no de tercero.



---

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Habiéndose concedido medida cautelar sobre bien inmueble no inscrito, el plazo de diez días para interponer la demanda, deberá contarse a partir de la fecha de la efectivización de esa medida, independientemente de la inscripción preventiva (*Exp. N° 2668-1036-99, Sala de Procesos Ejecutivos*).

**Artículo 651**

**Secuestro de bienes dentro de una unidad de producción o comercio**

*Pueden secuestrarse bienes muebles que se encuentran dentro de una fábrica o comercio, cuando estos, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 643, 644.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la posibilidad de secuestrar bienes muebles que estén dentro de una fábrica o comercio, con la condición de que aisladamente no afecten el proceso de producción o comercio.

En el terreno fáctico, en la ejecución de la medida de secuestro será el auxiliar jurisdiccional quien determinará –a su criterio– si dichos bienes muebles afectan o no al proceso de producción o comercio, será por tanto sometido a la discrecionalidad del auxiliar jurisdiccional la viabilidad o no de esta medida pese a que haya sido concedida por el juez.

A continuación analizaremos la posibilidad o no de la ejecución de este secuestro sobre bienes muebles en una fábrica o comercio.

**2. VIABILIDAD DEL SECUESTRO**

En primer lugar debemos señalar que, cuando el legislador se refiere a secuestro sobre bienes muebles ubicados en una fábrica o comercio se está refiriendo al secuestro conservativo que es aquel que tiene como finalidad garantizar una obligación dineraria, no procedería respecto al secuestro judicial porque en dicho supuesto no importaría si los bienes muebles están dentro de una fábrica o comercio y afectan el proceso de producción o de comercio por cuanto en dicho caso se estará discutiendo el derecho de propiedad o posesión sobre los mismos que se transforma en el proceso en una obligación de dar bien mueble determinado.

Aclarado ello, pasaremos a explicar qué es un proceso de producción:

“Un proceso de producción es un sistema de acciones que se encuentran interrelacionadas de forma dinámica y que se orientan a la transformación de ciertos

elementos. De esta manera, los elementos de entrada (conocidos como factores) pasan a ser elementos de salida (productos), tras un proceso en el que se incrementa su valor” (tomado de <http://definición.de>).

Mientras que el proceso de comercialización vendría a ser todas aquellas acciones que se realizan a fin de que el producto sea adquirido por los clientes, por ejemplo el mercadeo.

En esta línea de ideas, es válido afirmar que todo el proceso de comercialización tiene que estar orientado hacia el consumidor y el proceso de producción debe dirigirse a suministrar a los clientes lo que desean o necesitan. Esa es la única razón por la cual la gente gasta su dinero.

Siendo esto así, ¿cómo determinamos si el bien mueble a secuestrar afecta o no el proceso de producción o proceso de comercialización?, pues la respuesta es la más sencilla, *no hay criterio alguno para ello*.

Podría darse el caso de que en una fábrica donde se pintan pantalones solo exista una máquina con la cual se pueda pintar los pantalones en dicho supuesto no procedería el secuestro del bien por cuanto afectaría el proceso de producción de la fábrica, si fueran dos las máquinas y se secuestra una aunque no se afectaría totalmente el proceso de producción en la fábrica, si se afectaría dicho proceso en cuanto al nivel de producción de los pantalones pintados debido a que al haber solo una máquina se tardará más la fábrica en cumplir con sus clientes en cuanto al pintado de pantalones, por tanto, sería poco factible que en dicho supuesto también proceda el secuestro sobre la máquina.

Ahora bien si en dicha fábrica donde se pintan pantalones se encuentra un vehículo, el mismo si podrá ser secuestrado, por cuanto no forma parte como herramienta necesaria para el proceso de producción de pintado de los pantalones.

Creemos que tampoco será necesaria la intervención de un perito para determinar si con el secuestro del bien mueble se afecta al proceso de producción de una fábrica o al proceso de comercialización de una empresa porque estos tampoco podrían opinar válidamente sobre este aspecto, ya que el mismo es eminentemente subjetivo.

Siendo esto así, en nuestra opinión será el auxiliar jurisdiccional quien *in situ* deberá determinar si el secuestro de los bienes muebles es factible o no verificando al detalle la posible afectación o no del proceso de producción o de comercio, y en todo caso, el afectado con la medida cautelar podrá en su oportunidad formular oposición a la misma.

### 3. CONCLUSIONES

- La norma objeto de comentario al referirse al secuestro lo hace en el sentido del secuestro conservativo, ya que solo en este puede existir la limitación de secuestrar bienes muebles que afecten el proceso de producción de una fábrica o el proceso de comercialización de una empresa.
- No existe criterio objetivo para determinar en qué casos el secuestro de un bien mueble ubicado en una fábrica afecta su proceso de producción o en una empresa se afecte su proceso de comercialización.
- Será el auxiliar jurisdiccional quien ejecute el secuestro, quien determinará *in situ* si al secuestrarse el bien mueble se afecta el proceso de producción o de comercialización, siendo que el afectado con la medida cautelar podrá formular oposición alegando y probando en su caso la afectación a alguno de estos procesos (producción o de comercialización).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

Definición de proceso de producción. (s.f.). Recuperado el 18 de junio de 2015. En: <<http://definicion.de/proceso-de-produccion/#ixzz3dXonoyLP>>.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 impugnante no ha acreditado que los bienes inventariados tengan la calidad de inembargables conforme a lo normado por el inciso 4 del artículo 648 del Código Procesal Civil; asimismo, no ha probado que se haya afectado el proceso de producción o de comercio acorde a lo establecido por el artículo 651 del citado texto legal, por lo tanto corresponde rechazar dicho agravio tanto más si los bienes inventariados quedaron en poder del apelante (*Exp. N° 24-2006*).

**Artículo 652 | Secuestro de títulos de crédito**

*Cuando se afecten títulos-valores o documentos de crédito en general, estos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. El custodio queda obligado a todo tipo de gestiones y actuaciones que tiendan a evitar que el título se perjudique y a depositar de inmediato a la orden del juzgado, el dinero que obtenga.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 643, 644.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la afectación mediante medida cautelar o medida ejecutiva de secuestro conservativo sobre documentos de crédito.

Como quiera que hasta el dinero es un bien mueble y por lo tanto sujeto posible de afectación jurídica a través de la medida cautelar o medida ejecutiva, los documentos de crédito en general representan derechos patrimoniales y al ser considerados también como bienes muebles es perfectamente válida su afectación jurídica como lo establece la norma materia de análisis.

En las siguientes líneas se analizará en que consiste esta modalidad de afectación de bienes, así como como se materializa la misma en la práctica.

**2. LOS DOCUMENTOS DE CRÉDITO**

El legislador a través de la norma objeto de estudio faculta al acreedor para que afecte los valores de su deudor.

Ahora bien, “sea que se representen en documentos o en cuentas llevadas en un registro, el régimen jurídico de la emisión, circulación y ejercicio de estos derechos, es similar. Por ello entendemos que una definición comprensiva de todos los valores debiera partir de lo más importante, que son los derechos de contenido patrimonial que se incorporan en el soporte físico, sea este un documento de papel o una anotación contable en un registro especial” (VILLEGAS, 2004: p. 38).

En efecto, los valores pueden tener soporte físico (materializados) como son los títulos valores y existen otros valores que no tienen soporte físico (desmaterializados), ambos contienen derechos patrimoniales y en nuestra opinión ambos pueden ser afectados, el primero a través del secuestro conservativo.

Entre los valores materializados tenemos a los títulos valores, siendo que su concepto “se desarrolla siempre en la base conceptual de la existencia de un documento con contenido patrimonial, existente físicamente. Si bien el desarrollo de la actividad mediadora y la agilidad de las relaciones de cambio han introducido nuevos supuestos de transacción sobre los derechos inmanentes reposados en título, el concepto de título valor reposa en su existencia cartular, a diferencia del derecho-valor que puede desmaterializarse, y en donde es más apropiado referimos a los valores negociables o valores mobiliarios” (MONTÓYA et ál., 2012: p. 21).

### **3. EJECUCIÓN DEL SECUESTRO CONSERVATIVO SOBRE DOCUMENTOS DE CRÉDITO**

Como la misma norma señala, para la ejecución de la medida de secuestro conservativo sobre documentos de crédito, dichos documentos serán entregados al custodio y el auxiliar jurisdiccional elaborará el acta correspondiente, la que se anexará al documento de crédito en copia certificada, así como copia certificada de la resolución donde se nombra al custodio (por lo general la resolución concesoria de la medida cautelar), desde dicho momento el custodio tiene el deber de conservar y gestionar el adecuado cumplimiento del documento de crédito.

Por ejemplo, en el supuesto que el documento de crédito sea un pagaré el cual ha sido emitido a favor del afectado con la medida cautelar, el que ha vencido y no ha sido pagado por el obligado de dicho título valor, el custodio tiene la obligación de exigir el cumplimiento de la obligación y en todo caso demandar judicialmente la ejecución de la obligación contenida en el pagaré, para lo cual deberá poner en conocimiento del juez esta situación a fin de que dichos gastos sean asumidos por el solicitante de la medida cautelar o medida ejecutiva.

Aunado a ello, también deberá verificar que el plazo de prescripción de la obligación contenida en el título valor no se materialice, siendo responsable por el no ejercicio de la pretensión correspondiente.

En el caso de valores mobiliarios como las acciones, se procede al secuestro de una forma distinta teniendo en cuenta que son valores inmaterializados, se procederá a la anotación de la afectación en CAVALI que es el Registro Central de Valores y Liquidaciones en nuestro país, para lo cual se deberá cursar el oficio respectivo a dicha entidad adjuntándose copia certificada de la resolución que ordena la medida cautelar o medida ejecutiva.

En uno y otro caso, vemos que es perfectamente factible la afectación de los documentos de crédito estén o no materializados.

#### 4. CONCLUSIONES

- Como quiera que es posible la afectación del dinero, al considerársele como un bien mueble, los documentos de crédito también son pasibles de afectación jurídica.
- El legislador permite al acreedor afectar los documentos de crédito de su deudor a través del secuestro conservativo, siendo que cuando se señala documentos de crédito debe interpretarse que se refiere a los derechos patrimoniales materializados como los títulos valores e inmaterializados como las acciones.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Hernando (2012): *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*, 8ª ed. Lima: Idemsa; VILLEGAS, Carlos, (2004): *Títulos valores y valores negociables*. Buenos Aires.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Cuando se afecten títulos valores o documentos de crédito en general, estos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con la copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. Constituyendo el secuestro una modalidad en embargo consistente en la desposesión de un bien con entrega del mismo a un custodio, es nula el acta de embargo si no se ha cumplido con entregar al custodio el documento de crédito materia de embargo, con su anotación respectiva (*Exp. N° 924-98, Segunda Sala Civil*).

**Artículo 653**

**Cateo en el embargo en depósito o en el secuestro**

*Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si estos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que esta le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del afectado, respetando el decoro de esta.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 649.*

---

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la posibilidad del cateo de lugares como de personas en el embargo en forma de depósito o en el secuestro.

La norma resulta ambigua, en el sentido de que el cateo solo es procedente en el supuesto de medida cautelar o ejecutiva de embargo en forma de depósito y que posteriormente varía a convertirse en secuestro, o si en su defecto, también procede solo cuando la medida sea una de secuestro.

A continuación trataremos de esclarecer las implicancias de la posibilidad del cateo como medio para ejecutar las medidas cautelares.

**2. EL CATEO**

El cateo es considerado como la acción de allanar una morada o explorar un terreno.

Para el efecto práctico del Derecho Procesal Civil el cateo significaría buscar o allanar tanto en el domicilio del afectado como en su propio cuerpo.

En este orden de ideas, la doctrina señala que existen para nuestro legislador dos clases de cateos, el cateo de lugares y el cateo de personas.

El cateo de lugares "se refiere al ingreso en ámbitos ubicados dentro de inmuebles ocupados o no, (...). Admitida sin discusión la viabilidad jurídica del allanamiento al lugar principal, no se ve inconveniente en aceptar lo propio con



referencia a los sitios que lo integran, o a los muebles en ellos instalados” (Rivas, 2005: pp. 135-136).

En cuanto al cateo de personas, el mismo implica el examen o búsqueda de bienes pasibles de embargo o secuestro que se encuentren en la vestimenta del afectado con la medida cautelar o ejecutiva y que lleva puesta al momento de la ejecución de la medida.

### 3. REQUISITOS PARA EL CATEO

Como se desprende de la norma objeto de estudio para la procedencia del cateo tanto de lugares como de personas, deben concurrir copulativamente ciertos requisitos.

En *primer lugar* que su ejecución solo es factible –en el Derecho Procesal Civil– si estamos ante las medidas –cautelar o ejecutiva– de embargo en forma de depósito o secuestro.

En nuestra opinión procederá el cateo tanto en el embargo en forma de depósito y a su vez en el secuestro conservativo (no en el judicial) por cuanto las medidas tienen la misma finalidad, esto es, garantizar el cumplimiento de una obligación dineraria. Además, no es necesario que el secuestro conservativo sea originado como conversión del embargo en forma de depósito ante la negativa del deudor (propietario) de asumir la calidad de depositario (art. 649 del CPC), sino que es perfectamente factible que el cateo proceda ante la concesión del secuestro conservativo sin previo embargo en forma de depósito.

En *segundo lugar* para la procedencia del cateo debe verificarse el ocultamiento de bienes o que estos sean afectados manifiestamente insuficientes para cubrir el monto de la afectación, ya sea en el embargo en forma de depósito o en el secuestro conservativo.

En efecto, quién ejecutará tanto el embargo en forma de depósito o el secuestro será el auxiliar jurisdiccional y este podrá verificar si el deudor está o ha ocultado bienes pasibles de afectación, o analizará si los bienes ya afectados tienden a cubrir el monto de la afectación del embargo o secuestro ordenado por el juez.

En *tercer lugar* el cateo procede siempre que la parte ejecutante lo solicite, por ende, el ejecutante o solicitante de la medida ejecutiva o cautelar deberá participar en la diligencia de embargo en forma de depósito o secuestro conservativo, caso contrario no procedería el cateo sobre lugares o de personas.

Ahora bien, la concurrencia copulativa de los requisitos señalados para la procedencia del cateo es justificada debido a que es una medida extrema y por

tanto excepcional otorgada por el legislador a fin de evitar se frustren los embargos en forma de depósito o los secuestros conservativos por un actuar de mala fe por parte del deudor.

#### 4. CONCLUSIONES

- El cateo según nuestro legislador puede clasificarse en cateo de lugares y cateo de personas.
- El cateo procede tanto en el embargo en forma de depósito como en el secuestro conservativo, sin necesidad que el secuestro conservativo sea una conversión del embargo en forma de depósito, es decir, procede indistintamente antes ambas medidas.
- Para que proceda el cateo es necesario que concurren los siguientes requisitos: i) procede en el embargo en forma de depósito o en el secuestro conservativo, ii) procede ante el evidente ocultamiento de bienes por parte del deudor o si los bienes afectados son manifiestamente insuficientes para cubrir el monto de la afectación por el embargo en forma de depósito o secuestro, y; iii) procede únicamente a solicitud de parte.
- El cateo tiene su justificación en que el legislador ha ponderado el derecho del acreedor sobre el derecho del deudor que actúa de mala fe pretendiendo ocultar bienes que frustren la medida cautelar o ejecutiva en su contra.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, 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; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 654 | Retribución del custodio**

*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.*

*Está exceptuado el Banco de la Nación cuando se trata del dinero por el que debe abonar interés legal de acuerdo a las disposiciones legales sobre la materia.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 632, 649 párr. 3.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos regula la retribución al custodio quien será el encargado de conservar en buen estado los bienes objeto de embargo o secuestro, es decir, el custodio cumplirá una prestación de servicios dentro del proceso judicial, específicamente en el procedimiento cautelar.

En las siguientes líneas analizaremos la naturaleza jurídica de la labor prestada por el custodio, así como sus implicancias dentro del procedimiento cautelar.

**2. EL CUSTODIO COMO ÓRGANO DE AUXILIO JUDICIAL**

El custodio colabora con la tramitación adecuada del proceso, específicamente del procedimiento cautelar pero no es parte ni tercero interesado en este, solo coadyuva en el procedimiento cautelar sin tener interés alguno en el resultado del proceso judicial.

Es un órgano de auxilio judicial aunque expresamente no lo diga la ley (art. 56 del CPC), pero se entiende que ello es así por la colaboración que presta dentro del procedimiento cautelar.

En efecto, así como los curadores, los peritos, el martillero, y los depositarios son considerados como órganos de auxilio judicial, los custodios cumplen una labor similar a la de los depositarios que colaboran con el proceso judicial, y si todos estos órganos de auxilio judicial tienen el derecho de ser retribuidos por la labor que prestan en el proceso, es obvio que el custodio también debe tener tal derecho.

El legislador ha considerado ello y por tal motivo existe norma expresa (art. 632 del CPC) que esboza el derecho de los órganos de auxilio judicial a ser retribuidos por la labor que prestan en el proceso.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LABOR DEL CUSTODIO

Como muy bien lo señala la norma, el custodio y cualquier otro órgano de auxilio judicial tiene el derecho a ser retribuido por la labor prestada.

En ese orden de ideas, la labor que prestan los custodios y cualquier otro órgano de auxilio judicial no puede ser considerada como de naturaleza laboral o que genera un vínculo laboral, pues los órganos de auxilio judicial no se encuentran subordinados ni a las partes y tampoco al juez, solo que su labor debe ser prestada en armonía con el principio de buena fe procesal colaborando con el trámite del proceso.

Por obvias razones la prestación de servicios que brindan está sujeta a un determinado tiempo, a unas determinadas pautas dictadas por el juez y ameritan una retribución.

Siendo esto así, la labor del custodio —así como la de cualquier órgano de auxilio judicial— tendrá una naturaleza civil y en nuestra opinión deberá ser considerado como un contrato de locación de servicios (art. 1764 del CC).

Mediante este contrato el locador a realizar una conducta que tiene por objeto servir al comitente o locatario, y como contraprestación recibirá una retribución.

Como lo enseña la doctrina los rasgos distintivos de la locación de servicios son: “la inexistencia de subordinación para el comitente; la temporalidad del servicio o la labor de destajo (trabajo determinado)” (BELTRÁN, 2007: p. 119).

Los órganos judiciales están sometidos al cumplimiento de lo encomendado por el juez sin estar subordinados a él, ya que el juez no dirigirá su labor. Lo que sí será necesario es que el cumplimiento de la prestación de servicios sea realizada respetando los principios de probidad, lealtad y buena fe, de lo contrario podrán ser posibles de sanción —multa—.

Como anteriormente hicimos mención la prestación de servicios estará sometida a un plazo determinado, en el caso del custodio la labor prestada será hasta que siga vigente la medida cautelar, la que puede fenecer por distintos motivos como por ejemplo su conversión a ejecución forzada, la cancelación de la misma por sentencia (o auto final) desfavorable al solicitante (art. 630 del CPC), caducidad (arts. 625 y 636 del CPC), etc.

#### 4. LA RETRIBUCIÓN COMO DERECHO POTESTATIVO DEL CUSTODIO

La norma objeto de comentario señala que el custodio antes de aceptar el cargo debe proponer el monto de la retribución por el servicio que prestará siendo finalmente el juez quien fijará dicho monto.

Estamos entonces ante una remuneración dineraria la cual deberá ser asumida por el solicitante de la medida cautelar y luego podrá ser reembolsada al liquidar las costas procesales en caso su pretensión haya sido amparada.

Ahora bien, como la remuneración del custodio o cualquier órgano de auxilio judicial es un derecho potestativo, es perfectamente válido que el custodio no solicite remuneración alguna y en tanto no fue solicitada el juez no deberá fijar monto alguno por concepto de retribución.

Esta circunstancia se da mayormente porque los custodios propuestos y nombrados tienen algún tipo de relación con los solicitantes de las medidas cautelares, lo que es así a fin de que la ejecución de la medida cautelar no resulte ser onerosa.

Lo expuesto aquí tiene asidero legal si interpretamos sistemáticamente la norma objeto de comentario con otro dispositivo legal (art. 632 del CPC) en el cual se señala que “los órganos de auxilio judicial perciben retribución que a su solicitud le fije el juez”, es decir, es a solicitud del órgano de auxilio judicial que se fija una retribución y su monto, “siendo un deber de los custodios proponer el monto de la retribución, caso contrario no se fijará retribución alguna”.

#### 5. CONCLUSIONES

- El custodio es un órgano de auxilio judicial teniendo como tal deberes y derechos.
- La naturaleza jurídica de la labor desarrollada por los custodios –y cualquier otro órgano de auxilio judicial– es de una naturaleza civil y deberá ser considerada como una locación de servicios.
- Para que el juez fije el monto de la retribución del custodio, previamente la misma ha tenido que ser solicitada por él, de lo contrario, deberá entenderse que el custodio renuncia a su derecho a ser retribuido por la labor prestada.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

BELTRÁN PACHECO, Jorge (2007): "Comentario al artículo 1764". En: *Código Civil comentado*, tomo IX. Walter Gutiérrez (dir.). Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 655 | Obligaciones del depositario y del custodio**

*Los órganos de auxilio judicial están en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia 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.*

CONCORDANCIAS:  
C.P.C. arts. 633, 657.

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula las obligaciones del depositario y del custodio en su participación dentro de un proceso judicial, ya que ambos son órganos de auxilio judicial y como tales están también sometidos al cumplimiento de los deberes regulados en el Derecho Procesal Civil, como ajustar su conducta al principio de buena, actuar con probidad y honestidad, etc., siendo de aplicación lo dispuesto en la ley (art. 109 del CPC) también para los órganos de auxilio judicial interpretando extensivamente la misma.

A continuación procederemos al análisis de las obligaciones que tienen estos órganos de auxilio judicial dentro del proceso civil.

**2. LOS DEPOSITARIOS Y LOS CUSTODIOS**

Tanto el depositario como el custodio dentro del proceso civil son órganos de auxilio judicial, los cuales de aceptar el cargo tienen la responsabilidad de conservar los bienes que están afectados con medida cautelar o ejecutiva en el estado en el que les fueron entregados.

Por ejemplo la figura del depositario aparece en el embargo en forma de depósito (art. 649 del CPC) o en el embargo sobre inmueble no inscrito (art. 650 del CPC), en ambos casos se nombrará como depositario al mismo obligado.

Ahora bien, la figura del custodio aparece en la medida cautelar o ejecutiva del secuestro (judicial o conservativo).

En ambos supuestos tanto el depositario como el custodio tienen el deber de cuidar los bienes que están dentro de su dominio y son el objeto inmediato de la medida cautelar o ejecutiva, es decir, de los bienes embargados o secuestrados.

La diferencia radica en que mientras que para nuestro legislador el depositario es el obligado o afectado con la medida y como es el que tiene la posesión de los bienes que seguirán bajo su esfera de dominio y no podrá disponer de ellos (enajenarlos, gravarlos, etc.), el custodio es el encargado de conservar los bienes afectados con la medida pero que han sido sustraídos y ya no se encuentran bajo la esfera de dominio del obligado, por tanto, su responsabilidad sobre el cuidado de dichos bienes es superlativa con relación a la del depositario.

Por obvias razones siendo que el custodio conservará los bienes en un lugar de su propiedad o conducido por él, dicho establecimiento debe ser puesto a conocimiento del juzgado y este hacerlo de conocimiento de las partes para que puedan verificar el cuidado de los bienes que serán objeto de posterior remate, de lo contrario no sería factible un control de las partes respecto del mantenimiento de los bienes.

### 3. OBLIGACIÓN DE DAR CUENTAS AL JUEZ

Como hemos señalado anteriormente los órganos de auxilio judicial también deben someter su conducta a los valores morales del proceso, como actuar de buena fe, con probidad, lealtad, etc.

Cuando incumplan dichos deberes de carácter moral y afecten la secuela del proceso también serán pasibles de ser multados, sin considerar de la responsabilidad civil y/o penal que genere su actuar contrario a derecho.

Ahora bien, la norma objeto de comentario establece que depositario o custodio *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*, con lo cual se establece que es deber de custodio de depositario informar inmediatamente al juez cualquier hecho o evento que pueda disminuir, perjudicar o dañar los bienes objeto de afectación, como por ejemplo si se trata de un vehículo internado en un estacionamiento conducido por el custodio y dicho estacionamiento ha sufrido un incendio, habiéndose sacado el vehículo del lugar donde estaba internado por motivos imprevisibles, otro ejemplo podría ser el supuesto que ocurra un terremoto y destruya el domicilio donde el depositario tenía en su posesión los bienes afectados por el embargo en forma de depósito, estas situaciones u otras análogas que puedan alterar la conservación de los bienes deberá ser comunicada inmediatamente al juez por el órgano de auxilio judicial.



Tampoco podrá trasladar los bienes a otro lugar distinto al designado, lo que de ser apreciado por las partes o el veedor deberá ser puesto a conocimiento del juez a fin de que sancione al órgano de auxilio judicial, ya que estaría contraviniendo sus funciones.

#### 4. CONCLUSIONES

- El depositario y el custodio dentro del proceso civil son órganos de auxilio judicial, y por tanto están sometidos al cumplimiento de los deberes morales que imperan en el proceso civil, como son el actuar de buena fe, con probidad, lealtad, etc.
- El lugar donde estarán los bienes afectados con el embargo en forma de depósito o el secuestro conservativo, deberá ser accesible a las partes y/o al veedor, ello con la finalidad de que puedan controlar la adecuada labor de conservación de los bienes por parte del depositario o custodio.
- El depositario y custodio tienen el deber de informar inmediatamente al juez cualquier situación fáctica que pueda ocasionar daño, perjuicio o pérdida de los bienes afectados con el embargo en forma de depósito o el secuestro conservativo.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 656

### Embargo en forma de inscripción

*Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que esta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art. 97; C.T. art. 118 inc. 3.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario al embargo en forma de inscripción como medida cautelar, debemos tener presente que esta modalidad de embargo también sería factible como medida ejecutiva.

Tanto como medida cautelar y como medida ejecutiva tiende a afectar bienes registrados afectándolos hasta por cierto monto de dinero, y será hasta dicho monto por el cual el acreedor podrá cobrar su crédito en caso se llegue al remate de dicho bien.

Como lo estudiaremos seguidamente, existen algunos inconvenientes en cuanto al embargo en forma de inscripción, como por ejemplo considerar desde cuando nacen y desde cuando generan efectos erga omnes, la observación de los Registradores Públicos de los embargos en forma de inscripción ordenados por los jueces, los efectos de la ampliación de los embargos en forma de inscripción en cuanto a la prelación de los créditos, entre otros.

En las siguientes líneas nos avocaremos a absolver las dudas que se pueden generar en la práctica judicial cuando estamos en presencia de los embargos en forma de inscripción.

## 2. EL EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN

El embargo propiamente (y de forma específica el embargo en forma de inscripción) es un instituto procesal que nace como una manifestación de la protección al crédito.

“La protección institucional del derecho de crédito constituye uno de los pilares, tanto en la conceptualización como en la materialización de los ordenamientos jurídicos que podemos calificar como modernos o avanzados. De ahí que

el análisis para lograr mayores grados de sistematización, eficacia y eficiencia en dicha protección sea una tarea necesaria y reiterada desde el punto de vista económico y de política general” (ORDUÑA, 2006: p. 19).

En efecto:

“El crédito, como instrumento financiero de uso generalizado, se constituye sobre la base del compromiso de la parte deudora de atender en cantidad, plazo y forma las obligaciones de pago estipuladas y contraídas con la parte acreedora. La realidad, sin embargo, demuestra que no todos los deudores cumplen con sus obligaciones de pago de manera voluntaria. (...) Dado que el objeto fundamental del derecho de crédito se configura en torno a la obtención de la prestación debida por el deudor, el ordenamiento jurídico ha de responder necesariamente tutelando los intereses de quienes no ven satisfecha tal prestación” (FERNÁNDEZ, 2010: p. 268).

Como es bien sabido, respecto a la tutela del derecho de crédito rige el principio de responsabilidad patrimonial, el que supone que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros para el cumplimiento de sus obligaciones. Entonces tenemos que el patrimonio del deudor es la garantía común de todos sus acreedores para la satisfacción o cumplimiento de sus obligaciones, de lo cual se colige que todo acreedor debe –al menos teóricamente– recibir igual trato para la satisfacción de sus créditos, lo que se conoce como la *par conditio creditorum*.

Quien obtiene un embargo en forma de inscripción sobre algún bien de su deudor, está precisamente ejerciendo el principio de responsabilidad patrimonial, solo que lo ejercita especificando el bien o bienes los que serán realizados –vendidos judicialmente– y con el producto de su realización cobrará el crédito que se le adeuda.

Siendo esto así, el embargo nace como manifestación de la tutela jurisdiccional que tiene todo ciudadano y en especial los acreedores de sumas de dinero, que tienen que tener algún mecanismo procesal que permita la afectación de los bienes del deudor para poder con ello llevar a cabo la ejecución forzada y que los acreedores vean satisfechos sus créditos.

Ahora bien, en el caso puntual del embargo en forma de inscripción el mismo solo será posible en la medida en que los bienes a embargarse estén inscritos en los Registros Públicos, como puede ser en el supuesto de trabarse embargos sobre bienes inmuebles registrados, vehículos automotores registrados y/o cualquier otro bien mueble registrado.

### 3. OPONIBILIDAD DEL EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN

A fin de clarificar la exposición, se debe diferenciar al embargo de la anotación preventiva que lo publicita, ello ha de ser necesario para verificar en qué

momento nace o se constituye el embargo en forma de inscripción y desde que momento es oponible a los terceros.

La doctrina apunta:

“En este sentido, lo que es constitutivo no es el embargo, como medida o garantía procesal, sino la *garantía que implica sobre el bien de cara a terceros*. Cuando se habla de constitución se quiere decir constitución de la *garantía registral* que lleva consigo la anotación, no de la *garantía procesal* en sí: la diferencia no se encuentra en el fin de servir como eventual caución en la que resarcirse el acreedor de las resultas del juicio, sino en la eficacia de esa garantía de cara a terceros; *la misión que cumple precisamente la anotación preventiva de embargo es prevenir a los posibles compradores o posteriores acreedores del titular registral del derecho de que el bien está afecto a un procedimiento del que puede resultar su enajenación judicial*. De ahí la conveniente distinción anterior entre el embargo y su anotación en el Registro en forma de anotación *preventiva*. Es, por tanto, un requisito de *oponibilidad* a los terceros: no es que no exista el embargo, afección decretada por el juez, como *medida procesal*; es que de no constar en el Registro de la Propiedad no le será oponible a los terceros; luego, a efectos prácticos es como si la misma no existiera” (ERDOZAÍN, 2009: pp. 61-62, el énfasis es nuestro).

Lo cual implica que el embargo desde su inscripción surte efectos frente a terceros, y por tanto, goza de la protección del Derecho Registral y como tal “es plenamente eficaz frente a los terceros que sean titulares de derechos o gravámenes constituidos sobre los bienes embargados en fecha posterior a la de la traba” (ERDOZAÍN, 2009: p. 78).

En síntesis, el embargo en forma de inscripción tendrá existencia desde que el juez emite la resolución judicial que concede el embargo, pero recién tendrá efectos para terceros y será oponible una vez inscrito en el Registro correspondiente.

Esto es de vital importancia ya que servirá como parámetro cuando los jueces deban resolver pedidos de desafectación, tercería de propiedad o tercería preferente de pago.

En efecto, en los pedidos de desafectación si el derecho del nuevo propietario no está inscrito con anterioridad al embargo en forma de inscripción, el juez deberá rechazar dicho pedido en virtud a que desde que el embargo está inscrito adquiere oponibilidad a terceros, inclusive a aquellos propietarios que no formalizaron su titularidad, no pudiéndose privilegiar la propiedad oculta sobre el embargo inscrito.

En los casos de tercería de propiedad la cuestión está dividida, hay quienes señalan que si se acredita la propiedad con documento privado de fecha cierta o documento público con anterioridad a la inscripción del embargo, debería declararse fundada la pretensión de tercería de propiedad y como consecuencia levantarse el

embargo en forma de inscripción, nosotros nos adherimos a la posición que privilegia al embargo inscrito sobre la propiedad oculta, ello en razón de que lo contrario sería vaciar de sentido la existencia de los Registros Públicos en nuestro país y es precisamente en el caso de bienes registrables donde los propietarios deben ser más cuidadosos y formalizar su propiedad inscribiéndola en los Registros Públicos pese a que en nuestro sistema el Registro no es constitutivo del derecho de propiedad, una clara muestra que nuestra Corte Suprema está siguiendo esta tesis por ser la más coherente y razonable la encontramos en la Casación N° 5135-2009-Callao.

En los casos de la tercería preferente de pago hay quienes han señalado que si un crédito está respaldado por alguna garantía real pese a que la misma está inscrita con posterioridad al embargo en forma de inscripción, dicho crédito tendrá preferencia con respecto al crédito con embargo en forma de inscripción inscrito con anterioridad.

Bajo dicho contexto el profesor AVENDAÑO señala que si “se discute si el crédito hipotecario es preferente respecto de un crédito simple cuyo acreedor ha logrado un embargo anotado en el registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. El embargo sería preferente en virtud del artículo 2016 del Código, que dispone que la preferencia de los derechos que otorga el Registro se determina por la prioridad en la inscripción. Pero en mi opinión debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 2022, conforme al cual la anterioridad en la inscripción cede ante la diferente naturaleza de los derechos enfrentados. En este caso uno (la hipoteca) en derecho real y el otro es personal. Prevalece el primero” (AVENDAÑO, 2007: p. 585, énfasis nuestro).

En nuestra opinión, ante una discusión entre un crédito con garantía real (hipoteca o garantía mobiliaria contra un crédito con garantía judicial (embargo en forma de inscripción) tendría preferencia el crédito que tenga la garantía en primer orden inscrita y no importaría la naturaleza de la garantía, ello por los siguientes motivos: a) no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma legal alguna que señale ello pese a que se diga que el segundo párrafo del artículo 2022 del CC nos remite a las reglas del derecho común, b) si se desconoce el principio de prioridad registral (art. 2016 del CC) se viene abajo todo el sistema de garantías e incentivaría el fraude a los acreedores, permitiendo que los deudores creen obligaciones ficticias constituyendo garantías reales, con la finalidad de incumplir las verdaderas obligaciones que contrajeron, c) el embargo es un derecho pasible de inscripción en los Registros Públicos (art. 2019 del CC), por tanto, está protegido por el sistema registral y sus principios, d) el acreedor hipotecario actuaría de mala fe al pretender cobrar antes que aquel acreedor que cuenta con un embargo inscrito con anterioridad a la garantía real, ello porque se atenta contra el principio de publicidad registral (art. 2012 del CC), y; e) nos encontramos propiamente ante la colisión derechos personales –de crédito– de igual naturaleza.

#### **4. OBSERVACIÓN DE LOS REGISTRADORES AL EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN**

Como sabemos los registradores públicos pueden solicitar al juez aclaración o información complementaria para la inscripción de sus resoluciones, es decir, no estarán facultados para calificar la legalidad de los partes judiciales, es decir, los partes judiciales no deberían ser observados por los registradores públicos.

En cuanto al embargo en forma de inscripción, el mismo se formalizará con el parte judicial el cual contendrá copia certificada de la resolución judicial que concede el embargo y el oficio dirigido al Registro Público.

Ahora bien, los registradores podrán tachar los partes judiciales solo en el supuesto que el titular registral sea distinto al consignado en la resolución judicial, ya que en dicho caso existiría imposibilidad jurídica para la inscripción del embargo (excepción art. 650 del CPC).

Existe un criterio por parte de los registradores públicos de observar los partes judiciales cuando advierten la constitución de hipoteca y la emisión de título de crédito hipotecario negociable que recae sobre el inmueble objeto de embargo y por ende señalan que no procedería la inscripción de embargo ordenado judicialmente.

Es el artículo 240 de la Ley de Títulos Valores que señala con respecto a la emisión de título de crédito hipotecario negociable que "al expedir el título, el registrador anotará el gravamen hipotecario constituido por el total del bien gravado, según la valorización de perito que debe ser insertada en la escritura pública, gravamen hipotecario que será el único, otorgando la preferencia y exclusividad en favor del tenedor del título, en respaldo del crédito que se señale en el mismo documento en el acto de su primer endoso".

Conforme se desprende del dispositivo legal transcrito, la voluntad del legislador ha sido que cuando exista algún título de crédito hipotecario negociable solo podrá hipotecarse una vez el inmueble afectado con dicha garantía real, por el contrario no se hace mención a que no procederá otro tipo de afectación sobre el inmueble ya sea embargos y cualquier otro.

En este caso, lo que se pretende es la inscripción de un embargo ordenado por un juez concedido en virtud de una medida cautelar o medida ejecutiva, por ende, no existe impedimento legal alguno para la inscripción del embargo y el registrador deberá proceder con su inscripción bajo responsabilidad funcional.

## 5. LA AMPLIACIÓN DE LOS EMBARGOS EN FORMA DE INSCRIPCIÓN

Como quiera que el embargo en forma de inscripción no restringe la posibilidad del titular de transferir la propiedad del bien embargado, es posible que el deudor transfiera el bien y entonces el nuevo titular asumirá la carga hasta el monto de afectación, es decir, si A solicita al juez el embargo de la casa de B por US\$ 50,000.00, luego se inscribe dicho embargo sobre la casa de B, posteriormente B transfiere la casa embargada a favor de C, si en caso se la deuda a favor de A fuera superior a US\$ 50,000.00 no podrá ampliarse el embargo ya inscrito en virtud a que B ya no es titular de dicha casa.

Empero, si B siguiera siendo titular de dicha casa si procedería la ampliación del embargo en forma de inscripción, pero si luego del embargo inscrito por US\$ 50,000.00, B hipoteca su casa a favor de C por US\$ 100,000.00, y con posterioridad A solicita la ampliación del embargo en forma de inscripción hasta por US\$ 100,000.00, la misma procederá en caso su deuda haya incrementado.

Lo discutible será determinar si la ampliación del embargo tendrá primer rango de preferencia para el cobro de la deuda, o será que en primer rango estará el embargo a favor de A por US\$ 50,000.00, segundo rango estará la hipoteca a favor de C por US\$ 100,000.00 y en tercer rango estará la ampliación del embargo a favor de A por US\$ 50,000.00 más.

Consideramos que la segunda opción será la correcta, esto es que la ampliación del embargo no tendrá el mismo rango que el embargo originario, ello porque como se trata de embargo en forma de inscripción, una vez inscrito así como obtiene protección del sistema registral también debe irradiar certeza y por tanto cuando B le hipotecó a C su casa, C solo pudo tener conocimiento que existía un embargo en forma de inscripción sobre la casa de A hasta por US\$ 50,000.00, entonces resultaría contrario al principio de buena fe y publicidad registral que C se perjudique si al momento en que se constituyó la hipoteca a su favor no existía la ampliación al embargo, lo contrario atentaría contra el sistema registral.

## 6. CONCLUSIONES

- A través del embargo en forma de inscripción sobre algún bien del deudor, el acreedor está ejerciendo el principio de responsabilidad patrimonial, solo que lo ejercita especificando el bien o bienes los que serán realizados—vendidos judicialmente—y con el producto de su realización cobrará el crédito que se le adeuda.

- El embargo en forma de inscripción nace desde que el juez emite la resolución que lo concede y desde su inscripción surte efectos frente a terceros gozando de la protección del Derecho Registral.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

AVENDAÑO, Jorge (2007): "Comentario al artículo 1097". En: *Código Civil comentado*, 2ª ed. Walter Gutiérrez (dir.). Lima: Gaceta Jurídica; ERDOZAÍN, José (2009): *Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*. Pamplona: Aranzadi; FERNÁNDEZ, Clara (2010): *La tercería de mejor derecho*. Madrid: La Ley; ORDUÑA, Francisco; TAMAYO, Silvia (2006): *La protección patrimonial del crédito*. Navarra: Aranzadi.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, 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; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 instancias de mérito han establecido que en el proceso penal que indican se ordenó el embargo del inmueble materia de la tercería, el que se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble el 4 de julio de 2000 y que la actora sustenta su derecho de propiedad en la escritura pública de anticipo de legítima de fecha 20 de enero de 1987, otorgada en su favor por sus padres, la que no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, por lo que se concluye, que el derecho de la parte demandante sigue sin inscribirse, por lo que el anticipo de legítima no puede ser opuesto al embargo inscrito (*Cas. N° 4905-2007-Arequipa*).

La inscripción del embargo, rige para cualquier otro derecho real que pudiera existir si no estuviese previamente inscrito, la razón estriba en la naturaleza y fines de los Registros Públicos, sujeta a los principios de legalidad, publicidad que todos conocen las inscripciones registrales como presunción jure et de jure, y la fe pública registral que da seguridad, permanencia y efectividad a los actos jurídicos que se realizan a base de la situación que fluye de las inscripciones registrales que existan, con efecto erga omnes (*Cas. N° 1631-2002-La Libertad*).

Un derecho de crédito garantizado por una medida cautelar de embargo, mantiene su naturaleza de derecho personal. Por lo que si se presenta un conflicto entre un derecho real de propiedad y un derecho personal de crédito deben aplicarse las normas de derecho común (*Exp. N° 2570-02*).



**Artículo 657** | **Embargo en forma de retención**

*Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del juez.*

*Si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.*

*Para tal efecto, todas las entidades financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 655, 658; C. de P.P. art. 98; C.T. art. 118 inc. 4.*

***Percy Howell Sevilla Agurto*****1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regla la figura del embargo en forma de retención, siendo que por obvias razones esta medida solo será factible cuando nos encontremos ante pretensiones dinerarias.

Algunos podrían considerar que esta medida se parece al secuestro de créditos (art. 652 del CPC), pero la diferencia radica en que la posesión del bien o derechos del afectado con la medida cautelar o medida ejecutiva la tendrá un tercero y no el propio afectado con la medida.

A continuación pasaremos a realizar un análisis acerca de la posibilidad de esta modalidad de embargo otorgada por el legislador.

(\*) 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.

## **2. EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN**

Como sabemos, el embargo es una afectación jurídica sobre bienes o derechos del deudor, a fin de que con estos bienes o derechos se pueda satisfacer la pretensión dineraria del demandante o ejecutante.

La forma como se puede satisfacer es pagándose dicho crédito, lo que se puede llevar a cabo con el remate de los bienes y el producto de dicha venta se le entrega al acreedor, con la adjudicación de los bienes por parte del acreedor (compensación) o la entrega directamente del dinero obtenido a través del embargo en forma de retención.

Es precisamente en el embargo en forma de retención donde se retiene los derechos o bienes a favor del afectado (deudor) que un tercero tiene a favor de él.

En efecto, podría darse el supuesto en que el afectado con la medida cautelar o medida ejecutiva de embargo en forma de retención tenga a favor suyo un crédito, el que le ha sido impago y por ello recurrió a un proceso judicial a fin de ver satisfecha su pretensión dineraria y en dicho proceso judicial donde tiene la calidad de acreedor su deudor ha consignado al juzgado la suma adeudada.

El acreedor solicitante de la medida de embargo en forma de retención teniendo conocimiento de esta acreencia a favor de su deudor, solicitará que se ordene la retención del dinero consignado a favor de su deudor en el otro proceso judicial, siendo en dicho caso el juez el órgano de auxilio judicial ya que será quien retendrá el dinero por orden de otro juez.

También podría suceder que nuestro deudor reciba mensualmente renta por el arrendamiento de un inmueble, en dicho supuesto se deberá solicitar el embargo de retención sobre las rentas pendientes de pago a favor del afectado (deudor), notificándosele al tercero –arrendatario de nuestro deudor– quien actuará como órgano de auxilio judicial y deberá retener dichos importes de dinero que le corresponden al afectado.

Como bien señala la norma, el órgano de auxilio judicial en caso de retener derechos de crédito o dinero –sea quien fuera– deberá depositarlos en el Banco de la Nación a la orden del juzgado.

## **3. OTROS BIENES EN POSESIÓN DE TERCEROS**

En la norma sobre el embargo en forma de retención no solo se permite la misma sobre derechos de crédito, dinero, sino que hace referencia a la posibilidad de retener otros bienes que estén en posesión de terceros pero de los cuales el afectado (deudor) sea titular, para lo cual el tercero (poseedor de los bienes)

retenedor asumirá las obligaciones y responsabilidades del depositario (art. 655 del CPC), salvo que ponga los bienes a disposición del juez.

Puede darse el caso en el tercero sea poseionario de otros bienes muebles cuyo titular sea el afectado con la medida de embargo en forma de retención (máquinas, útiles de oficina, equipo mobiliario, etc.), en dicho suceso deberá o asumir la calidad de retenedor –y por analogía tendrá los deberes y obligaciones de un depositario– o de no querer aceptar dicho cargo deberá poner dichos bienes a disposición del juez.

Para algunos está posibilidad del embargo en forma de retención sobre los bienes del deudor en posesión de terceros se asemeja al embargo en forma de depósito, la diferencia radica en que en el embargo en forma de depósito los bienes están en posesión del afectado (deudor) y este será nombrado en depositario de estos, en el embargo, en forma de retención los bienes están en posesión de un tercero y será este tercero nombrado como retenedor de dichos bienes, teniendo las obligaciones y responsabilidades de un depositario.

#### **4. EMBARGO SOBRE DERECHOS DE CRÉDITO CUYO POSEEDOR ES UNA ENTIDAD FINANCIERA**

La norma objeto de estudio señala que si el poseedor de los derechos de crédito a favor del afectado con el embargo en forma de retención es una entidad financiera, el juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

En la práctica esta forma de ejecución del embargo en forma de retención no se realiza; lo común es que se realice con toma de dicho donde el auxiliar jurisdiccional tiene que acercarse a la entidad financiera y notificarlos formalmente con la orden del juez, siendo que desde dicho momento se tiene por trabado el embargo en forma de retención.

La otra forma de ejecución es la remisión dirigida a la entidad financiera del oficio con copia certificada de la resolución que ordena trabar el embargo en forma de retención, siendo que desde la fecha y hora en que es recepcionado por la entidad se tendrá por trabado el embargo, ya que en este supuesto solo necesitará notificar a la entidad financiera sin que sea necesario su dicho sobre los bienes o derechos de crédito del afectado, lo que deberá ser informado al juzgado en su oportunidad.

#### **5. CONCLUSIONES**

- A través del embargo en forma de retención se afectan los bienes o derechos de crédito a favor del afectado (deudor) que se encuentren en posesión de terceros.

- El embargo en forma de retención se diferencia del embargo en forma de depósito, debido a que en el primero los bienes afectados con el embargo son de titularidad del deudor pero están en posesión de terceros, constituyéndose estos como retenedores (órganos de auxilio judicial), mientras que en el segundo los bienes afectados con el embargo están en posesión del propio afectado (deudor) con la medida, nombrándosele como depositario.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

El embargo consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de terreno, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 642 del código procesal civil; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 657 del código procesal mencionado cuando el embargo recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del juzgado, depositando el dinero en el banco de la nación; en consecuencia toda medida cautelar importa necesariamente la afectación de bienes o derechos cuya titularidad pertenece al presunto obligado, mas no las que pertenecen a terceros, pues se afectaría la legitimidad en que sustenta la función jurisdiccional dado que en vez de solucionar un conflicto de intereses crearía uno nuevo (*AP. N° 10-2000*).

Si bien como resultado del proceso seguido entre las partes, el ejecutante logró se le entregue sumas retenidas en depósito bancario, también lo es, que a través de una medida cautelar la Sala de Derecho Público ha suspendido los efectos de cualquier acto del juez demandado que tienda a afectar el derecho de propiedad del ejecutado, por lo que resulta conveniente, al haberse cuestionado la regularidad del procedimiento, vía amparo, retrotrazar la ejecución del fallo, para restablecer el equilibrio entre las partes, suspendiendo la entrega de las sumas retenidas (*Exp. N° 34688-1226-98, Sala de Procesos Ejecutivos*).

Encontrándose establecido el derecho alimentario de la solicitante y de los hijos del obligado, en porcentajes expresamente dispuestos por resolución judicial ejecutoriada, procede amparar el pedido de variación de embargo en forma de retención de los beneficios sociales, respecto a los porcentajes que deba corresponderle a cada uno de ellos. Dicha medida está orientada a salvaguardar las futuras pensiones del conjunto de alimentistas (*Exp. N° 2307-98, Sala de Familia*).

**Artículo 658****Ejecución de la retención**

*El secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de este sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 657.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la forma como se ejecuta el embargo en forma de retención.

A continuación analizaremos las particularidades de la forma de ejecución de tal medida según cada caso en concreto.

**2. EJECUCIÓN DEL EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN**

La regla general contenida en el precepto legal bajo estudio indica que será el secretario judicial (auxiliar jurisdiccional) quien ejecute el embargo en forma de retención, para lo cual procederá a notificar al retenedor con la cédula de notificación que contendrá la resolución que ordena el embargo.

Es decir, la norma señala que la ejecución de la misma será con notificación personal al tercero quien se encuentra en posesión del bien o derechos de crédito del cual es titular el afectado con la medida.

Ahora bien, también se señala que el secretario judicial elaborará un acta en la cual hará constar el dicho del retenedor sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes, ello quiere decir que el retenedor en el momento de la ejecución del embargo en forma de retención podrá señalar –si lo considera pertinente– los bienes que son objeto de embargo y se encuentran en su posesión, la calidad de los mismos, su estado de conservación, en calidad de qué título emerge que él los tenga en posesión, etc.

Como tal puede suscribir el acta si está conforme o no en caso no lo esté, para lo cual el secretario judicial deberá dejar constancia en caso el retenedor se niegue a suscribir el acta.

Por ejemplo si se trata de los derechos de crédito a favor del deudor quien tiene por cobrar dinero por el arrendamiento de un inmueble, pues la ejecución de la retención se realizará notificando al arrendatario del afectado con el embargo en forma de retención, pudiendo el arrendatario (retenedor) señalar a cuánto asciende la cantidad que le paga a su arrendador (afectado con el embargo), en qué periodos le paga, etc., debiendo desde dicho momento proceder a retener el pago y depositar dicho dinero en el Banco de la Nación a la orden del juzgado que ordenó la medida.

Bajo estas premisas, vemos que cuando se realiza la ejecución del embargo en forma de retención sobre los derechos de crédito a favor del afectado con la medida que se encuentre en posesión de una entidad financiera, existe norma (art. 657 del CPC) que indica que la medida se tendrá por trabada cuando se le notifique a la entidad financiera por correo electrónico o cualquier otro medio que deje constancia de su decisión.

Siendo esto así, en nuestra opinión para la ejecución del embargo en forma de retención sobre derechos de crédito en posesión de una entidad financiera no será necesario que el secretario judicial se apersona a notificar a la entidad y se realice la toma de dicho, ello porque como le ley lo permite, solo se debe proceder a notificar a la entidad financiera sea por correo electrónico o cualquier otra comunicación que deje constancia, como por ejemplo oficiar a la entidad financiera del embargo, ya que en el cargo del oficio se dejará constancia que la entidad financiera ya ha sido válidamente notificada con la orden de embargo por parte del juzgado.

Las entidades financieras desde la recepción del oficio que les comunica la orden del juez de trabar embargo en forma de retención sobre los derechos de crédito del afectado, deberán proceder a retener cualquier derecho de crédito o dinero en las cuentas de este, caso contrario estarán sometidos a las responsabilidades civiles y/o penales a que hubiera lugar, sin dejar de lado que también pueden ser multados ya que actúan como órganos de auxilio judicial y como tales están sujetos a los deberes morales del proceso.

### 3. CONCLUSIONES

- Para la ejecución del embargo en forma de retención la regla general es que el secretario judicial proceda a notificar al retenedor con la resolución que ordena el embargo, elaborando un acta y dejando sentado el dicho del retenedor sobre los bienes y/o derechos de crédito.
- La excepción a la regla general en la ejecución del embargo en forma de retención se da cuando los derechos de crédito están en posesión de una entidad financiera, siendo solo necesario que se comuniquen a la entidad vía oficio la orden judicial del embargo.

---

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 659**

**Falsa declaración del retenedor**

*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.*

CONCORDANCIA:  
C.P.C. art. 53 inc. 1.

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia al supuesto en que el notificado con la resolución que ordena la retención de los derechos de crédito u otros bienes mintiera acerca de la existencia de los créditos o bienes negando su existencia.

La sanción que establece el legislador es que será obligado a pagar el valor de los créditos o bienes al vencimiento de la obligación.

A continuación analizaremos la regla contenida en esta norma.

**2. PRESUPUESTO: FALSA DECLARACIÓN DEL RETENEDOR**

Una vez que se ejecuta el embargo en forma de retención, el retenedor tiene la obligación de depositar a la orden del juzgado el dinero en el Banco de la Nación, este dinero obviamente es a favor del afectado con el embargo pero como está afectado el bien (dinero), el obligado a su pago (retenedor) notificado con la orden del embargo deberá proceder conforme lo señalado, es decir, no realizará el pago a su acreedor pese a que la regla general en el derecho de obligaciones es cumplir con la prestación debida, esto es, el pago.

Ahora bien, este retenedor al cumplir con lo ordenado por el juez quedará libre de su obligación –pago de suma de dinero a su acreedor–.

En el supuesto de la norma en comentario se encuentra una patología al cumplimiento voluntario y de buena fe por parte del retenedor, es decir, el retenedor niega que existan créditos o bienes de los cuales es titular el afectado con el embargo en forma de retención, y de descubrirse que lo señalado (negación falsa de existencia de créditos o bienes) será obligado al pago de la obligación o del bien.



En este orden de ideas, la norma no hace mención a que si esta sanción será efectiva en el propio incidente cautelar o en el mismo proceso de ejecución –en caso sea un embargo en forma de retención en etapa de ejecución forzada–, o si por el contrario la norma hace nacer una obligación a favor del acreedor del afectado con el embargo contra el retenedor y será exigido el pago en otro proceso.

En nuestra opinión, es lo más lógico que esta obligación será exigida en el propio incidente cautelar o en el proceso de ejecución según sea el caso y será el juez que ordenó la traba del embargo quien deberá ordenar al retenedor el cumplimiento de esta.

Por ejemplo si se notifica con la medida de embargo en forma de retención al arrendatario del afectado –deudor del ejecutante– a fin de que los pagos por merced conductiva los abone a la orden del juzgado en el Banco de la Nación, y este señala que no existe ningún contrato de arrendamiento con el afectado del embargo y se negará a realizar dicho depósito como consecuencia de la retención, de comprobarse la falsedad de su afirmación lo que puede hacerse exhibiéndose el contrato de arrendamiento o los abonos realizados a favor del afectado posterior a la ejecución del embargo en forma de retención por concepto de merced conductiva (renta), el juez sancionará al retenedor con el pago de los montos por concepto de alquiler ya pagados, ello en virtud a que se debió a la falsa declaración que prestó al negar la vinculación contractual (arrendamiento) con el afectado del embargo.

Distinto es el supuesto que el retenedor no niegue la existencia del arrendamiento, pero pese a lo ordenado por el juez este paga directamente a su arrendador, en dicho supuesto también se le ordenará al pago a la orden del juzgado pero el hecho que origina la obligación es distinto (art. 660 del CPC), en nuestro caso la obligación nace por la negación falsa de la existencia del crédito mientras que en el otro supuesto (que escapa a la regla contenida en la norma objeto de comentario) el retenedor no niega, sino que incumple lo ordenado por el juez, por ende son supuestos distintos que tienen una idéntica sanción.

Otro ejemplo podría ser el embargo en forma de retención sobre cuentas bancarias, siendo que el Banco –retenedor– informa al juzgado que el afectado con el embargo no cuenta con dinero en sus cuentas o que no tiene cuentas en dicho Banco, y se comprueba que efectivamente si había dinero en las cuentas del afectado en el Banco y que este retiro posterior a la ejecución del embargo en forma de retención –notificación al Banco con la orden del juez de trabar embargo–, en este supuesto el Banco será obligado a pagar el dinero que debió retener al afectado con el embargo en forma de retención.

Lo que resulta un poco discutible de cómo viabilizar en la práctica será determinar cómo se obtendrá el valor de los bienes en caso el retenedor niega falsamente

su existencia, para ello sería posible que el juez nombre a un perito tasador que permita obtener dicho valor del bien.

Aunado a la sanción al retenedor de pagar el valor del bien o el crédito por su falsa declaración al negar la existencia de estos, la norma también hace la salvedad que esta sanción no implica que no pueda ser denunciado penalmente por cuanto se está ante la comisión de un delito (art. 412 del CP).

### 3. CONCLUSIONES

- En el supuesto que el retenedor negará falsamente la existencia de créditos o bienes de los cuales es titular el afectado con el embargo en forma de retención, será obligado a pagar el valor del crédito o bien.
- Sin perjuicio de la sanción establecida por el legislador en materia civil en caso el retenedor niegue falsamente la existencia de créditos o bienes a favor del afectado con el embargo en forma de retención, también podrá ser sancionado penalmente al cometer un delito y el juez deberá poner en conocimiento de la fiscalía este hecho a fin de que dicha institución actúe de acuerdo a sus atribuciones.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar; su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 660****Doble pago**

*Si el retenedor, incumpliendo la orden de retener, paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del juzgado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. art. 372; C.P. art. 392.*

***Percy Howell Sevilla Agurto*****1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la sanción al retenedor que incumpliendo el mandato del juez que ha concedido el embargo en forma de retención, paga directamente al afectado con el embargo, es decir esta conducta es contraria a derecho toda vez que el retenedor actúa (a sabiendas) contrario al mandato judicial.

La sanción ante este hecho será que estará obligado a pagar dicho monto mal pagado nuevamente a la orden del juzgado.

A continuación analizaremos la razonabilidad e implicancias de esta norma.

**2. PRESUPUESTO: INCUMPLIMIENTO DE MANDATO JUDICIAL**

El pago es el medio natural de extinción de las obligaciones, por ello se ha dicho que “el pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 444).

Bajo estas premisas un deudor a fin de realizar el pago lo debe realizar en el plazo establecido (principio de oportunidad del pago) y de la forma establecida (principio de integridad del pago), así como a la persona que corresponde (principio de identidad).

Ante esta situación, existen excepciones en cuanto a los principios en el pago, uno de ellos es la excepción del pago a la persona que corresponde, el que se efectiviza si es que el deudor es notificado judicialmente a fin de que no le pague a su acreedor (art. 1228 del CC), es decir si por un mandato judicial se le ordena al deudor no pagarle a su acreedor no estará incumpliendo su obligación.

Es precisamente dentro de este supuesto que se encuentra la norma objeto de comentario, porque se trata de que el deudor –retenedor– una vez que es notificado con el mandato judicial que ordena el embargo de retención sobre el dinero de su acreedor –afectado con el embargo– no deberá pagarle directamente, sino que deberá proceder a depositar el dinero a la orden del juzgado en el Banco de la Nación.

En caso proceda a pagar directamente a su acreedor pese a la orden del juez, la sanción que establece el legislador es que estará obligado a pagar el monto cancelado nuevamente a la orden del juzgado.

Véase que la sanción establecida por el CPC es distinta a la que establece el CC, en efecto, mientras que para el CPC la sanción al retenedor que pago directamente a su acreedor (embargado) pese a que se le notificó con el mandato judicial de retención es que estará obligado a pagar nuevamente a la orden del juez, en el CC la consecuencia jurídica de dicho actuar es que la obligación no estará extinguida.

Ahora bien, comentando el artículo 1228 del CC, el maestro OSTERLING y el profesor CASTILLO enseñan que:

“El punto bajo análisis admite dos supuestos. El primero, que el deudor sea notificado únicamente para que retenga el pago, porque podrá existir, por ejemplo, controversia entre el acreedor y un tercero sobre la titularidad del derecho. El segundo, que exista mandato judicial definitivo para que el deudor no pague al acreedor sino a un tercero. (...). Las consecuencias jurídicas, en ambos casos, pueden ser distintas. (...) Si en la primera hipótesis el deudor, descartando la orden judicial, hace el pago al acreedor, este pago no extingue la obligación. Pero si al concluir la controversia el acreedor resulta victorioso, tal pago, sin duda, a extinguiría. En caso contrario, esto es si el tercero gana el pleito, el deudor tendría que pagar nuevamente, sin perjuicio de exigir la restitución al acreedor a quién pagó indebidamente. (...) Si en el segundo supuesto el deudor paga al acreedor, paga mal, y en este caso estará obligado a pagar nuevamente a aquel a quien el juez ordenó que lo hiciera, prevaleciendo su derecho a la restitución por el acreedor” (2008: p. 472).

En nuestra opinión, el hecho de que pague mal el deudor (retenedor) sea porque es una medida cautelar de embargo en forma de retención o es una medida ejecutiva de embargo en forma de retención, igual originará que surja la obligación de que pague nuevamente a la orden del juzgado lo indebidamente pagado a su acreedor, y esto se origina única y exclusivamente por el hecho de incumplir el mandato judicial, es decir, si es medida cautelar no se tendría que esperar a que el juicio donde se ha ordenado el embargo culmine.

Siendo esto así, debe distinguirse que el Derecho Civil se pronuncia acerca de las consecuencias jurídicas entre deudor y acreedor, mientras que en el Derecho

Procesal Civil existe pronunciamiento sobre la consecuencia jurídica del deudor como retenedor y su incumplimiento al mandato judicial.

Por ello es que el deudor (retenedor), en caso realice el pago directamente a su acreedor pese al mandato judicial que dispone lo contrario (embargo en forma de retención), tendrá expedito su derecho a solicitar la devolución del dinero mal pagado, pero ello es su derecho por las normas sustantivas siendo que el Derecho Procesal no se inmiscuye en la relación jurídica obligacional.

### 3. CONCLUSIONES

- El retenedor estará en obligación de pagar nuevamente pero esta vez a la orden del juez en el supuesto que pese a ser notificado con la orden judicial de embargo en forma de retención procede a pagar directamente a su acreedor (afectado con el embargo), y esto tiene su razón en el incumplimiento al mandato judicial.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

OSTERLING, Felipe; CASTILLO, Mario (2008): *Compendio de Derechos de las Obligaciones*. Lima: Palestra.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Si el banco ejecutante solicitó la medida cautelar de embargo en forma de retención sobre el reintegro tributario que recibiría la empresa ejecutada por parte de la Sunat, la misma que es amparada y notificada en la sede central de dicha institución, sin éxito; para los efectos del artículo 660 del Código Procesal Civil, el juez debe dilucidar previamente si le correspondía operar como entidad retenedora a la Intendencia Regional de Lima, por pertenecer el contribuyente (ejecutado) al directorio de dicha intendencia (*Exp. N° 419 (24421-00), Segunda Sala Civil de Lima*).

**Artículo 661**

**Embargo en forma de intervención en recaudación**

*Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de esta, el juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella. La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro.*

*La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al juez.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 80, 99, 111; C.P.C. arts. 662, 663; C. de P.P. art. 98; C.T. art. 118 inc. 1.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia al embargo en forma de intervención en recaudación.

Esta es una modalidad de embargo establecida por nuestro legislador a fin de garantizar el cumplimiento de una sentencia condenatoria al pago de una suma dineraria o en su defecto garantizar el cumplimiento de un auto final que ordene el pago dinerario de una obligación.

Ello en razón a que para nuestro legislador el embargo solamente procede cuando la pretensión principal es dineraria (art. 642 del CPC).

A continuación procederemos al estudio de esta modalidad de embargo.

**2. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y SU MODALIDAD DE INTERVENCIÓN EN RECAUDACIÓN**

El profesor PALACIO (1989: pp. 199-200) decía que:

*“Desde un punto de vista general, denomínese intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes”.*

Para lo que nos interesa, la intervención judicial puede ser una medida cautelar o también podría ser una medida de ejecución, dependiendo en el estadio procesal en el que nos encontremos en el proceso.

En virtud a ello, entendemos que puede solicitarse la medida de embargo en forma de intervención antes, durante y en la etapa de ejecución forzada de un proceso judicial.

En ese sentido, una de las modalidades de la intervención judicial, es precisamente la intervención en recaudación, que no es otra cosa que la afectación de los ingresos que percibe puede percibir una empresa de persona natural, jurídica o a una persona jurídica sin fines de lucro, es decir que dicha persona tendrá la calidad de deudor.

Para la doctrina argentina:

*“[L]a intervención con fines de recaudación es, como lo señala el artículo 222 del CP, una medida cautelar que corresponde a pedido de acreedor y a falta de otra eficaz o como complemento de la dispuesta, con respecto a bienes productores de rentas o frutos, a objeto de que se proceda a la recaudación de la parte embargada, y sin acordar injerencia alguna en la administración. (...) Se trata de una medida que apunta a preparar o cautelar en forma inmediata la ejecución forzada de la sentencia, con el objeto de que un interventor recaudador haga efectivo el embargo dispuesto previa o simultáneamente, sobre las rentas o frutos periódicos que se devenguen o generen por los bienes de que se trate, así, por ejemplo, arrendamientos, honorarios, etcétera” (KIELMANOVICH, 2000).*

Como vemos, existen claras diferencias entre la intervención en recaudación establecida por el legislador argentino, con la regulación establecida por nuestro legislador.

En primer lugar, en nuestro país el embargo en forma de intervención en recaudación no tiene carácter subsidiario o complementario, ello porque la misma puede solicitarse sin el hecho de haber solicitado otra modalidad de embargo que haya resultado infructuoso (subsidiariedad) o exista ya una medida de embargo vigente y se complemente con la de intervención en recaudación.

En segundo lugar, la intervención con fines de recaudación regulada en Argentina tiene mayor parecido con nuestro embargo en forma de retención (art. 657 del CPC), mientras que el embargo en forma de intervención en recaudación tiene una connotación distinta porque solo procede si el demandado o ejecutado es una empresa de persona natural o jurídica o las personas jurídicas sin fines de lucro, es decir, se afectan los ingresos de la empresas, por ejemplo si el deudor es algún equipo de futbol se podría solicitar la medida de embargo en forma de intervención en recaudación a fin de que el interventor recaudador recabe los ingresos obtenidos por la venta de entradas en los partidos de futbol que participa la institución afectada.

O por ejemplo si A es el deudor y tiene su empresa a su nombre la cual es un restaurant que vende comida criolla, también se afectará el dinero que obtienen por la venta de la comida siendo el encargado de ejecutar la medida el interventor recaudador.

La diferencia con el embargo en forma de retención es clara, mientras en el embargo en forma de intervención en recaudación es el interventor recaudador quien recaba el dinero obtenido de la empresa que pertenece a la persona natural o jurídica o persona sin fines de lucro, en el embargo en forma de retención es el retenedor –tercero– quien tiene la obligación de retener los créditos que mantiene a favor del afectado con el embargo, y depositarlos en el Banco de la Nación a nombre del juzgado.

Además la norma señala que el interventor recaudador (podría ser más de uno dependiendo de la complejidad del caso) designado por el juez de forma imparcial –debe ser un tercero ajeno a las partes– y coherente (por lo general debería ser un contador) tendrá que remitir informes al juez, entiéndase que en dichos informes el interventor recaudador informará al juez de las sumas obtenidas producto de la ejecución del embargo, la periodicidad la establecerá el juez, siendo que dicho informe deberá ser puesto a conocimiento de las partes (solicitante y afectado) a fin de que expresen lo conveniente a su derecho (como por ejemplo el afectado cuestionar lo informado en cuanto al monto obtenido siendo que de los recibos que emitió durante el periodo del embargo se demuestra que hay más dinero obtenido del que informa el interventor).

### 3. CONCLUSIONES

- El embargo en forma de intervención en recaudación es una modalidad de embargo que busca garantizar el cumplimiento (medida cautelar) o hacer efectivo (medida de ejecución) una obligación dineraria.
- El embargo en forma de intervención en recaudación no tiene el carácter de subsidiario y complementario como en otras legislaciones, por tanto, se puede solicitar inclusive antes de iniciado el proceso.
- Solo procederá el embargo en forma de intervención en recaudación contra la empresa de una persona natural o jurídica o persona jurídica sin fines de lucro, por tanto, afecta el negocio.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.  
PALACIO, Lino (2011): *Derecho Procesal Civil, procesos cautelares y voluntarios*, vol. 8. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

---



---

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

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*).

**Artículo 662****Obligaciones del interventor recaudador**

*El 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, el desarrollo regular de la intervención, especialmente los hechos referidos en los incisos 1, 2 y 3 de este artículo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 55, 56, 663, 664, 668.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

Como quiera que el interventor recaudador es un órgano de auxilio judicial, deberá siempre ceñirse a los mandatos del juez y su conducta deberá ceñirse a los principios de buena fe, probidad y lealtad procesal.

Como todo órgano de auxilio judicial cumple una función coadyuvante dentro del proceso jurisdiccional, es decir, ayuda al juez en la tarea específica que este le encarga.

A continuación procederemos a realizar un análisis de los deberes y derechos que tiene el interventor recaudador dentro del proceso civil.

**2. DEBERES Y DERECHOS DEL INTERVENTOR RECAUDADOR**

Teniendo en consideración que la labor principal del interventor recaudador es precisamente recaudar los ingresos de la empresa afectada con la medida cautelar o medida de ejecución, los deberes secundarios girarán en torno al cumplimiento de la labor principal.

El legislador señala como uno de esos deberes que debe respetar el interventor recaudador a “verificar el funcionamiento y conservación de lo intervenido,

sin interferir ni interrumpir sus labores propias”, es decir, el interventor recaudador verificará que la empresa afectada con el embargo en forma de intervención en recaudación se encuentre funcionando, además verificará la conservación de los bienes afectados –por lo general dinero–, en primer término para que la empresa tenga ingresos la misma tiene que estar en funcionamiento de lo contrario el embargo será infructuoso.

En este orden de ideas, el interventor recaudador no deberá interferir y tampoco interrumpir las labores propias de la empresa, ello porque estaría ejerciendo funciones que no le corresponden (usurpación de funciones), además entorpecería la producción de la empresa lo que es contrario a la labor principal que se le ha encomendado, si una empresa no produce, ergo no obtendrá ingresos, y la labor del interventor recaudador es recabar los ingresos.

El legislador también considera que uno de los tantos deberes que debe cumplir un interventor recaudador es “llevar control de ingresos y egresos de la empresa afectada”, lo que es consecuencia de la principal labor que debe cumplir, esto es, recabar los ingresos de la empresa afectada con el embargo.

En efecto, teniendo precisado cuales son los ingresos y egresos de la empresa se podrá determinar cuál es la utilidad que tiene la misma, no pretendiéndose con el embargo en forma de intervención en recaudación dejar en banca rota a la empresa afectada, sino por el contrario que esta genere dinero a fin de que el acreedor pueda cobrar el crédito que se le adeuda.

Concordado con lo expuesto en el párrafo anterior, el legislador también ha considerado como deber del interventor recaudador que deba “proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido”, es decir, este órgano de auxilio judicial deberá recabar los ingresos de la empresa –obligación principal–, pero de dicho dinero obtenido por los ingresos deberá proporcionar lo necesario para que la actividad de la empresa siga de forma regular, un ejemplo de ello lo tenemos si se considera que debe proporcionarse el dinero para el pago de los trabajadores de la empresa que son quienes permiten que la empresa lleve a cabo su actividad de forma regular.

De lo contrario se estaría fomentando el incumplimiento de otros créditos de la empresa afectada lo que evidentemente no es la razón de ser de esta medida.

Para finalizar este listado establecido por nuestro legislador, el interventor recaudador tiene el deber de informar al juez además de lo obtenido, las demás implicancias como el funcionamiento de la empresa, que montos ha proporcionado para que la actividad de la empresa siga de forma regular, etc. y también deberá “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”.

Esto es de suma importancia ya que el interventor recaudador no podrá tener el dinero obtenido durante un largo periodo de tiempo porque esta no es su función y no es el espíritu de la norma, sino por el contrario recabados los ingresos deberá proceder a poner a disposición del juez el dinero obtenido, luego de proporcionar el dinero para el desarrollo normal de la empresa.

Ahora bien, como todo órgano de auxilio judicial tiene el derecho a percibir por la labor que presta una retribución la que deberá ser fijada por el juez de forma proporcional a la prestación que realizará el interventor y teniendo en cuenta que no se trata de una actividad entre privados, sino que es de carácter público no debiendo tomarse en consideración los honorarios establecidos en las tablas de los colegios profesionales, además podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública con autorización del juez a fin de ejecutar la medida de embargo en forma de intervención en recaudación que le ha sido encomendada.

### 3. CONCLUSIONES

- El interventor recaudador es un órgano de auxilio judicial y como tal su conducta se debe ceñir al cumplimiento de ciertos principios éticos-morales como son la probidad, buena fe y lealtad procesal.
- Los demás deberes del interventor recaudador establecidos por el legislador están en consonancia con su labor principal que es recabar los ingresos de la empresa afectada, sin afectar el normal desarrollo de esta.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 663****Obligación especial**

*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.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 662.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la obligación especial del interventor recaudador que ha sido establecido por nuestro legislador.

A continuación analizaremos los pormenores de esta obligación especial del órgano de auxilio judicial para los embargos en forma de intervención en recaudación.

**2. OBLIGACIÓN ESPECIAL**

Nuestro legislador ha establecido que es obligación especial del interventor recaudador el deber de “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”.

Como se desprende de la norma, queda a criterio del interventor recaudador considerar que aspectos son perjudiciales o que hechos son inconvenientes a los intereses del favorecido con el embargo, aquí no hay una parcialidad del interventor con el demandante, sino que esta obligación (especial) guarda perfecta consonancia con la obligación principal del interventor, esto es recabar los ingresos de la empresa.

Ahora bien, el legislador ha establecido algunos criterios de aspectos perjudiciales señalando como tal a la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación.

Por ejemplo si la empresa afectada no percibe ingresos, este hecho deberá ser puesto a conocimiento del juez y este lo pondrá a conocimiento de las partes,

pudiendo el beneficiado con el embargo solicitar su conversión a secuestro (art. 664 del CPC) debido a la infructuosidad de la medida de embargo en forma de intervención en recaudación.

En cuanto a la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida la actuación del interventor, podría señalarse que en los posteriores días en que el interventor debe asistir a la empresa y no le permiten el ingreso o si le permiten el ingreso pero no le permiten tener contacto con los ingresos de la empresa —con la caja—, etc.

Además pueden existir otros inconvenientes que sean ajenos a la voluntad de las partes que pueda causar la infructuosidad de la medida, como por ejemplo si la empresa afectada ha sufrido un incendio que no le permite por algunos días realizar su actividad con normalidad, o un robo de los implementos que sirven para el normal funcionamiento, etc.

Todos estos motivos deben ser puestos a conocimiento del juez y no solo por mandato legal, sino por coherencia y lógica entre la labor encomendada al interventor recaudador que no podrá recabar los ingresos de la empresa afectada por tener impedimentos.

Estos hechos deberán ser puestos a conocimiento del juez y este pondrá a conocimiento de las partes, y de ser el caso que la medida de embargo en forma de intervención en recaudación resulte infructuosa, el beneficiado tendrá la posibilidad de variar la medida buscando con ello la medida más adecuada que pueda viabilizar el cobro de su crédito.

Existen otros aspectos que también deberán ser puestos a conocimiento del juez, como por ejemplo si la empresa obtiene ingresos pero estos son depositados en su cuenta corriente, este hecho también deberá ser puesto a conocimiento del juez por parte del interventor ya que no permitiría la fructuosidad del embargo en forma de intervención en recaudación, empero, podría permitirle al beneficiado solicitar la variación de la medida por un embargo en forma de retención en las cuentas bancarias de la empresa (art. 657 del CPC).

Como comentamos al inicio, quedará a criterio del interventor recaudador analizar qué aspectos son los que considera puedan perjudicar la fructuosidad de la medida y deben ser de conocimiento del juez.

### 3. CONCLUSIONES

- Cuando el interventor recaudador considera qué aspectos son perjudiciales o qué hechos son inconvenientes a los intereses del favorecido con el

embargo, no existe parcialidad del interventor con el demandante, sino que esta obligación (especial) guarda perfecta consonancia con la obligación principal del interventor, esto es recabar los ingresos de la empresa.

- Quedará siempre a criterio del interventor recaudador analizar qué aspectos son los que considera puedan perjudicar la fructuosidad de la medida y deben ser de conocimiento del juez, teniendo la obligación de informárselos.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Existiendo mandato judicial firme que dispone la conversión de la medida de intervención en recaudación a secuestro conservativo y clausura del negocio; no resulta de amparo la variación de la medida cautelar solicitada, si la que se ofrece para reemplazo no ofrece las garantías suficientes (*Exp. N° 836-99, Sala de Procesos Ejecutivos*).

(...) No se ha acreditado que el negocio de la ejecutada resulte improductivo, requisito para ordenar la clausura y conversión de la medida (de embargo en forma de intervención a secuestro)(...) (*Exp. N° 285-98, Sala Civil para Procesos Ejecutivos y Cautelares, Corte Superior de Justicia*).

El juez puede disponer la clausura del negocio así como la conversión del embargo de intervención a secuestro. Si durante la época en que el negocio estuvo sujeto a la medida cautelar no se demostró que el mismo genere ingresos suficientes debe ampararse la conversión de la medida cautelar. Resulta prematura la clausura del negocio si la ejecutada ha manifestado su intención de cumplir con la obligación puesta a cobro (*Exp. N° 1021-97, Cuarta Sala Civil*).

**Artículo 664**

**Conversión de la recaudación**

*Si el interesado considera que la intervención es improductiva, puede solicitar al juez la clausura del negocio y la conversión del embargo de intervención a secuestro. El juez resolverá previo traslado al afectado por el plazo de tres días, y atendiendo al informe del interventor y del veedor, si lo hay. Contra la resolución que se expida procede apelación con efecto suspensivo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 371, 633, 634 inc. 5, 649, 662.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario establece algunas de las posibilidades que tiene el beneficiado con un embargo en forma de intervención en recaudación que ha resultado ser infructuoso al no poderse embargar los ingresos de la empresa afectada y que estos cubran el monto de la afectación ordenada por el juzgado.

Como se analizará seguidamente, el beneficiado con la medida de embargo en forma de intervención en recaudación tiene no solo las alternativas señaladas en este artículo, pero nuestro legislador ha señalado estas considerando que serían las mejores herramientas.

**2. CONVERSIÓN DE LA RECAUDACIÓN**

La norma señala que si el embargo en forma de intervención en recaudación es improductivo, a solicitud del beneficiado con la medida el juez puede disponer la clausura del negocio y la conversión del embargo de intervención a secuestro.

La conversión es propiamente una manifestación de una de las características de las medidas cautelares, la cual es la variabilidad (art. 617 del CPC).

La variabilidad de las medidas cautelares se puede dar de tres formas, mediante la solicitud de revocación, mediante la reproposición de la medida cautelar o mediante el pedido de modificación de la medida cautelar, siendo la última la que nos importa ya que trae consigo la conversión de la medida cautelar --aplicándose por analogía a la medida de ejecución--.

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, bajo esas premisas la doctrina establece que la modificación "puede ser



de carácter cualitativo o cuantitativo, según verse sobre la clase de efecto jurídico que rige sobre la situación cautelada o respecto de su alcance patrimonial. (...) *La modificación cualitativa* puede realizarse efectuando una conversión de la medida cautelar concedida (...)" (MONROY, 2002: p. 315).

En efecto, cuando nuestro legislador establece la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación por el secuestro debido a la improductividad de la primigenia medida, estamos en presencia de un pedido de modificación de carácter cualitativo, porque se variará la forma de la medida (de embargo en forma de intervención en recaudación a secuestro conservativo).

Ahora bien, la procedencia de esta modificación de la medida primigeniamente concedida se debe a eventos posteriores a la concesión de esta, específicamente se debe a la infructuosidad del embargo en forma de intervención en recaudación, dicha infructuosidad puede originarse a diversos motivos los cuales dan como resultado que los ingresos embargados sean diminutos y no cubran el monto de afectación o no exista ingreso alguno a la empresa.

Para que el beneficiado con la medida de embargo en forma de intervención en recaudación pueda tomar conocimiento de la infructuosidad de la medida, deberá tomar conocimiento de los informes realizados por el interventor recaudador (art. 663 del CPC), los que son puestos a conocimiento del juez y este los traslada a las partes a fin de que tomen conocimiento de los mismos y hagan valer sus derechos de la forma como corresponde.

En ese orden de ideas, solo si la empresa no tiene ingreso alguno será posible que el juez ordene el cierre del negocio, pero si la misma si tiene ingresos pero estos no alcanzan para que el embargo sea fructuoso ello no podrá ser motivo para el cierre del negocio, pero en uno u otro supuesto si procederá la conversión a secuestro conservativo.

Entendemos que el legislador opta por el cierre del negocio en aras que el mismo no genere más deudas a los diversos acreedores que pueda tener, como por ejemplo sus trabajadores, etc., sería contrario a la lógica mantener un negocio que genera gasto y no obtiene ningún ingreso.

Este pedido solo podrá ser concedido a solicitud de la parte beneficiada con la medida al ver que no es productiva la misma.

Como quiera que la conversión es un pedido de variación de la medida, el juez deberá correr traslado a la parte afectada por el plazo de tres días, y con la absolución o sin ella procederá a resolver el pedido de cierre del negocio y/o conversión del embargo en forma de intervención en recaudación a secuestro conservativo.

Como lo señala la norma, la apelación contra el auto que resuelva el pedido de cierre del negocio y/o conversión del embargo en forma de intervención en

recaudación a secuestro conservativo, será concedida con efecto suspensivo, es decir, para nuestro legislador para que proceda la variación en este caso específico y bajo las circunstancias descritas en la norma, la resolución que ordena la misma deberá quedar firme por consentida o ejecutoriada.

Por último debemos precisar que el legislador establece que ante la infructuosidad del embargo en forma de intervención en recaudación procede el pedido de cierre del negocio y/o conversión a secuestro conservativo, empero, el beneficiado con la medida podrá solicitar una variación diversa como por ejemplo si encuentra que el afectado –deudor– ha adquirido un inmueble variando la medida para convertirla en un embargo en forma de inscripción sobre un inmueble, ante tal situación, no será necesario que el auto que ordene la procedencia de la variación quede firme (art. 617 del CPC).

### 3. CONCLUSIONES

- El presupuesto para la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación a secuestro conservativo es que si la empresa no tenga ingreso alguno o que los mismos ingresos no alcancen a coberturar el monto de la afectación.
- El presupuesto para que proceda el cierre del negocio es que no tenga ingreso alguno.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONROY PALACIOS, Juan (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 665****Embargo en forma de intervención en información**

*Cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al juez.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 666.*

---

***Percy Howell Sevilla Agurto***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la figura del embargo en forma de intervención en información, esta medida, consideramos, que no debería ser tomada como un embargo si tenemos en cuenta que conforme lo ha señalado nuestro legislador (art. 642 del CPC) solo es viable en pretensiones dinerarias, siendo que la intervención en información tiene como finalidad precisamente recabar información económica mas no afectar los bienes del deudor.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. LA INTERVENCIÓN EN INFORMACIÓN**

Como la propia norma lo indica esta forma de medida cautelar o ejecutiva tiene como finalidad recabar información económica de una empresa de persona natural o jurídica.

Esta medida propiamente no importa una afectación de bienes del deudor, sino por el contrario, la posibilidad legal de verificar su estado económico sin su consentimiento.

Por ello, puede considerarse que esta medida podría coadyuvar al cumplimiento de una pretensión dineraria, pero su esfera natural de desenvolvimiento será para coadyuvar a pretensiones societarias o de otra índole, donde, por ejemplo, los socios pretendan remover a un gerente y necesiten para ello la información económica de la empresa que no le es proporcionada voluntariamente.

Bajo este contexto, se puede señalar que esta medida de intervención judicial tiene naturaleza probatoria más que cautelar o ejecutiva.

Por tal motivo hacemos nuestras las enseñanzas de KIELMANOVICH cuando respecto a la intervención en información afirma que “no conceptuamos como verdaderamente cautelar, así particularmente cuando la comprobación del estado de cosas descrito como causa de la pretensión cautelar coincide en sustancia con la causa de la pretensión principal deducida (y objeto por tanto del *thema probandum*), con lo que una intervención con fines de información, en tal contexto, podría mutarse o alcanzar por sí misma una finalidad exquisita y eminentemente probatoria, como una suerte de producción indirecta de prueba (...)” (KIELMANOVICH, 2000: p. 328).

Ahora bien, siendo que la labor del interventor informador se circunscribirá a recabar información sobre el movimiento económico de la empresa de persona natural o jurídica, será el juez quien lo nombre pudiendo ser uno o varios los interventores nombrados por el juez dependiendo de la complejidad de la labor.

Además, el juez señalará el tiempo de duración de la vigencia de la medida, lo que implica desde cuándo y hasta cuándo el interventor informador realizará su labor de órgano de auxilio judicial, aunado a ello también se deberá establecer las fechas en que se procederá a informar al juez la información recabada del movimiento económico de la empresa afectada.

En esta medida la labor del interventor informador será de un mero vigilante requiriendo la información que le permia obtener el detalle del movimiento de la empresa, “las funciones de vigilancia asignadas implican la posibilidad por parte del informante o veedor, de controlar las operaciones que realice la sociedad en la contabilidad de la misma y requerir los comprobantes correspondientes, desde que sus tareas no se circunscriben a un mero reconocimiento o detalle de los bienes o la actividad de la entidad, sino que aprehenden también la vigilancia de las actividades de la empresa” (KIELMANOVICH, 2000: p. 328).

### 3. CONCLUSIONES

- La intervención en información no debería ser considerada como un embargo, toda vez que esta no tiende a garantizar pretensiones dinerarias.
- La intervención en recaudación tiene naturaleza probatoria ya que su finalidad es recabar información del movimiento económico de una empresa.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

---

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 666**

**Obligaciones del interventor informador**

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. art. 655, 665.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula las obligaciones a las que está sujeto el interventor informador.

Como ya hemos hecho mención al comentar otros artículos, los interventores son órganos de auxilio judicial y como tales tienen derechos, deberes u obligaciones.

A continuación pasaremos a señalar los derechos y deberes que tienen los interventores informadores.

**2. DERECHOS Y DEBERES DE LOS INTERVENTORES INFORMADORES**

La función principal de los interventores informadores será recabar la información del movimiento económico de la empresa de persona natural o jurídica y sobre esta obligación girarán tanto los derechos que tiene y los deberes a cumplir.

En cuanto a los derechos del interventor informador, podrá percibir un honorario por el servicio prestado el cual será fijado por el juez y deberá ser asumido por el beneficiado con la medida cautelar o medida ejecutiva.

Tendrá derecho a solicitar a los funcionarios correspondientes de la empresa la información vinculada al movimiento económico de la misma y como consecuencia de ello dichos funcionarios tendrán la obligación de brindarle dicha información.

Como deberes del interventor informador tenemos a que este debe informar al juez en las fechas fijadas los avances de su labor, es decir, la información acerca del movimiento económico de la empresa.

Además está obligado a informar al juez cualquier otra información relacionada con el movimiento económico de la empresa que tengan como finalidad entorpecer su labor o actos que impliquen un perjuicio económico a la empresa por parte de sus funcionarios.

También entran aquí los hechos perjudiciales al titular de la medida cautelar como por ejemplo la creación de planillas fantasmas, declaración de impuestos tardía o falsa, etc.

### 3. DEBERES GENÉRICOS DEL INTERVENTOR INFORMADOR

Como órgano de auxilio judicial, el interventor informador tendrá los deberes de adecuar su conducta procesal a los principios de buena fe, probidad, lealtad, etc.

De comprobarse un actuar contrario a estos principios será factible que el juez los subrogue y además pueda multarlo, ello en atención a que estamos en un proceso judicial y el juez es el director del proceso de lo que se colige que no puede permitir conductas que vulneren el derecho de las partes y/o entorpezcan el proceso jurisdiccional.

### 4. CONCLUSIONES

- El interventor informador es un órgano de auxilio judicial y como tal tiene derechos y deberes, los que tienen girarán en torno a su obligación principal que es recabar la información del movimiento económico de la empresa afectada con la medida.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 667**

**Ejecución de la intervención**

*El secretario interviniente redactará el acta de embargo en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la medida, las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el juzgado. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si este se rehúsa firmar, el secretario dejará constancia de su negativa.*

CONCORDANCIA:  
C.P.C. art. 637.

---

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario establece la forma como se ejecutará el embargo en forma de intervención sea cual fuere su modalidad, ya sea intervención en recaudación, intervención en información y para algunos la intervención en administración.

A continuación pasaremos a explicar la forma de la ejecución de esta medida y sus implicancias.

**2. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERVENCIÓN**

Señala la norma que el secretario judicial redactará el acta en presencia del afectado con la medida de intervención, ello supone que el afectado se encuentre en el momento en que se ejecuta la diligencia.

En caso este no estuviese no es óbice para que no se ejecute la medida, sino que por el contrario deberá elaborarse el acta correspondiente, y notificarse conforme lo dispone el CPC para las notificaciones judiciales.

En caso el afectado con la medida de intervención si se encontrara al momento de la ejecución de esta, se deberá proceder conforme lo señala la norma, es decir, el secretario procederá a elaborar el acta correspondiente precisándole los alcances de la medida, dependiendo de qué clase de intervención se trate.



En dicho sentido el secretario judicial deberá poner en conocimiento del afectado las sanciones que será pasible en caso pretenda frustrar o entorpecer las labores de los interventores, es decir, si intenta incumplir el mandato judicial.

Además en el acta se deberá incluir un inventario de los bienes y archivo.

La norma también permite que el afectado haga constar en el acta sus observaciones respecto de la medida, es decir, alguna objeción respecto a que no se ha cumplido alguna formalidad o que en la ejecución de la misma haya existido alguna vulneración de algún derecho, por tanto, será obligación del secretario judicial posibilitar al afectado pueda realizar sus observaciones y considerarlas en el acta que elabore.

Por otro lado, si el afectado se niega a suscribir el acta, el secretario judicial dejará constancia de ello en el acta respectiva.

Siendo esto así, tenemos que para poder ejecutar una medida de embargo en forma de intervención siempre será necesaria la presencia del secretario judicial quien dará fe de lo ocurrido en la diligencia.

### 3. CONCLUSIONES

- Para la ejecución del embargo en forma de intervención sea cual fuere su modalidad, siempre deberá concurrir el secretario judicial.
- Si el afectado con la medida de embargo en forma de intervención no se encuentra al momento de ejecutarse la misma, ello no podrá ser motivo para la suspensión de la ejecución de la medida.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 668**

**Responsabilidad en la intervención**

*Son responsables civil y penalmente:*

1. *El interventor recaudador por el dinero que recaude, asimilándose para estos efectos al depositario;*
2. *El interventor informador por la veracidad de la información que ofrezca;*
3. *El intervenido por su actitud de resistencia, obstrucción o violencia.*

CONCORDANCIA:

*C.R.C. art. 655.*

---

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario establece la responsabilidad civil y penal de los órganos de auxilio judicial en el embargo en forma de intervención en recaudación y embargo en forma de intervención en información.

En ambos casos los órganos de auxilio judicial son llamados interventores, al primero de los supuestos se le denomina interventor recaudador y al otro interventor informador.

Además, también se hace responsable al intervenido (afectado con la medida de embargo en forma de intervención).

Procederemos al análisis de dichos supuestos.

**2. RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR RECAUDADOR**

La norma nos señala que el interventor recaudador es responsable por el dinero que recaude, en efecto, este dinero recaudado en ejecución de la medida de intervención en recaudación debe ser puesto a disposición del juzgado, si esto no ocurre el interventor es responsable civil y penalmente.

Para estos efectos, la norma lo asimila a un depositario por lo tanto será de aplicación lo dispuesto en el artículo 190 del CP, en cuanto a la responsabilidad penal, en el ámbito civil será factible que se le solicite la devolución del dinero, además que el juez podrá emitir los apremios que considere pertinente a fin de sancionar al interventor, ya que este también debe ajustar su conducta

a los principios morales del proceso, en virtud al deber de colaboración en rige en el proceso civil.

### 3. RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR INFORMADOR

El deber primordial del interventor informador es recopilar información, pero dicha información cuando es trasladada al juez debe ser verdadera, es decir, no debe existir adulteración de información por parte del interventor informador, caso contrario, sería su conducta un delito según lo dispuesto en el artículo 412 del CP.

Además también será pasible de multas en caso el juez lo considere pertinente al infringir el deber de colaboración y los principios morales del proceso.

### 4. RESPONSABILIDAD DEL INTERVENIDO

Por último también es responsable civil y penalmente el intervenido (afectado con la medida de embargo en forma de intervención), por su actitud de resistencia, obstrucción o violencia.

En el ámbito penal tenemos que esta conducta encuadra dentro del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad regulado en el artículo 368 del CP, en el proceso civil el juez tendrá la potestad de multar compulsivamente al intervenido por su actuar.

### 5. CONCLUSIONES

- Tanto el interventor como el intervenido son responsables civil y penalmente en caso de no dar cumplimiento al mandato judicial.
- En el ámbito penal, las conductas del interventor e intervenido son consideradas delitos y deberá aplicarse el Código Penal para evaluar en qué delito encuadra las conductas de dichas personas.
- En el ámbito civil, el juez podrá establecer multas compulsivas a fin en caso verifique las inconductas del interventor e intervenido, además podrá subrogarlos (solamente a los interventores).

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 669****Embargo en forma de administración de bienes**

*Cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 890, 891.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la posibilidad de trabar embargo en forma de administración sobre bienes, siendo que esta puede darse a través de una medida cautelar o una medida ejecutiva o de ejecución, dependiendo de la etapa en la que se encuentre el proceso.

Algunos señalan a esta medida como una forma de intervención judicial, pero en nuestra opinión nuestro legislador no la considera como tal, siendo que debe ser vista como un tipo de embargo distinto al embargo en forma de intervención.

A continuación pasaremos al análisis de las implicancias de esta forma de embargo otorgado por nuestro legislador.

**2. EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACIÓN SOBRE BIENES**

Como todo embargo, el embargo en forma de administración de bienes tiene como finalidad hacer posible la satisfacción de una pretensión dineraria, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 642 del CPC.

Ahora bien, no debe confundirse este embargo con otras medidas de administración, las cuales tienen otra finalidad y no buscan la afectación de bienes del deudor para la satisfacción del crédito del acreedor.

Por ejemplo la medida de administración judicial comúnmente utilizada para asegurar pretensiones societarias tiene como finalidad remover al administrador de una sociedad colocando otro hasta las resultas del proceso, empero no tiene como finalidad asegurar el pago de un crédito, por ende no debe confundirse dicha medida con la que estamos analizando.

Por otro lado, tampoco puede ser considerada como un embargo en forma de intervención, debido a que nuestro legislador ha establecido a la misma como otra forma de embargo distinta al embargo en forma de administración, ello se desprende de una interpretación literal y sistemática de las normas del CPC (arts. 669 y 671), máxime si el legislador denomina al órgano de auxilio judicial en esta clase de medidas como administrador, en cambio para los embargos en forma de intervención los denomina interventores.

### 3. EL EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES: SUS IMPLICANCIAS

Nuestro legislador señala que en caso la medida recaiga sobre bienes fructíferos se podrán afectar en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan, es decir, el administrador deberá cuidar el bien que producirá frutos y serán estos (los frutos) los afectados con el embargo, a fin de que con su venta judicial se satisfaga el crédito del beneficiario (acreedor).

En nuestro ordenamiento jurídico se señala (art. 889 del CC) que son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. Además explica las clases de frutos que pueden existir (art. 890 del CC), señalándose que los frutos son naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

El profesor GONZALES BARRÓN explica lo siguiente:

“El fruto, así entendido, es un rendimiento o provecho económico que se *extrae* de un bien conforme a su destino y sin alterar su esencia, ya inmediatamente (frutos naturales o industriales), ya como consecuencia de una relación jurídica destinada a conseguir esos provechos (frutos civiles). Lo que se obtiene con perjuicio antieconómico respecto al bien principal, o lo que no corresponde al destino económico del mismo, no es fruto. Por tanto, solo se consideran incluidos dentro de la categoría de frutos los siguientes:

- Los provechos orgánicos de los bienes, si concurren los antes mencionados requisitos, por ejemplo, granos, frutas, crías de animales, lana, leche, estiércol, talas ordinarias de árboles.
- Algunos provechos, que no tienen carácter de orgánicos, como la explotación de arena, barro, canteras, etc.
- Los provechos económicos originados por arrendar los bienes (frutos civiles)” (GONZALES, 2005: p. 234).

En dicho orden de ideas, cualquiera de las clases de frutos (naturales, industriales y civiles), será factible de este tipo de afectación –embargo en forma de administración de bienes–.

Para culminar, para la ejecución de esta medida el administrador deberá tomar posesión del bien fructífero a fin de poder obtener los frutos, por ello concordamos con RIVAS cuando señala que “tratándose de medida cautelar, serán conservados en depósito si su naturaleza lo permite y de lo contrario vendidos y convertidos en dinero –que a su vez tendrá que depositarse a la orden del juez– de acuerdo al sistema del artículo 618 segunda parte del CPC”.

Haciendo la precisión que estos bienes que son frutos siempre terminarán siendo vendidos judicialmente en la etapa de ejecución forzada a fin de que con la obtención del dinero producto de su venta, el ejecutante (acreedor) vea satisfecha su pretensión.

#### 4. CONCLUSIONES

- La medida de embargo en forma de administración de bienes tiene como finalidad afectar los frutos de los bienes del deudor para que con la venta de estos el acreedor vea satisfecha su pretensión dineraria, mientras que la medida administración judicial tiene como finalidad asegurar la eficacia de la futura sentencia donde se discute –por lo general– pretensiones societarias, por tanto, son distintas medidas.
- El embargo en forma de administración de bienes y el embargo en forma de intervención (en recaudación o información), son distintas clases de embargo.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GONZALES, Günther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino

(1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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

Al haber convivido el accionante con la causante por aproximadamente 42 años y, adquirido durante dicho tiempo los inmuebles y depósitos bancarios indivisos, este tiene la preferencia en el nombramiento de administrador judicial que recaiga en su persona toda vez que tiene la condición de copropietario de dichos bienes. Los herederos declarados tienen la condición de hermanos paternos y, por tanto, no son considerados como herederos forzosos, para tener la prioridad en cuanto a la administración de los bienes en referencia (*Exp. N° 817-2002, Tercera Sala Civil de Lima*).



**Artículo 670****Conversión a administración de unidad de producción o comercio**

*A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 633, 634.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a una de las posibilidades que tiene el beneficiado con una medida (cautelar o ejecutiva) de embargo en forma de intervención en recaudación, a fin de variarla a un embargo en forma de administración de bienes.

Creemos que existe un error en la norma al señalar que “(...) se puede convertir la intervención en recaudación a *intervención en administración (...)*”, debido a que como ya hicimos mención al comentar el artículo 669 del CPC, no se trata de un embargo en forma de intervención en administración, sino de otra forma de embargo denominado *administración de bienes*; es decir, no es una especie del embargo en forma de intervención, sino es un tipo o especie de embargo tal como la intervención.

A continuación pasaremos al estudio de esta modalidad de variación de la medida de intervención en recaudación a embargo en forma de administración de bienes.

**2. CONVERSIÓN DE LA RECAUDACIÓN**

Conforme podemos observar, nuestro legislador en salvaguarda del derecho del beneficiario con la medida cautelar o medida ejecutiva de intervención en recaudación y al ser infructuosa esta, ha brindado la posibilidad de variar la medida a secuestro (art. 664 del CPC) o a embargo en forma de administración de bienes

(artículo en comentario), precisándose que no solo puede variarse a tales medidas sino que el beneficiado podrá solicitar la variación que sea más conveniente.

La norma señala que a pedido del titular de la medida (entendemos que todo pedido al órgano jurisdiccional debe ser fundamentado) se puede convertir la intervención en recaudación a embargo en forma de administración, y será resuelto por el juez previo traslado al afectado por tres días.

La conversión es propiamente una manifestación de una de las características de las medidas cautelares, la cual es la variabilidad (art. 617 del CPC).

La variabilidad de las medidas cautelares se puede dar de tres formas: mediante la solicitud de revocación, reproposición de la medida cautelar o pedido de modificación de la medida cautelar. Esta última es la que nos importa ya que trae consigo la conversión de la medida cautelar, aplicándose por analogía a la medida de ejecución.

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. Bajo esas premisas la doctrina establece que la modificación “puede ser de carácter cualitativo o cuantitativo, según verse sobre la clase de efecto jurídico que rige sobre la situación cautelada o respecto de su alcance patrimonial. (...) *La modificación cualitativa* puede realizarse efectuando una conversión de la medida cautelar concedida (...)” (MONROY, 2002: p. 315).

En efecto, cuando nuestro legislador establece la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación por el embargo en forma de administración, debe demostrarse la improductividad de la primigenia medida; siendo así estaremos en presencia de un pedido de modificación de carácter cualitativo porque se variará la forma de la medida (de embargo en forma de intervención en recaudación a embargo en forma de administración de bienes).

Ahora bien, la procedencia de esta modificación de la medida primigeniamente concedida se debe a eventos posteriores a la concesión de la misma; específicamente se debe a la infructuosidad del embargo en forma de intervención en recaudación. Dicha infructuosidad puede originarse por diversos motivos los cuales dan como resultado que los ingresos embargados sean diminutos y no cubran el monto de afectación o no exista ingreso alguno a la empresa.

Para que el beneficiado con la medida de embargo en forma de intervención en recaudación pueda tomar conocimiento de la infructuosidad de la medida, deberá, a su vez, tomar conocimiento de los informes realizados por el interventor recaudador (art. 663 del CPC), los cuales son puestos a conocimiento del juez y este los traslada a las partes para que hagan valer sus derechos de la forma como corresponde.

En ese orden de ideas, recaerá la carga de acreditar la infructuosidad del embargo en forma de intervención en recaudación sobre el beneficiado con dicha medida sobre la base de los informes emitidos por el interventor recaudador.

Como quiera que la conversión es un pedido de variación de la medida, el juez deberá correr traslado a la parte afectada por el plazo de tres días y, con la absolución o sin ella, procederá a resolver el pedido de conversión de medida.

Como lo señala la norma, la apelación contra el auto que resuelva la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación a embargo en forma de administración de bienes, será concedida con efecto suspensivo; es decir, para que proceda la variación en este específico caso y bajo las circunstancias descritas en la norma, la resolución que la ordena deberá quedar firme por consentida o ejecutoriada.

Además, la norma señala que el administrador o administradores asumen la representación o gestión de la empresa; esto es, remueven de su cargo a quien venía ejerciendo tales funciones en la empresa, empero no con la finalidad de quedarse en dicho cargo indefinidamente u otra causa, sino con la finalidad de recaudar frutos (en este caso civiles o industriales).

### 3. CONCLUSIONES

- El presupuesto para la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación a embargo en forma de administración de bienes es que la empresa no tenga ingreso alguno o que estos no alcancen a coberturar el monto de la afectación.
- La conversión es una manifestación de la variabilidad, específicamente en el supuesto de hecho establecido en la norma de declararse fundado el pedido de conversión se estaría realizando una modificación de carácter cualitativo (se varía una medida por otra).

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista. ARIANO, 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; KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; 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; PALACIO, Lino

(1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista; SERRA, Manuel y RAMOS, Francisco (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es facultad del juzgador acceder a la petición de conversión de la medida cautelar de intervención en recaudación a intervención en administración. Tal potestad funciona en tanto el negocio sujeto a intervención se encuentre conducido directamente por el obligado, pero es claro que no puede tener cabida cuando en efecto de un contrato de arrendamiento de fecha anterior a la medida cautelar aquel negocio es explotado por un tercero que tiene la calidad de arrendatario (*Exp. N° 265-96, Cuarta Sala Civil*).

La consignación verificada por la propia entidad intervenida, demuestra el manejo sin control de su patrimonio, a pesar de que el control de este le corresponde al interventor, por ello se justifica la conversión a la intervención en administración (*Exp. N° 492-95, Segunda Sala Civil*).

**Artículo 671****Obligaciones del administrador**

*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.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 655.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

Como quiera que el administrador es un órgano de auxilio judicial, deberá siempre ceñirse a los mandatos del juez, y su conducta deberá ceñirse a los principios de buena fe, probidad y lealtad procesal.

Como todo órgano de auxilio judicial cumple una función coadyuvante dentro del proceso jurisdiccional, es decir, ayuda al juez en la tarea específica que este le encarga.

A continuación procederemos a realizar un análisis de los deberes y derechos que tiene el administrador dentro del proceso civil.

**2. DEBERES Y DERECHOS DEL ADMINISTRADOR**

Teniendo en consideración que la labor principal del administrador es precisamente recaudar los frutos de los bienes de la empresa afectada con la medida cautelar o medida de ejecución, los deberes secundarios girarán en torno al cumplimiento de la labor principal.

El legislador señala como uno de esos deberes que debe respetar el administrador a “gerenciar la empresa embargada, con sujeción a su objeto social”, es decir,

el administrador deberá realizar las acciones normales (toma de decisiones) a fin de que la empresa siga su normal desenvolvimiento.

En este orden de ideas, el administrador no deberá interferir y tampoco interrumpir las labores propias de la empresa, ello porque estaría ejerciendo funciones que no le corresponden (usurpación de funciones), además entorpecería la producción de la empresa lo que es contrario a la labor principal que se le ha encomendado, la cual será percibir los frutos generados por los bienes de la empresa.

El legislador también considera que uno de los tantos deberes que debe cumplir un administrador es “realizar los gastos ordinarios y los de conservación”, ello para no afectar el normal desenvolvimiento de la empresa.

Concordado con lo expuesto en el párrafo anterior, el legislador también ha considerado como deber del administrador el que deba “cumplir con las obligaciones laborales que correspondan y pagar tributos y demás obligaciones legales”, es decir, este órgano de auxilio judicial deberá de cumplir con el pago a los trabajadores de la empresa y otras obligaciones de índole laboral, además con las obligaciones tributarias y otras a que esté sujeta la empresa.

También deberá “formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley”, es decir, deberá velar por el cumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones legales de carácter no dinerario.

Además deberá “proporcionar al juez la información que este exija, agregando las observaciones sobre su gestión y poner a disposición del juzgado las utilidades y frutos obtenidos”, lo que resulta obvio ya que este tiene que rendirle cuentas al juez.

Ahora bien, como todo órgano de auxilio judicial tiene el derecho a percibir por la labor que presta una retribución la que deberá ser fijada por el juez de forma proporcional a la prestación que realizará el administrador y teniendo en cuenta de que no se trata de una actividad entre privados, sino que es de carácter público no debiendo tomarse en consideración los honorarios establecidos en las tablas de los Colegios Profesionales.

### 3. CONCLUSIONES

- El administrador es un órgano de auxilio judicial y como tal su conducta se debe ceñir al cumplimiento de ciertos principios ético-morales como son la probidad, buena fe y lealtad procesal.
- Los demás deberes del administrador establecidos por el legislador están en consonancia con su labor principal que es percibir los frutos de los bienes de la empresa afectada, sin afectar el normal desarrollo de esta.

---

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 672**

**Ejecución de la conversión a administración**

*El secretario interviniente redactará el acta de conversión en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la nueva medida, y pondrá al administrador en posesión del cargo. El acta incluirá un nuevo inventario de los bienes y archivos existentes al momento de la ejecución. Si el intervenido se niega a firmar, dejará constancia de su negativa.*

*Al asumir el cargo el órgano de auxilio judicial, cesan automáticamente en sus funciones los órganos directivos y ejecutivos de la empresa intervenida.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 637.*

---

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario establece la forma cómo se ejecutará la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación al embargo en forma de administración de bienes.

A continuación pasaremos a explicar la forma de la ejecución de conversión de esta medida y sus implicancias.

**2. EJECUCIÓN DE LA CONVERSIÓN A EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES**

Señala la norma que el secretario judicial redactará el acta en presencia del afectado con la medida de intervención, ello supone que el afectado se encuentre en el momento en que se ejecuta la diligencia.

En caso este no estuviese no es óbice para que no se ejecute la conversión de la medida, sino que por el contrario deberá elaborarse el acta correspondiente, y notificarse conforme lo dispone el CPC para las notificaciones judiciales.

En caso el afectado con la medida de embargo en forma de administración de bienes si se encontrara al momento de la ejecución de esta, se deberá proceder conforme lo señala la norma, es decir, el secretario procederá a elaborar el acta correspondiente precisándole los alcances de la medida, poniendo al administrador en posesión del cargo.



En dicho sentido el secretario judicial deberá poner en conocimiento del afectado las sanciones que será pasible en caso pretenda frustrar o entorpecer la labor del administrador; es decir, si intenta incumplir el mandato judicial.

Además en el acta se deberá incluir un nuevo inventario de los bienes y archivo existentes al momento de la ejecución de la conversión.

Aunque no lo señala la norma también debe permitírsele que el afectado haga constar en el acta sus observaciones respecto de la medida, es decir, alguna objeción respecto a que no se ha cumplido alguna formalidad o que en la ejecución de la misma haya existido alguna vulneración de algún derecho, por tanto, será obligación del secretario judicial posibilitar al afectado pueda realizar sus observaciones y considerarlas en el acta que elabore.

Por otro lado, si el afectado se niega a suscribir el acta, el secretario judicial dejará constancia de ello en el acta respectiva.

Siendo esto así, tenemos que para poder ejecutar la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación a embargo en forma de administración de bienes siempre será necesaria la presencia del secretario judicial quien dará fe de lo ocurrido en la diligencia.

Por último, al efectuarse la diligencia y entrando en posesión del cargo el administrador designado por el juez, cesarán en sus funciones los órganos directivos y ejecutivos de la empresa, por ello es que se dice que esta medida es una de las más gravosas que permite nuestro ordenamiento jurídico.

### 3. CONCLUSIONES

- Para la ejecución de la conversión del embargo en forma de intervención en recaudación al embargo en forma de administración de bienes, siempre deberá concurrir el secretario judicial.
- Si el afectado con la conversión de la medida de embargo en forma de administración de bienes no se encuentra al momento de ejecutarse esta, ello no podrá ser motivo para la suspensión de la ejecución de la medida.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 consignación verificada por la propia entidad intervenida, demuestra el manejo sin control de su patrimonio, a pesar de que el control de este le corresponde al interventor, por ello se justifica la conversión a la intervención en administración (*Exp. N° 492-95, Segunda Sala Civil*).

**Artículo 673****Anotación de demanda en los Registros Públicos**

*Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.*

*El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.*

*La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.*

**CONCORDANCIAS:**

*L.G.S. arts. 147, 274.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la medida cautelar de anotación de demanda, la que es de suma utilidad para la protección de derechos sobre bienes inscribibles.

Consideramos erróneo que el legislador haya colocado esta forma de medida cautelar dentro del subcapítulo I referido a las medidas cautelares para futura ejecución forzada, ello porque la misma es pasible de solicitarse cuando se tramiten pretensiones declarativas –conforme se explicará más adelante–.

Además resulta redundante señalar que para que se pueda interponer una medida cautelar de anotación de demanda debe existir ya proceso judicial iniciado, de lo contrario, no sería propiamente una medida cautelar de anotación de demanda, siendo que el derecho a la tutela judicial efectiva exige existan otros mecanismos a través de la tutela cautelar que viabilicen la publicidad de la existencia de un litigio sobre bienes registrables, donde supletoriamente y por analogía deberá aplicarse la norma objeto de comentario.

A continuación trataremos de explicar la funcionalidad de este tipo de medida cautelar, así como las medidas cautelares afines que pueden hacer las veces de la misma cumpliendo su finalidad.

## 2. PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE ANOTACIÓN DE DEMANDA

Como toda medida cautelar, la misma deberá cumplir con los requisitos exigidos para cualquier otra, esto es para su concesión deberá existir verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y adecuación o razonabilidad; y para la ejecución de la medida cautelar ofrecer contracautela.

La particularidad de esta medida cautelar es que permite "(...) la adecuada publicidad registral del proceso, en los supuestos en que el objeto del proceso presente algún tipo de trascendencia registral, el resultado de dicho proceso puede verse frustrado a causa de la operatividad de los principios registrales" (PASTOR, 2000: p. 66).

Por ello, es un requisito adicional para la concesión de dicha medida que la demanda esté admitida, ya que tanto la demanda como la resolución que la admite (auto admisorio en los procesos de cognición o mandato ejecutivo en los procesos de ejecución) formarán parte del parte judicial que se remitirá a los Registros Públicos para su inscripción.

Además, es obvio que la pretensión discutida tendrá que tener alguna relación con bienes inscribibles (muebles o inmuebles), de lo contrario no procedería esta.

Por ejemplo, podemos señalar algunos supuestos donde la procedencia de esta clase de medidas cautelares se hace de suma importancia:

- Pretensiones de resolución de contratos donde se discutan la propiedad sobre bienes inscritos, con ello se pretenderá que la sentencia que recaiga en ese proceso no resulte infructuosa como puede suceder si el demandado transfiere registralmente la propiedad de un bien inmueble a tercero durante la pendency del proceso judicial donde se discute la resolución del contrato por el cual adquirió dicho bien.
- Pretensiones de nulidad de contratos (actos jurídicos), donde se pretenda la declaración judicial de nulidad de contratos que otorgan la propiedad de bienes inscritos a los demandados, en dichos supuestos, la anotación de la demanda en la partida registral del bien se hace necesaria a fin de asegurar la eficacia de la sentencia definitiva.
- Pretensiones de ineficacia de acto jurídico –mal llamadas como acción pauliana–, donde lo que se pretende es que sea declarado ineficaz respecto del acreedor el acto jurídico mediante el cual se transfirió la propiedad del bien o bienes a terceros por parte del deudor, y de no concederse esta medida cautelar se corre el riesgo que el tercero transfiera a otra persona el bien lo que haría ineficaz la sentencia que recaería en dicho proceso.

- Pretensiones de prescripción adquisitiva, donde lo que se pretende es la declaración judicial de propiedad de algún bien registrable y donde los demandados serán quienes figuren como propietarios registrales de dicho bien, ante ello cabe la posibilidad de que los demandados transfieran registralmente a un tercero –que desconoce la existencia del proceso de prescripción adquisitiva– la propiedad del bien, lo que implica que el tercero adquiera de buena fe su derecho (art. 2014 del CC), lo que no hubiese sucedido o en todo caso se rompería la buena fe del tercero, ya que conocería la existencia del proceso judicial por la anotación de la demanda en la partida del bien.
- Pretensiones de dar suma de dinero con garantía hipotecaria o mobiliaria –mal llamadas procesos de ejecución de garantías–, donde los acreedores respaldados con garantías extrajudiciales (hipoteca o garantía mobiliaria), a fin de evitar el posible perjuicio que podría generar que los propietarios celebren actos jurídicos sobre los bienes afectados extrajudicialmente entorpeciendo la venta judicial del bien –mueble o inmueble– y por ende la imposibilidad de ver satisfecha su acreencia, deberán solicitar la medida cautelar de anotación de demanda. Cabe precisar, que los posibles actos jurídicos que pueden conllevar al entorpecimiento de la realización judicial de los bienes, se presenta por ejemplo, en que intencionalmente los propietarios admitan que se traben embargos o se constituyan garantías hipotecarias o mobiliarias que respalden las deudas ficticias respecto de acreedores domiciliados en provincias y/o distritos alejados de la capital que pertenecen a otra Corte, de modo que el inicio de la etapa de ejecución forzada en el juzgado con competencia en esos lugares, *no sea puesto en conocimiento en la forma y oportunidad debidas*, permitiendo así que los acreedores ficticios –en connivencia con los propietarios– se hagan cobro de las acreencias inexistentes hasta el límite de *no dejar saldo remanente alguno del monto obtenido* en el remate de los bienes; perdiendo así la garantía con la que cuentan para satisfacer su crédito.

### 3. FUNCIONALIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES ANÁLOGAS

En nuestro ordenamiento jurídico la medida cautelar de anotación de demanda se hace necesaria, toda vez que permite la publicidad *erga omnes* de un proceso judicial que tenga relación directa con bienes o derechos pasibles de inscripción, lo que origina que quien adquiere el bien o derecho con la anotación de la demanda, tenga que respetar lo decidido en el proceso que publicita la medida cautelar, incluso si atenta contra su derecho.

Ahora bien, en la práctica esta medida cautelar también puede resultar infructuosa por tardía, ello debido a que para su procedencia la demanda debe estar admitida lo que permitiría que el demandado pueda tomar conocimiento de la existencia de dicho proceso y actuando de mala fe disponga del bien o derecho pasible de inscripción en el Registro, causando que la medida no logre su finalidad debido a que el bien o derecho ya le pertenecerá a un tercero que –sin conocer la litigiosidad del bien o derecho– lo adquirió de buena fe y su adquisición estará protegida por los principios registrales.

En efecto, desde que se ingresa una demanda ante el Poder Judicial el demandado está en la posibilidad de conocer la existencia de la misma y si para la concesión de la medida cautelar de anotación de demanda se necesita que la demanda esté admitida, el demandado tendrá mucho tiempo para poder disponer del bien o derecho litigioso.

Ante ello, consideramos que antes de iniciar el proceso judicial con la presentación de la demanda, y siendo que la pretensión versará sobre la litigiosidad de derechos o bienes inscribibles, se podría solicitar una medida cautelar genérica (art. 629 del CPC) a fin de que se inscriba en la partida registral del derecho o bien la resolución que concede dicha medida cautelar y que publicitará que sobre dicho bien o derecho se entablará un proceso judicial, con lo cual se buscaría cumplir con la misma finalidad de la medida cautelar de anotación de demanda, solo que el solicitante de tutela cautelar ya no tendría que esperar hasta que su demanda sea admitida.

También se podría solicitar la anotación de la sentencia de primera o segunda instancia, tanto como medida cautelar como dentro del cuaderno principal (en este caso el demandado puede tomar conocimiento del pedido y podría restarle eficacia), la que también tendría la misma finalidad que la medida cautelar de anotación de demanda, solo que en un momento posterior incluso que a la admisión de la demanda.

#### 4. CONCLUSIONES

- Para interponer una medida cautelar de anotación de demanda debe existir ya proceso judicial iniciado, no solo basta la interposición de la demanda, sino que la misma sea admitida por el juez.
- Quien adquiere el bien o derecho con la anotación de la demanda inscrita, tiene que respetar lo decidido en el proceso que publicita la medida cautelar, incluso si atenta contra su derecho.
- La medida cautelar de anotación de demanda puede resultar infructuosa por tardía, ello debido a que para su procedencia la demanda debe estar

admitida lo que permitiría que el demandado pueda tomar conocimiento de la existencia de dicho proceso y actuando de mala fe disponga del bien o derecho pasible de inscripción en el Registro.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

PASTOR, José (2000): *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ARIANO, 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, Manuel (2000): *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley; PALACIO, Lino (1989): *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (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 anotación de la demanda como medida cautelar tiene como finalidad y fundamento primordial la publicidad, la cual a su vez cumple otras funciones como las relativas a la protección del posible derecho del demandante, la seguridad de los negocios jurídicos y la eficacia de la decisión final. Esta anotación en los registros no altera el derecho o los derechos que aparecen inscritos. Tiene como único fin otorgar publicidad al proceso y prevenir con respecto a los bienes o derechos inscritos, vale decir, los afectados con la medida cautelar (*Exp. N° 1686-2005*).

Si bien el proceso principal es uno de ejecución de garantía hipotecaria, no existe impedimento legal para que la demanda pueda ser inscrita para los efectos de la publicidad de la iniciación del proceso frente a terceros y a otros órganos jurisdiccionales; para la efectiva realización de la garantía que se sigue por ante el juzgado de origen y desvirtuar la buena fe, de aquellos terceros que pudieran adquirir algún derecho. La medida cautelar tiene por finalidad impedir que estos terceros puedan entorpecer y perjudicar los alcances de la hipoteca a favor del banco ejecutante (*Exp. N° 1279-2001, Cuarta Sala Civil de Lima*).

Si la pretensión versa sobre la nulidad de la escritura pública de compraventa por existir inobservancia e incongruencia con la minuta, es procedente amparar la medida cautelar de anotación de la demanda, pues tiene por objeto evitar que la parte emplazada realice cualquier acto de disposición respecto del mismo. Debe considerarse lo regulado en el inciso 7 del artículo 2019 del Código Civil (*Exp. N° 3663-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

## SUBCAPÍTULO 2 MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

### Artículo 674 | Medida temporal sobre el fondo

*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 afecten el interés público. (\*)*

CONCORDANCIA:

LEY 29497 art. 56.

*Erick Veramendi Flores*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

El CPC desarrolla las medidas temporales sobre el fondo sobre la clasificación de la doctrina clásica de las medidas cautelares, sustentada en una necesidad urgente capaz de generar un perjuicio irreparable; sin embargo, no ha tenido en cuenta la tutela anticipada, como técnica de aceleración del proceso.

Ahora bien, la doctrina viene explicando la diferenciación entre ambas instituciones, frente a lo cual existe la necesidad de replantear la clasificación de las medidas temporales sobre el fondo como medida cautelar.

### 2. DE LA CLASIFICACIÓN CLÁSICA DE TUTELA CAUTELAR A LA TÉCNICA DE ANTICIPACIÓN DEL PROCESO

La doctrina cautelar clásica ha clasificado la medida temporal sobre el fondo con base en la *relación de instrumentalidad* que liga la medida cautelar a la decisión de fondo; contexto dentro del cual la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria de mérito, destinada a durar hasta el momento en que esta regulación provisoria de la relación controvertida se

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.



sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario (CALAMANDREI, 2005: p. 59).

La medida temporal sobre el fondo, según la clasificación propuesta por CALAMANDREI corresponde al grupo de providencias que deciden interinamente una relación controvertida, para evitar *daños irreparables* por el transcurso del tiempo hasta que se decida definitivamente la cuestión (PODETTI, 1956: pp. 36-37). En la clasificación propuesta por PODETTI sería aquella que tiene por objeto satisfacer necesidades primordiales urgentes o preservar el daño inminente a las personas o a sus bienes (PODETTI, 1956: pp. 41-43).

El problema de esta doctrina es que distinguía la ejecución satisfactiva de la ejecución cautelar afirmando como criterio si los actos ejecutivos *preceden o siguen* a la declaración de certeza del derecho a satisfacer, en todos los casos en los que se ve que la ejecución precede a esta declaración, estamos frente a una ejecución cautelar (MARINONI, 2010: p. 17).

Como se observa la doctrina clásica sobre la medida cautelar calificaba a la medida temporal sobre el fondo como aquella destinada a satisfacer la necesidad urgente de la persona que se puede transformar en irreparable, sin realizar un análisis respecto de su incidencia en la satisfacción de la pretensión principal. En ese sentido, MITIDIERO afirma toda la teorización de CALAMANDREI y PROTO PISANI tienen por objeto no propiamente la tutela cautelar, sino la *técnica anticipatoria* que puede llevar a la prestación de *tutela jurisdiccional de los derechos mediante cognición sumaria*. Cuando CALAMANDREI afirma que el *periculum in mora* es la nota distintiva de la tutela cautelar; y cuando PROTO PISANI asevera que esa misma tutela debe ser encuadrada como *especie de protección que busca combatir los daños que puede emerger de la duración del proceso* queda absolutamente claro que el objeto de consideración de esos autores es la necesidad de *aceleración* de la prestación de la tutela jurisdiccional, o, en otras palabras, de *anticipación* de tutela (MITIDIERO, 2013: pp. 40-41).

Frente a ello, la doctrina moderna, la que desarrolla una distinción entre la tutela anticipada y tutela cautelar (medida cautelar sobre el fondo). Así, desde el punto de vista de la tutela jurisdiccional, aquella se divide en tutela definitiva (satisfactiva) y provisional (cautelar, anticipada). Asimismo, la "tutela cautelar" apenas asegura el disfrute eventual y futuro del derecho cautelado; al paso que la "tutela anticipada" posibilita la *inmediata realización* del derecho (MITIDIERO, 2013: p. 41). La institución de la tutela anticipada se desarrolla en la búsqueda de la protección de lo que la doctrina denomina nuevos derechos; inicialmente se realizaba a través de la acción cautelar satisfactiva; sin embargo, no se aceptaba el uso de la tutela cautelar con un fin satisfactivo, frente a lo cual nace y se desarrolla la tutela anticipada (MARINONI, 2007: pp. 123-124).

### 2.1. Técnica de anticipación: ¿técnica de aceleración?

La doctrina reciente explica que el surgimiento de nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela generó la necesidad del derecho sustancial de tutela satisfactiva (definitivo) de modo anticipado, permitieron el nacimiento de técnicas de anticipación de la tutela, las que no eran instrumentales; así tenemos a la tutela inhibitoria, de remoción, y anticipada, etc. Frente a la técnica cautelar que si es instrumental, tutela asegurativa o de seguridad de la decisión judicial (MARI-  
NONI, 2010: p. 21 y ss.).

En efecto, la regla general es que se otorga tutela procesal satisfactiva cuando el órgano jurisdiccional ha formado una *cognición plena*; es decir, tenga o adquiera una certeza absoluta respecto del objeto que se discute en el proceso (MONROY, 2002: p. 107). No obstante ello, la *cognición sumaria*, permite que la ausencia en la primera fase sumaria del contradictorio, la que puede ser activada en una fase sucesiva que tendrá lugar, luego del pronunciamiento del juez, a iniciativa del destinatario pasivo de la decisión judicial.

Asimismo, respecto de la modalidad de la realización del contradictorio, en algunos procedimientos el contradictorio se realiza en vía anticipada respecto de la fase decisoria, pero de acuerdo a las modalidades confiadas a la discrecionalidad del juez y no predeterminadas por el legislador.

La cognición es sumaria por superficial, en cuanto la actividad cognoscitiva del juez, a pesar de tener como objeto los hechos que fundan la demanda, y aquellos que fundan las excepciones no vienen realizadas en las formas y según las modalidades de las garantías procesales. Los procesos sumarios pueden ser: providencias sumarias no cautelar con aptitud de alcanzar la calidad de cosa juzgada, providencia sumaria cautelar subordinadas a la subsistencia del requisito del *periculum in mora*, y las providencias sumarias-simplificadas-ejecutivas (PROTO PISANI, 2014: pp. 325-326). Entonces tanto la tutela anticipada como la tutela cautelar pueden ser de cognición sumaria respecto del derecho controvertido, la diferencia radica en que la tutela anticipada puede convertirse en inmutable, en tanto, que la tutela cautelar no, será meramente asegurativa del derecho controvertido.

En ese mismo sentido, las formas de tutela procesal civil se pueden clasificar en función del tipo de eficacia que recae sobre la materia controvertida, esto es, tutela satisfactiva o tutela provisional. Ahora, la tutela anticipada es una técnica de aceleración del proceso que puede ser ubicada dentro de la tutela satisfactiva o tutela provisional (MITIDIERO, 2011: p. 267). Desde esta perspectiva, la tutela anticipada como técnica de aceleración del proceso, que sería lo mismo que la técnica de sumarización que hace referencia la cognición sumaria.

Desde la perspectiva de la tutela diferenciada –de urgencia– puede clasificarse *en función del tipo de eficacia* en tutela satisfactiva y tutela asegurativa. La tutela satisfactiva o de conocimiento está referida al pronunciamiento que busca componer de manera definitiva el conflicto, por ejemplo, la que termina con la expedición de una sentencia; aquella se puede dividir en tutela declarativa, tutela constitutiva y tutela de condena. La tutela asegurativa no compone de manera inmediata la *litis* sino contribuye a la eficacia de la decisión final, y por ello concierne directamente a las medidas cautelares (ZELA, 2008: pp. 34-35).

<b>Distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar</b>	
<b>Tutela anticipada</b>	<b>Tutela cautelar</b>
La tutela anticipatoria es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización, mediante la cognición sumaria de verosimilitud.	La tutela cautelar asegura la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, por eso se caracteriza por su instrumentalidad y por la referibilidad.
La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria, basada en una situación de urgencia.	La tutela cautelar es instrumento de la tutela satisfactiva.
La tutela anticipatoria puede ser tutela inhibitoria, tutela de remoción del ilícito, etc.	La tutela cautelar es una tutela de seguridad.
<b>Similitud:</b> la tutela anticipada está relacionada con la tutela final, por eso es interina. Aunque satisfaga la pretensión a la tutela del derecho, no tiene el rasgo de definitivo.	<b>Similitud:</b> la tutela cautelar está relacionada con la tutela final, por eso es interina. Aunque satisface solo al asegurar, no tiene el rasgo de definitiva.

**2.2. La medida temporal sobre el fondo como un tipo de medida cautelar en función de sus efectos sobre la pretensión principal: ¿técnica de aceleración de la tutela asegurativa?**

Frente a ello, la doctrina clásica en materia cautelar clasifica las medidas cautelares en función de sus efectos con la pretensión principal. Así tenemos, las medidas temporales sobre el fondo y asegurativas del proceso sin afectación del fondo. También son clasificadas como medidas cautelares coincidentes y no coincidentes (coincidencia fáctica).

El profesor Juan José MONROY PALACIOS considera que la denominación medidas cautelares sobre el fondo es un error, debiendo llamarse *medidas cautelares*

*coincidentes*. Implica, parcial o totalmente, una actuación material similar a la que ocurriría si se declara fundada la demanda; coinciden con lo solicitado en la pretensión (MONROY, 2002: pp. 183-270).

Entonces tanto la tutela anticipada como la tutela cautelar pueden ser de cognición sumaria respecto del derecho controvertido, la diferencia radica en que la tutela anticipada puede convertirse en inmutable, en tanto, que la tutela cautelar no, será meramente asegurativa del derecho controvertido.

### 2.3. ¿Cuál es la posición del CPC?

Por la eficacia de la medida temporal sobre el fondo, esto es eficacia satisfactiva, parece ser una tutela anticipada distinta al proceso cautelar, instrumental; sin embargo, el legislador peruano no le ha dado la característica de inmutabilidad, por eso, puede la decisión cautelar puede ser modificada.

Es por eso que la profesora ARIANO (2014: p. 121) sostiene que las denominadas medidas temporales sobre el fondo (en su previsión típica del art. 674 del CPC) no son medidas cautelares, sino medidas de fondo temporales, interinas, no cautelares, destinadas a devolver definitivas e inmutables con la emisión de la sentencia de fondo, y que tienden a satisfacer en vía directa el derecho, y no a asegurar la eficacia de la tutela definitiva.

El cumplimiento anticipado, así sea transitorio, incide decisivamente en la noción de cosa juzgada. Dándole una nueva caracterización, por eso se habla de pronunciamientos de “cuasi certeza”, capaces de generar “cosa juzgada provisional”, distintos obviamente de los de los de “certeza” típicos de la cosa juzgada definitiva clásica (RIVAS, 2005: p. 242 y ss.). La tutela anticipatoria no está protegida de la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material, que si protege a la tutela final.

Distinción entre medida cautelar y medida temporal sobre el fondo	
Medida cautelar	Medida temporal sobre el fondo
Diferencias	
1. La medida cautelar garantiza –asegura– la satisfacción –eficacia– de la sentencia a dictarse mediante el aseguramiento de bienes y/o situaciones.	1. La medida temporal sobre el fondo está destinada a operar directamente, satisfaciendo de manera anticipada la pretensión principal.

2. Las medidas cautelares operan procesalmente, pero sin afectar o alterar la relación sustancial y la solución aplicable a la misma en definitiva.	2. Las medidas temporales sobre el fondo importa resolver de manera de incidir directamente en la relación sustancial.
3. Se exige verosimilitud.	3. Se exige cuasi certeza.
<b>Similitud</b>	
Aseguran	Aseguran (además satisfacen)

### 3. NORMA BÁSICA Y NORMA ESPECIAL

El artículo 674 del CPC es la disposición general de las medidas temporales sobre el fondo. No obstante ello, las demás disposiciones regulan condiciones especiales frente a conflictos particulares, como son los artículos 675 al 681 del CPC.

Desde nuestro punto de vista estas medidas temporales sobre el fondo también se encuentran tipificados en otros cuerpos normativos; como el caso de curador provisional regulado en el CC, la tenencia y régimen de visitas provisional regulado en el CNA.

### 4. MOMENTO DE INTERPOSICIÓN Y MOTIVOS JUSTIFICANTES

El nacimiento de la necesidad impostergable es el motivo o fundamento justificante del pedido y, determina el momento de la interposición de la medida temporal sobre el fondo, sea antes de la interposición de la demanda, junto o después de ella.

Se puede solicitar medida temporal sobre el fondo fuera del proceso. Al respecto, el profesor RIVAS (2005: p. 248) opina que el tema debe ser resuelto a la inversa: excepcionalmente puede anticiparse antes de sustanciar, ya que lo normal ha de ser cautelar antes de la bilateralidad, y, en cambio, anticipar --si corresponde-- recién luego de escuchar a la contraria.

### 5. ANTICIPACIÓN TOTAL O PARCIAL

La anticipación puede ser total o parcial. En caso de anticipación parcial puede ser cuantitativa o cualitativa. Es cuantitativa, por ejemplo, cuando se dispone pagos parciales en materia de alimentos o, pago en porcentajes en caso de indemnización. Es cualitativa, por ejemplo, suspender al administrador en lugar de removerlo (RIVAS, 2005: p. 248).

## **6. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO**

Son la cuasi certeza del derecho y la necesidad impostergable del solicitante. No significa la esencial desaparición de los presupuestos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora, sino la *repotenciación* del primero y el *agregado de especiales* manifestaciones del segundo (RIVAS, 2005: p. 249).

### **6.1. De verosimilitud en el derecho a cuasi certeza del derecho**

Resulta implícita del artículo 674 del CPC, cuando se hace referencia a los fundamentos de la demanda y la prueba aportada. El juez debe llegar a adquirir convencimiento de un grado superior al de la simple verosimilitud. A los argumentos jurídicos, deberá agregarse prueba que demuestre, bien la indiscutible existencia de la relación jurídica (por ejemplo, la indubitable relación familiar del art. 675 del CPC, para pedir alimentos), bien la verosímil o cierta producción de los hechos computados por la ley para otorgar el derecho (los de violencia familiar, art. 677 del CPC; abandono del inmueble para obtener el desalojo según el art. 679 del CPC; los defectos en la conducta del administrador cuando se pide su remoción, art. 678 del CPC) (RIVAS, 2005: p. 249).

### **6.2. Del peligro en la demora a la necesidad impostergable o privación innecesaria**

Al peligro en la demora derivada de la duración del proceso se le une la necesidad impostergable de contar con el uso y goce del derecho (potencial perjuicio irreparable), o del bien que corresponde a ese derecho, puede obtenerlo anticipadamente. Este elemento debe ser acreditado de manera adecuada, sin embargo algunas disposiciones presumen la necesidad impostergable, por ejemplo, en el caso de la pretensión de alimentos; la necesidad de proveer solución a los conflictos familiares (RIVAS, 2005: p. 250).

En la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos el peligro en la demora (necesidad impostergable) está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el cual se contiende en el juicio de mérito. Es el tiempo mismo necesario para la obtención de la tutela definitiva la misma productora del daño (ARIANO, 2014: p. 94).

### 6.3. Privación innecesaria

Al presupuesto de casi certeza del derecho se le suma situaciones en las que se evidencia la sinrazón jurídica de la violación del derecho del solicitante por parte de su contrario. Tales supuestos son priorizados por la norma, y tomados como razón suficiente para no requerirse que haya una necesidad impostergable por parte del solicitante. Ocurre en el desalojo, artículo 679 del CPC, cuando se acredita indubitadamente el derecho a la restitución pretendida; o en el caso del despojo, en las parecidas circunstancias que menciona el artículo 681 del CPC (RIVAS, 2005: p. 251).

## 7. CONTRACAUTELA

Como regla general es exigible cumplir con el presupuesto de ejecución de la medida cautelar: la contracautela. Sin embargo, en caso de medidas cautelares sobre en fondo en asuntos de familia no resulta exigible, pesa mucho los intereses de personas especialmente vulnerables como los menores.

## 8. CARACTERÍSTICAS

### 8.1. Excepcionalidad

Para el profesor RIVAS (2005: pp. 252-254) la excepcionalidad impone que el juzgador debe tener seis controles: i) ¿criterio de taxatividad o enunciatividad? El autor considera que se debe estar al criterio de enunciatividad, pues el artículo 674 del CPC, no impone limitación alguna; ii) como regla general se debe aplicar otras medidas cautelares y, la anticipación será propuesta siempre que el derecho o la necesidad del peticionante no pueda ser satisfecha por las medidas cautelares; iii) se debe controlar la concurrencia de los presupuestos de cuasi certeza del derecho, necesidad impostergable o privación innecesaria; iv) debe verificarse que los presupuestos aparezcan en su máxima expresión; v) verificar que los presupuestos cautelares se desprendan de los fundamentos de la pretensión cautelar; vi) se debe efectuar juicios comparativos del daño, su trascendencia del perjuicio. Como hemos explicado, el profesor RIVAS considera que la anticipación de la tutela debe proceder luego de escuchar a la parte contraria, y excepcionalmente puede anticiparse antes de sustanciar.

### 8.2. Temporalidad

Una vez adoptadas, ¿pueden ser dejadas sin efecto antes del dictado de la sentencia definitiva? Un sector de la doctrina afirma que la anticipación no admite la restitución de lo resuelto hasta el momento de la sentencia, por lo que solo podría dejarse sin efecto ante situaciones extremas que ponen en evidencia la

improcedencia de la anticipación, por ejemplo, la confesión de quien obtuvo medida cautelar, probanza indubitable de inexistencia de derecho, etc. La otra situación de temporalidad se presenta la falta de deducción de la pretensión principal en el plazo establecido por el artículo 636 del CPC (RIVAS, 2005: p. 254).

### 8.3. Irreversibilidad

Si bien en principio la irreversibilidad de la medida no admitirá su concesión, como solución extrema, con base en el cumplimiento de los presupuestos referidos y atentos a los valores en juego en el conflicto, debe preferirse la satisfacción del derecho del peticionante, sobre todo si no se afectan derechos de terceros. Por ejemplo, podrá ordenarse una prestación alimentaria, indispensable para la subsistencia, con base en la indubitable prueba del vínculo, aun cuando por la situación económica del alimentario, sea previsible la imposibilidad de restitución ulterior en caso de sentencia desestimatoria (RIVAS, 2005: p. 255).

## 9. CRÍTICA A LA ELIMINACIÓN DE LA INSTRUMENTALIDAD Y VEROSIMILITUD DEL DERECHO

La profesora ARIANO DEHO (2014: pp. 119-120) afirma que el artículo 674 del CPC causa perplejidad dentro del sistema de medidas cautelares, por lo siguiente:

- 1) Somete la concesión de la medida temporal sobre el fondo (que debería ser la típica medida anticipatoria calamandreiana).
- 2) La necesidad impostergable de quien la pide (lo que equivale a decir que se dirige a tutelar directamente el derecho en juego en el proceso principal); o alternativamente: la firmeza del fundamento de la demanda –principal, se entiende– (lo que equivale a decir certeza y no *fumus*).
- 3) El contenido de la medida consiste en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia (total o parcialmente).

Según la indicada profesora de esta forma se trastorna los cánones del proceso cautelar, pues en principio se exige para la concesión de la medida un estado de necesidad impostergable (que es distinto del *periculum in mora*) o bien la certeza del Derecho (frente al simple *fumus boni iuris* que debería ser el presupuesto para la concesión de cualquier medida cautelar). Pero es en el contenido de la medida lo que nos puede llevar a concluir que estamos fuera del ámbito de la tutela cautelar para ingresar al terreno de la tutela de urgencia de fondo o de mérito. Al disponer que se puede ejecutar anticipadamente lo que el juez va a decidir en la sentencia, implica, si ejecución es satisfacción del Derecho, que con la medida y su actuación se va a obtener, total o parcialmente, todo aquello (o parcialmente aquello)



y precisamente aquello que se tiene derecho a conseguir según el derecho sustancial –por decirlo chiovendianamente–, es decir, se va a lograr a través del “proceso cautelar” lo que se debería obtener en la tutela definitiva (o al menos cuando la satisfacción sea total), en donde esta última solo cumplirá la función de producir la inmutabilidad de la eficacia de aquello que ya se verificó en los hechos (es decir, producir cosa juzgada). Eso nos mueve definitivamente del ámbito del proceso cautelar para llevarnos a la tutela sumaria de urgencia no cautelar.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2014): *Estudio sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil; MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra; MARINONI, Luiz Guilherme (2010): *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*. Lima: Communitas; MITIDIERO, Daniel (2011): “Tendencias en materia de tutela sumaria. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria”, trad. Renzo Cavani. 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: Marcial Pons; MONROY PALACIOS, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Editorial Comunidad; CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; PODETTI, Ramiro (1956): *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar; PROTO PISANI, Andre (2014): *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra; ZELA, Aldo (2008): *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*. Lima: Palestra.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La presente acción se sustenta en la medida temporal sobre el fondo dictada por el Segundo Juzgado Civil de Huancayo, no cabe duda que su naturaleza preventiva, conforme lo señala el artículo seiscientos setenticuatro del Código Procesal Civil, exige que esta sea solicitada conjuntamente con la demanda, lo cual no sucedió en autos, generando con su ejecución anticipada, no solo la desnaturalización del carácter instrumental que ostenta toda medida cautelar, sino también la del proceso principal (*Cas. N° 2422-2002-Junín*).

Es nula la medida cautelar innovativa, pues lo solicitado es una medida temporal sobre el fondo. Ambas medidas tienen objetos distintos. La medida temporal sobre el fondo consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia; en cambio, la medida innovativa surge ante la inminencia de un perjuicio irreparable y tiene por objeto conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a persona y bienes comprendidos en el proceso (*Exp. N° 51362-99, Sala de Procesos Sumarísimos y No Contenciosos*).

Toda medida cautelar sobre el fondo requiere de la firmeza del fundamento de la demanda y de la prueba aportada. No configura la verosimilitud del derecho, si el pretensor de la medida cautelar, al requerir a la emplazada para los efectos de la anotación de la transferencia de acciones, señala genéricamente “proceda de acuerdo a ley y a los estatutos de la empresa”. La Ley de Sociedades establece el requerimiento por escrito y que precise el acto de transferencia de acciones para su anotación (*Exp. N° 9994-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

## Artículo 675

### Asignación anticipada de alimentos

*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 Código Civil.*

*En los casos de hijos menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.*

*El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 563, 566, 568.*

*Erick Veramendi Flores*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión alimentaria trasciende el campo civil, involucrando derechos humanos y, consigo, revalorizando el rol de Estado para que todo niño pueda ver satisfecha sus necesidades básicas cuando los progenitores no puedan hacer frente a la obligación alimentaria que les corresponde en primer lugar. Los procesos de alimentos y ejecución de alimentos se presentan como *herramientas* hábiles para satisfacer las necesidades básicas que hacen a la mejor calidad de vida de los hijos (GROSMAN, 2008: p. 537).

Dentro de este contexto, tenemos la situación del acreedor alimentista quien se encuentra en un estado de necesidad para satisfacer sus alimentos, situación a la cual se debe agregar la demora del proceso judicial sobre alimentos, aún peor, la falta de voluntad del deudor para cumplir con la obligación de prestar alimentos. Frente a dicho estado de cosas, las medidas temporales sobre el fondo ofrecen una solución al respecto, mediante la asignación anticipada de alimentos.

## 2. ALIMENTOS

En primer lugar, los alimentos son prestaciones de orden familiar dirigidas a la satisfacción de las necesidades vitales de aquella que no puede proveérselas

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29803 del 06/11/2011.

por sí misma. Comprenden jurídicamente todo aquello que permite el sustento y sobrevivencia del ser y que no se circunscribe exclusivamente al aspecto comestible. Comida no es lo único. Debe procurar otorgar los mayores recursos disponibles, es decir, una amplia base de cálculo para su fijación (VARSI, 2012: p. 419). Alimentos es el bien jurídico destinado a satisfacer las necesidades básicas del ser humano. La satisfacción es *material*: comida, vestido, alimentos propiamente dichos, etc. Como el aspecto *espiritual o existencial*: educación, esparcimiento, recreación que resulte imprescindible para el desarrollo de su personalidad (PARRA, 2008: p. 501).

### 3. SOBRE LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS

Ahora bien, cuando la pretensión principal versa sobre alimentos, resulta procedente solicitar una pretensión cautelar de asignación anticipada de alimentos. En este caso, la pretensión cautelar de asignación anticipada de alimentos es *la misma*. La finalidad de los alimentos provisionales es subvenir las necesidades mínimas de los alimentados mientras se sustancia el juicio de alimentos (GUAHNON, 2007: p. 84). Estas medidas cautelares también serán procedentes en casos de aumento, cesación y disminución de la cuota alimentaria.

### 4. PRESUPUESTOS DE LA PRETENSIÓN CAUTELAR DE ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS

#### 4.1. Verosimilitud en el derecho

Debe acreditarse indudablemente el vínculo familiar. En tal sentido, normalmente se acreditarán con el título en virtud del cual se reclaman los alimentos, esto es, el acta de nacimiento, sobre todo en caso de menores de edad (BELLUSCIO, 2006: p. 781). El acta de nacimiento bastará en caso de menores de edad para acreditar el vínculo y la necesidad de alimentos; sin embargo, en caso de alimentos entre cónyuges, corresponderá el acta de matrimonio, situación en la que además deberá acreditarse el especial estado de necesidad –imposibilidad de satisfacer sus alimentos por sí mismo–, lo mismo será en caso de los alimentos restringidos en caso de aquellos que siguen estudios de una profesión u oficio exitoso; discapacitado, del indigno, etc. En tal sentido, se tendrá que calificar si se trata de alimentos congruos o necesarios, amplios o restringidos.

#### 4.2. El peligro en la demora

No radica, únicamente, en el peligro de que el deudor alimentario pueda disponer sus bienes, se le declare insolvente o, desaparecieran bienes de su patrimonio

que tornen de imposible o difícil cumplimiento la sentencia; *sino* en la *urgencia* de satisfacer su necesidad de alimentos del acreedor alimentario, pues esperar hasta el pronunciamiento definitivo puede llegar a afectar, a veces en forma irreparable, el derecho del alimentado, sea en su salud o integridad personal (GUAHNON, 2007: pp. 83-84; BELLUSCIO, 2006: p. 781). La profesora ARIANO afirma que la disposición en comentario no señala el peligro a neutralizar porque la ley, simple y puramente, lo “presume” de la naturaleza del derecho en juego (2014: p. 273). En ese mismo sentido, MORELLO afirma que el peligro en la demora fluye de la propia naturaleza de la prestación alimentaria, sobre todo en caso de menores de edad (BELLUSCIO, 2006: p. 781).

## 5. PRESUPUESTO DE LA EJECUCIÓN CAUTELAR: LA CONTRACAUTELA

El presupuesto de ejecución, contracautela, generalmente no se requiere para solicitar medidas cautelares en pretensiones de familia, debido a la naturaleza no mensurable económicamente de las situaciones a tutelar. La caución será exigible únicamente cuando estén en juego derechos de carácter patrimonial no afectados a relaciones familiares (SOTELO, 2002: pp. 63-64). En tal sentido, en la pretensión cautelar de asignación anticipada de alimentos no será exigible el ofrecimiento de Contracautela.

## 6. LEGITIMIDAD

La pretensión cautelar de asignación anticipada de alimentos puede ser solicitada por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores de edad con indudable relación familiar o por los hijos mayores de edad que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio o cuando no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causa de incapacidad física o mental debidamente comprobadas, de acuerdo con lo previsto por los artículos 424, 473 y 483 del CC.

Afirma la profesora ARIANO que de acuerdo al texto de la disposición solo podrían obtener esta medida los parientes del demandados, allí indicados (que no son todos los que tienen derecho de obtener alimentos según el artículo 474 del CC). Ergo, parecería que no podrían obtenerla, ni un hermano del demandado, ni, sobre todo, un “hijo alimentista” ex artículo 415 del CC, “parecería”, tal limitación subjetiva solo podría funcionar si es que nuestro sistema cautelar fuera “totalmente típico”, cosa que, sin duda no es (lo que está en duda es si es “mixto”) (2014: p. 273). Nuestra posición es que nada impide que el hijo alimentista pueda solicitar asignación anticipada de alimentos en caso acredite el supuesto regulado por el artículo 415 del CC, reforzada por una interpretación acorde al principio del interés superior del niño y adolescente.

## 7. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina la ubica dentro de las medidas cautelares que tienen por objeto la protección de las personas (en oposición a la protección de bienes), así como atender su necesidad urgente de los alimentos; por eso, en estricto, no busca asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva (BELLUSCIO, 2006: pp. 779-780).

## 8. PLURALIDAD DE EFECTOS

La decisión cautelar en la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos tiene diversas finalidades y efectos. Por un lado, protege la integridad personal del acreedor alimentario, también cautelar el bien mueble o inmueble con el cual se satisface los alimentos del acreedor alimentario. De allí que en el derecho comparado se afirma que en el proceso de alimentos se pueden dictar –complementariamente– las medidas cautelares tradicionales (por ejemplo, los distintos tipos de embargo: en forma de retención, intervención, inscripción, etc.) y los alimentos provisorios (se trata de una medida de tutela personal que tiende a resguardar la integridad física o psíquica de las personas para satisfacer sus necesidades urgentes) (GUAHNON, 2007: p. 94). Cabe distinguir, el embargo, en el trámite del proceso de alimentos, de aquellos que se realizan en su ejecución, luego de dictada la sentencia; ya que la medida cautelar garantiza los alimentos que se deben al momento de la sentencia condenatoria (devengados y atrasados), así como, los alimentos futuros, es decir, aquellos que devenguen con posterioridad, en este último caso su admisión es excepcional (BELLUSCIO, 2006: pp. 778-779).

## 9. PAGO ADELANTADO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Se trata de la disposición del bien embargado, antes de sentencia. Una de las características particulares de la asignación anticipada de alimentos, es que el acreedor alimentario puede *disponer* del bien afectado, aun así, no existe sentencia definitiva. La justificación es que por su naturaleza tiende a resguardar la integridad física de las personas, lo que no ocurre en las medidas cautelares de otro tipo de proceso (GUAHNON, 2007: p. 89).

## 10. DECISIÓN CAUTELAR DE OFICIO EN CASO DE MENORES CON INDUDABLE RELACIÓN FAMILIAR

El legislador peruano ha establecido que en los casos de hijos menores con indudable relación familiar, el juez deberá otorgar *de oficio* medida de asignación anticipada de alimentos, en caso de no haber sido requerido dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda.

La doctrina afirma que generalmente, la decisión cautelar se dicta a pedido de parte –principio dispositivo–, sin embargo, existen situaciones excepcionales en los cuales pueden ser dictadas de oficio. Las medidas cautelares de oficio se dictan principalmente en sistemas cautelares sobre las personas, por ejemplo, incapaces, guarda de personas, demencia; dicho criterio se amplía en el proceso sucesorio, bienes de menores de edad (FALCÓN, 2006: p. 106). Al respecto, el profesor VARSÍ ROSPIGLIOSI afirma que: “El fundamento básico de esta incorporación legislativa es que la ausencia o la tardía asignación anticipada referida, dentro del proceso de prestación de alimentos, pone en peligro la supervivencia, desarrollo físico y mental, e incluso el derecho a la vida del niño, niña o adolescente. La facultad concedida al juez estaría acorde con el carácter urgente y excepcional de la medida de asignación anticipada de alimentos” (2012: p. 468). Consideramos que el legislador otorga poder al juez para dictar medidas cautelares de oficio, basado en principios del derecho de familia, principios del proceso cautelar de familia, donde se discuten intereses que no solo importan a las partes involucradas en el conflicto, sino a la sociedad en general. Ello se infiere de la Constitución Política del Estado.

#### **11. LÍMITES DE LA ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS**

Son inembargables las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley (art. 648.6 del CPC).

#### **12. PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE DEL PAÍS**

El artículo 563 del CPC autoriza al juez prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión de alimentos. Procede a pedido de parte y acreditada indubitablemente el vínculo familiar. Al respecto, el TC ha señalado que la prohibición de ausentarse del país es una medida que garantiza el cumplimiento de la asignación anticipada de alimentos (STC Exp. N° 02207-2007-PHC/TC-Lima, Yuri Estanislao Descailleaux Montoya, STC Exp. N° 04679-2009-PHC/TC-Lima, Carlos Roberto Salazar Sumar).

#### **13. RELACIÓN CON OTRAS PRETENSIONES**

Nuestra opinión es que la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos se puede otorgar en otras pretensiones, tales como separación de hecho, divorcio, filiación (Ley N° 29821, que modifica la Ley N° 28457), tenencia y régimen

de visitas, delito penales de violación contra la libertad sexual. Nuestra pretensión se justifica en dos características del derecho procesal de familia: que aquellas se regulan en diversos cuerpos normativos y que las pretensiones de familia son especialmente acumulables.

#### 14. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Constituye una situación problemática la situación del deudor alimentario que no tiene ingreso comprobable –u obtenga ingresos que no se pueden determinar con exactitud– y conozca que se le van a reclamar alimentos, o a su vez que se haya iniciado el reclamo, transfiera u oculte sus bienes a fin de eludir el pago de la cuota que se le fijará. En este caso, se sugiere solicitar otras medidas cautelares como el de intervención informante, luego del cual se podrá solicitar embargo preventivo o secuestro de bienes, etc. Por eso, la importancia que tendrá su no sustanciación, pues de otro modo dejaría de tener efectividad (BELLUSCIO, 2006: p. 789).

Otra de las situaciones problemáticas pendiente es que si bien la disposición autoriza que el juez dicte medida cautelar de asignación anticipada de alimentos de oficio en caso de menores; si esta disposición puede ser extendida al cónyuge. Nosotros consideramos que no, pues la situación de necesidad es diferente. De otro lado, cabe resaltar que junto a esta medida también se puede dictar la orden de impedimento de salida del país, que para nosotros, también constituye una medida cautelar –personal–.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BELLUSCIO, Claudio (2006): *Prestación alimentaria*. Buenos Aires: Editorial Universidad; FALCÓN, Enrique (2006): *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GUAHNON, Silvia (2007): *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Rocca; PARRA, Jorge (2008): *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis; SOTELO, Helena (2002): *Las medidas provisionales en los procesos de familia*. Valencia: Tirant lo Blanch; VARSI, Enrique (2012): *Tratado de Derecho de Familia*, III. Lima: Gaceta Jurídica.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La asignación anticipada de alimentos, es una medida temporal sobre el fondo y provisoria. En la secuela del proceso se establecerá en definitiva el monto de la pensión a cargo del obligado, con la que deberá acudir a favor de los alimentistas. Conforme lo señala el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, el embargo de retención solo procede hasta el sesenta por ciento de las remuneraciones del obligado. Corresponde al accionante agotar el trámite en la instancia anterior a fin de que se adopten las medidas tendientes al cumplimiento de dicha norma (*Exp. N° 1299-98, Sala de Familia*).

**Artículo 676**

**Asignación anticipada y sentencia desfavorable**

*Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda este obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el secretario de juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el artículo 567. La decisión del juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 371, 567, 583.*

*Erick Veramendi Flores*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Si bien uno de los efectos de las medidas temporales sobre el fondo es su irreversibilidad, también es cierto que la asignación anticipada de alimentos tiene diversos efectos (protección de la persona y aseguramiento de bienes), uno de esos efectos respecto del aseguramiento de bienes es el embargo sobre determinados bienes que pueden ser *dispuestos* por el acreedor alimentario. Lo rescatable de la disposición de los bienes, es que al tener un valor económico la disposición de estos bienes son restituibles por otros bienes.

**2. DISPOSICIÓN DEL BIEN EMBARGADO ANTES DE LA SENTENCIA**

Una de las características particulares de la asignación anticipada de alimentos es que el acreedor alimentario puede *disponer* del bien afectado, aun así, no exista sentencia definitiva. La justificación es que por su naturaleza tiende a resguardar la integridad física de las personas, lo que no ocurre en las medidas cautelares de otro tipo de proceso (GUAHNON, 2007: p. 89). Frente a ello, cabe preguntarnos: ¿qué pasa en caso de que la demanda es declarada infundada? Nuestro CPC desarrolla dos consecuencias importantes.

**3. CONSECUENCIAS DE LA DISPOSICIÓN DEL BIEN EMBARGADO EN CASO DE SENTENCIA INFUNDADA**

La disposición materia de comentario desarrolla dos consecuencias: la restitución o devolución de la pensión de alimentos y el pago del interés legal.



### 3.1. Restitución o devolución de la pensión de alimentos

- a) *Alcances*: La decisión judicial de restitución será sobre el dinero o bien entregado en calidad de pensión de alimentos por el deudor alimentario al acreedor alimentario; también se debe satisfacer el pago de los intereses legales.
- b) *Procedencia*: ¿Qué significa sentencia desfavorable? El presupuesto de procedencia de la restitución es la sentencia desfavorable, esto es infundado, no sentencia inhibitorias. Incluso en caso de la sentencia infundada deberá verificarse la existencia de la mala fe procesal del peticionante. La exigencia de la mala fe procesal, la inferimos de una interpretación sistemática con los artículos 4 y 621 del CPC, que desarrollan la institución del abuso del proceso y de las medidas cautelares.

De lo explicado podemos inferir dos tesis respecto de la regulación de la restitución de la pensión de alimentos: una *objetiva*, según el cual bastaría que la sentencie sea infundada; y otra *subjetiva*, según el cual también debe acreditarse la existencia de mala fe procesal. Nuestra posición es que el artículo en comentario asume la segunda tesis.

- c) *Fundamento*: ¿Pago indebido, enriquecimiento sin causa? Respecto de la devolución (o restitución) podría compararse con otras instituciones jurídicas. Podríamos ensayar que se trata de la figura de pago indebido, regulado en el artículo 1267 y ss. del CC. También podríamos señalar que se trata de la figura de enriquecimiento sin causa, regulado en el artículo 1954 y ss. del CC. Nuestra opinión es que no se trata de un pago indebido ni enriquecimiento sin causa. El elemento diferenciador es el *principio de solidaridad* que inspira el proceso de alimentos y, en general, el derecho de familia. No obstante ello, al parecer el CPC otorga a la devolución un carácter de *obligación legal*, que puede estar fundamentado en la proscripción del abuso del derecho.

Frente a ello, podemos ensayar que el sistema normativo que admite la restitución o devolución de la pensión de alimentos, privilegia el valor propiedad, como es el caso de nuestro CPC. A diferencia del sistema normativo que no admite la devolución o restitución, privilegia —entre otros— el valor solidaridad que fundamenta la prestación de alimentos, como es el caso de los artículos 371 y 376 del Código Civil argentino. Será diferente la restitución del bien entregado dentro de un contexto de un negocio jurídico; frente al bien entregado para satisfacer la necesidad urgente de alimentos de un menor de edad, incluso pueden crearse relaciones jurídicas derivadas del vínculo socio afectivo.

Constituye fundamento –ético– del derecho de alimentos, el principio de solidaridad familiar y el principio de preservación de la dignidad de la persona humana; el deber de asistencia y de solidaridad para la conservación de la persona. No obstante ello, la disposición en comentario al autorizar la restitución de la pensión de alimentos, va contra dicho principio. Se debe tener en cuenta que el fundamento del pago indebido es el derecho de propiedad. Esta incompatibilidad nos hace reflexionar que los alimentos se tratan de una obligación legal sobre el cual no debe ser posible la restitución.

- d) *Improcedencia de la restitución*: Si bien según el artículo materia de comentario admite que cuando la sentencia es desestimatoria procede la devolución de la pensión de alimentos provisionales, consideramos que no procederá en caso de que se ha formulado la pretensión cautelar de buena fe procesal (tesis subjetiva). La buena fe procesal es una exigencia que viene reforzada por efectos del principio de solidaridad de los procesos de familia. Nuestra opinión es que el principio de solidaridad trasladada al afectado probar la mala fe en la pretensión cautelar. Sin embargo, no podemos ignorar que no es justo que el padre no biológico pague una obligación que corresponde al padre biológico, en cuyo caso habrá que pensar en otra consecuencia.

Ahora, cabe agregar que la devolución de la pensión de alimentos, debe realizarse de lo pagado sea en vía cautelar o en el proceso principal. El caso de la devolución de lo pagado en el proceso principal se encuentra regulado en el artículo 569 del CPC (demanda infundada) tiene una redacción similar: “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”.

- e) ¿La devolución debe ser solicitada o el juez ordena de oficio?: Por efectos del principio de solidaridad en las relaciones familiares, consideramos que la restitución de la pensión de alimentos debe realizarse a petición de parte (principio dispositivo). De no realizarse debe entenderse como una liberalidad. Nuestra posición la relacionamos con lo dispuesto en el artículo 1275 del CC.

### 3.2. Pago de interés legal

A efectos de determinar el pago de intereses legales se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236 del CC, que señala: “Cuando deba restituirse el valor de

una prestación, aquel calcula al que tenga el día de pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". La finalidad de la disposición es la actualización del valor real del dinero o bien entregado vía cautelar.

### 3.3. Liquidación del periodo a devolver

La liquidación de la pensión de alimentos, más los intereses será practicada por el secretario del juzgado, quien debe conceder traslado a la otra parte, en aplicación extensiva del artículo 568 del CPC.

### 3.4. Otros efectos

Junto a la restitución de la pensión de alimentos podría solicitarse una indemnización por solicitar una medida maliciosa, en concordancia con el artículo 621 del CPC; consideramos se debe probar la mala fe procesal del demandante. Asimismo, deberá calificarse la conducta para establecer si encuadra en las conductas típicas descritas en los artículos 143 y 145 del CP.

## 4. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Constituye un problema en la práctica que las medidas temporales sobre el fondo sobre asignación anticipada de alimentos, se concede sin el presupuesto de ejecución de contracautela, por ende, el afectado se encuentra en condiciones difíciles para que se le restitúyalos lo trasladado en calidad de alimentos.

Otro supuesto práctico puede ser en caso de las pretensiones de impugnación de la filiación matrimonial. Frente a lo cual cabe preguntarnos: ¿el padre no biológico puede solicitar la restitución de las pensiones alimenticias? Nuestra respuesta es que no, también se ha creado un vínculo afectivo que legitima la satisfacción de los alimentos. Deberá ser analizado en cada caso concreto.

El caso de la pensión de alimentos a favor de menores de edad, cuando aquella se sigue prestando luego de que aquel adquiere la mayoría de edad, debido a que el deudor alimentario no solicita expresamente que deje de regir la obligación de satisfacer los alimentos, cabe preguntarse: ¿el cese es automático o se requiere solicitar expresamente; de ser el caso, si procede la restitución? Nuestra posición es que el cese no es automático, puesto que se presumirá que el acreedor alimentario está cursando estudios exitosos o se encuentra discapacitado. En todo caso, la falta de solicitud de cese, se entenderá como liberalidad, por lo que no existe derecho a restitución de la pensión de alimentos.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

GUAHNON, Silvia (2007): *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Rocca.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BELLUSCIO, Claudio (2006): *Prestación alimentaria*. Buenos Aires. Editorial Universidad.

---

**Artículo 677****Ejecución anticipada y cese inmediato de los actos lesivos en asuntos de familia e interés de menores**

*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 al interés de los menores afectados con ella.*

*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.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 53, 485.*

*Erick Veramendi Flores*

**1. INTRODUCCIÓN**

Muchos conflictos relacionados de relaciones personales familiares pueden afectar a terceros, que en estricto, no son parte en el proceso, por ejemplo en caso de divorcio, hay que determinar la tenencia y régimen de visitas de los hijos, quienes no han introducido ninguna pretensión, generándose la necesidad de resolver provisionalmente su situación; de otro lado, estos conflictos están relacionados a personas especialmente vulnerables: niños, adolescentes, ancianos, discapacitados, etc. La situación particular de estos sujetos, exige ofrecer tutela urgente, no sola en la pretensión principal, sino a través de la pretensión cautelar.

Ahora, junto a las especiales condiciones personales de los sujetos involucrados en los conflictos de familia, también se generan actos de violencia en el curso del proceso, frente a lo cual existe la necesidad de otorgar poderes al juez para resolver provisionalmente dichos conflictos.

De lo expuesto, tratamos de resaltar que las medidas cautelares no solo buscan asegurar bienes patrimoniales, sino además proteger a las personas, supuesto que se presenta –generalmente– en los conflictos derivados de las relaciones personales dentro de un entorno familiar. La presente disposición regula dicho supuesto.

## 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE FAMILIA

El CPC no realiza una clasificación de medidas cautelares sobre asuntos de familia, bajo el criterio de las personas, sino que las mismas se encuentran dispersas en diversos cuerpos normativos (MONROY PALACIOS, 2002: p. 207 y ss.). Ahora, las medidas cautelares sobre personas están dirigidas a la protección de ciertas personas expuestas a peligros o amenazas sobre su integridad física o moral o sobre su libertad de determinarse en un asunto de orden privado; asimismo, a la satisfacción de sus necesidades urgentes (MARTÍNEZ, 1994: p. 483). Criterio que permitiría distinguir las características especiales de las medidas cautelares en asuntos de familia. También, podemos agregar que las medidas cautelares sobre personas están referidas a medidas cautelares sobre derechos personales con consecuencias patrimoniales. Un ejemplo: la suspensión del ejercicio de la patria potestad, suspensión y remoción de tutores y curadores, provisión de tutela o curatela, tenencia provisional, permanencia en el hogar conyugal.

La clasificación de las medidas cautelares sobre personas, por ende en asuntos de familia, resulta relevante para resolver los conflictos familiares. Ella nos permitirá dar un tratamiento idóneo del aspecto procesal para resolver los conflictos de familia. Así, podemos indicar que el trámite de las medidas cautelares debe ser con contradicción previa, y excepcionalmente, se debe conceder discreción al juez para modificarla.

## 3. PRESUPUESTOS CAUTELARES: PRESUNCIÓN DE VEROSIMILITUD EN EL DERECHO Y PELIGRO EN LA DEMORA: ACREDITACIÓN MÁS ATENUADA

La acreditación de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora están más *atenuados*. En ocasiones basta demostrar las relaciones familiares para demostrar apariencia del derecho (SOTELO, 2002: p. 63). En ocasiones la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora se *presumen*. La *verosimilitud en el derecho* en caso de las pretensiones de divorcio y separación de cuerpos, bastara acompañar el acta de matrimonio; salvo que la circunstancia en el caso concreto exija otro documento. Respecto del *peligro en la demora* surge de las propias circunstancias fácticas contenidas en la demanda, únicamente debe acreditarse la urgencia (GUAHNON, 2007: pp. 117-118).

En ese sentido, se afirma que en el proceso de divorcio o separación personal con la demanda respectiva, no se requiere probar la verosimilitud del derecho, ya que esta queda demostrada con la partida de matrimonio, por cuanto el *fumus bonis iuris*, que constituye el primer recaudo de las medidas cautelares, emerge directamente de la ley de fondo. Se presume ínsita de la propia naturaleza de la

pretensión, por lo que se presume con la sola acreditación del vínculo. En cuanto al peligro en la demora, tampoco es necesario demostrarlo, ya que se presume, salvo que la cautelar se solicite antes de promoverse la demanda, dado que en este caso debe demostrarse la *urgencia* que justifique la medida. Dicho en otras palabras surge de la urgencia de las propias circunstancias fácticas del planteo (BELLUSCIO, 2006: p. 777).

#### 4. PRESUPUESTO DE EJECUCIÓN: LA CONTRACAUTELA

La contracautela generalmente no se requiere para solicitar medidas cautelares en pretensiones de familia, debido a la naturaleza no mensurable económicamente de las situaciones a tutelar (SOTELO, 2002: p. 50). Así, en las pretensiones de divorcio, se tienden a asegurar los bienes de la sociedad de conyugal en los cuales están interesados ambas partes, por tanto, no es exigible la contracautela. La doctrina indica que su extensión debe estar condicionada a tal finalidad, sin poder convertirlas en un medio de persecución ni implicar una extorsión, imposibilitando el desenvolvimiento de los negocios del cónyuge accionado (BACRE, 2005: pp. 116-117). La caución será exigible únicamente cuando estén en juego derechos de carácter patrimonial no afectados a relaciones familiares (SOTELO, 2002: p. 64). Al respecto, RIVAS afirma: "(...) Como principio general se prescinde de contracautela, en razón de presumirse interés común de los litigantes en encontrar solución a los problemas generados por la ruptura matrimonial" (2005: pp. 207-209).

#### 5. ALCANCES

El artículo 677 del CPC, regula las medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia e interés de menores de edad, respecto a conflictos sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela, curatela, etc. Esta disposición debe entenderse como *genérica*, ya que los mismos supuestos son desarrollados en forma específica y complementaria en el CC y CNA.

Las medidas cautelares sobre la sociedad conyugal, pueden darse sobre dos aspectos: a) personales: alimentos, tenencia, régimen de visitas, etc.; b) patrimoniales: sobre la sociedad de gananciales, bienes propios, etc. En consecuencia, podrá acumularse las pretensiones cautelares sobre patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, etc. En el caso de medidas cautelares sobre bienes se resolverá lo relacionado a la administración y disposición de bienes, pudiendo solicitarse embargo preventivo en sus distintas formas, medidas de innovar y no innovar, anotación de la demanda, etc. Será importante solicitar el uso de la vivienda familiar; aquí el juez deberá determinar cuál de los cónyuges debe permanecer en el hogar y cuál retirarse de ese lugar. La disposición en comentario está referida a los aspectos personales derivados de los conflictos de la sociedad conyugal.

Respecto de la separación de cuerpos o divorcio por causal, el artículo 485 del CPC señala que: “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” (resaltado nuestro); disposición que debe ser interpretada en relación con el artículo 341 del CC: “En cualquier tiempo, el juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosa para los hijos”. De otro lado, el artículo 576 del CC (anticipación de tutela) señala que: “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”.

Ahora, los aspectos patrimoniales de los conflictos de los cónyuges serán regulados por el artículo 680 del CPC, en relación con las demás medidas cautelares específicas reguladas en el Código. En efecto, respecto de los bienes de la sociedad de gananciales, disuelta y no liquidada, procede: inventario; embargo preventivo sobre bienes muebles o inmuebles en poder del demandado sean propios o gananciales; depósito y secuestro de bienes, por ejemplo, cuando se ocultan los bienes a embargar o existe un riesgo de quedasen en poder de uno de los cónyuges o de un tercero; inhibición general de bienes (no innovar); nombramiento de un interventor informante o interventor recaudador; designación de administrador y/o remoción en caso del cónyuge administrador de los bienes gananciales (NOVELLINO, 2005: p. 29).

## **6. ACTOS DE VIOLENCIA DESARROLLADOS EN EL CURSO DEL PROCESO**

Asimismo, la disposición otorga poderes al juez para ordenar el cese de actos de violencia durante la tramitación de procesos relacionados familiares. Se trata de medidas cautelares que no apuntan asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva que habrá de pronunciarse sobre el fondo de la *litis*, sino fundamentalmente la integridad de la persona, es decir, busca evitar que en el interin de la tramitación del proceso pudiesen generarse daños a la integridad de las personas, sean partes procesales o no (KIELMANOVICH, 2000: p. 136). El cese de los actos de violencia los podrá ejecutar mediante las medidas de protección. Las medidas de protección a dictar serán concordadas con las tipificadas en la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, TUO de la Ley N° 26260, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS. Adicionalmente, el juez podrá aplicar las facultades coercitivas que le autoriza el artículo 53 del CPC. Al respecto, surge una problemática que desarrollaremos más adelante.



## 7. OTRAS CARACTERÍSTICAS

Las medidas cautelares sobre divorcio y separación de cuerpos podrá ser solicitado también por el demandado, es decir por ambas partes (KIELMANOVICH, 2000: p. 154).

Las medidas temporales en asuntos de familia están regulados en otras disposiciones tales como: TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar; el CNA, sobre tenencia y régimen de visitas provisional; CC, sobre curador provisional, etc.

## 8. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Afirma la profesora ARIANO que la disposición en comentario es inútil, pues, salvo en el caso del proceso de separación y divorcio por causal (sobre el cual existen dos disposiciones gemelas: la del artículo 485 –en el propio proceso de divorcio– y en el artículo 680 del CPC), las medidas “temporales” relativas a la patria potestad, régimen de visitas, etc., están reguladas en el CNA (art. 177) (ARIANO, 2014: p. 274).

Según está disposición cuando dentro de las pretensiones antes mencionadas se genere violencia, el juez deberá dictar las medidas que correspondan. El problema práctico al respecto consiste en que en la práctica muchas veces estos actos de violencia se tramitan como proceso sobre violencia familiar, frente a lo cual, cabe preguntarse: ¿cuál es la vía adecuada? Nosotros consideramos que deben ser alternativas, con la finalidad de otorgar tutela reforzada a la víctima.

La práctica jurídica ha permitido advertir que algunos padres para ejercer la tenencia provisional de sus hijos solicitan *erróneamente* una medida cautelar innovativa o de no innovar –según ejerzan la tenencia de hecho o no–, así, evitar se actúen los informes del equipo multidisciplinario conforme regula el artículo 87 del CNA, sino buscando se resuelva en forma inmediata conforme al trámite del artículo 637 del CPC. Pensamos que lo correcto es solicitar la tenencia provisional en caso no ejerza la tenencia conforme a las reglas del CNA, de otro lado, si pretende asegurar la tenencia de hecho podría solicitar un régimen de visitas provisional para el padre que no ejerce la tenencia provisional, nuestra posición se fundamenta en el principio de especialidad. También se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 340 del CC, y 84 del CNA.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica;  
BACRE, Aldo (2005): *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires:

---

La Rocca; BELLUSCIO, Claudio (2007): *Prestación alimentaria*. Buenos Aires: Editorial Universidad; GUAHNON, Silvia (2007): *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Rocca; MARTÍNEZ, Raúl (1994): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: 1994; MONROY PALACIOS, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; NOVELLINO, Norberto (2005). *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: La Ley; KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Calzoni; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima: Jurista; SOTELO, Helena (2002): *Las medidas provisionales en los procesos de familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

### 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° 98-48, Sala de Familia*).

Se suspende el ejercicio de la patria potestad si se evidencia la sustracción del padre del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, omitiendo la prestación alimentaria conducente a la subsistencia de la menor, cuya patria potestad se discute. Por la patria potestad, los padres deben ejercer un conjunto de derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona y bienes de sus hijos menores de edad, dirigidos a lograr su desarrollo bio-psico-social (*Exp. N° 3318-97, Sexta Sala Civil*).

En los procesos de familia, las medidas cautelares están referidas a la protección y seguridad de las personas, derechos y bienes que integran el núcleo familiar, por lo que, no obstante ser de aplicación los presupuestos de la teoría general de las medidas cautelares, sin embargo las normas sustantivas imprimen particularidades propias, no pudiendo equipararse con las que se dictan en los demás procesos (*Exp. N° 24-96, Sexta Sala Civil*).

El juez está facultado a dictar las providencias más convenientes para la pacificación y erradicación definitiva de toda clase de violencia, pudiendo ordenar la suspensión temporal de la cohabitación y hasta toda clase de visitas a la persona agraviada. El juzgador en el derecho de familia desempeña un rol fundamental, pues intenta restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar así como la preservación de la integración y de la salud familiar que interesan al orden público (*Exp. N° 2873-96*).

**Artículo 678****Ejecución anticipada en la administración de bienes**

*En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 610, 611.*

*Erick Veramendi Flores*

**1. INTRODUCCIÓN**

En primer lugar, la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar y revindicar un bien. No obstante ello, la realidad nos impone circunstancias particulares que impiden su real disfrute.

Claro, en caso de bienes cuya titularidad es de una sola persona no habría problema, el problema es en aquellos supuestos de bienes comunes, donde los propietarios no pueden llegar a un acuerdo para determinar la persona que deba administrar el bien, debido a desavenencias de los responsables o componentes, la inconveniencia de la actual administración, abuso en la administración que genera desavenencias, etc.

De otro lado, los problemas de administración de bienes se presentan no solo en la pluralidad de titulares, sino además en aquellos casos en que existiendo un solo titular, este no se encuentra en aptitud para administrar sus bienes, sea por su discapacidad o ausencia, por ejemplo. Frente a estos supuestos surge la necesidad de nombrar administrador judicial.

**2. ADMINISTRADOR JUDICIAL**

La administración judicial importa conferir a una persona las facultades de dirección y gobierno de un bien (MARTÍNEZ, 1994: p. 444). La función del administrador judicial será representar, conservar y producir el bien de acuerdo a su naturaleza o destino; de esta forma se garantiza el derecho de los titulares como de terceros. En tal sentido, el estado de la cuestión es la falta de padres, tutor o curador; ausencia del titular del bien, discrepancia sobre la administración de un bien en copropiedad; frente a lo cual existe la necesidad de designar un administrador del bien. En este caso, la pretensión principal versa sobre la *administración judicial de bienes* tramitada en proceso no contencioso, de conformidad al artículo 769 del CPC. Los supuestos son: designación de administrador judicial

de los bienes del discapaz, del ausente, o para los supuestos de copropiedad simple (art. 972 del CC) o herencia (art. 851 del CC).

Ahora bien, junta a la necesidad de designar un administrador judicial de bienes, nace otra necesidad, esto es, la de aprobarse la relación de bienes (o inventario) sobre los que va a ejercer la administración. De esta forma poder exigir la rendición de cuentas sobre la administración del bien.

¿Se trata de bienes muebles o inmuebles? La disposición en mención no hace ningún tipo de discriminación, por lo que entendemos que puede referirse a bienes muebles o inmuebles, de conformidad a los artículos 885 y 886 del CC. No obstante ello, podemos inferir que se tratara de bienes productores de rentas o frutos.

### **3. MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL FONDO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES**

Se trata de la existencia de un bien que carece de una persona designada válidamente para representar, conservar, producir, controlar y fiscalizar un bien; a dicha carencia se suma el probable perjuicio irreparable que puede sufrir el bien, en tanto se designe administrador judicial definitivo. Frente a este estado de cosas, la medida cautelar sobre el fondo de administración de bienes permite que el juez designe al administrador provisional, en tanto se resuelva el proceso definitivo.

De acuerdo al texto de la disposición en comentario para que proceda la medida cautelar será necesario que exista un proceso sobre nombramiento o remoción de administrador de bienes, infiriéndose que solo proceda como medida cautelar dentro del proceso, no fuera del proceso.

*Facultades y obligaciones:* Si partimos de la premisa de que las medidas temporales sobre el fondo tienen la característica de satisfacer la pretensión principal, resulta lógico que el administrador judicial provisional deba estar sujeto a reglas sobre la rendición de cuentas e información de su gestión. Así como, límites como la prohibición de disponer de los bienes.

### **4. CASOS: PROCEDENCIA**

Se puede dar en dos supuestos, en caso de inexistencia de administrador del bien y, en caso de desacuerdo de la gestión del administrador del bien designado conforme a Ley. Así, del bien de titularidad de un solo sujeto calificado como ausente o discapaz, pero no existe administrador; o, del bien de titularidad de una pluralidad de sujetos, pero el problema es que aquellos no pueden llegar a un acuerdo común para designar un administrador. A modo de ejemplo, podemos

referirnos a casos en que existen desacuerdos entre copropietarios, o respecto de la indivisión hereditaria. Incluso puede proceder para la protección de derechos de terceros (ARAZI, 2007: p. 216).

## 5. FINALIDAD

La finalidad de la medida temporal sobre el fondo de designación de administrador de bienes es designar un *administrador judicial provisional* de un bien común (en el caso de copropiedad o en la sucesión indivisa, o en caso de ausencia o discapacidad). La designación del sujeto puede ser por acuerdo entre los copartícipes y si no se logra acuerdo el propio juez designa al administrador. Cabe precisar que, en estricto, no protege el crédito de un acreedor, sino la facultad de protección, uso y disfrute de sus productos (rentas y frutos) de los propietarios del bien.

## 6. SUPUESTOS PREVISTOS

La disposición en comentario regula dos supuestos: pretensión de nombramiento y la remoción de administradores de bienes.

### 6.1. Nombramiento de administrador de bienes

*El administrador judicial* es la persona designada por el juez para administrar un bien particular o un patrimonio a falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad. Su nombramiento se justifica frente a la existencia de una situación de riesgo que durante el lapso que transcurre entre la muerte del causante y el acto de la administración judicial que se demanda, los bienes sufran disminuciones o deterioros, o exista necesidad de que las actividades o negocios de aquel no se interrumpan, se pueda buscar la designación anticipada del administrador (LEDESMA, 2008: p. 313).

### 6.2. Remoción de administrador de bienes

En el caso de *remoción de administrador* su procedimiento es el mismo que para su designación; incluye el supuesto de renuncia de administrador. En la práctica, la pretensión de remoción puede fundamentarse por mala gestión del administrador, al no rendir cuentas de su gestión, etc.

## 7. PRESUPUESTO ESPECIAL: PERJUICIO IRREPARABLE

El supuesto que acoge la norma para justificar la urgencia, no es una tema de “necesidad impostergable” a que hace referencia el artículo 674 del CPC, sino

la de un “perjuicio irreparable”, exigencia que está contemplada para las medidas innovativas a pesar de que el presente artículo no hace referencia especial al “perjuicio inminente” (LEDESMA, 2008: p. 314). En ese mismo sentido, la profesora ARIANO afirma que el nombramiento de un administrador provisional de los bienes busca evitar un perjuicio irreparable (2014: p. 274).

Circunstancias realmente graves que puedan causar un perjuicio irreparable, las que pueden ser calificadas en contextos de mala gestión que ponga en riesgo el valor del propio bien, actos de disposición del bien, satisfacción de acreencias a favor de terceros frente a una amenaza de ser gravado o embargado, o simplemente dentro de un contexto de abandono del bien que lo ponga en riesgo frente a terceros (por ejemplo, tráfico de terrenos), etc.

De otro lado, se puede calificar como peligro en la demora los siguientes supuestos: mala administración, divergencias graves entre copropietarios, inexistencia de órganos de administración y dirección, y demora en la constitución de estos, etc. Según la naturaleza y gravedad del peligro que se invoque y acredite, será la extensión de las facultades del custodio y su especie (BACRE, 2005: p. 408).

## **8. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS**

### **8.1. Diferencia con el “embargo” en forma de administración de bienes**

La medida no debe confundirse con el embargo en forma de administración de bienes (intervención en administración) a que se refiere el artículo 669 del CPC, que dice: “cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan”. El embargo en forma de administración de bienes (generalmente bienes productores de rentas y frutos), su función *complementaria* va más allá, la de recaudar para futura ejecución forzada, para lo cual se designa un administrador quien se encargara de recaudar los frutos. Este interventor-administrador “gerencia la empresa embargada, con sujeción a su objeto social (art. 761, inc. 1 del CPC), pero no en interés del acreedor embargante. No se trata de sustituir, de ser el caso, a los órganos directivos y ejecutivos por estar realizando una mala gestión en lesión del empresario mismo, sino de ‘gerenciar la empresa’ en interés del acreedor embargante” (LEDESMA, 2008: p. 314).

### **8.2. Diferencia con la administración judicial de sociedades**

A la ejecución anticipada en la administración de bienes no puede aplicarse la administración judicial de sociedades. La razón es que la administración judicial de sociedades, tiene por objeto no un bien sino otro sujeto, la persona jurídica

(sociedades) (ARAZI, 2007: pp. 220-221). La administración judicial de sociedades posee autonomía patrimonial, en el sentido de que su patrimonio es del todo distinto del patrimonio de sus socios. Ser socio de una sociedad no es ser copropietario del patrimonio de la sociedad. ARIANO señala que no es posible que un socio fundamentándose en una supuesta “copropiedad” de los bienes pueda, con base en el artículo 769 del CPC, solicitar la designación judicial bienes comunes, pues los bienes sociales no son “bienes comunes” sino bienes de la sociedad, sobre los cuales el socio no tiene ningún directo derecho. “El nombramiento de administrador judicial *ex* artículo 769 del CPC es incompatible con la existencia de los órganos de administración de determinada sociedad pues tales órganos no ‘administran’ los bienes sino que los ‘organizan’ para el logro del objeto social. Los órganos de administración ‘administran’ la sociedad y la coexistencia de un ‘administrador judicial de los bienes’ impediría realizar cabalmente sus actos de gestión”. Por tanto, “un socio no puede solicitar, bajo los alcances de la norma en comentario, la designación de administrador judicial de bienes sociales, por o ser copropietario de los bienes de la sociedad. Los bienes de la sociedad están destinados a la realización de la actividad económica que constituye el objeto social, para lo cual son organizados por los órganos de administración de la sociedad, los que solo pueden ser nombrados o removidos conforme a las reglas de la Ley General de Sociedades” (LEDESMA, 2008: pp. 314-315).

La medida cautelar de administración judicial de sociedades en la doctrina comparada es desarrollada como intervención judicial, que busca la protección del patrimonio social frente al accionar ilegítimo o irresponsable de los administradores (ARAZI, 2007: pp. 214-215). No hace diferencia entre medida temporal sobre el fondo de administración de bienes y administración judicial de sociedades.

## 9. CONTENIDO DE LA DECISIÓN CAUTELAR

La decisión cautelar que designe administrador judicial provisionalmente debe precisar los deberes y facultades tendientes a regularizar la marcha de la administración y a asumir la representación, si correspondiere. El juez ejercerá vigilancia directa sobre su actuación y procederá a removerlo en el caso de negligencia o abuso de sus funciones, luego de haber oído a las partes y al administrador (ARAZI, 2007: p. 217).

## 10. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Consideramos que en la práctica el problema que se presenta es la superposición normativa entre el embargo en forma de administración de bienes, administración judicial de sociedades y medida temporal de administración de bienes. Incluso la doctrina comparada los desarrolla como intervención judicial.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ARAZI, Ronald (2007): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea; ARIANO, Eugenia (2005): "La medida cautelar de administración judicial de sociedades". En: *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima; ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BACRE, Aldo (2005): *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: La Rocca; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---



**Artículo 679****Ejecución anticipada en desalojo**

*En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.*

CONCORDANCIA:

*C.R.C. art. 585.*

*Erick Veramendi Flores*

**1. INTRODUCCIÓN**

La pretensión de desalojo se tramita en la vía procedimental sumarísima, cuya estructura está diseñada de actos procesales breves, se entiende que la razón es que dicha pretensión no reviste mayor complejidad. El problema es que en la realidad estos procesos resultan ser bastante amplios, constituyendo uno de los temas que más carga laboral genera en el Poder Judicial.

Ahora bien, en las pretensiones de desalojo el titular de dicho derecho pretende la restitución del predio para poder disfrutarlo, frente al cual el precario se encuentra en diversas situaciones, tales como, incumplimiento o vencimiento de contrato de arrendamiento, título nulo, invasor, etc. No obstante, estas diversas situaciones donde existe la necesidad de restituir en vía cautelar la posesión inmediata del predio, el legislador peruano autoriza únicamente la ejecución anticipada en desalojo, en caso de que el predio se encuentra abandonado. A continuación, desarrollamos algunas ideas al respecto.

**2. EJECUCIÓN ANTICIPADA EN DESALOJO: ¿TUTELA ANTICIPADA O SENTENCIA ANTICIPADA?**

La doctrina ha considerado que la resolución que dispone la restitución anticipada de un inmueble en juicio de desalojo constituye una sentencia anticipada, toda vez que la satisfacción —en los hechos de la realidad— de la pretensión esgrimida no permite concluir de otro modo (ROJAS, 2009: p. 201).

En esa misma línea, la profesora ARIANO DEHO afirma que en el caso de la ejecución anticipada en desalojo no se trata de una medida cautelar, sino de una tutela de urgencia de fondo o de mérito. Precisa que estamos ante una ejecución forzada anticipada en el tiempo, antes de que se cuente con el título ejecutivo (la

sentencia), y una ejecución satisfactiva, en donde la sentencia que se dicte solo cumplirá la función de rendir estable aquello que ya de hecho se perfeccionó. A eso se le llama tutela de urgencia (aunque no vemos el por qué nuestro legislador encontró tal urgencia en estos dos supuestos, máxime que ya los había colocado entre los supuestos de tramitación en la denominada vía sumarísima) y no tutela cautelar, que pasa ser tal, si no queremos subvertir las propias bases del proceso cautelar que ha fijado el artículo 612 del CPC, debe ser *instrumental*, es decir, debe servir, simple y llanamente, para asegurar la eficacia de la tutela de fondo neutralizando un determinado peligro en la demora. La autora luego de concluir que la ejecución anticipada en desalojo no es una medida cautelar sino una medida de urgencia, propone que esta figura debió ser regulada junto con el supuesto típico de desalojo (ARIANO, 2014: pp. 120-121).

Ariano Deho formula la siguiente interrogante: si el bien ha sido abandonado (se entiende por el demandado), ¿a quién desalojamos? En rigor, estaríamos ante un caso en el que lo que se busca no es el desalojo, sino una autorización judicial para entrar en posesión del bien. Si esa fuera la intención del legislador, debió haberlo como uno de los posibles desenlaces del proceso de desalojo, que no por nada es un proceso especial. Pero lo grave de la disposición es que puede llevar al operador práctico a considerar que la única medida cautelar en el desalojo sería la allí prevista (que por lo demás es casi imposible, pues, por lo general, los demandados en desalojo no abandonan precisamente el bien --y si lo hacen, el proceso debería acabar, por haber cesado la controversia--, sino que más bien se aferran a él), con la consecuencia de que cierran la puerta a cualquier otra medida (atípica) en este tipo de procesos (ARIANO, 2014: p. 275).

### 3. LA POSESIÓN Y POSESIÓN PRECARIA: LA PRETENSIÓN DE DESALOJO

La doctrina nacional define la posesión como el control voluntario y autónomo de un bien, destinado a tenerlo con relativa permanencia o estabilidad, y cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea en modo potencial (GONZALES, 2013: p. 130). Asimismo, la doctrina jurisdiccional vinculante califica como ocupante precario, cuando se 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 (sentencia del Cuarto Pleno Casatorio, Casación N° 2195-2011-Ucayali, *El Peruano* 14/08/2013, pp. 6968-6990). Frente a la situación jurídica del ocupante precario nace la pretensión de desalojo por causal de vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, conforme al supuesto de hecho de la ejecución anticipada en desalojo.

#### 4. PRESUPUESTOS DE CONCESIÓN CAUTELAR

- a) *Verosimilitud en el derecho: casi certeza del derecho*: Se requiere de un fuerte contenido de casi certeza, grado superior al de la simple verosimilitud, pues de ser declarada infundada la demanda es altamente improbable obtener la restitución. De allí que en la legislación argentina, previa a la decisión sea oído el demandado (ROJAS, 2009: p. 201).
- b) *Peligro en la demora: privación innecesaria*: Implica que mientras dure el proceso, exista peligro para la conservación del bien; en esas condiciones de abandono y privación innecesaria, se hace de necesidad imposterable entregar la posesión sobre el bien, anticipadamente (LEDESMA, 2008: p. 317).

#### 5. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

La legislación nacional únicamente prevé el supuesto de abandono del bien. Ahora el abandono del bien es entendido como la renuncia voluntaria en el ejercicio de la posesión actual.

*Otros supuestos*: La doctrina y legislación comparada admiten otros supuestos tales como: la pretensión de desalojo contra intrusos (art. 680 del CPC y Comercial de la Nación), desalojo por falta de pago o vencimiento de contrato (art. 684 del CPC y Comercial de la Nación) (ARAZI, 2007: p. 42), cambio de destino, deterioro del inmueble, obras nocivas, uso abusivo o deshonesto (NOVELLINO, 2005: p. 365). ¿Por qué el legislador no regula dichos supuestos? De lo que podemos inferir que nuestra legislación protege más al poseedor que al propietario. Ahora, entendemos que ampliar o restringir los supuestos de procedencia constituye una decisión política del legislador, pues habrá que ponderar que en la mayoría de casos la posesión es con fines de vivienda, por ende la decisión colisionara con el derecho humano a una vivienda adecuada, sustento de paz y tranquilidad individual y familiar (GONZALES, 2013: pp. 168-170).

#### 6. FINALIDAD

Preservar el bien arrendado del posible deterioro que pudiese experimentar a raíz del abandono, puntualizándose que la entrega del bien al arrendador supone la existencia de un proceso contencioso en trámite, en el que se busca el reconocimiento judicial del derecho a restitución del inmueble y la obtención de una sentencia que condene al cumplimiento de esa prestación. Esta tenencia será provisional hasta que el fallo final firme que condene la entrega (LEDESMA, 2008: p. 317).

## 7. REQUISITOS

- a) *Acreditar indudablemente el derecho a la restitución.* La titularidad del bien. El artículo 586 del CPC establece quiénes pueden demandar desalojo: el propietario, arrendador, administrador y todo aquel que salvo lo dispuesto por el artículo 598 del CPC, considere tener derecho a la restitución del bien.
- b) *Acreditar indudablemente el abandono del bien.* El abandono es calificado como la renuncia del derecho de propiedad u otro cualquier derecho real, hecha voluntariamente por el titular del mismo. Se consuma poniendo el bien en un estado que no se corresponde con el modo normal de utilizarlo. En el caso de la posesión, la pérdida de ella debe entenderse al poder fáctico; no a la voluntad de poseer o dejar de poseer (LEDESMA, 2008: p. 317). Desde nuestro punto de vista, el abandono del bien importa siempre una relación jurídica previa, pues solo así se justifica la necesidad de solicitar su desalojo de otro sujeto, en caso contrario, el titular de la posesión no tendría mayor problema en tener acceso a la posesión de la propiedad.

A efectos de entender lo que significa el abandono del bien, resulta pertinente señalar que la doctrina nacional (GONZALES, 2013: pp. 134-135) al referirse al *control* de la posesión –desde el punto de vista de la intensidad– afirma que no puede identificarse con la utilización del bien de acuerdo a su normal destino económico. El poder de hecho implica, en realidad, un control sobre el bien, pero no necesariamente requiere de un carácter “cualificado” a través de la explotación del bien según su finalidad económica; por eso, basta el mero concepto de “control”, pues el sujeto que levanta muros sobre el terreno (solar) ya se le puede considerar poseedor, aun cuando no aproveche el bien según su destino; o aquel que asegura su tienda comercial con cerrojos, sin utilizarla para ningún negocio ya que se encuentra a la espera de mejores oportunidades, también es poseedor. Sin embargo, el control de “baja intensidad” puede devenir en pérdida de la posesión no o se mantiene la suficiente y duradera vinculación con el bien; por ejemplo, se cercó el terreno pero nunca más se realizaron actos de limpieza, vigilancia o cuidado. En algunas ocasiones se exige una posesión de “alta intensidad”, esto es, la explotación económica de los bienes, como en el caso de la usucapión de predios rurales. En ese mismo sentido, el referido autor indicó que la posesión no implica el uso y disfrute actual e inminente del bien, sino solo *potencial e hipotético*.

Así, quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa mantiene la posesión por cuanto el bien se encuentra bajo su control, y retiene la vinculación, pero no lo usa y disfruta, pues no se sirve de él, ni lo arrienda ni le da algún otro destino económico. En ese sentido afirma que sería inaceptable que una persona pierda la posesión por salir de viaje, o por cerrar su tienda comercial

hasta que mejore la situación económica o por solo dejar el bien inactivo hasta evaluar las distintas posibilidades (GONZALES, 2013: pp. 142-143).

Debe diferenciarse el abandono de la desocupación. Si el predio se encuentra desocupado, no necesariamente implica el abandono; todo lo contrario, como parte del ejercicio de hecho sobre el bien, el titular de la posesión del bien, ha optado por mantener esta desocupada de bienes. Un bien puede encontrarse desocupado pero no necesariamente abandonado.

## 8. IMPROCEDENCIA

No procede si existen ocupantes, con prescindencia de la legitimidad de la ocupación, o si resulta acreditado que el abandono obedeció a causas extrañas a la voluntad del locatario, como ocurriría si lo hubiese privado de su libertad (LEDESMA, 2008: p. 317). A diferencia, del derecho comparado que admite en caso del intruso, por ejemplo.

## 9. ACTIVIDAD PROBATORIA

No basta la constatación policial. Se recomienda verificar el estado del inmueble, además de indagar con los vecinos para saber sobre la existencia y paradero del inquilino (LEDESMA, 2008: p. 317).

Diferencia con la condena a futuro. La condena a futuro regulada por el artículo 594 del CPC, no implica una medida anticipada sino una tutela preventiva porque a diferencia de la primera, existe una sentencia definitiva que resuelve el conflicto, luego de haber agotado el desarrollo del proceso. Se trata de una sentencia con condición suspensiva sujeta a que se incumpla la restitución del bien, al vencimiento del contrato. A partir de ese momento, se ingresará a la ejecución forzada de la sentencia de condena, ordenando el lanzamiento de los ocupantes del inmueble (LEDESMA, 2008: p. 317).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAZI, Ronald (2007): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea; ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; GONZALES, Gunther (2013): *Los Derechos Reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; NOVELLINO, Norberto (2005): *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Buenos Aires: La Ley; ROJAS, Jorge A. (2009): *Sistemas cautelares atípicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

**Artículo 680**

**Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio**

*En cualquier estado del proceso el juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 485.*

*Erick Veramendi Flores*

**1. INTRODUCCIÓN**

Uno de los efectos del matrimonio dentro de las relaciones personales es el deber de ambos cónyuges de hacer vida en común en el domicilio conyugal. Asimismo, uno de los efectos patrimoniales es la de constituir un régimen de sociedad de gananciales, salvo acuerdo de separación de patrimonios.

Ahora bien, cuando las relaciones personales de los cónyuges entran en crisis, muchas veces se inician pretensiones sobre separación o divorcio, lo que demuestra el quiebre de la relación entre los cónyuges, donde la falta de confianza imperante y el temor a ser defraudados dan origen a que se puedan solicitar medidas cautelares de tutela patrimonial para resguardar los derechos que le correspondan llegado el momento de la liquidación de la sociedad conyugal (GUAHNON, 2007: p. 112).

Las medidas cautelares sobre la sociedad conyugal, puede darse sobre dos aspectos (efectos): a) personales: alimentos, tenencia, régimen de visitas, etc.; b) patrimoniales: sobre la sociedad de gananciales, bienes propios, etc. En el caso de medidas cautelares sobre personas derivadas de pretensiones de divorcio o separación, podrá acumularse las pretensiones cautelares sobre la patria potestad, tenencia, régimen de visitas, alimentos, etc.; además, será importante solicitar el uso de la vivienda familiar; aquí el juez deberá determinar cuál de los cónyuges debe permanecer en el hogar y cuál no.

De otro lado, en caso de medidas cautelares sobre bienes se resolverá lo relacionado a la *administración* y disposición de bienes, pudiendo solicitarse incluso embargo preventivo en sus distintas formas, medidas de innovar y no innovar, anotación de la demanda, etc. Dentro de la doctrina nacional, la profesora LEDESMA afirma que en materia de conflictos familiares se distinguen dos grandes grupos de medidas anticipadas a dictar: las relacionadas con los procesos matrimoniales

y con los hijos menores. El artículo 680 del CPC regula este primer supuesto y el artículo 677 del CPC, hace referencia al segundo (LEDESMA, 2008: p. 319). Nuestra opinión es que en el caso de pretensiones matrimoniales (separación y divorcio) pueden estar referidos a sus efectos personales o patrimoniales.

Y es que en los procesos de separación y divorcio no se ventila solo lo relativo a la disolución o separación conyugal misma sino que hay cuestiones personales y patrimoniales que necesitan una regulación inmediata, en atención a que se puede acumular a la pretensión principal de separación o divorcio, pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal (LEDESMA, 2008: p. 319).

## 2. EL DIVORCIO O SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

El divorcio trae consigo una serie de efectos personales y patrimoniales, entre ellas, el fin del deber de cohabitación (efecto personal) y de la sociedad de gananciales (efecto patrimonial). El problema es que mientras dure el proceso de separación o divorcio existe la necesidad de autorizar la separación de los cónyuges (no hacer vida en común en el domicilio conyugal) y determinar quién de los cónyuges administrará los bienes de la sociedad de gananciales. Una de las causales del divorcio es, por ejemplo, la imposibilidad de haber vida en común, lo que significa que las relaciones personales de los cónyuges son irreconciliables, violencia que incluso involucra a los hijos, frente a lo cual existe la *urgencia* de autorizar su separación para dar fin a los actos de violencia; resulta obvio también que junto a ello, no exista acuerdo de los cónyuges sobre la administración de los bienes. La disposición en comentario cubre dicha necesidad.

## 3. SUPUESTOS

Esta disposición desarrolla dos supuestos de medidas temporales sobre el fondo: la autorización para que los cónyuges vivan separados y, la autorización para que cada cónyuge administre los bienes de la sociedad.

### 3.1. Pretensión cautelar de separación provisional de los cónyuges

Esta medida cumple una *función protectora* de los cónyuges, también de los hijos; al regular provisionalmente las relaciones personales de aquellos, por ejemplo, evitando la agresión. Se trata de una pretensión cautelar autoriza a que los

cónyuges vivan en domicilios separados. Allí cesa la presunción de convivencia conyugal. Aunque la norma no lo precise. Junto a la autorización de separación nace la obligación de determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos que se ha de llevar el otro cónyuge (LEDESMA, 2008: pp. 319-320). En ese mismo sentido, resulta relevante dejar establecido que la medida cautelar de atribución del hogar conyugal se encuentra estrechamente vinculada con la tenencia o guarda de los hijos, en el sentido de que muchas veces recaerá sobre la misma persona, salvo situación excepcional (PALACIO, 1992: p. 260). Dentro de este contexto, el CC autoriza la expulsión del hogar del cónyuge que ponga en riesgo la integridad personal del otro cónyuge, conforme se infiere del artículo 289: “Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”. El retiro del hogar se puede dar dentro del marco de un proceso de divorcio o separación de cuerpos, como dentro de un proceso de violencia familiar. De dicha disposición también se desprende la pretensión de reintegro –retorno– del cónyuge expulsado.

### 3.2. Pretensión cautelar de administración de los bienes de la sociedad conyugal

En primer lugar, debemos precisar que dado que los bienes de la sociedad de gananciales pueden ser muebles e inmuebles, la pretensión debe ser concordada entre lo dispuesto en los artículos 749.2 y 669 del CPC. En tal sentido, la administración de los bienes de la sociedad conyugal importa conferir al funcionario designado facultades de dirección y gobierno en sustitución provisional del administrador de la sociedad, asociación, ente colectivo o bien que se trate (MARTÍNEZ, 1994: p. 444).

Dentro de este contexto, debemos precisar que junto a la protección de la persona de los cónyuges existe la necesidad de asegurar (*función aseguradora –también protectora–*) los bienes de la sociedad conyugal, en tanto no exista liquidación definitiva del régimen patrimonial. Es por eso, frente a la crisis conyugal, por ende falta de acuerdo, el juez puede autorizar la directa administración por cada uno de ellos, de los bienes que conforman la sociedad conyugal. Su justificación sería la mala administración de uno de los cónyuges, que ponga en peligro los bienes del otro (MARTÍNEZ, 1994: p. 462). Las situaciones que llevan a un cónyuge a solicitar medidas de protección sobre bienes que componen la masa ganancial, son aquellas basadas a veces en estados de violencia, pérdida de confianza o riesgos en el obrar del otro, entre otras circunstancias. Es frecuente que junto con el conflicto personal surja la intención de alguno de los cónyuges de perjudicar al otro en su derecho a las gananciales (GUAHNON, 2007: pp. 114-115).



Ahora bien, la administración de los bienes deberá realizarse previo inventario valorizado de los bienes sociales, luego se entregaran a uno de los cónyuges, determinándose las reglas que deben observar en la administración y disposición de los bienes. Asimismo, existe la obligación de rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo (LEDESMA, 2008: p. 320). La importancia de la administración de los bienes radica en que permitirá, por ejemplo, con los frutos y productos, asegurar el cumplimiento de las cargas de la sociedad conyugal, asimismo, el sostenimiento del hogar, sobre todo las necesidades de los dependientes. De la misma forma permitirá atribuir responsabilidad a uno de los cónyuges por los daños que se pueda causar en la administración de los bienes sociales.

La disposición está dirigida a proteger los bienes de la sociedad conyugal, por lo que consideramos que también procede otro tipo de medidas cautelares como el embargo preventivo, anotación de demanda, prohibición de innovar.

Nuestra opinión es que esta medida puede ser extendida a las pretensiones de nulidad de matrimonio. La justificación es que una vez planteada la nulidad de matrimonio, no tiene efectos inmediatos respecto de la administración de bienes sociales.

#### 4. PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

La doctrina considera que la *verosimilitud del derecho* invocado se encuentra ínsita en la propia naturaleza de la petición, por lo que se presume con la sola acreditación del vínculo, con el acta de matrimonio, así se desprende del artículo 485 del CPC; salvo situaciones excepcionales. Respecto del *peligro en la demora*, en general, surge de las propias circunstancias fácticas de la demanda, sin embargo, debe acreditarse la *urgencia* en la tutela del patrimonio. De otro lado, por regla general no es exigible la contracautela, debido a la naturaleza de la crisis conyugal donde se asegura bienes de la sociedad conyugal en los cuales están interesados ambos cónyuges, salvo situaciones excepcionales (GUAHNON, 2007: pp. 117-118; FALCÓN, 2006: p. 524).

Las medidas cautelares antes mencionadas pueden ser solicitadas por el demandante como el demandado –reconviniente o no–. El resguardo de los bienes de la sociedad conyugal es de interés de ambas partes (GUAHNON, 2007: p. 119; KIELMANOVICH, 2000: p. 154).

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

GUARNON, Silvia (2007): *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Rocca; KIELMANOVICH, Jorge, 2000: *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, III. Lima: Gaceta Jurídica; MARTÍNEZ, Raúl (1994): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Editorial Universidad; PALACIO, Lino (1992): *Derecho Procesal Civil. Procesos cautelares y voluntarios*, VIII. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; SOTELO, Helena (2002): *Las medidas provisionales en los procesos de familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

**Artículo 681****Ejecución anticipada en el interdicto de recobrar**

*En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosimilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 603.*

*Erick Veramendi Flores*

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 896 del CC define la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Al respecto, la doctrina nacional la define la posesión como el control voluntario y autónomo de un bien, destinado a tenerlo con relativa permanencia o estabilidad, y cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea en modo potencial (GONZALES, 2013: p. 130).

Dentro de este contexto, en la realidad se puede presentar la afectación de ciertos derechos requieren medidas inmediatas como ocurre por ejemplo, en el caso de los interdictos y acciones posesorias, conocidos como *procesos urgentes*, de allí que se tramiten como proceso sumarísimo, cuyos plazos son breves. La urgencia en que se tramitan las pretensiones de interdicto no impide que se acompañen medidas cautelares (FALCÓN, 2005: p. 821).

Es así que, frente a los actos que perturban la posesión se puede ejercer la defensa posesoria extrajudicial (art. 920 del CC), asimismo, la defensa posesoria judicial, mediante las acciones posesorias –acción petitoria– y los interdictos –de retener y recobrar– (art. 921 del CC). La diferencia entre interdicto de recobrar y retener radica en que en el primero, se exige que el actor haya sido privado, aunque sea de forma parcial, de la posesión o de la tenencia; en cambio, en el segundo, solo está supeditado a la realización de actos turbatorios que no excluyen la subsistencia de aquellas situaciones (BACRE, 2005: pp. 910-911).

La profesora LEDESMA (2008: p. 321), citando a Aníbal TORRES, afirma que los interdictos se distinguen de las acciones posesorias por lo siguiente:

Interdicto	Acciones posesorias
<p>Se protege el hecho de la posesión.</p> <p>Implica la posesión efectiva del bien o la posesión previa (actual y momentánea) y el consiguiente despojo.</p> <p>Se tramita en la vía procedimental de sumarísimo.</p> <p>Solo se admiten pruebas destinadas a demostrar la posesión y los actos perturbatorios o de despojo. El debate se mantiene dentro de la realidad fáctica.</p> <p>Es una resolución provisional. El derecho definitivo de posesión puede ser dilucidado en otro proceso.</p>	<p>Se tutela el derecho a la posesión (título de poseer). Derecho de poseer.</p> <p>No requiere que el accionante tenga o haya tenido la posesión.</p> <p>Se tramita en la vía procedimental de conocimiento.</p> <p>Hay un pleno probatorio referido a demostrar el derecho a la posesión. Se discuten cuestiones de título.</p> <p>La sentencia constituye cosa juzgada.</p>

*Interdicto de recobrar.* El interdicto de recobrar busca la recuperación o restitución de la posesión de quien ha sido despojado o desposeído, a través de un procedimiento sumarísimo. Requiere que el poseedor haya perdido la posesión, esto es, la relación de hecho con el bien, siempre que no haya mediado proceso judicial previo; sin embargo, señala el artículo 603 del CPC, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del CC, la demanda será declarada improcedente. En cambio, si aun ejerciendo la legítima defensa el poseedor despojado no hubiere logrado recuperar el bien, tiene el despojado de la posesión derecho a ser repuesto en ella, previo un proceso interdictal sumarísimo (LEDESMA, 2008: p. 322). Es importante resaltar que el propósito del interdicto es evitar un hecho que perjudique o pueda causar daño al poseedor.

Tampoco resulta procedente si el despojo se ha realizado en ejecución de una sentencia judicial firme, en el que el despojado haya sido oportunamente emplazado, salvo que sea un tercero desposeído. Como se aprecia de la redacción del artículo 921 del CC y artículo 599 del CPC, procede el interdicto 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.

## 2. ¿MEDIDA CAUTELAR?

La profesora ARIANO DEHO afirma que en el caso de la ejecución anticipada en el interdicto de recobrar no se trata de una medida cautelar, sino de una tutela de urgencia de fondo o de mérito. Precisa que estamos ante una ejecución forzada anticipada en el tiempo, antes de que se cuente con el título ejecutivo (la sentencia), y una ejecución satisfactiva, en donde la sentencia que se dicte solo cumplirá la función de rendir estable aquello que ya de hecho se perfeccionó.

A eso se le llama tutela de urgencia (aunque no vemos el por qué nuestro legislador encontró tal urgencia en estos dos supuestos, máxime que ya los había colocado entre los supuestos de tramitación en la denominada vía sumarisima) y no tutela cautelar, que pasa ser tal, si no queremos subvertir las propias bases del proceso cautelar que el artículo 612 del CPC, ha fijado, debe ser instrumental, es decir, debe servir, simple y llanamente, para asegurar la eficacia de la tutela de fondo neutralizando un determinado peligro en la demora. La autora luego de concluir que la ejecución anticipada en el interdicto de recobrar no es una medida cautelar sino una medida de urgencia, propone que esta figura debió ser regulada junto con el supuesto típico de interdicto de recobrar (ARIANO, 2014: pp. 120-121).

## 3. PROCEDENCIA: SUPUESTO DE HECHO

La disposición solo acoge el interdicto de recobrar, como único supuesto para este tipo de medida temporal sobre el fondo, la que no resulta extensiva a las acciones posesorias, pues no requiere que el accionante tenga o haya tenido la posesión, a diferencia del interdicto, que si requiere la posesión *efectiva* del bien o la posesión *previa* y el consiguiente despojo (LEDESMA, 2008: p. 321). En este caso el juez ordenará la *restitución* inmediata del bien, cuando el derecho invocado fuera verosímil y pudiesen derivarse perjuicios graves o no susceptibles de reparación en la sentencia definitiva (ARAZI, 2007: p. 495).

## 4. JUSTIFICACIÓN

La justificación de esta medida anticipada es reintegrar o restituir provisionalmente la posesión a favor de quien fue despojado, se sustenta en que es una providencia encaminada a mantener la paz pública. Ahora, junto a la lesión de la posesión real y actual se produce la lesión de un derecho a la integridad personal –o familiar– del despojado, que de mantenerse se puede tornar irreparable, justificándose la anticipación de la decisión de fondo.

## 5. SUPUESTO DE PROCEDENCIA

Según el texto de la disposición son el hecho del despojo y derecho a la restitución. El hecho del *despojo* puede ser entendido como actos materiales de lesión o violación de la posesión actual y momentánea que generen la desposesión del poseedor; consideramos que el despojo puede ser parcial. De otro lado, el derecho a la *restitución* debe entenderse reintegración de la posesión del bien.

Al respecto, la doctrina (BACRE, 2005: p. 911) señala que deberá probarse dos cuestiones:

- i) *Privación de la posesión o tenencia.* Exige que el demandante hubiere tenido la posesión actual o la tenencia de un bien mueble o inmueble, de modo que el objetivo sea la restitución de la cosa despojada. De modo que procede en relaciones jurídicas derivadas de contratos de locación, comodato, etc. Está excluida del conocimiento judicial las cuestiones vinculadas con las relaciones de derecho que puede haber entre los justiciables.
- ii) *Despojo total o parcial del bien con violencia o clandestinidad.* Debe mediar un desapoderamiento efectivo de la cosa de que se trate por violencia o clandestinidad, no alcanzando la existencia de actos turbatorios que justificarían, en todo caso, el interdicto de retener. Sin embargo, no es necesaria, en cambio, la exclusión absoluta del poseedor o tenedor, siendo suficiente el despojo parcial, lo que acontecería, por ejemplo, frente a la construcción de un edificio que afectase parte de un terreno. Para que se considere despojo, es necesario que ocurra desposesión, por medio violento, no precisamente en cuanto a la cosa, sino en relación con la persona ocupante”.

Existe violencia cuando la cosa es adquirida u obtenida por vías de hecho, acompañada por fuerza material o coacción moral insuperable, o amenazas de fuerza producidas por el mismo que causan la violencia, o por sus agentes, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa o contra quien la tenía a su nombre. En cambio, existe clandestinidad cuando el despojo ha sido efectuado en forma oculta o sorpresiva, artera o disimulada; es decir, acontece cuando dichos actos son realizados en ausencia del poseedor o adoptando precauciones para sustraerla al conocimiento de la persona que tiene derecho a oponerla (BACRE, 2005: p. 912).

No es admisible el interdicto de recobrar cuando la posesión se inició sin violencia ni clandestinidad y cuando ella no es tenida actualmente con violencia, pues no se la conserva por la fuerza o amenazas, ni se le continúa la clandestinidad, pues no se la ha conservado ninguna clase de ocultamiento, sino que es pública.

Asimismo, no procede cuando el poder del administrador actúo en ejercicio de sus atribuciones legales y sin arbitrariedad; por ejemplo, si la comuna clausura un negocio, mediante las facultades de policía que le corresponden contenidas en una ordenanza (BACRE, 2005: p. 913).

## 6. PRESUPUESTOS CAUTELARES

*Verosimilitud en el derecho.* El demandante debe acreditar con un grado de casi certeza los actos materiales de despojo, esto es, el acto por el cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial, sin que medie proceso judicial previo. No se requiere –necesariamente– violencia, abuso de confianza, mala fe o dolo. Se configura con el acto objetivo de actuar sin voluntad del poseedor, en virtud de un acto unilateral del tercero, el cual no es consentido por el poseedor primigenio. El poseedor despojado es sustituido, sin o contra su voluntad, en la posesión total o parcial, del bien por el poseedor despojador. Se priva al poseedor del poder que tiene sobre el bien, usurpándolo o sustrayendo al poseedor, o arrojando a este del bien, o impidiéndole el ejercicio de su derecho (LEDESMA, 2008: p. 322). Además se debe acreditar el derecho a la restitución que se pretende, para lo cual, debe existir una demanda sobre interdicto de recobrar bajo un procedimiento sumarísimo (RIVAS, 2005: p. 259).

*Peligro en la demora: irreparabilidad.* Para que proceda la restitución provisional, no basta acreditar el despojo real y actual, que será materia de pronunciamiento de fondo, sino tendrá que concurrir la existencia de un grave peligro que genere la necesidad impostergable de restituir provisionalmente la posesión, pues de no ser así, se pueda causar un perjuicio irreparable, el peligro puede ser sobre la integridad personal y familiar, por ejemplo, en caso de despojo de la casa habitación familiar.

## 7. PROVISIONALIDAD

Una de las características de los interdictos es su provisionalidad. En ese mismo sentido la ejecución anticipada del interdicto de recobrar también será provisional, pese a la coincidencia con la pretensión principal.

## 8. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Se discute si debe existir la materialización del despojo para la procedencia de la medida anticipada. Quienes consideran indispensable el despojo, señalan que de no haberse producido este, en nada se beneficiará el solicitante de la medida; esto es, sin despojo real y efectivo, total o parcial, del bien no hay derecho a la

reposición en la posesión porque no hay nada que reponer. Como dice Marianella LEDESMA citando a BORDA “si un tercero realiza actos posesorios sin impedir que el poseedor también los realice simultáneamente, hay turbación y no despojo” (LEDESMA, 2008: p. 323).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAZI, Ronald (2007): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea; ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; BACRE, Aldo (2005): *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: La Rocca; FALCÓN, Enrique (2006): *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GONZALES, Günther (2013): *Los Derechos Reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*. Lima: Jurista.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Que dentro del debido proceso en su manifestación de motivación y valoración de los medios probatorios, se verificó que el demandante ha acreditado estar en posesión con fecha anterior a la interposición de la demanda o del lanzamiento, para ser comprendido en el proceso, por lo que la restitución pretendida fue amparada, ya que existió despojo judicial arbitrario acreditado, con privación del derecho a la defensa, debido a que la recurrente no cumplió con poner en conocimiento del juzgado de la posesión que venía ejerciendo el demandante sobre el inmueble objeto de lanzamiento en el proceso número 497-2009 (*Cas. N° 3569-2012-Lima Norte*).



### SUBCAPÍTULO 3 MEDIDAS INNOVATIVAS

#### Artículo 682

#### Medida innovativa

*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 1, 610, 611.*

*Marco J. Carbajal Carbajal*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sección Quinta de nuestro CPC está destinada a regular los procesos contenciosos. Esta cuenta, a su vez, con cinco títulos. El primero referido al proceso de conocimiento, el segundo al proceso abreviado, el tercero al proceso sumarísimo, el cuarto al *proceso cautelar*, y el quinto al proceso de ejecución.

A su turno, el título cuarto referido al *proceso cautelar*, cuenta con dos capítulos. El *primero* tiene dos subcapítulos destinados básicamente a las disposiciones generales y al procedimiento cautelar respectivamente, y el *segundo*, dedicado a medidas cautelares específicas, tiene 4 subcapítulos, estando el tercero de ellos reservado para la medida *innovativa*, el cual cuenta a su vez con 5 artículos, el primero consistente en una “cláusula general” donde describe las características de esta medida y los presupuestos para su concesión, y los restantes, a criterio del legislador, destinados a casos específicos de procedencia de esta medida, en atención a diversos –algunos– tipos de derechos materiales que considera dignos de regularlos de manera especial.

No estas demás hacer hincapié, que si lo que diferencia, entre otras cualidades, al “proceso” del “procedimiento”, es que el primero es *satisfactivo* debido a que resuelve el conflicto de intereses de manera definitiva, otorgando en palabras de CHIOVENDA “aquello y precisamente aquello a que se tiene derecho a conseguir según el derecho sustancial”; mientras que el segundo, en línea de principio, no goza de ese carácter pues no está orientado a resolver el mérito o el fondo de la *litis*, independientemente de que ambos tengan en común que se trata de un

conjunto de actos procesales ordenados destinados a conseguir un fin; en tal sentido, en esa línea de razonamiento, resulta evidente concluir que el llamado *proceso cautelar*, no es tal, debido a que no tiene por propósito resolver ningún conflicto de intereses menos otorgar definitividad, ergo no es satisfactivo (tal como lo sostiene MONROY, 2002: p. 129; MONROY, 2004: pp. 69-70), siendo en rigor un *procedimiento de carácter instrumental al servicio del proceso principal*, que persigue simplemente asegurar “la eficacia de la tutela jurisdiccional de fondo, en puridad la verdadera tutela jurisdiccional”.

Por ello, llevó mucha razón CALAMANDREI cuando consideró a la tutela cautelar como “un instrumento del instrumento”, enfatizando que “hay, pues en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una *tutela mediata*: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada” (CALAMANDREI, 2005: p. 40).

## 2. NATURALEZA DE LA MEDIDA INNOVATIVA

Los *sistemas cautelares* hacen alusión al tipo de medidas que regulan y por tanto las que el juez puede conceder. Así, si todas las medidas posibles de dictarse son solo aquellas que están reguladas de manera expresa en el ordenamiento procesal, suele decirse que el sistema es *típico*; empero si es el juez el que a partir de *requisitos generales* previstos por el ordenamiento decide qué medida idónea otorgar para el caso concreto, entonces se dice que el sistema es *atípico*. Paralelamente a ello también existen sistemas *mixtos*, que son aquellos donde se combinan ambos sistemas, es decir por un lado existen cautelares *típicas* y también *atípicas* sobre la base de los poderes conferidos al juez bajo los parámetros antes señalados.

En el caso peruano la profesora ARIANO considera que nuestro sistema es “prácticamente atípico” (2014: pp. 262, 278, 279). Ello debido no solo al grado de *indeterminación* con que el legislador ha regulado la concesión de determinadas medidas como por ejemplo las previstas en los artículos 674, 682 y 687, sino también por la presencia del artículo 629 del CPC, que regula la figura del *poder general de cautela*.

Es que para que una medida sea considerada típica, deben concurrir los siguientes requisitos: i) que se tenga claro cuál es el específico derecho que se pretende cautelar; ii) que se precise cuál es el específico *periculum in mora* que se pretende

neutralizar; y iii) que se identifique cuál es el específico contenido que se debe dar a la medida (ARIANO, 2014: p. 122). Si una medida no responde a esos criterios, debe ser considerada como atípica.

Entonces, la medida regulada en el artículo en comentario, en atención a su alto grado de indeterminación con que ha sido diseñada al no precisar cuál es el específico derecho que se pretende cautelar, cuál es el específico *periculum in mora* que se busca neutralizar y el específico contenido que se debe dar a la medida, no puede ser considerada como una medida específica, ergo típica; sino simplemente que se trata de “una ‘tipología’ de medida, que consiste en una ‘alteración’, o sea, cambio, de la situación de hecho o de derecho existente hasta ese momento” (ARIANO, 2014: p. 276). Dicho de otro modo, se trata de una medida de contenido innovativo atípica (ARIANO, 2014: p. 117).

Determinada su atipicidad, corresponde ahora detenernos para analizar el rasgo característico de la medida regulada en este artículo, su *excepcionalidad*, y que ha sido considerado de manera expresa por el legislador al puntualizar que “esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

¿Qué debe entenderse por excepcional?. El profesor PEYRANO, su principal mentor, señala que “consiste en la inexistencia de otra providencia cautelar apta para obtener el fin perseguido. La medida innovativa comparte tal rol *subsidiario* con otras figuras cautelares” (PEYRANO, 1981: p. 28).

Adviértase que, la excepcionalidad de esta medida debe ser entendida simplemente en clave de *residualidad*, *subsidiariedad*, como nuestro amparo, que solo será utilizada en tanto y en cuanto no quepa otorgar otra medida típica destinada a la protección del derecho material tutelado por el proceso principal.

Así lo entiende también la profesora ARIANO al señalar que: “En otras palabras: *excepcionalidad* equivale a *residualidad*, pues solo podrá dictarse cuando no resulte aplicable otra prevista por la ley, en donde por otra medida debe entenderse una medida cautelar típica, nominada, específica” (2014: p. 117). El profesor MONROY va más allá aún al considerar que “las medidas de carácter innovativas son apreciadas, aun en la actualidad, como mecanismos de carácter excepcional. No compartimos tal posición debido a que, a nuestro entender, en la medida en que la solicitud de una cautelar cumpla con los requisitos previstos por la Teoría Cautelar, la medida, sea típica o no, deberá ser otorgada sin reparo alguno. El uso restringido al que hace alusión el rasgo de excepcionalidad, es una característica de la cual la medida innovativa debe desprenderse, pues su otorgamiento deberá ser tan común, pertinente y necesario como sea correspondiente con los requerimientos del proceso en que se solicite” (MONROY, 2002: pp. 217-218).

Consecuentemente, fuera de esa precisión (residualidad o subsidiariedad), debe tenerse en cuenta que la innovativa constituye una medida cautelar más, *ordinaria, común y adecuada*, para tutelar aquellas pretensiones que solo pueden ser protegidas “reponiendo un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda” y “cuando medie una inminencia de un perjuicio irreparable” (piénsese en una demanda de declaración de ineficacia u oposición a la resolución extrajudicial de un contrato realizada de manera maliciosa por la parte infiel de la relación jurídica obligacional para desvincularse de la parte fiel y no continuar cumpliendo con las prestaciones asumidas en el contrato, donde la única forma de poder tutelar el derecho conculcado “vigencia del contrato”, es pidiendo como medida innovativa que mientras que el proceso principal se tramita, el citado contrato *provisionalmente* continúe surtiendo sus efectos entre tanto se discute la legalidad de dicha resolución). Decimos *ordinaria, común y adecuada*, porque solo por medio de esa medida es que se van a poder cumplir con el propósito que persigue la tutela cautelar, pues ninguna otra medida típica podrá cumplir con ese fin. De tal suerte que una vez que el solicitante cumpla con acreditar los presupuestos para su concesión, de ordinario el juez debe otorgarla y además de manera *tempestiva*. E incluso en la hipótesis que no haya sido peticionada bajo esta modalidad, es decir que el solicitante haya errado, el juez a tenor de lo prescrito por el artículo 611 del CPC, que dispone “de acuerdo 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 prueba presentada acredite los presupuestos para su concesión”, podrá dictarla, sea fuera o dentro del proceso, más aún si la tutela cautelar tiene *sustrato constitucional directo* en el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Tan cierto es lo anterior que por ejemplo, en el caso del proceso contencioso-administrativo, en atención a la naturaleza de los derechos tutelados y las pretensiones postuladas, las medidas innovativas y de no innovar son especialmente procedentes conforme expresamente prescribe el artículo 40 del TUO de la LPCA.

Sobre la naturaleza constitucional de la medida cautelar, nuestro TC en el FJ 9 de la STC Exp. N° 06356-2006-PA/TC ha dejado sentado lo siguiente: “Orientadas a este cumplimiento pleno se hallan justamente las medidas cautelares. A través de ellas se garantiza el aseguramiento del cumplimiento de una sentencia estimatoria, posibilitando que el tiempo que toma el decurso del proceso y las incidencias de este no comporten la inejecutabilidad de la sentencia o su ejecución incompleta o insuficiente. Dado que las medidas cautelares cumplen tan importante función con respecto a la efectividad de la tutela jurisdiccional, *ellas advienen en una institución que conforma este derecho*, una institución a través de la cual se garantiza la *efectividad* de la tutela jurisdiccional. En definitiva, conforme a esto, el derecho a la tutela judicial *efectiva* protege también el acceso a una medida cautelar y su mantenimiento, siempre y cuando no varíen los presupuestos que la han

habilitado. En consecuencia, si dicha medida es dejada sin efecto de manera no conforme a derecho, esto es, de manera contraria a la ley, tal acto constituye una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva” (sin embargo el propio TC en el FJ 49 de la STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC ha señalado que la medida cautelar “constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso”). Respecto del sustrato constitucional de la medida cautelar en la tutela jurisdiccional efectiva pueden consultarse los trabajos de PICÓ (2012: p. 90), CHAMORRO (1994: p. 286) y GONZALEZ (2001: p. 369). El profesor PRIORI (2006: pp. 115-131) va incluso más allá al considerar que la medida cautelar se sustenta *también* en la dignidad de la persona, el Estado Constitucional y el principio de igualdad.

### 3. SIMILITUD CON LA MEDIDA ANTICIPADA

Si bien en el papel se puede diferenciar con cierta claridad entre la *medida innovativa atípica* regulada en este artículo (cuando *repone*) y una *anticipada* (cuando se busca *evitar* un perjuicio irreparable o *asegurar* provisionalmente la ejecución de la sentencia); empero debe tenerse en cuenta que en *determinados* casos concretos, la línea divisoria entre una y otra, se torna cada vez más borrosa, sobre todo porque es frecuente que en el derecho exista una variada escala de grises. Quizá la confusión que pueda suscitar, obedezca con mayor frecuencia a que las dos inciden de manera directa sobre la *relación material discutida en el proceso*.

Cuando la medida anticipada regulada en el artículo 618 del CPC, se orienta a evitar un perjuicio irreparable (no a *asegurar* provisionalmente la ejecución de la sentencia), qué duda cabe que su parecido con la innovativa es más que evidente, más allá que la ley a la primera no le exige la “inminencia” que sí es exigida a la segunda. En este caso ARIANO sostiene que “Si [la] previsión del artículo 682 (...) nos indica una medida atípica marcada por el signo de la residualidad y condicionadas por la existencia de un perjuicio inminente e irreparable, el artículo 618 del CPC agrega que también existen medidas, también residuales, también condicionadas al temor de un perjuicio irreparable (pero no a su inminencia) (...) cabe preguntarnos si las medidas anticipadas dirigidas a neutralizar un perjuicio irreparable son distintas de las medidas denominadas innovativas. En nuestro concepto son lo mismo. De hecho el propio Peyrano considera sus medidas innovativas como ‘anticipo cautelar del juicio de mérito’” (ARIANO, 2014: p. 127).

Lo propio ocurre cuando por medio de la medida anticipada se busca “*asegurar* provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”, pues ello equivale a decir que “la medida cautelar tendrá igual o parcialmente el mismo contenido de la sentencia que se dicte en el proceso de fondo y tal como dicen los sostenedores de la originalidad y autonomía de la medida innovativa, en la mayoría de los casos la *innovación* en la situación fáctica o jurídica *consiste justamente en*

*provocar* –antes de la emanación de la sentencia de fondo y lógicamente que esta alcance firmeza– con fines estrictamente cautelares e instrumentales, *esos cambios*” (ARIANO, 2014: p. 127). Entonces en esta hipótesis de anticipación, como es el “*aseguramiento* provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”, también se está en frente de una innovación, también se innova.

Esta misma profesora consigna los siguientes ejemplos como sustento de la referida similitud: “Si yo pretendo frente a la violación del derecho a la imagen que *cesen* los actos lesivos consistente en la publicación en fascículos de una serie de fotos referentes a mi vida privada, pues, a través de una medida cautelar puedo obtener el *cese* también de esa conducta. Si yo pretendo el *cumplimiento* de las prestaciones periódicas de un contrato de suministro, podría obtener, en vía cautelar, tal *cumplimiento*. En estas situaciones innovar es anticipar, y anticipar es innovar. Lo que significa que la medida cautelar atípica del artículo 618 es la misma del artículo 682, con la sola diferencia que para esta última se exigirá la inminencia del perjuicio” (ARIANO, 2014: p. 127).

Nótese que en los ejemplos antes consignados para concluir que “cuando se anticipa se innova”, no se repara para nada sobre si la medida está dispuesta en *negativo* (cesar) o en *positivo* (cumplir). Lo importante para afirmar la similitud, se encuentra básicamente en el grado de *equiparación* (coincidencia) entre la decisión definitiva y la medida solicitada y, a la postre, decretada. Asimismo, cabe resaltar que la anticipación, en este caso, si bien importa admitir que la medida cautelar tendrá cierta semejanza o parecido con lo que se resuelva de manera definitiva, empero ello no significa que medie satisfacción del derecho, *primero* porque la medida cautelar no es satisfactiva como lo señalamos en el punto 1 del comentario de este artículo debido a este es un signo muy privativo del proceso y el cautelar no lo es, y *segundo*, porque la satisfacción le corresponde a la tutela de mérito o de fondo que la otorga solo el proceso principal, recalcando que ese parecido o coincidencia de la medida con la decisión de fondo, obedece al hecho que resulta imprescindible que ello ocurra a fin que la referida medida cumpla con su función instrumental que es servir de instrumento de eficacia de la tutela de fondo.

#### 4. DIFERENCIA CON LA MEDIDA DE NO INNOVAR

Determinada la similitud que en *algunas* hipótesis existe entre la *medida innovativa* y la *anticipada*, corresponde ahora establecer la *diferencia* entre la *innovativa* y la de *no innovar*, adelantando que al igual que en el caso anterior, existirán *algunas* situaciones en que ambas pueden llegar a confundirse.

La medida innovativa se caracteriza fundamentalmente porque tiene por propósito “provocar un cambio de la situación existente que ha dado origen al proceso”,

es decir “modificar un estado jurídico o de hecho determinado” (RIVAS, 2005: p. 214). Por otro lado, la medida de no innovar importa “conservar la situación existente que ha dado origen al proceso”, esto es “congelar o cristalizar un estado jurídico o de hecho determinado”. Así lo reconoce de manera expresa los artículos 682 y 687 del CPC, al prescribir “puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho” y “puede el juez dictar medidas destinadas a conservar una situación de hecho que ha sido invocada en la demanda” respectivamente.

A veces ese cambio, esa modificación (*innovación*), importa realizar una *conducta positiva* (que el contrato continúe *provisionalmente* surtiendo sus efectos, pese a haber sido resuelto extrajudicialmente, mientras se discute en el proceso principal, vía ineficacia de la resolución extrajudicial, la legalidad de la misma) y otras veces una *conducta negativa* (que provisionalmente se ordene que la fábrica detenga su producción, mientras que se discute en el proceso principal, si esta viene afectando la salud de la población). Lo cierto es que en ambos casos, independientemente del tipo de conducta impuesta, ellas apuntan a generar una *alteración*, un *cambio*, una *modificación*, de la “situación de hecho que ha dado origen al proceso”, pues adviértase que en el primero se pasa de “no existir contrato vigente” a la “vigencia provisional del mismo”, y en el segundo, de “estar produciendo una fábrica” al “cese o paralización provisional de la línea de producción de la misma”. Esto es, se innova tanto haciendo algo como dejando de hacerlo.

Es justamente en esta última hipótesis donde puede llegar a confundirse la innovativa con la de no innovar, en atención básicamente al tipo de conducta; confusión que en rigor no existe, debido a que el solo tipo de orden (cesar) no puede dar pie para ello, toda vez que ha sido gracias a ese “cese”, que se ha terminado *alterando, cambiando, modificando*, “la situación existente que ha dado origen al proceso”.

Esto no ocurre a nivel de medida de no innovar, respecto de la cual se puede decir que tiene una sola cara. La prohibición de innovar solo se da para “conservar o congelar una determinada situación” o, como reza el artículo 687, para “conservar una situación de hecho que ha sido invocada en la demanda”, como ocurre por ejemplo cuando se demanda que se ordene que el demandado se *abstenga* de edificar un inmueble y se pide que *provisionalmente* que *cese* cualquier acto tendiente a construir. Dicho de otro modo, por la vía de esta última medida, difícilmente se cambia un estado de cosas, a lo sumo –repetimos– se conserva.

Consecuentemente, la pauta para poder diferenciar cuando nos encontramos ante una y otra medida, no debe ser vista en clave de conducta positiva o negativa respectivamente, toda vez que por esa ruta podemos incurrir en un error, sino, si con la primera simplemente se modifica una situación existente y con la segunda

llanamente se la conserva. Es la situación de hecho existente la que nos marca la pauta.

Sin embargo, en la hipótesis que existiera duda sobre la forma en que ha sido peticionada la medida, sea por impericia del abogado o por la dificultad intrínseca del caso mismo, tal como se señaló en el punto 2 del comentario de este artículo, el juez a tenor de lo prescrito por el artículo 611 del CPC, en su condición de director del proceso, podrá dictar la medida que considere adecuada y apropiada en atención a la naturaleza de la pretensión, en tanto y en cuanto se encuentren acreditados los presupuestos para la concesión de toda medida cautelar, así como porque la tutela cautelar tiene *sustrato constitucional directo* en el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*.

## 5. PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN

La profesora ARIANO ha señalado que “[l]os requisitos que nuestro legislador ha establecido para la concesión de esta medida son los siguientes:

- Que exista la apariencia (*fumus*) de un derecho (o interés) que merezca tutela;
- Que exista un *periculum in mora* (ya sea de infructuosidad o de tarditividad);
- Que para cautelar ese derecho de ese *periculum* no exista una medida típica;
- Que, además, ese derecho que se pretende cautelar contra el *periculum in mora* –normal– esté amenazado de un peligro de daño que sea inminente e irreparable” (ARIANO, 2014: p. 124).

De los presupuestos antes descritos queda claro que los dos primeros, constituyen los presupuestos clásicos para la concesión de toda medida cautelar, como son el humo de buen derecho y el peligro en la demora; en cambio el tercero y el cuarto son presupuestos *especiales* de esta medida, apuntando que también lo son de la de no innovar, y en cierta forma también –nos referimos al perjuicio irreparable– de la medida anticipada regulada en el artículo 618 del CPC, con excepción obviamente de la subsidiariedad y la inminencia que no son rasgos característicos de esta última medida.

En lo que respecta a los dos primeros, nos remitimos a los comentarios del artículo 611 de este CPC; en lo referente al tercero al comentario esbozado en el punto 2 de este artículo; restando por hacer lo propio solo respecto de este último



presupuesto, para lo cual seguiremos de manera puntillosa lo acotado por la doctora ARIANO, quien es la que más ha estudiado esta temática en sede nacional.

Así esta profesora, señala que “[h]a sido la cincuentenaria doctrina y jurisprudencia italiana del artículo 700 del CPC la que nos ha dado luces sobre la expresión *irreparabilidad e inminencia*”. Por tanto, siguiendo a ARIETA, precisa que la irreparabilidad debe entenderse en estos sentidos:

- a) Irreparabilidad entendida como irreversibilidad de los efectos del perjuicio al derecho: “Es irreversible aquella lesión del derecho que se verifica en el momento de su ejercicio y que, con su verificación, produce efectos destructivos o del entero derecho o bien de los poderes o facultades estrictamente conexos con la titularidad del mismo. Producen lesiones o peligros de lesiones irreversibles todos los eventos perjudiciales que están dirigidos a golpear derechos de contenido y función no patrimonial”. Caso de lesión de derechos de la persona (imagen, intimidad, identidad personal, etc., pero también de ciertos estatutos).
- b) Irreparabilidad entendida como imposibilidad o grave dificultad a la plena *restituto in integrum* del derecho lesionado: “En presencia de lesiones si bien no irreversibles o a efectos irreversibles, los instrumentos resarcitorios comprendida la reintegración en forma específica cuando esta sea posible, no están en grado de realizar integralmente el contenido del derecho en juicio, más allá del límite de normal ‘tolerabilidad’. Hipótesis que se presenta, p.e. en el supuesto de ‘desviación de la clientela’ como supuesto de competencia desleal: el daño es resarcible económicamente, pero la clientela perdida lo más probable es que ya no regrese (...) de allí que se necesite la medida cautelar tendiente a inhibir el comportamiento desleal de desviación de la clientela por parte del empresario de la competencia o bien en los supuestos de la violación de derechos de autor o de derechos sobre la propiedad industrial”.
- c) Irreparabilidad entendida como no realización de función que el derecho es llamado a desarrollar por el ordenamiento o con relación al caso concreto, con contextual lesión irreparable de bienes y/o intereses del titular funcionalmente conexos en modo necesario con el ejercicio del derecho mismo.

Según ARIETA para que se verifique esta hipótesis de perjuicio irreparable, deben concurrir dos requisitos: “(i) la lesión (la amenaza de lesión) del derecho del titular debe golpear, en vía inmediata y no refleja, bienes o intereses del titular estrechamente conexos con la realización del derecho mismo, de tal forma que la no realización del derecho impida a través de un nexo de estrecha causalidad

la realización de estos bienes y/o intereses, (ii) por efectos de la lesión aquellos y/o intereses deben sufrir ellos mismos un perjuicio irreparable” (ARIANO, 2014: pp. 124-126).

Nótese que la *irreparabilidad*, de acuerdo a la cincuentenaria doctrina y jurisprudencia italiana del artículo 700 del CPC, está reservada *básicamente* para aquellas hipótesis donde se encuentren en juego derechos que por su naturaleza son de carácter “infungible”, o que “no tengan contenido patrimonial” o que “teniendo no goce de función patrimonial”; lo que quiere decir que no se puede hacer depender esta calidad (irreparabilidad) a la imposibilidad fáctica (no existencia de patrimonio por parte del deudor porque ya lo transfirió) o jurídica (prescribió la pretensión o caduco el derecho) de satisfacción del derecho en el caso concreto, por la inoportunidad (tardanza) en que se demandó o de la mala estrategia que se utilizó. En otras palabras, quedan fuera de este riesgo de la irreparabilidad, aquellos derechos que por su naturaleza tengan “contenido patrimonial”, verbigracia, un “derecho creditorio”, cuya tutela si bien en principio debe ser in natura, específica, no existe mayor inconveniente que también pueda ser *resarcitoria* o *por equivalente*, pues al fin y al cabo se trata de derechos *fungibles* por su propia esencia.

Volviendo a lo que afirmábamos al inicio del párrafo anterior, diremos que los primeros, “derechos infungibles”, que a nuestro criterio pueden ser de naturaleza patrimonial o no, se caracterizan porque la idea que está detrás de ellos es que no tienen “un sustituto” en otro de su misma especie o clase, verbigracia el derecho de propiedad respecto de un bien de naturaleza crematístico, el cual resulta ser *insustituible* debido al valor sentimental incalculable que tiene de manera intrínseca (p. e. un libro autografiado por el autor que es premio nobel y que ya falleció o un aro de matrimonio) o un derecho de la personalidad respectivamente. En cambio los segundos, los derechos “sin contenido patrimonial”, además de lo que su nombre expresa de por sí, son también infungibles, pero generalmente de carácter difuso o colectivo (derecho al medio ambiente) o derechos sociales, que tienen indiscutible contenido constitucional. Y finalmente los terceros, derechos “con contenido patrimonial pero sin función patrimonial”, p. e. los alimentos, qué duda cabe de que se expresan en dinero (contenido patrimonial), pero su función, el rol, el propósito, la misión que el ordenamiento jurídico le ha endilgado (que cumplen), no es en rigor patrimonial, pues están enderezados básicamente a lograr la subsistencia del alimentista que recurre a la jurisdicción en busca de tutela.

La idea que está detrás de todos estos últimos derechos y que permite que se diferencien nítidamente de los derechos con contenido patrimonial, es que su tutela debe ser siempre in natura específica y no resarcitoria o por equivalente. De allí que solo respecto de ellos es que se pueda predicar este carácter de la *irreparabilidad*.

Y en lo referente a la inminencia del perjuicio, cita la profesora ARIANO a CALVOSA, quien sostiene que para que “un perjuicio sea inminente, es necesario hacer referencia al espacio *temporis* que corre entre el momento en el cual se teme la verificación del evento perjudicial y la realización del evento mismo”. A su criterio, ello plantea el problema si es posible el pedir la tutela cautelar atípica solo antes de la verificación del evento dañoso, o bien cuando ya está en curso el momento productivo del daño o inclusive cuando el daño ya se ha producido. Del texto de las dos normas (arts. 682 y 687) parecería que nuestro legislador solo ha considerado el supuesto en el cual el evento dañoso aún no se ha verificado, cumpliendo las medidas atípicas una función netamente preventiva (que normalmente asumirá un contenido inhibitorio); pero, será posible el dictado de estas medidas cuando ya el evento está en acto. En nuestro concepto la respuesta debe ser positiva, en donde la medida tendrá un contenido dirigido a impedir la continuación o la repetición del evento perjudicial a fin, justamente, de evitar que el daño se vuelva irreparable. Por último, si el evento ya se verificó, nada impide y todo favorece la posibilidad de emitir la medida si es que existe el temor de que la conducta perjudicial se repita, pudiendo la medida estar dirigida, por un lado a eliminar las consecuencias dañosas ya verificadas y a prevenir las futuras (ARIANO, 2014: pp. 124-126).

Consecuentemente, mientras que la *irreparabilidad*, está en relación directamente proporcional a la naturaleza de los derechos (infungibles, sin contenido patrimonial o con contenido patrimonial pero sin función patrimonial); la *inminencia*, está estrechamente vinculada al *tiempo*, de tal suerte que ello plantea a su vez otro problema consistente en si este tipo de tutela cautelar solo puede dictarse *antes* de la violación del referido derecho o incluso *durante* y/o *después* de la citada violación. Convenimos que aunque los moldes gramaticales de esta figura parecería ser que apunta a considerar a esta medida innovativa como una que solo puede dictarse de manera preventiva (*ex ante*) para evitar el daño, nada obsta para considerar que como mecanismo de “carácter instrumental al servicio del proceso principal”, que persigue simplemente asegurar “la eficacia de la tutela jurisdiccional de fondo”, pueda ser utilizada también *ex post*, ora para suspender o hacer cesar el daño que se viene ocasionando al derecho, ora para impedir que se produzcan futuras lesiones. No tendría sentido una interpretación restrictiva de su función, que le imponga límite a la tutela del derecho material que está llamada a cumplir, caso contrario estaríamos frente a una interpretación irrazonable y arbitraria.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica;  
CALAMANDREI, Piero (2005): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA; CHAMORRO, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch; GONZALEZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*

*efectiva*, 3ª ed. Madrid: Civitas; MONROY, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; MONROY, Juan José (2004): *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra; PEYRANO, Walter (1981): *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma; PICO, Joan (2012): *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed. Barcelona: Bosch; PRIORI, Giovanni (2006): *La tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PEYRANO, Walter; BARACAT, Edgar (2003): *Medida innovativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Que, la Medida Cautelar Innovativa prevista en el artículo seiscientos ochentidós y siguientes del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a estos autos, se constituye en una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado y que se traduce en la injerencia del Juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraiga las resultas consumadas de una actividad de igual tenor (*Apel. N° 012-2002-Ica*).

Es nula la medida cautelar innovativa, pues lo solicitado es una medida temporal sobre el fondo. Ambas medidas tienen objetos distintos. La medida temporal sobre el fondo consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia; en cambio, la medida innovativa surge ante la inminencia de un perjuicio irreparable y tiene por objeto conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a persona y bienes comprendidos en el proceso (*Exp. N° 51362-99, Procesos Sumarísimos y No Contenciosos*).

El perjuicio irreparable inminente es una característica propia de la medida innovativa, el que se configura al no impedirse en forma inmediata la impresión, reimpresión, publicación y/o distribución de la obra que atenta contra la intimidad personal e imagen de la solicitante, las que resultarían vulneradas, sin que sea posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados. La amenaza verosímil de menoscabo o violación al derecho a la intimidad, puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional (*Exp. N° 1757-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

La medida cautelar innovativa, resulta ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor. No es suficiente para dicha medida la contracautela en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida. Además de los presupuestos señalados en el artículo 611 del CPC requieren además la irreparabilidad del perjuicio, es decir que el peticionante debe acreditar al juez, que si no se hace ahora lo que pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene (*Exp. N° 17518-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

**Artículo 683****Interdicción**

*El juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.*

CONCORDANCIA:  
C.P.C. art. 587.

**Marco J. Carbajal Carbajal**

**1. INTRODUCCIÓN**

Esta medida, que se encuentra regulada dentro del capítulo de la medida innovativa, goza de ribetes sumamente especiales debido no solo a la “*amplia*” gama de posibilidades que le otorga al juez en su dictado conforme veremos en los ítems siguientes, con la única coordinada que sea acorde –que exija reza el artículo– con “la naturaleza y alcances de la situación presentada”, sino también porque su concesión puede ser incluso de *oficio*, ergo ya no solo de parte, a fin de proteger *provisionalmente* de manera eficaz y tempestiva tanto la dignidad e integridad del posible interdicto, como también su patrimonio.

Esta característica –amplitud– pone de relieve su *atipicidad*, la cual es muy propia de las medidas cautelares que se dictan como *instrumento* al servicio de la eficacia de la tutela jurisdiccional que se ejerce en aquellos procesos donde se discuten derechos o instituciones muy propias del Derecho de Familia.

No en vano KIELMANOVICH señala que: “En los procesos de familia las medidas cautelares adquieren un peculiar contorno, verificándose profundas modificaciones en torno a su carácter instrumental, a su proveimiento “*inaudita pars*”, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para ordenarlas de oficio y a la legitimación de las partes para solicitarla, a la disponibilidad inmediata de su objeto” (2000: p. 135).

**2. NATURALEZA DE ESTA MEDIDA**

Al comentar el artículo anterior (punto 2), se señaló que los *sistemas cautelares* pueden ser *típicos*, *atípicos* y *mixtos*, dependiendo de cómo es que el legislador los haya configurado. El primero obedece a un sistema tasado –cerrado– de medidas dispuestas por el legislador que son las únicas que puede despachar el juez (confianza ciega en el legislador); el segundo responde a la posibilidad que sea el juez quien pueda adoptar medidas con o sin insumos generales

dados por el legislador (confianza prudente en el juez) a fin de cumplir con su función que es lograr la eficacia de la tutela jurisdiccional de fondo; y el tercero es tal por la convivencia de ambos tipos de medidas dentro de un mismo sistema procesal.

En función de ello, se afirmó igualmente que nuestro sistema cautelar es *prácticamente atípico*, no solo por la *indeterminación* con que el legislador ha regulado la concesión de determinadas medidas cautelares (p. e. las previstas en los arts. 674, 682 y 687), sino también por la presencia dentro de nuestro régimen cautelar del *poder general de cautela* consagrado en el artículo 629 del CPC, sin soslayar obviamente la existencia de medidas cautelares típicas (verbigracia: secuestro, embargo, asignación anticipada de alimentos, etc).

Es que para que una medida cautelar sea considerada típica, se requiere la concurrencia de determinados requisitos como: i) que se tenga claro cuál es el específico derecho que se pretende cautelar; ii) que se precise cuál es el específico *periculum in mora* que se pretende neutralizar; y iii) que se identifique cuál es el específico contenido que se debe dar a la medida.

Y como esta medida, legislativamente hablando, en atención a la naturaleza del derecho comprometido en el proceso principal al cual está destinado a tutelar preventivamente, otorga al juez un considerable *abanico* de posibilidades para su configuración, con la única salvedad que sea acorde con “la naturaleza y alcances de la situación presentada”, es que concluimos que se trata en rigor de una medida *atípica*. Así lo sostiene la profesora ARIANO: “[veamos] las medidas ‘específicas’ que el legislador consideró que debía rotular como ‘innovativas’, comenzando por el artículo 683 que en el proceso de interdicción habilita al juez (incluso de oficio) a dictar ‘la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada’. Su indeterminación es tan evidente que me exime de cualquier otra consideración” (ARIANO, 2014: p. 277).

### 3. CONCESIÓN A PEDIDO DE PARTE Y EX OFFICIO

Uno de los principios que rige el proceso civil –e incluso el laboral, constitucional y contencioso administrativo– es el “dispositivo” (de raigambre constitucional: PICÓ, 1996: pp. 213-214), cuyas manifestaciones concretas se pueden evidenciar a lo largo de todo el proceso: *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, aportación de parte, impugnación privada, etc. En esa línea, la carga de peticionar una medida cautelar, igualmente constituye una manifestación de referido principio. Sin embargo, este, como todo principio, no goza de absolutos, es decir encuentra su relatividad en este caso concreto y en otros más, pues el ordenamiento jurídico le otorga la posibilidad –facultad– al juez para que pueda dictar de oficio medidas cautelares.

Lo trascendente de esta facultad oficiosa, es determinar ¿Frente a qué tipo de derechos en juego dentro de un proceso, es posible su uso por parte del juez? Ello no solo debido a que el proceso ha sido iniciado a pedido de parte y la medida cautelar, que es accesoria, va a ser despachada de oficio, sino porque no todos los derechos discutidos dentro de un proceso civil son de carácter privado, en el entendido que habrá algunos que escapen de esa calidad (p. e. el que se discute en un proceso de interdicción y que es objeto de esta medida), o que gozando de ella, *rebase* la mera esfera privada.

Obviamente la respuesta a esta inquietud no es sencilla, más aún si la doctrina no ha trabajado de manera holística las hipótesis donde quepa esta solución oficiosa, menos ha esbozado una teoría general o coherente sobre el particular, sino que las respuestas que se han ido construyendo son de carácter tópicos, o sea las han esbozado en función de “casos particulares y concretos” que se presentaron en la realidad judicial y que dieron los tribunales, yendo incluso más allá de lo que los ordenamientos jurídicos previeron.

Lo que debe quedar en claro, es que detrás de esas respuestas, se encuentra el hecho incontrastable que no se puede seguir afirmando que el proceso obedezca a fines estrictamente privados.

Así, MONROY ha dicho que “[e]s necesario tener en cuenta el contenido de las situaciones jurídicas que son materia de litigio” y “[d]e tratarse de una situación jurídica que compromete el interés público, la opción a tomar debiera ser la opuesta, es decir, permitir que el juez disponga de medidas cautelares con el objeto no solo de salvaguardar la eficacia del proceso, sino también la tutela adecuada de los intereses de la comunidad” (2002: pp. 249-250). PEYRANO, sustentado en la jurisprudencia de su país, está a favor de esta solución cautelar oficiosa, circunscribiéndola a hipótesis de “[h]umanidad, solidaridad y a fin de preservar la seguridad a terceros” (PEYRANO, 1993: p. 16, citado por LEDESMA, 2008: p. 334). Por su parte, RIVAS señala que “[e]xcepcionalmente, frente a situaciones de las que resulte un verdadero estado de indefensión o de inferioridad en alguno de los litigantes, podrá darse la actuación jurisdiccional oficiosa” (2005: pp. 208-209).

Sin embargo, hay que reconocer que esta posición no es compartida de manera unánime por la doctrina. El profesor VÁSQUEZ SOTELLO, por ejemplo, considera que “[e]n los casos donde esté afectado el interés general o el orden público o personas desvalidas, es preferible salvaguardar el principio de demanda (con la imparcialidad del juez) (?) remitiendo al representante del Ministerio Fiscal el deber de solicitar la cautela, en lugar de imponer (?) la actuación de oficio” (VÁSQUEZ, 1990: pp. 363-364, citado por MONROY, 2002: p. 249).

Como se podrá advertir, la respuesta doctrinal no es del todo pacífica, aun cuando en número, la balanza se inclina por la posición a favor del dictado de medidas cautelares oficiosas en las hipótesis antes señaladas. Empero, repárese que hay algunos derechos que per se son de contenido privado (derecho de propiedad que se discute en un proceso de demolición de construcción precaria), pero que no por ello se encuentran impedidos de poder ser tutelados con una cautelar despachada oficiosamente, no tanto por querer conservarlos para tu titular (interés estrictamente privado), sino porque su no tutela –vía cautelar– a tiempo (tempestiva, adecuada), puede terminar generando perjuicios a terceros y a la comunidad (interés difuso).

Lo cierto es que nuestro CC, a dispuesto que se despachen medidas cautelares de oficio por ejemplo en las casos de “cambio de régimen de gananciales” (art. 329), de “protección de menores mientras no se nombre tutor o se discierna la tutela” (art. 514) o de “protección de mayores de edad cuando la interdicción ha sido solicitada” (art. 567). Lo propio ha hecho el CPC en los casos de “asignación anticipada de alimentos” (art. 675), de “asuntos de familia e interés de menores” (art. 677) y de “cautela posesoria” (art. 684).

Finalmente no está demás señalar que la medida cautelar a que hace alusión el artículo en comentario, también puede ser peticionada por el Ministerio Público, pero no por las razones esgrimidas por el profesor Vásquez Sotelo, sino porque en este tipo de proceso (interdicción) al que sirve de protección la medida regulada en este artículo, el citado Ministerio *es parte* (no tercero con interés o dictaminador que son las otras dos formas como puede actuar en un proceso civil conforme lo dispone el artículo 113 del CPC), siempre y cuando el proceso de interdicción haya sido iniciado en beneficio del “incapaz que constituye un grave peligro para la tranquilidad pública”, tal como lo prevé el artículo 583 de nuestro CPC.

Esta posición habilitante conferida por la ley de manera expresa al Ministerio Público, quien no es titular de la relación material ni menos del derecho discutido (“por ello es que no afirma nada”), para iniciar tanto el proceso de interdicción como para solicitar la medida cautelar, es conocida como *legitimidad para obrar extraordinaria o indirecta* (MONTERO, 2007: p. 319).

#### 4. CONTENIDO DE LA MEDIDA

Decíamos al inicio de este comentario, que esta medida goza de ribetes sumamente especiales, en atención básicamente a la “amplia” gama de posibilidades que le otorga al juez en su dictado (de allí lo de *atípica*), siendo que la única coordenada –límite– que le impone, es que sea acorde con “la naturaleza y alcances de la situación presentada”, amén de su concesión de manera oficiosa.



Esta “naturaleza y alcances”, debe ser entendida en relación directamente proporcional al “derecho material que es objeto del proceso principal de interdicción”, el cual se inicia para la declaración de incapacidad (interdicción) de aquellas personas mayores de edad a que hace alusión el artículo 581 del CPC, y con el propósito de nombrárseles un “curador” (art. 564 del CC), figura –curatela– instituida para “proteger al incapaz no amparado en general o para determinado caso, por la patria potestad ni por la tutela” (CORNEJO, 1998: p. 437), a fin de “salvaguardar y proteger su persona y bienes” (VARSI, 2012: p. 561).

Lo que quiere decir que el derecho que se encuentra en juego, es el previsto en el artículo 7 de la Constitución que prescribe que “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

Por tanto la curatela, a cuyo propósito apunta el proceso de interdicción objeto de esta medida cautelar, señala VARSÍ “[s]e inserta cómodamente en esta noción pincelada en la Carta Magna considerando que su finalidad es preservar la salud y reemplazar la incapacidad de una persona con el objetivo de atender sus intereses personales y materiales. Faculta a un sujeto llamado curador a fin de que se encargue asistir a aquel desvalido, el curado, que de manera independiente no puede atender sus deberes, ni ejercer sus derechos. La finalidad de la curatela como institución de amparo familiar, es la de coadyuvar al bienestar y posible recuperación de la capacidad de obrar del incapaz así como el cuidado de la persona y/o bienes de los incapaces de ejercicio generalmente mayores de edad” (VARSI, 2012: p. 560).

Esta figura a su vez se caracteriza “por la presencia en ella de un *interés colectivo* y no solo individual, por el *carácter público* del cargo, la obligatoriedad de su asunción y ejercicio como regla general, la *supervigilancia del Estado*, así como por los caracteres personalísimos e intransferible, permanente, de desempeño generalmente unipersonal y casi siempre remunerado” (CORNEJO, 1998: p. 437).

En tal sentido, ante la trascendencia del derecho discutido –de carácter constitucional– en el proceso de interdicción, que persigue nombrar a un curador para aquella persona “incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental” y los fines públicos y privados que están detrás de la declaración de interdicción y designación de dicho cargo, es lógico que el juez cuente con amplias facultades para decretar, a pedido de parte o de oficio, las medidas cautelares que “la naturaleza y alcances de la situación presentada” lo amerite, las cuales pueden ir desde: i) medidas de carácter personal: privar provisionalmente del ejercicio de sus derechos civiles a la persona cuya interdicción se ha solicitado y designación de un curador provisional –artículo 567

del CC–, internar provisionalmente al incapaz en un establecimiento médico; ii) hasta medidas de carácter real: encargar provisionalmente la custodia de los bienes del presunto incapaz al curador interino o quizá simplemente anotar la demanda de interdicción en el registro donde se encuentran inscritos sus bienes a fin de no privarlo completamente del disfrute de ellos (principio de mínima injerencia de las medidas cautelares) mientras que no es declarado como tal; iii) o combinar ambas a la vez.

Nótese que para decretar la medida que “la naturaleza y alcances de la situación presentada exija”, se tiene que echar mano a una alta dosis de creatividad por parte del juez de la causa, en otras palabras no puede pensar en clave de medidas típicas, sino que incluso puede y debe combinar características propias de cada medida, para decretar la pertinente, adecuada, que la situación amerite. Pero esta dosis de creatividad igualmente tiene que ir arropada de prudencia, ponderación, *sindéresis*, sentido común, respeto de principios propios de toda medida cautelar, como el de mínima injerencia (de todas las posibles medidas existentes, la menos invasiva para los derechos del incapaz) y el referido al límite de la irreversibilidad de la medida (en atención a la provisionalidad y variabilidad, en caso sea desestimada la demanda, que su concesión no haya producido efectos irreversibles).

De allí que consideremos que muchas veces esta medida, por la amplitud de posibilidades que le otorga al juez, no siempre va a ser de carácter innovativa, en el entendido que sirva para “modificar”, “cambiar”, “alterar” un determinado estado o situación; sino que dependiendo de las particularidades que se presenten al interior del proceso, esta pueda adoptar la forma de una de no innovar –conservar una situación–, anotación de demanda, genérica, etc.

En esto radica la importancia de un ordenamiento procesal al consagrar medidas atípicas, pues detrás de ellas está la confianza que el legislador ha puesto en el juez, para que sea él quien en un caso concreto y ante situaciones complejas como esta, despache la que sea más apropiada de acuerdo a “la naturaleza y alcances de la situación presentada”.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; CORNEJO, Héctor (1998): *Derecho familiar peruano*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; MONROY, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; MONTERO, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; PEYRANO, Jorge (1993): “La performatividad en el proceso contemporáneo”. En: *Themis*, N° 22, Lima; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista; VÁSQUEZ, José (1990): “La construcción

---

del proceso cautelar en el Derecho Procesal Civil español". En: *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*. Madrid: Ministerio de Justicia; VARSÍ, Enrique (2012); *Tratado de Derecho de Familia*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El perjuicio irreparable inminente es una característica propia de la medida innovativa, el que se configura al no impedirse en forma inmediata la impresión, reimpresión, publicación y/o distribución de la obra que atenta contra la intimidad personal e imagen de la solicitante, las que resultarían vulnerados, sin que sea posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados. La amenaza verosímil de menoscabo o violación al derecho a la intimidad, puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional (*Exp. N° 1757-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

La medida cautelar innovativa, resulta ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor. No es suficiente para dicha medida la contracautela en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida. Además de los presupuestos señalados en el artículo 611 del CPC requieren además la irreparabilidad del perjuicio, es decir que el peticionante debe acreditar al juez, que si no se hace ahora lo que pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene (*Exp. N° 17518-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

**Artículo 684****Cautela posesoria**

*Cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 606.*

***Marco J. Carbajal Carbajal***

**1. INTRODUCCIÓN**

A diferencia de lo que regula el artículo 681, la medida temporal sobre el fondo —o coincidente— para cuando lo que se discute en el proceso principal sea un interdicto de recobrar; el presente artículo lo que hace es disciplinar las medidas cautelares de tipo innovativo que se pueden dictar a pedido de parte o *de oficio* por el juez conforme veremos a continuación, pero esta vez por razones diferentes al caso anterior, para aquellas hipótesis donde lo que es materia del proceso principal, sea el *interdicto de retener*, en sus modalidades de interdicto de *obra nueva* y el de *obra ruinoso*, que se encuentran reguladas de manera expresa en este artículo cuando prescribe que “la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución” y “ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina”.

**2. NATURALEZA DE LA MEDIDA**

Sobre la base de lo señalado en el punto 2 tanto del comentario del artículo 682 como del 683, podemos decir que esta medida es *preponderantemente típica*. Primero porque se encuentra claro cuál es el específico derecho que se pretende cautelar (propiedad y posesión); segundo porque el específico *periculum in mora* que se pretende neutralizar con esta medida, está constituido por el potencial daño que se puede ocasionar mientras dura el proceso a los derechos antes referidos a consecuencia de trabajos de edificación o de un bien en ruina; y tercero porque el específico contenido de la medida consiste en disponer la “paralización de trabajos de edificación” o “disponer medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pueda causar la caída de un bien en ruina”. Es decir persigue *alterar o modificar* la situación de hecho que ha dado origen al proceso. De ahí que se afirme, además, en que efecto se trata de una *medida innovativa*.

### 3. CONCESIÓN A PEDIDO DE PARTE Y EX OFFICIO

En el punto 3 del artículo anterior, hicimos alusión *in extenso*, sobre el sustento de la potestad que el legislador le ha conferido al juez para que de oficio pueda conceder este tipo de medidas cautelares, como excepción a la regla fijada por el principio dispositivo que impone la carga a la parte demandante para que sea esta quien la peticione, en el entendido que el proceso (y por tanto todos sus instrumentos como la medida cautelar por ejemplo) no solo persigue satisfacer fines privados sino también públicos, y porque además existen derechos que por su naturaleza ameritan ser tutelados *provisionalmente* por medio de una cautelar dictada de oficio –independientemente de su modalidad–, debido a que o no tienen naturaleza privada o teniendo *rebasan* la mera esfera privada.

Igualmente dimos cuenta de las opiniones doctrinales a favor del despacho de medidas cautelares de oficio –repetimos independientemente de su modalidad–, resumiendo las hipótesis de concesión a los siguientes casos: i) cuando estén de por medio una situación jurídica que comprometa el interés público, en cuyo caso debe buscarse la salvaguardar no solo de la eficacia del proceso, sino también de la tutela adecuada de los intereses de la comunidad (MONROY, 2002: pp. 249-250); ii) cuando esté comprometido el valor humanidad, solidaridad y se busque preservar la seguridad a terceros (PEYRANO, 1993: p. 16, citado por LEDESMA, 2008: p. 334); y iii) frente a situaciones de las que resulta un verdadero estado de indefensión o de inferioridad en alguno de los litigantes (RIVAS, 2005: pp. 208-209).

De las hipótesis antes reseñadas que abonan por la concesión oficiosa de medidas cautelares, queda claro que en este caso su dictado también es procedente, pero por razones opuestas a las del artículo anterior. Es que mientras que en el artículo 683 está de por medio el derecho regulado en el artículo 7 de nuestra Constitución consistente en el respeto a la dignidad de la persona incapaz quien debe gozar de un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad; en este pensamos que se encuentra comprometido el valor humanidad, solidaridad y la preservación de la seguridad no solo del titular del derecho de posesión o propiedad, sino también de terceros, por ello la profesora LEDESMA apunta que: “El artículo 684 del CPC hace referencia, además, a las medidas de seguridad que el juez puede ordenar para evitar los daños que cause la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad. Esta posibilidad que se otorga al juez para dictar medidas de seguridad se hace con carácter preventivo y no solo podría orientarse hacia la cautela sobre la posesión del bien que disfruta el demandante, sino que también podría extender la actividad del juez, a dictar medidas de seguridad –con carácter preventivo– para terceros indeterminados y no vinculados al proceso, ante el estado de peligro que importa un bien en ruina o en situación de inestabilidad” (LEDESMA, 2013: p. 401).

Nótese que en este supuesto, a pesar de tratarse de un derecho de carácter individual y de naturaleza privada (propiedad, posesión), pese a ello, aquel puede rebasar la mera esfera privada de su titular, en atención al perjuicio que puede generar para la seguridad de terceras personas.

#### 4. CONTENIDO DE LA MEDIDA

Si la medida cautelar regulada en el artículo 683 gozaba de ribetes especiales, por la amplitud de posibilidades que le otorgaba al juez para su dictado, la regulada en este artículo ciertamente es diferente, pues no debe olvidarse que está dada para tutelar *provisionalmente* tanto lo que es propio de un interdicto de *obra nueva* como lo que es materia de un interdicto de *obra ruinoso*, los cuales están subsumidos como modalidades del *interdicto de retener*, que al lado del de recobrar, han recibido tutela expresa en los artículos 597 al 607 del CPC.

¿Por qué decimos que son modalidades del interdicto de retener?, porque “aparentemente el Código procesal peruano solo reconoce dos interdictos: el de recobrar (arts. 603-605) y el de retener (arts. 606-607). Pero dentro de este último, consideramos que se encuentran embebidos los interdictos de obra nueva y el de obra ruinoso (...). Vale decir son casos especiales del interdicto de retener (...). La obra nueva no goza hoy de autonomía interdictal sino que se encuentra refundida dentro del interdicto de retener (...). Como ya no existe el interdicto de obra ruinoso de manera autónoma, el canal procesal adecuado es el interdicto de retener para impedir que cause daño una obra ruinoso” (RAMÍREZ, 2003: pp. 517, 531, 532 y 533).

Del mismo parecer es Torres quien refiere que el interdicto de retener “[n]o presupone el despojo de la posesión, sino la realización de uno más actos materiales o de otra naturaleza con los que se perturba la posesión haciendo que el uso y goce del bien sea incómodo, difícil, costoso, como por ejemplo, actos que entrañan una tentativa de despojo, ejecución de obras (interdicto de obra nueva) o la existencia de construcciones en estado ruinoso (interdicto de obra ruinoso)” (TORRES, 2006: p. 477).

Ahora bien, cuando se está ante la hipótesis de *obra nueva*, la medida goza de un alto nivel de concreción toda vez que el artículo en comentario prescribe que “el juez puede disponer la paralización de los trabajos de edificación”; en cambio en la hipótesis de *obra ruinoso*, el nivel de concreción no es tan elevado, disponiendo de manera difusa el referido artículo que el juez está facultado para “ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien o en situación de inestabilidad”.

Lo que quiere decir que lo que se va a decretar de manera precisa por medio de esta medida, va a depender directamente de si nos encontramos ante un interdicto de obra nueva o frente a uno de obra ruinoso, pero convenimos que en ambos casos su contenido siempre va a ser *innovativo* debido a que se va a ordenar de manera *provisional* modificar, alterar, cambiar la situación existente que ha dado origen al proceso, pasando de “la edificación de una obra” a la “paralización de la misma” o de “la existencia de una obra en estado ruinoso” a “la realización de actos materiales tendientes a evitar el daño no solo en la propiedad o posesión del demandante sino también a terceros, a consecuencia del estado de ruina del bien, como podría ser apuntalar las columnas, poner viguetas” respectivamente.

Sobre la naturaleza innovativa de esta medida a despacharse en la primera modalidad del interdicto de retener, la profesora LEDESMA ha sostenido que: “Se trata de la paralización provisoria de una obra nueva. Por orden del juez se *innova*, se cambia la situación de hecho, cual es la edificación por la paralización de la obra nueva” (LEDESMA, 2013: p. 400). Y qué duda cabe –repetimos– que la que se decreta en la otra modalidad del interdicto de retener, nos referimos al de obra ruinoso, igualmente gozara de la misma naturaleza en tanto y en cuanto modifique, altere o cambie la situación existente que ha dado origen al proceso.

Finalmente pensamos que también podrían decretarse medidas de no innovar –*ex* artículo 687– pero solo para la hipótesis del interdicto de obra nueva, cuando medie “inminencia de un perjuicio irreparable” en la posesión o propiedad del demandante, a consecuencia del inicio de construcciones o edificaciones en la propiedad vecina, claro está en tanto y en cuanto esta modalidad de interdicto permita que se pueda demandar *ex ante* a la existencia de edificaciones. En esta hipótesis, la medida consistiría en que se *conserv*e la situación de hecho que ha dado origen al proceso, es decir que abstenga de empezar las edificaciones, y como esa situación de hecho ha consistido en la “inexistencia de construcciones”, por eso es que afirmamos que la naturaleza de esta medida es una de no innovar, ergo cristalizar la situación existente. La misma opinión parecería ser que tiene la profesora LEDESMA quien considera que: “Situación distinta sería si se tomara conocimiento que se va a dar inicio a la ejecución de obras que dañarían la propiedad o posesión del demandante; en ese caso, la medida que se buscaría sería la de *conservar* el *statu quo* para evitar el inicio de la ejecución de obras” (LEDESMA, 2013: pp. 400-401).

Cosa diferente es lo que acontece con el interdicto de obra ruinoso, respecto del cual somos de la idea que por su naturaleza resulta imposible el dictado de una medida de no innovar.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan José (2002): *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad; PEYRANO, Jorge (1993): “La performatividad en el proceso contemporáneo”. En: *Themis*, N° 22; RAMÍREZ, Eugenio (2003): *Tratado de Derechos Reales*, tomo I, 2ª ed. Lima: Rodhas; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista; TORRES, Aníbal (2006): *Derechos reales*, tomo I. Lima: Idemsa.

---



**Artículo 685****Abuso de derecho**

*Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. II; C.P.C. art. II.*

**Marco J. Carbajal Carbajal****1. INTRODUCCIÓN**

Menudo problema es el que se presenta respecto de la concesión de este tipo de medida cautelar innovativa en las hipótesis donde se encuentre comprometido no solo el “ejercicio abusivo del derecho” que es lo que regula expresamente este artículo, sino también “su omisión abusiva”, pues el genéricamente hablando “abuso del derecho” se trata de un solo fenómeno pero con dos manifestaciones diversas.

Lo anterior, debido a que se puede generar perjuicios a un tercero, *ora* ejercitando un derecho, *ora* no haciéndolo. Así lo establece el artículo II del Título Preliminar del CPC que dispone: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva del derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”, regulación esta última que es mucho más precisa que la fórmula genérica de nuestra Constitución que en la parte *in fine* del artículo 103 prescribe que “la Constitución no ampara el abuso del derecho”.

Decíamos que no es cosa menor el problema concerniente al dictado de este tipo de medidas de cara al “abuso del derecho”, porque se trata de una figura de suyo compleja, respecto de la cual “[n]o existe unanimidad de pareceres sobre los dos temas centrales, como son su naturaleza y los criterios que deben utilizarse para su determinación” (FERNÁNDEZ, 2013: p. 701), amén de la diversidad de manifestaciones que presenta (en el derecho de familia, concursal, societario, ambiental), su poca comprensión, y fundamentalmente por tratarse de un “verdadero principio general del Derecho”, con “autonomía propia en el Derecho actual y común aplicación jurisprudencial” (FERNÁNDEZ, 2013: pp. 701, 702).

## 2. NATURALEZA DE LA MEDIDA

Aun cuando la norma en comentario haga alusión que este tipo de medida cautelar, nos referimos a la innovativa, se dicta en los casos que verse sobre “abuso del derecho”; trayendo a colación lo expresado en el punto 2 del artículo 682 concluimos que nos encontramos frente a una medida *preponderantemente atípica*, no solo porque no cumple cabalmente con las tres precisiones que exige una medida para ser considerada típica como son (específico derecho a tutelar, específico *periculum in mora* a neutralizar y específico contenido de la medida), sino fundamentalmente porque su dictado se va a dar para proteger un verdadero principio general del derecho, el cual normalmente se caracteriza por su falta de concreción, que tiene que ser llenado en cada caso concreto, expandiendo su fuerza normativa en virtud de esa indefinición. De allí que la medida que se dicte goce igualmente de ese grado de indefinición.

## 3. CONCESIÓN SOLO A PEDIDO DE PARTE

El artículo en comentario, prescribe que:

“Cuando la demanda versa sobre el *ejercicio abusivo de un derecho*, puede el juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable”.

Un primer acercamiento al mismo, puede llevarnos a concluir que detrás de la expresión “puede el juez dictar”, se encuentra subyacente la *facultad oficiosa* para el dictado de esta medida por parte del juez, sin que el demandante lo haya peticionado.

Sin embargo, consideramos que esa tesis no es correcta. Primero porque la sola expresión “puede” no debe ser interpretada de manera literal en el sentido de “facultad”, “poder”, “autorización”; sino, cada vez que nos encontremos frente a ella, tendríamos que afirmar necesariamente que detrás, se encuentra un súper poder encargado al juez que tiene que ser ejercido, aun sin haber sido previamente instado por la parte interesada en ejercicio de su derecho. Por citar un ejemplo, cuando el artículo 19.1 de la Ley General del Sistema Concursal prescribe que “el juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, etc.”, no está empoderando al juez para que sin más declare la ineficacia de aquellos actos jurídicos; caso contrario, se estaría pasando por alto no solo el deber funcional del juez de verificar si en rigor se trata de una acción pauliana concursal, de sí el acto materia del proceso es uno de los que está previsto por la norma para ser declarado como tal, si este ha sido celebrado dentro del periodo de sospecha, sino también y sobre todo se estaría soslayando la carga de la parte actora de haberlo instado previamente y la carga de probar los hechos que sustentan su pretensión.

Y segundo, porque en este caso concreto de “abuso del derecho”, consideramos que no se presentan ninguna de las tres situaciones que al comentar el artículo 683 dijimos que habilitaban el dictado de medidas cautelares de oficio. Es decir no está comprometido necesariamente el interés público, tampoco el valor humanidad, solidaridad o preservación de la seguridad a terceros y menos existe un verdadero estado de indefensión o de inferioridad en alguno de los litigantes; precisando que el solo hecho que esté de por medio un principio general del derecho en cuestión, no es justificante suficiente para argüir a favor de la facultad oficiosa. De no entenderse de esta manera, entonces tendríamos que afirmar que en todo proceso donde se contiendan derechos fundamentales, que también son principios, o donde estén comprometidos principios generales del derecho como el de la buena fe, el referido a que el error no genera derecho, etc., el juez podría dictar medidas de oficio, exceptuándose al demandante de la carga de solicitarlas que viene impuesta por el principio dispositivo, lo cual obviamente resulta inaceptable.

Consecuentemente, somos de la idea de que esta medida, a despecho de la expresión “puede el juez”, solo puede ser concedida a pedido de parte.

#### 4. CONTENIDO DE LA MEDIDA

Consideramos que el contenido de toda cautelar obedece en gran medida a la naturaleza de la pretensión interpuesta o a interponerse. Además para el caso concreto de la medida innovativa, hay que reparar en la “situación de hecho que ha dado origen al proceso”, haciendo hincapié que para que pueda ser considerada como tal, es decir innovativa, debe estar orientada básicamente a *modificar, cambiar, alterar* la referida situación de hecho, debiendo pasarse irremediablemente de un estado a otro. De allí que esta medida se caracterice porque incide de manera directa en la relación material discutida en el proceso.

Pese a lo dicho, queda la sensación que seguimos en la nebulosa, pues concretar el contenido de la medida, pasa previamente por resolver los dos problemas que genera la figura del “abuso del derecho” y que a decir de FERNÁNDEZ SESSAREGO son tanto su naturaleza como los criterios para su determinación.

Sobre esta figura el profesor FERNÁNDEZ ha dicho:

“El ejercicio o la omisión abusivos de un derecho se presenta únicamente en el caso en que se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece sin embargo, de una expresa norma del Derecho positivo que le permita, en este nivel del Derecho, fundamentar su posición. En esta situación, la persona afectada debe recurrir al principio general bajo comentario, es decir, al que significa que la ley no ampara el ejercicio o la

omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando se afecta antisocialmente un legítimo interés que no se encuentra protegido por norma expresa del Derecho positivo (...). Dicho fundamento suele hallarse en los principios generales de 'no dañar', en la 'buena fe', 'la moral', las 'buenas costumbres' o en términos más amplios en la llamada 'conciencia jurídica colectiva' (...). Para comprender los alcances de este 'genérico deber', debemos precisar que los derechos subjetivos no son absolutos desde que lo jurídico surge de la relación entre dos o más personas, es decir, de conductas humanas intersubjetivas. El derecho es estructuralmente coexistencial desde que el ser humano, por naturaleza, es un ente social, creado para vivir necesariamente en sociedad. Es por ello que en todo derecho subjetivo subyacen deberes, y estos, a su vez, conllevan derechos. Dentro de los deberes que surgen de cada derecho subjetivo, cabe distinguir uno que es genérico, por lo que aparece en cualquier derecho subjetivo, se trata del deber de 'no dañar' al ejercitarse el respectivo derecho (...). El 'abuso del derecho', resulta ser la concreción del genérico deber de 'no dañar a otro en el ejercicio de un derecho', en el caso específico en que, a través de dicho ejercicio, se afecte un interés no protegido por una expresa norma jurídica" (FERNÁNDEZ, 2013: pp. 701-702).

Asimismo ha precisado "[q]ue resulta importante establecer, con la mayor precisión posible, que el concepto denominado 'abuso del derecho' no es de aplicación en casos de colisión de dos derechos subjetivos" (FERNÁNDEZ, 2013: p. 701).

De su esencia, y siguiendo una vieja resolución sumamente ilustrativa en materia concursal, me refiero a la Resolución N° 104-96-TDC del 23/12/96, podemos decir que las notas características del "abuso del derecho" son las siguientes:

- i) Que el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento;
- ii) Que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio;
- iii) Que, al causa tal perjuicio, el interés que se esté viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; y
- iv) Que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe (ESPINOZA, 2005: p. 129).

A su vez, la experiencia jurisdiccional sobre esta figura, ha mostrado que se ha presentado fundamentalmente bajo estas modalidades:

- i) Abuso del derecho-ineficacia (o pretensión procesal abusiva) en materia de derechos que surgen de la sociedad de gananciales: a) para declarar infundada una demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta por un cónyuge que se encontraba separado de hecho del otro cónyuge por más de 25 años pero no divorciado formalmente, respecto de un contrato celebrado

únicamente por el segundo de ellos a favor de un tercero, alegando el cónyuge demandante que el matrimonio aún existía y que por tanto el bien era social, considerando los Tribunales que en este caso el primer cónyuge había ejercido su derecho de demandar de manera abusiva en clara desarmonía social y de manera injusta, pues aun cuando estaba autorizado legalmente para demandar la nulidad del contrato debido a que formalmente el bien era social, este había sido adquirido durante el periodo en que estaban separados, sin la concurrencia del caudal del demandante;

b) como sustento de una demanda de enriquecimiento indebido a fin de proteger a una conviviente supérstite y de ese modo se le permita gozar de la mitad de los bienes amasados con su conviviente y fruto de su esfuerzo y trabajo; y

- ii) Omisión abusiva del derecho por inactividad de conversión (por parte del denominado cónyuge inocente) de la separación de cuerpos en divorcio (ante la imposibilidad de reconciliación): sirviendo en este caso la modalidad de omisión abusiva del ejercicio del derecho, para desestimar un recurso interpuesto por la cónyuge inocente por el que peticionó que se deje sin efecto la declaración de disolución del vínculo matrimonial en un proceso de separación de cuerpos, que fuera peticionado por el cónyuge culpable, dejándose establecido que tampoco se puede amparar la omisión abusiva de un derecho (ESPINOZA, 2005: pp. 100-128).

Lo que quiere decir que normalmente el “abuso del derecho”, ha sido utilizado por los jueces en *primer lugar* como mecanismo para enervar (*neutralizar*) pretensiones sustentadas en derechos subjetivos que han sido ejercidos de manera contraria a los principios generales de “no dañar”, en la “buena fe”, en “la moral”, en las “buenas costumbres” o en términos más amplios en la llamada “conciencia jurídica colectiva”; y en *segundo lugar*, para *sustentar* aunque sea de manera indirecta, esta vez sí, pretensiones que han dado origen a demandas como por ejemplo la de enriquecimiento indebido (véase el ejemplo consignado en el apartado b) del ítem i)) o hasta quizá, porque no, una de impugnación de acuerdos de accionistas donde se busque destruir los efectos de un acuerdo que ha sido adoptado por la mayoría en claro ejercicio desleal de los derechos de esta legalmente reconocidos, pero con el prístino propósito de perjudicar a la minoría, que no cuenta con un derecho subjetivo reconocido legalmente para poder oponerlo, pero que si tiene un interés legítimo digno de ser tutelado.

Dicho de otro modo, nuestra experiencia jurisdiccional no registra procesos donde se haya postulado de manera directa “el cese del ejercicio abusivo de un derecho” o el “cese de la omisión abusiva de un derecho”.

Consecuentemente, si ello es así, en la primera hipótesis (como mecanismo de defensa) mal podría hablarse del dictado de medidas cautelares, pues estas como es bien sabido solo pueden ser peticionadas por el actor, quien es el único dentro de un proceso que tiene como expectativa legítima que su pretensión planteada sea estimada, justificándose de este modo que sea él quien pide una cautelar a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva; en cambio en la segunda hipótesis (cuando sustenta aunque sea de manera indirecta una pretensión) ahí sí tiene sentido que el actor pueda pedir una medida cautelar, no tanto para cautelar su pretensión de ejercicio u omisión abusiva de derecho (que eventualmente podría postularla) sino en tutela de la pretensión que directamente a peticionado, y que como dijimos, puede ser o un enriquecimiento indebido o una impugnación de acuerdos societarios.

Ahora bien, la única manera para que la medida peticionada en los dos casos que sustentan la segunda hipótesis sea considerada como innovativa, es que esta *modifique, altere o cambie* “la situación de hecho existente y que ha dado origen al proceso”; toda vez que si no tiene ese propósito, no podrá ser considerada como tal. Piénsese en un proceso de impugnación de acuerdos por ejercicio abusivo del derecho, interpuesto contra la decisión adoptada en la junta de accionistas por la mayoría de ellos, consistente en la disolución y liquidación de la sociedad por la causal de “decisión de la junta”, el cual importa un ejercicio desleal de su derecho reconocido legalmente, con el claro propósito de causar perjuicio a la minoría; en este caso la medida innovativa debería consistir en ordenar la suspensión provisional de los efectos de ese acuerdo. Adviértase que decimos que es innovativa, porque ha *modificado* el estado de hecho existente y que ha dado origen al proceso, es decir se ha pasado de la “existencia de un acuerdo de disolución” a la “suspensión provisional del mismo”. Esto es innovar, modificar, alterar, pues no debe olvidarse que “se innova tanto haciendo algo como dejando de hacerlo”.

Por otro lado, aceptando la tesis del profesor RESCIGNO consistente en que “[e]l instituto del “abuso del derecho” surge de la necesidad de confiar al juez un medio para corregir las más estridentes desigualdades” (FERNÁNDEZ, 2013: p. 701); es de fuerza concluir que no solo las medidas innovativas deben servir para combatir el “abuso del derecho”, sino que también deberían jugar las de no innovar —*ex artículo 687*—, además que así parecería ser que lo admite el artículo II del Título Preliminar del CC cuando dispone que: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva del derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para *evitar* o *suprimir* provisionalmente el abuso”.

En esa línea de razonamiento, el éxito de la figura del “abuso del derecho”, para por tener un juez creativo, fortalecido en su función, que tenga —como lo

dijimos al comentar el artículo 683– una alta dosis de creatividad, que no piense solo en clave de medidas típicas, sino que incluso puede y debe combinar características propias de cada medida, para decretar la pertinente, adecuada, que la situación amerite. Pero esta dosis de creatividad igualmente tiene que ir arropada de prudencia, ponderación, *sindéresis*, sentido común, respeto de principios propios de toda medida cautelar, como el de mínima injerencia (de todas las posibles medidas existentes, la menos invasiva para los derechos del incapaz) y el referido al límite de la irreversibilidad de la medida (en atención a la provisionalidad y variabilidad, en caso sea desestimada la demanda, que su concesión no haya producido efectos irreversibles).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ESPINOZA, Juan (2005): *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; FERNÁNDEZ, Carlos (2013): “Comentario al artículo 103 de la Constitución”. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ, Carlos (1999): *Abuso del derecho*, 2ª ed. Lima: Grijley; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (2006): *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*, 2ª ed. Madrid: Trotta.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La hipoteca es un derecho real establecido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles, quedando estos bienes en poder del deudor que aún no ha cancelado la deuda. Si los accionantes no han cumplido con honrar la deuda contraída, no pueden excluirse del pago de la misma. Amparar dicha pretensión, importaría admitir un abuso del derecho que la ley recusa. No cabe la extinción de la hipoteca por caducidad (*Exp. N° 3818-97*).

Si bien no se debe confundir a la persona jurídica con sus integrantes, no es menos cierto que la sociedad demandada pertenece en forma directa e indirecta a quienes han formulado oposición. No puede ampararse la pretensión deducida por los opositoristas, pues se estaría tratando de evadir el cumplimiento de una ejecutoria suprema al amparo de formas societarias. La ley no ampara el ejercicio abusivo de un derecho. El argumento que se ha privado del derecho de defensa es improcedente si este no se ha hecho valer oportunamente (*Exp. N° 1201-94-Lima*).

El ejercicio abusivo de un derecho solo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizar el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia (*Exp. N° 20-93-Lima*).

**Artículo 686**

**Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz**

*Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 14, 15, 16, 17; C.P. arts. 154 a 158.*

**Marco J. Carbajal Carbajal**

**1. INTRODUCCIÓN**

Los derechos sustantivos objeto del proceso principal, que van a ser materia de protección provisional a través de la medida innovativa regulada en este artículo, se encuentran todos ellos recogidos de manera expresa en el inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución que prescribe que: “toda persona tiene derecho: Al honor y al buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”, con excepción obviamente del derecho al honor y la buena reputación que el artículo en comentario no lo recoge.

Lo que quiere decir que nos encontramos frente a derechos de carácter fundamental, que pueden ser protegidos tanto por los *procesos ordinarios* en tanto y en cuanto lo que se tutele esté referido a su contenido no esencial, como también por los *procesos constitucionales* en la medida que lo que se busque proteger sea su contenido esencial -contenido constitucionalmente protegido le llama el CPConst.-.

La intimidad personal y familiar igualmente se encuentran reconocidos en el artículo 14 del CC, precisando que lo que regula el artículo 15 de este código es “[e]l derecho patrimonial que deriva de la explotación comercial de la propia imagen, el cual no goza de protección constitucional, pero sí legal” (MARCIANI, 2013: p. 189).

**2. NATURALEZA DE LA MEDIDA**

Al igual que el caso de los artículos 683 y 685 referidos a la medida innovativa a otorgarse en los interdictos y abuso del derecho respectivamente, la medida regulada en este artículo puede ser catalogada como *preponderante atípica*, en atención a que su regulación no cumple con las 3 precisiones que demanda una



medida para ser calificada como típica como son (específico derecho a tutelar, específico *periculum in mora* a neutralizar y específico contenido de la medida), sino también porque ha sido configurada legislativamente con un alto grado de indefinición al prescribir que “puede el juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada”.

### 3. CONCESIÓN SOLO A PEDIDO DE PARTE

Al analizar el artículo anterior, en el punto 3, esgrimimos los argumentos por los cuales aun cuando la norma haga alusión expresamente a que “el juez puede dictar la medida”, esa expresión no puede llevarnos ingenuamente a afirmar que nos encontramos frente a una verdadera *facultad officiosa* del juez para el dictado de esta medida sin que el demandante previamente se lo haya peticionado; afirmar lo contrario importaría introducir una excepción no justificada en la regla impuesta por el principio dispositivo que irradia todo el proceso civil y que consagra como “carga” no solo la interposición de la demanda sino también la petición de la medida cautelar correspondiente.

Y decimos excepción no justificada, porque a despecho de tratarse de derechos fundamentales como muchos otros que se discuten en diversos tipos de procesos, ellos per se no autorizan necesariamente a que su juez natural, pueda dictar officiosamente medidas cautelares, básicamente porque no se encuentran dentro de las excepciones que la jurisprudencia ha creado y la doctrina ha sistematizado como son: i) que este comprometido necesariamente el interés público, ii) que este comprometido el valor humanidad, solidaridad o preservación de la seguridad a terceros, y iii) que exista un verdadero estado de indefensión o de inferioridad en alguno de los litigantes; cuyo tratamiento detallado ha sido realizado al comentar el artículo 683, punto 3.

Por tal motivo, convenimos que esta medida, independientemente de la expresión “el juez puede”, solo es posible que sea concedida a pedido de parte.

### 4. CONTENIDO DE LA MEDIDA

Lo que marca la pauta sobre el contenido de toda medida cautelar, es la naturaleza de la pretensión interpuesta o a interponerse, lo cual está relacionado de manera directa con el derecho que la sustenta. Y para ser considerada además como innovativa, no solo hay que fijarse en la concreta “situación de hecho que ha dado origen al proceso”, sino sobre todo en que esta medida la *modifique, la cambie o la altere*, lo que importa aceptar a su vez que por obra de esta cautelar, aquélla –nos referimos a la situación de hecho– tiene que pasar necesariamente de un estado a otro.

Es decir de la “violación del derecho” a la “no violación”; precisando que la “no violación” genéricamente hablando puede traducirse tanto en una conducta positiva como en una conducta negativa, esto es en un hacer o en un no hacer, pues no debe olvidarse que se innova tanto haciendo algo como dejando de hacerlo (sobre este punto nos remitimos a nuestro comentario esbozado en el punto 4 del art. 682).

Dándole un nivel de concreción a lo dicho anteriormente, sin que suene a exhaustividad, ponemos los siguientes ejemplos:

- El derecho a la intimidad, que engloba la dimensión personal y familiar, “[s]upone el derecho que tiene el sujeto a mantener reservado del conocimiento ajeno un espacio de su vida como por ejemplo ciertas actividades, comportamientos, situaciones, datos o sentimientos” (EGUIGUREN, 2000: p. 40 citado por MARCIANI, 2013: p. 185); y sus posibles violaciones “[s]on muy amplias y comprenden por ejemplo la introducción no autorizada en el domicilio de un sujeto o las revisiones no consentidas en parte de su cuerpo, la captación (y eventual difusión) no permitida de datos sensibles del sujeto, la utilización arbitraria de datos del sujeto que en un principio fueron proporcionados libremente por él a un tercero, etc”. (MARCIANI, 2013: p. 186); *consecuentemente* si en el caso concreto por ejemplo se “capta (y eventualmente se difunde) sin la anuencia de su titular datos sensibles de este”, la medida innovativa deberá consistir en que el agresor provisionalmente “cese” (conducta negativa) en realizar aquellos actos, esto es, por obra de esta medida se modifica, cambia o altera una conducta existente, ergo se pasa de un estado de violación a un estado de no violación.
- El “[d]erecho a la voz e imagen propias tiene como fundamento la dignidad del ser humano, como ocurre con el resto de los derechos humanos” y consiste en “[e]l derecho que tiene el sujeto a controlar la captación, reproducción o representación de sus rasgos físicos o voz reconocibles. Este derecho comprende dos dimensiones, una negativa y otra positiva. En cuanto a la primera, el derecho a la propia imagen implica la posibilidad que tiene el sujeto de prohibir la captación, reproducción y/o publicación de su imagen (...). La dimensión positiva del derecho se refiere a la facultad que tiene el sujeto de determinar el uso de su imagen, o lo que facultaría a obtener su imagen, reproducirla o publicarla (...)” (MARCIANI, 2013: pp. 189-190); por lo que si la violación en el caso concreto consiste en que “se está usando la imagen sin la autorización de su titular”, *entonces* al igual que en el supuesto anterior la medida innovativa deberá traducirse en ordenar al agresor que provisionalmente “se abstenga” (conducta negativa) de continuar realizando esa conducta, esto es, por obra de

esta medida se modifica, cambia o altera una conducta existente, ergo se pasa de un estado de violación a un estado de no violación.

Finalmente somos de la opinión de que si lo que se busca es proteger de manera efectiva estos derechos (de carácter *infungible*) de cualquier tipo de vulneración o amenaza, no debemos limitar su protección de manera provisional e interina únicamente a la medida innovativa, sino que debemos abrirnos también a la posibilidad de utilizar la medida de no innovar regulada en el artículo 687, la cual consideramos que encuentra su basamento *preponderantemente* en el ámbito de la tutela *preventiva*, esto es cuando la jurisdicción actúa *ex ante* a la violación del derecho (no *ex post* que es como que generalmente opera la tutela represiva), más aún si el artículo en comentario señala que “juez puede dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada” cuando este de por medio una “demanda que pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona”.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

EGUIGUREN, Francisco (2000): “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El caso peruano”. En: *Ius et Praxis*, N° 1, Universidad de Talca, Chile, citado por MARCIANI, Betzabé (2013): “Comentarios al inciso 7 del artículo de la Constitución peruana”. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El perjuicio irreparable inminente es una característica propia de la medida innovativa, el que se configura al no impedirse en forma inmediata la impresión, reimpresión, publicación y/o distribución de la obra que atenta contra la intimidad personal e imagen de la solicitante, las que resultarían vulnerados, sin que sea posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados. La amenaza verosímil de menoscabo o violación al derecho a la intimidad, puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional (*Exp. N° 1757-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento*).

## SUBCAPÍTULO 4 MEDIDA DE NO INNOVAR

### Artículo 687

#### Prohibición de innovar

*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 1, 610, 611.

*Marco J. Carbajal Carbajal*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Como lo señalamos al comentar el artículo 682, la Sección Quinta de nuestro CPC, está reservada para los procesos contenciosos, la cual cuenta a su vez con cinco títulos. El cuarto de ellos está referido al *proceso cautelar* que no es proceso por no ser satisfactivo. A su turno, este tiene dos capítulos, el *primero* regula las disposiciones generales y el procedimiento cautelar respectivamente, y el *segundo*, que disciplina las medidas cautelares específicas, tiene 4 subcapítulos, el *cuarto* de ellos (con un solo artículo a manera, *cláusula general* que es materia de este comentario) se encuentra reservado para la medida de *no innovar atípica*, cuya naturaleza veremos a continuación.

Esta medida no es sino la *contracara* de la medida *innovativa atípica* regulada en el artículo 682, pese a compartir elementos comunes (todos los presupuestos para su concesión por ejemplo).

En palabras de la profesora ARIANO esta medida es *antitética* a la medida innovativa, enfatizando que con esta medida se conserva, en cambio con la primera se innova (2014: p. 277).

Esta diferenciación, ya clásica hoy en día entre ambas medidas, corresponde a su vez a la clasificación de la medida cautelar que fuera introducida por

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

CARNELUTTI, para quien “[e]l arreglo provisional –se refiere a la medida cautelar– puede ser concebido en dos sentidos distintos, o mejor dicho, opuestos: en el de que se *impida* o en el de que, por el contrario, se determine el *cambio* de la situación existente, antes de la conclusión del proceso jurisdiccional o del ejecutivo. Y para diferenciar mediante nombres estas dos direcciones, pareceme oportuno contraponer la prevención *conservativa* a la prevención *innovativa*” (1944: p. 243).

## 2. NATURALEZA DE LA MEDIDA DE NO INNOVAR

En cuanto a la naturaleza de esta medida podemos decir que dos son sus rasgos que le dan fisonomía propia y que la acercan a la vez a la innovativa del artículo 682. Me refiero a su condición de *atípica* y de *excepcional* –léase subsidiaria o residual–.

Decíamos que los *sistemas cautelares* pueden ser *típicos*, *atípicos* y *mixtos* y que el nuestro resulta ser *prácticamente atípico*, lo cual no importa desconocer que existen medidas cautelares típicas en el sentido fuerte de la palabra (secuestro, embargo, asignación anticipada de alimentos, suspensión de acuerdos sociales, etc.). Y decimos *prácticamente atípico*, debido al alto grado de *indeterminación* con que el legislador ha regulado la concesión de determinadas medidas cautelares como por ejemplo las previstas en los artículos 674, 682 y 687, y también por la presencia del artículo 629 del CPC, que regula la figura del *poder general de cautela*.

Señala la profesora ARIANO que posiblemente uno de los errores más graves –al menos desde el punto de vista conceptual– fue haber considerado como específica la medida cautelar denominadas de no innovar, pues no tiene nada de específica o típica debido no solo a no especificarse el derecho que se pretende cautelar, el peligro que se pretende neutralizar y el contenido que puede tener la medida, sino también por darle al juez solo una indicación consistente en que puede emitir una medida (cualquiera sin contenido legal específico, pues el contenido legal concreto lo da él) que consista en la conservación de una situación de hecho o de derecho, considerando que con ello no se ha creado o consagrado una medida típica, sino que solo se ha dado una indicación al juez para que fuera de los casos típicos de medidas cautelares, dicte una que implique una conservación de la situación existente (ARIANO, 2014: p. 122).

Consecuentemente, si partimos de la premisa que lo que caracteriza a una medida cautelar como típica es la concurrencia de requisitos como: i) que se tenga claro cuál es el específico derecho que se pretende cautelar; ii) que se precise cuál es el específico *periculum in mora* que se pretende neutralizar; y iii) que se identifique cuál es el específico contenido que se debe dar a la medida; entonces resulta

imperioso concluir, al igual como se hizo en el caso de la *innovativa atípica* del artículo 682, que esta medida de *no innovar* por estar expresada en los términos de una *clausula general*, sumado a su alto grado de indeterminación con que ha sido diseñada al no precisar cuál es el específico derecho que se pretende cautelar, cuál es el específico *periculum in mora* que se busca neutralizar y el específico contenido que se debe dar a la medida, constituye en puridad una medida *atípica*.

El hecho que una medida cautelar sea atípica no debe llevar a calificarla como buena o mala per se. La tipicidad o atipicidad no juega a ese nivel. Incluso podría decirse que las medidas atípicas, a veces resultan ser más versátiles que las típicas, siendo que allí muchas veces radica su potencialidad para poder ser utilizada como tutela de una amplia gama de derechos materiales (sea de naturaleza civil, laboral, constitucional y administrativo). Sino como explicar que son justamente en las áreas del proceso constitucional y contencioso-administrativo donde se utilizan con mayor frecuencia, incluso el artículo 40 del TUO de la LPCA prescribe expresamente que “son especialmente procedentes la medida de no innovar”.

Ahora bien, en lo referente a su *excepcionalidad*, baste señalar que por esta característica que está en su esencia misma, debe entenderse rectamente como *subsidiariedad* o *residualidad*, es decir que su concesión se encuentra supeditada a la no existencia de otra medida prevista de manera específica por el ordenamiento jurídico para la protección del derecho material tutelado por el proceso principal. En esa misma línea Kielmanovich apunta que: “Se trata de una medida cautelar *subsidiaria* o *residual*, que requiere la demostración, además de los presupuestos comunes de las medidas cautelares, de que *no exista otra medida cautelar idónea* para asegurar los bienes o las personas involucradas en la *litis* en cuestión” (KIELMANOVICH, 2000: p. 373). De igual parecer es la profesora Ledesma quien sostiene que “líneas arriba hemos referido que la medida de no innovar es *excepcional*, esto es, que solo se concederá cuando *no resulte de aplicación otra prevista en la ley*. La prohibición de innovar, solo puede decretarse en el supuesto de no existir otra cautelar, por lo que no correspondería decretarla en reemplazo del embargo, o más ampliamente, sería inadmisibles cuando la cautela pudiera obtenerse por medio de las restantes medidas establecidas por el ordenamiento” (LEDESMA, 2008: p. 349).

El profesor RIVAS además de coincidir, como todos, con el carácter *subsidiario* que suele endilgársele a esta medida, hace una acotación que consideramos es muy pertinente para abonar por el carácter normal, común y ordinario si se quiere, que postulamos respecto de esta cautelar. Sostiene que: “pensándolo bien, *es difícil encontrar la que jugaría en reemplazo de la de no innovar, cumpliendo con las finalidades de esta*. Así, el embargo no impide la negociación del bien ni su posibilidad de desmedro material, tampoco la anotación de la *Litis*. La intervención,

aparte de no jugar en todos los casos, tiene objetivos de gestión pero no de congelamiento de situaciones; el secuestro no opera siempre” (RIVAS, 2005: p. 207).

En tal sentido, salvada esa *residualidad*, no debe perderse de vista que la petición y posterior concesión de esta medida, obviamente en la hipótesis que se haya acreditado cada uno de sus presupuestos, debe constituir un acto *normal*, habida cuenta que la medida de no innovar atípica, es en rigor una medida *normal, ordinaria, común y corriente*, como cualquier otra medida, pues todo depende que “sea adecuada y razonable para la protección del derecho material discutido en el proceso principal”. En estos términos es que debe ser entendida esta *excepcionalidad*.

Tan cierto es ello, que es normal por ejemplo su concesión en un *proceso laboral* cuando se *pretenda* cambiar de puesto de trabajo a un trabajador y se ordene *provisionalmente* al empleador que se *abstenga* de cualquier conducta tendiente a ello; o en un *proceso constitucional* donde la pretensión de carácter *preventiva* se sustente en la *amenaza* de un derecho fundamental o se ordene al posible violador que se *abstenga* provisionalmente de realizar determinados actos; o en un *contencioso-administrativo* donde se postule la pretensión de cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo; o en uno *civil* donde la pretensión discutida en el proceso principal sea la nulidad del acto jurídico y se requiera ordenar al registrador que provisionalmente *inmovilice* la partida registral correspondiente a fin de *no inscribir* ningún acto jurídico.

Por lo demás, en lo referente a la facultad del juez, *ex* artículo 611 del CPC, para dictar esta medida aun cuando no haya sido peticionada *correctamente* por el solicitante, nos remitimos a lo comentado en el punto 2 del artículo 682 donde hemos sostenido la misma postura; posición que es compartida por la profesora Ledesma quien arguye que: “El juez debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 611 del CPC y dictar la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal” (LEDESMA, 2008: p. 349). Y en lo relacionado la dimensión constitucional, de toda tutela cautelar, por formar parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, hacemos remisión igualmente al punto 2 del artículo 682.

### 3. DIFERENCIA CON LA MEDIDA INNOVATIVA

Al comentar el artículo 682, en el punto 4, establecimos la diferencia que existe entre esta medida atípica y la también *atípica* medida *innovativa*, remitiéndonos por tanto a todo lo allí expresado.

Empero no está demás reafirmar la idea que no es el *nomen iuris* de la medida, ni la forma en que se la pide, ni menos si esta se traduce es una *conducta negativa* (debido a que esta también se puede conseguir con la *innovativa*), lo que hace que sea considerada como una de *no innovar*, sino que en rigor es su esencia, esto

es su naturaleza, la que le da esta fisonomía. Dicho de otro modo la idea fuerza que está detrás de la prohibición de innovar, es si apunta a “conservar la situación existente que ha dado origen al proceso”.

Para ello juega un papel importante, dijimos, “la situación existente que ha dado origen al proceso”. Esta es la que nos marca la pauta. Más bien agregamos que es la *naturaleza de la pretensión* la que también juega un rol preponderante para el dictado de medidas de este tipo, considerando que es en el ámbito de la *tutela preventiva*, esto es cuando la jurisdicción actúa *ex ante* a la violación del derecho, donde más se podrían presentar estas.

#### 4. PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN

Conforme se precisó al comentar el artículo 682, citando a la profesora ARIANO, los presupuestos para la concesión de esta medida son:

- Que exista la apariencia (*fumus*) de un derecho (o interés) que merezca tutela;
- Que exista un *periculum in mora* (ya sea de infructuosidad o de tarditividad);
- Que para cautelar ese derecho de ese *periculum* no exista una medida típica;
- Que, además, ese derecho que se pretende cautelar contra el *periculum in mora* –normal– esté amenazado de un peligro de daño que sea inminente e irreparable (ARIANO, 2014: p. 124).

Baste decir que los dos primeros, constituyen los presupuestos clásicos para la concesión de toda medida cautelar por lo que para su entendimiento nos remitimos a los comentarios del artículo 611, siendo más bien el *tercero* (residualidad o subsidiariedad) y el *cuarto* (irreparabilidad e inminencia), presupuestos *especiales* de esta medida, al igual que de la *innovativa atípica* del artículo 682.

A fin de no incurrir en redundancia o de reproducir argumentos de manera circular, en todo lo relacionado a lo que tenga que decirse respecto de estos últimos dos presupuestos, verbigracia *residualidad*, me remito a lo comentado en el punto 2 del artículo 682; y en lo referente a la *irreparabilidad* y sobre todo las hipótesis en que se presenta (tutela de derechos infungibles, sin contenido patrimonial y con contenido patrimonial pero sin función patrimonial) al igual que a la *inminencia* (categoría vinculada al tiempo o momento en que debe actuar esta medida cautelar, es decir si *ex ante* o *ex post* a la violación del derecho, sea para evitarlo,



corregirlo o impedir futuras lesiones) y su configuración, me remito a lo señalado en el punto 5 de mis comentarios efectuados al artículo 682.

## 5. ACTOS CONTRA LOS CUALES SE PUEDE DICTAR

Sino fuera porque algunas veces esta medida ha sido utilizada de manera maliciosa, buscando *suspender* la tramitación de un proceso o lo que es peor aún *suspender* la ejecución de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, este apartado no tendría razón de ser, debido a la obviedad de lo que plantea.

¿Y por qué decimos, que es obvio lo planteado? Porque es harto conocido que su concesión se pueda dar para suspender cualquier tipo de acto, sea *jurídico* o *administrativo*, menos para suspender actos *jurisdiccionales* (un proceso o una sentencia). Nos explicamos:

En primer lugar, los procesos jurisdiccionales en trámite, en línea de principio, no pueden suspenderse, salvo que medie suspensión, ora *judicial* (ex art. 320), ora *legal* (ex art. 320), ora *convencional* (ex art. 319).

Y en segundo lugar, la cosa juzgada y la potencialidad de su ejecución, igualmente no puede ser suspendida, so capa de incurrir en una vulneración de manera directa del derecho a la ejecución de resoluciones judiciales, el cual forma parte a su vez del derecho a la tutela jurisdiccional *efectiva*. Además porque el artículo 139.2 de la Constitución concordante con el artículo 4 de la LOPJ, prescribe que: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimiento en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución”.

La única posibilidad para enervar (destruir) una sentencia, no para suspender su eficacia –léase ejecución– vía medida cautelar de no innovar atípica como es esta, es que se cuestione que ella ha sido obtenida mediando *fraude procesal* a través de la pretensión de revisión civil por fraude procesal (nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada en el art. 178 del CPC) o por medio del *proceso de amparo contra resoluciones judiciales* en tanto y cuanto en este se haya vulnerado un derecho fundamental sea de carácter *procesal* o *material* (Esta posición, denominada *tesis permisiva fuerte* o *amplia*, fue instaurada a partir del Precedente recaído STC Exp. N° 3179-2004-PA/TC, conocido con el nombre de Apolonia Ccollca Ponce). Fuera de esas hipótesis, no cabe posibilidad jurídica alguna en nuestro ordenamiento, pretender enervar los efectos de una sentencia.

PEYRANO le encuentra sustento doctrinal a esta prohibición o imposibilidad de suspender la tramitación de un proceso o la ejecución de la sentencia,

*tanto* en el principio que veda sustraer las causas de los jueces competentes que están abocados a su conocimiento, *como* en el principio de prevención en materia cautelar, bajo el argumento que una vez que un órgano jurisdiccional ha comenzado a entender en determinada causa, no puede en principio, ningún otro juez interferir, ni siquiera de manera indirecta, en el desarrollo o desenlace de aquella, no siendo admisible que un juez mediante una medida de no innovar se atribuya jurisdicción para impedir el cumplimiento de una sentencia, so pretexto de mantener el *statu quo* postergando indefinidamente el cumplimiento de la sentencia a las resultas de otro juicio (PEYRANO, 1998: pp. 97-98; en el mismo sentido: LEDESMA, 2008: p. 348; RIVAS, 2005: p. 210).

## 6. CONCESIÓN TANTO DENTRO COMO FUERA DE PROCESO

Desde la vigencia del CPC hasta antes de la modificatoria operada por el Decreto Legislativo N° 1069 publicado el 26/08/2008, la regulación de esta medida era como sigue:

“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho *presentada al momento de la admisión de la demanda*, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

Esa redacción trajo consigo que de la frase “*puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho presentada al momento de la admisión de la demanda*”, se desprenda como lógica consecuencia, que esta medida no podía concederse *fuera de proceso* (ex arts. 608 y 636 del CPC). Un importante caso judicial en nuestro país acaecido al finalizar la década de los noventa, puso sobre el tapete esta prohibición, pues se habían petitionado varias medidas de no innovar fuera de proceso a consecuencia de futuros procesos de amparo a interponerse, siendo que los diferentes jueces que conocieron de aquellas medidas, emitieron resoluciones *disparés*, pues mientras que unos las concedían otros la denegaban.

Es más el propio profesor PEYRANO, quien evacuó un informe técnico sobre el particular, opinó que:

“En general –también en Argentina– al legislar sobre la medida de no innovar, los codificadores se han dividido en dos bandos: aquellos que aceptan la viabilidad de postular y despachar prohibiciones de innovar ‘preventivas’ (que en Perú se llaman ‘fuera del proceso’), es decir aún con anterioridad a la presentación de la demanda principal; y los que niegan tal posibilidad, exigiendo como recaudo innegociable para el dictado de un ‘no innovar’, que antes –o al menos concomitantemente– se haya presentado la demanda

principal correspondiente. Ahora bien: ¿cuál es la solución que ha escogido el codificador peruano al regular la prohibición de innovar en el artículo 687, que reza ‘ante la inminencia de un perjuicio irreparable puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional, por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley’. Desde una óptica meramente literal, aparece claro que en Perú no se acepta la prohibición de innovar ‘fuera de proceso’, a poco que se repare que con el uso de la locución ‘al momento de la presentación de la demanda’ se está exigiendo que toda medida de no innovar este acompañada o precedida por una demanda principal. A la misma conclusión, se llega cuando se formaliza una exégesis contextual del citado artículo 687 del CPC del Perú. En efecto, de la lectura de un artículo ubicado en las inmediateces, cual es el 682 –que decreta que ‘ante la inminencia de un perjuicio irreparable puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o sea el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley’–, se infiere que acepta la medida innovativa (esa contracara de la prohibición de innovar) ‘preventiva’. Sin embargo, en ocasión de disciplinar la prohibición de innovar (cinco artículos más adelante) el legislador no repite la fórmula utilizada en ocasión de definir la medida innovativa ni tampoco se remite al artículo 682, y, en cambio, echa mano a una forma expresiva que da claro sustento a la interpretación adversa a la viabilidad de proponer prohibiciones de innovar ‘fuera de proceso’. Finalmente creo que también contribuye a consolidar igual conclusión el hecho que uno de los principales autores intelectuales del Código Procesal Civil del Perú vigente –me refiero al distinguido profesor Juan Monroy Gálvez– sostenía (allá por 1987) la improcedencia de prohibición de innovar ‘preventiva’ (cfr. ‘Temas del Proceso Civil’ por Juan Monroy Gálvez, editorial Studium, Lima, 1987, p. 57). Me parece razonable pensar que sustentó igual postura cuando, poco tiempo después, tuvo injerencia muy principal en la redacción del Código Procesal del Perú actual. En definitiva: es improcedente tramitar y obtener en el marco de la legislación peruana una prohibición de innovar ‘preventiva’ o ‘fuera del proceso’” (PEYRANO, 1998: pp. 100-101).

La interpretación literal y restrictiva antes señalada, trajo consigo que esta medida atípica no irradié todos los efectos para los que estaba diseñada de acuerdo a su potencialidad. De allí que la modificatoria introducida por el referido Decreto Legislativo N° 1069, constituya un punto de *inflexión* en el tratamiento de esta figura, pues ahora se acepta de manera pacífica a partir de la frase “puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda”, que esta medida puede ser concedida tanto *fuera* como *dentro* de proceso (LEDESMA, 2008: p. 348).

## 7. LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR COMO REGLA DEL DERECHO

La litispendencia constituye un fenómeno complejo, que parte de la premisa de que:

“Durante el lapso temporal de duración del proceso, las circunstancias fácticas y jurídicas que existían en el momento en que el ciudadano ejercitó su acción, puede sufrir todo tipo de alteraciones y que si estas llegan a incidir en el juicio sin limitación alguna, se dificultaría al Tribunal en muchos casos enormemente, la tarea de dictar sentencia y a la postre la eficacia de la propia cosa juzgada” (MÁLAGA, 1999: p. 32).

Por eso es que mayoritariamente se entiende que la finalidad de esta institución: “Se resume a una *ficción* o un *mito* que responde al brocardo latino ‘*ut lite pendente, nihil innovetur*’, debido a que busca que las referidas circunstancias fácticas y jurídicas que existían en el momento inicial de la litispendencia, se mantengan a lo largo del juicio, o mejor, que los cambios que se produzcan en aquellas, no influyan en la situación inicial que sirve de punto de referencia al juicio y con ello conseguir dos finalidades: por un lado que esos cambios no dificulten la adopción de una resolución judicial y por el otro que la duración del pleito no perjudique a las partes; se persigue en suma que la sentencia se otorgue con la misma eficacia que si ello hubiera tenido lugar en el momento de la interposición de la demanda, ‘como si el tiempo se hubiera detenido en aquel momento’” (MÁLAGA, 1999: p. 32).

Ficción o mito, toda vez que en palabras de SERRA y RAMOS, resulta imposible pensar que la situación que ha dado origen al proceso, pese a transcurrir el tiempo, se pueda mantener impávida, móvil o fija, similar a la existente al momento mismo de la interposición de la demanda, habida cuenta que el proceso no es instantáneo (como si lo es la violación del derecho material que ha originado el proceso), sino que necesita necesariamente de tiempo para restablecer el derecho, resultando imposible que litispendencia pueda hacer que el *statuo quo* permanezca igual.

Ahora bien, independientemente de las diversas manifestaciones *ad intra* de la litispendencia como son: *perpetuatio iurisdictionis* (que el juez sea el mismo durante todo el proceso), *perpetuatio legitimationis* (que las partes sean las mismas durante todo el proceso), *perpetuatio obiectus* (que el objeto del juicio sea el mismo durante todo el proceso), *perpetuatio iuris* (que las normas jurídicas aplicables sean las mismas durante todo el proceso) y *perpetuatio valoris* (que el valor económico real del bien se mantenga durante todo el proceso (MÁLAGA, 1999: p. 204); debe tenerse en cuenta que el “impedimento de enajenación de la cosa litigiosa” que viene desde el derecho romano pasando por el derecho común, *también constituye una manifestación de la litispendencia*, el que a su vez contribuyó

a formular la *regla de derecho* aplicable al ámbito del proceso: “*ut lite nihil innovetur*”, esto es que durante la pendencia del litigio no debe innovarse, comprendiendo esta prohibición también al “estado de hecho” o “de derecho”: *stato quo ante bellum*.

Y es ahí justamente donde encuentra su esencia esta medida (de cuño romano, canónico e hispánico), es decir en consagrar una regla, principio, apotegma, como quiera llamársele, que tenga por propósito establecer una prohibición para las partes, no solo como se decía en el antiguo derecho romano consistente en que se “encuentra vedado enajenar la cosa litigiosa”, sino que vaya más lejos aún, en el sentido que “está prohibido también que durante la pendencia del proceso se innove”, se altere, cambie o modifique, no solo el objeto litigioso, sino la “situación de hecho” y “de derecho” existente antes de iniciado el mismo.

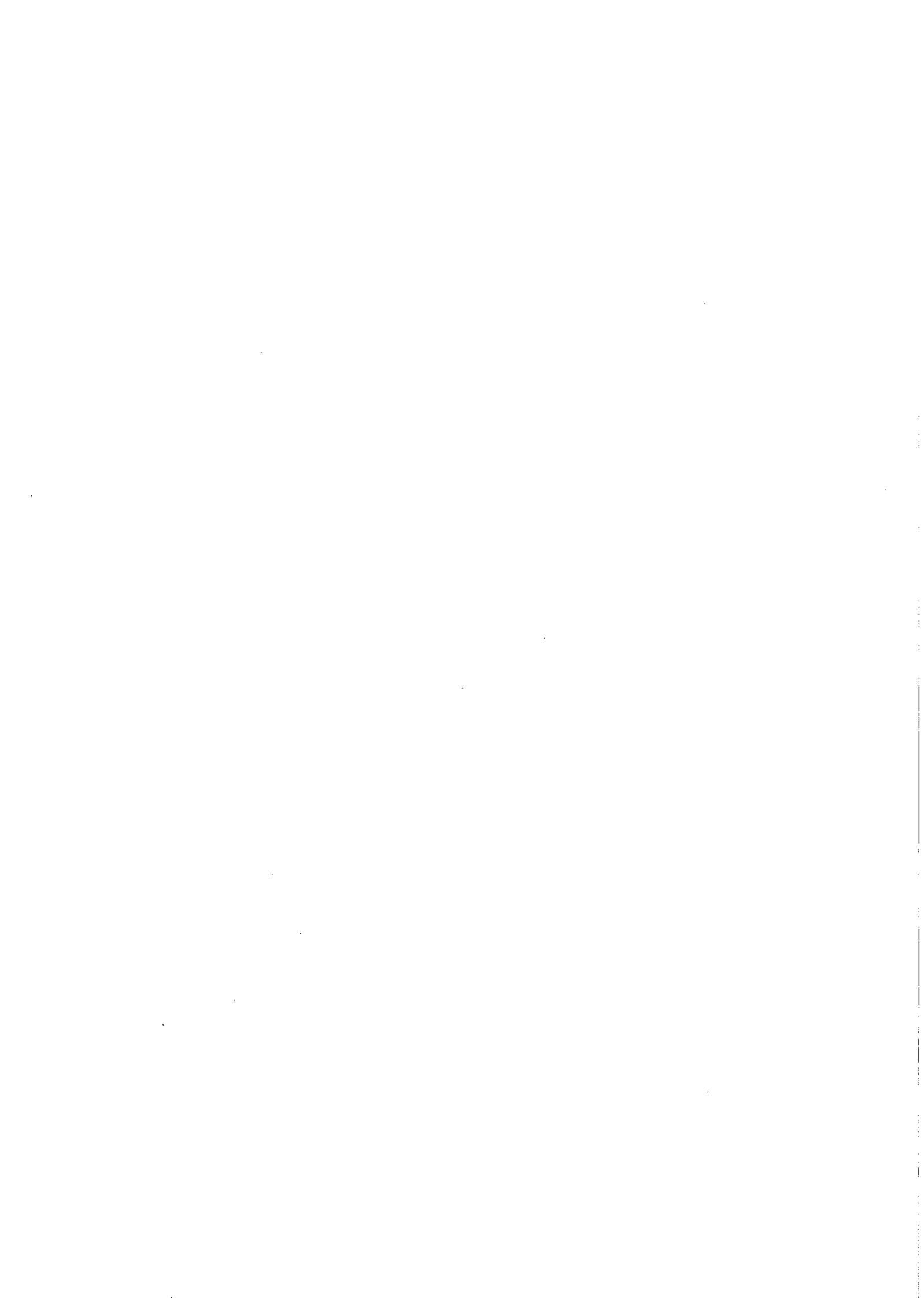
Finalmente, esta medida encuentra fundamento en dos principios: i) el de igualdad de partes a fin de instituir un equilibrio entre ellas, y ii) el de actuar con buena fe, poniendo énfasis sobre todo en el demandado (REIMUNDIN, 1979: pp. 57-59), a fin de que este no altere ninguno de los elementos del proceso y de este modo termine perjudicando la justa resolución de la *litis* y hasta la eficacia de la cosa juzgada.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2014): *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica; CARNELUTTI, Francisco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil. Introducción y función del proceso civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo; Santiago Sentís Melendo, tomo I, 1ª ed. Buenos Aires: Uteha; KIELMANOVICH, Jorge (2000): *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; LEDESMA, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 1ª ed., Lima: Gaceta Jurídica; MÁLAGA, Francisco (1999): *La litispendencia*. Barcelona: Bosch; PEYRANO, Jorge W. (1998): “Informe sobre el caso Lucchetti”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 9; REIMUNDIN, Ricardo (1979): *Prohibición de innovar como medida cautelar*. Buenos Aires: Astrea; RIVAS, Adolfo (2005): *Las medidas cautelares en el Derecho peruano*, 1ª ed. Lima: Jurista.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): *Medidas cautelares*, 2ª ed. Buenos Aires: Astrea; PEYRANO, Jorge W. (2005): “Sobre los usos equivocados de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”. En: *Libro de ponencias del III Congreso de Derecho Procesal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.



# TÍTULO V

## PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN<sup>(\*)</sup>

### CAPÍTULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

#### Artículo 688

#### Títulos ejecutivos

*Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:*

- 1. Las resoluciones judiciales firmes;*
- 2. Los laudos arbitrales firmes;*
- 3. Las actas de conciliación de acuerdo a ley;*
- 4. Los títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;*
- 5. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia;*
- 6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;*
- 7. La copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;*
- 8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial;*
- 9. El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual;*
- 10. El testimonio de escritura pública;*
- 11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo. (\*\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art. 34; L.A. arts. 67, 68, 77; L.G.S. arts. 326, 327; C.P.D.C. arts. 115.6, 144.*

(\*) Denominación del Título V según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

(\*\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

---

## *Sergio Natalino Casassa Casanova*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

El acreedor ante el incumplimiento de su deudor podrá ejercer la “acción ejecutiva”, que no es otra cosa que el derecho que tiene el acreedor de provocar el ejercicio de la jurisdicción en la forma de la ejecución forzada, poniendo las manos (los órganos jurisdiccionales) sobre el patrimonio del deudor para que con su realización se satisfaga el derecho del acreedor.

Se suele opinar comúnmente que “el desarrollo de la acción ejecutiva se procede cuando ya se ha ejercitado la acción de declaración y la de condena, y cuando, a pesar de que el derecho sea ya cierto y se haya dictado la orden al obligado para que cumpla la prestación que le corresponde, este no se someta al imperio del derecho de modo espontáneo, por lo que el mismo derecho siga violado todavía” (Rocco, 1999: p. 220). Sin embargo, hay que precisar que no siempre se pasa a la acción ejecutiva y al proceso ejecutivo después de haber atravesado un proceso de cognición previo, porque muchas veces la acción se ejercita independientemente de una acción anterior de declaración y de condena, sino que esta se podrá dar inicio con base en una declaración de otra naturaleza, esto es, de una declaración contractual, o de cualquier otro acto al que se le atribuya efectos ejecutivos y, por lo tanto, la posibilidad de proceder en la vía ejecutiva.

Es por ello que el presupuesto para el ejercicio de la acción ejecutiva, lo conocemos como el *título ejecutivo*, el cual da pie al conocido aforismo: *nulla executio sine titulo*, el cual equivale a decir que no puede procederse a la realización coactiva del derecho mediante la acción ejecutiva, si no existe un título ejecutivo.

Es precisamente por ello que bajo el impulso de esta “acción ejecutiva”, inspirada y justificada en un título ejecutivo, el órgano jurisdiccional podrá agredir el patrimonio del deudor y proveerá con dichos bienes, a la satisfacción del derecho del acreedor. Por ello LIEBMAN, en este mismo sentido comenta:

“A la acción ejecutiva el acreedor corresponde, desde el punto de vista pasivo, la responsabilidad ejecutiva del deudor, que es el estado de sucesión a la actuación de la sanción, esto es a la actividad de los órganos jurisdiccionales, los cuales pueden tomar sus bienes para satisfacer al acreedor, sin que el deudor pueda impedirlo” (LIEBMAN, 1980: pp. 154-155).

### 2. TÍTULO EJECUTIVO

CARNELUTTI —refiriéndose al proceso ejecutivo— incide en que la primera exigencia a este fin es que el juez conozca lo que debe ser, sin embargo esta



investigación no le corresponde a él (entiéndase: al juez) ya que este sería el cometido del proceso de cognición; por ello este tendrá necesidad, no de buscar, sino de encontrar ya preparado un resultado, que constituya para él, un punto firme el punto de partida de su actividad (CARNELUTTI, 1997: p. 193). Qué duda cabe, y coincidiendo con la idea de LIEBMAN, la ejecución forzada provoca consecuencias muy graves sobre el patrimonio del deudor, por ello la ley debe preocuparse de impedir toda forma de abuso, de modo que la ejecución pueda hacerse solo en beneficio de derechos efectivamente existentes (LIEBMAN, 1980: p. 155).

Es por ello que en la ejecución debe haber algo que represente al juez lo que debía ser y no ha sido, de modo que él sepa desde el comienzo lo que debe hacer: Este algo toma el nombre de *título ejecutivo*. Por eso nuestro proceso de ejecución se ha consolidado sobre el viejo brocado *nulla executio sine titulo*, es decir no hay ejecución sin título, induciéndonos a considerar –en palabras de ANDOLINA– que “el título representa un requisito efectivo e incondicionalmente necesario para la realización coactiva del derecho de crédito” (ANDOLINA, 2008: p. 88).

En la doctrina italiana la noción de título ejecutivo originó una encandecida polémica, nos referimos a la que sostuvieron CARNELUTTI y LIEBMAN en donde el primero sostenía que el título era el documento, mientras que el segundo refería al título como el acto constitutivo. ARIANO explica esta discusión así:

“CARNELUTTI sostenía que el título era el documento y no la sentencia o el negocio, que en él se representa y por ello consideraba que el título ejecutivo no era sino la prueba legal del crédito. Por su parte LIEBMAN sostenía que el título no era ni documento ni prueba legal, sino el acto jurídico que tiene por efecto típicamente constitutivo de determinar y rendir concreta y actual la sanción ejecutiva y de dar vida, por lo tanto, a la acción ejecutiva y a la sujeción o responsabilidad ejecutiva. La añosa polémica que agitó y dividió a la doctrina procesalista italiana durante casi medio siglo entre ‘documentalistas’ y ‘actistas’, en buena medida concluyó cuando ambas partes se vieron precisadas a admitir las buenas razones de ambas posiciones contrastantes, así CARNELUTTI se vio precisado a admitir que cuando el título es definido como documento, es claro que su eficacia no solo de algo que representa, sino de lo que está representado, mientras que LIEBMAN no pudo dejar de admitir que se llaman títulos ejecutivos los documentos que acreditan la existencia de los actos y en tal sentido el título ejecutivo está constituido por requisitos sustanciales y requisitos formales” (ARIANO, 1996: p. 183).

Hecho todo este recuento, debemos precisar que la doctrina contemporánea ha mantenido esta posición, en el sentido que acto y documento son elementos integrantes del título.

Este título ejecutivo necesariamente deberá tener una plasmación documental, la cual se justifica porque, con esa técnica, el órgano jurisdiccional puede,

simplemente comparando el documento con la descripción legal, verificar que se halla ante un título ejecutivo y ordenar que se inicie la actividad ejecutiva, sin necesidad de realizar una actividad de instrucción –alegaciones y prueba– para comprobar si ocurre el supuesto de hecho legal al que se vincula la eficacia ejecutiva (ORTELLÉS, 2002: p. 731).

Ahora bien, salta una gran pregunta a estas alturas, y es ¿qué hace que un documento tenga mérito ejecutivo? DE LA OLIVA SANTOS refiere que:

“Lo que convierte un documento en título ejecutivo es una disposición expresa de la ley, que puede estar fundamentada en muy diversas razones. Sin embargo, la ley no puede crear un título ejecutivo sobre cualquier base, sino sobre la base de un documento susceptible de desempeñar las funciones siguientes: i) fundamentar, directa o indirectamente la actuación de sanciones (consecuencias de la infracción de deberes) ii) determinar la legitimación activa y pasiva, esto es, indicar quién puede pretender la tutela jurisdiccional ejecutiva y frente a quien; iii) delimitar el contenido, sentido, medida o alcance de los actos jurisdiccionales ejecutivos” (DE LA OLIVA, 2002: p. 35).

En consecuencia, no busquemos una razón lógica jurídica sobre el porqué el legislador ha considerado que unos documentos son títulos ejecutivo y otros no, pues la razón no la encontraremos en la lógica sino en la decisión política.

### **3. POSICIÓN ASUMIDA POR NUESTRO CPC REFERENTE AL TÍTULO EJECUTIVO**

Nuestro CPC ratifica la necesidad de contar con un título para dar inicio al proceso de ejecución, cuando en el artículo bajo comentario enfatiza que “solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extra judicial, según sea el caso (...)”. Sin embargo, es interesante recordar que en el Código de Procedimientos Civiles se generó –al igual que en el antiguo derecho “barbárico germánico” como sucede también en Suiza– una excepción a esta regla.

En efecto, tanto en su texto original como en sus posteriores modificaciones se establecía que “la acción ejecutiva compete al acreedor que presenta título que apareja ejecución, o a quien se le conceda especialmente la ley”. Este era el caso específico de la acción ejecutiva de pago de arrendamientos de bienes inmuebles, quien independientemente de la forma en que se hubiera celebrado la “locación” bastaba para el inicio de la acción que el demandante afirmara que el arrendatario ocupaba el bien. Pese a que dicha fórmula legal desapareció y será necesario exigir para el inicio de la acción ejecutiva un título ejecutivo, en nuestro actual sistema existen alguna “antinomias” como por ejemplo en los casos de pago de las primas impagas (segundo párrafo del artículo 330 de la Ley Nº 26702, Ley

General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros) y con el pago de los dividendos pasivos en las sociedades anónimas a que hace referencia el artículo 80 de la LGS, en donde en ambos casos no se indica cuál será el título ejecutivo sino que solo se concede tutela ejecutiva para el cobro de dichas obligaciones.

#### 4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EN EL PERÚ

Si hacemos una breve reseña histórica (nacional) recordaremos que en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, en su artículo 1129, consideraba documentos que aparejaban ejecución:

- “1. La confesión del deudor prestada judicialmente por cantidad líquida, la confesión ficta.
2. El juramento decisorio sobre cantidad líquida;
3. Los instrumentos públicos que contengan obligación cierta de deuda, otorgada por persona capaz;
4. Los testamentos o codicilos en que el testador confiesa deber;
5. Los legados consistentes en dinero;
6. El saldo de cuentas aprobadas judicialmente;
7. El saldo de cuentas aprobadas extrajudicialmente; y los vales, pagarés y demás instrumentos que contengan obligación de deber, cuando estén reconocidos judicialmente por la parte, o declarados reconocidos conforme a este Código”.

La ejecución de sentencia se encontraba regulada en el artículo 1197, bajo el nombre de juicios coactivos de apremio y pago, y en donde se encontraban como títulos a las sentencias –entiéndase condenatorias– y los laudos arbitrales.

Luego, con la entrada en vigencia del Código de Procedimientos de 1912 se consideraron como títulos que aparejaban ejecución:

- “1. La confesión judicial, la que podía ser expresa o ficta.
2. Los instrumentos públicos.
3. Los instrumentos privados cuando estén judicialmente reconocidos o mandados tener por reconocidos.
4. Las letras de cambio, pagarés y valores a la orden y los cheques debidamente protestados con arreglo a la ley o con la constancia de su rechazo, hecho por el banco girado de conformidad con la ley de la materia.
5. Los títulos al portador o nominativos emitidos por bancos Sociedades Anónimas o entidades autorizadas que representen obligaciones vencidas,

cupones vencidos de dichos títulos, contra la institución o compañía emisora, si se protestan por falta de pago.

6. Los conocimientos de embarque, contra el capitán o el representante legal de la nave o aeronave, y contra los endosantes, si están extendidos a la orden, para la entrega de las mercancías o su valor, y contra el consignatario o destinatario, para el pago de los fletes, previo el respectivo protesto.
7. Las cartas de porte, si son protestadas.
8. Las pólizas de seguro de vida, vigentes, por causa de fallecimiento del asegurado, acompañadas de la partida de defunción.
9. La copia certificada notarial del acta de la Junta de Propietarios de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, en la que consten los gastos de mantenimiento y conservación acordados, con indicación de las porciones que corresponden a cada uno de los propietarios acompañada de los recibos impagos y de la constancia del requerimiento notarial al obligado para dicho pago.
10. Cualquier otro título al que la ley le da fuerza ejecutiva”.

La ejecución de sentencia se regulaba en los artículos 1145 al 1154. Un tema para resaltar es el referido en el entonces artículo 1154, ya que el mismo impedía al ejecutado a entorpecer la ejecución con recurso alguno.

Nuestro CPC (en su versión primigenia) clasificaba los títulos en: i) ejecutivos y ii) de ejecución.

Posteriormente y a raíz de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1069, se modificó el artículo 688 del CPC, de la forma a como se describe en el inicio del presente comentario. Fue así que ante esta modificación, se incorporó –explícitamente– la clasificación de los títulos en *títulos ejecutivos de naturaleza judicial* y *títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial*. Dicha clasificación clásica parte de si el título se ha obtenido tras una cognición más o menos amplia o no.

## **5. CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE**

### **5.1. Los títulos ejecutivos de naturaleza judicial**

Para DE LA OLIVA SANTOS resulta razonable que la ejecución forzosa se plantee, en primer lugar, respecto de las sentencias o resoluciones judiciales parejas, susceptibles de ser ejecutadas (2002: p. 38). Independientemente de ello, hay que detallar que no solo se trata de resoluciones judiciales firmes aquellas que se constituirán como títulos ejecutivos de naturaleza judicial, sino aquellos actos que han sido equiparados a ellas.

Entre las que el CPC ha enumerado tenemos:

a) *Las resoluciones judiciales firmes* (inc. 1 del art. 688 del CPC): Podemos entender que en este rubro se ubican:

a.1) *Las sentencias de condenas firmes*: el título ejecutivo por excelencia. Y se precisa que deben ser sentencias de condena por cuanto las sentencias absolutorias, o meramente declarativas o constitutivas no son susceptibles de ejecución. Un comentario a realizar en este punto es que algunos tratadistas hacen referencia a la denominada “ejecución impropia” aludiendo a las posibles medidas dirigidas al pleno despliegue de los efectos establecidos o derivados de ciertas sentencias o a satisfacer el interés legítimo que reconocen, pero sin necesidad de que la jurisdicción ejerza su poder coactivo o coercitivo ni penetre en el patrimonio de ningún sujeto jurídico prescindiendo de su voluntad y, desde luego, sin necesidad de que comience un verdadero proceso. Ejemplo de ello sería las inscripciones, anotaciones y rectificaciones de inscripciones o de asientos registrales que se obtienen en las sentencias constitutivas (como en los casos de incapacidad, de reintegración de la capacidad) o incluso en las meramente declarativas (como en los casos de dominio de un inmueble).

a.2) *Los autos que fijan el cumplimiento de una prestación u obligación*: en este rubro tenemos aquellas resoluciones en donde se impongan multas, costas, condenas en perjuicio a los litigantes como por ejemplo: i) el auto que declara concluido el proceso por conciliación; ii) el auto que aprueba la transacción judicial; iii) el auto que pone fin al proceso en cuanto a las costas.

En el supuesto de los autos, puede haber casos en donde las resoluciones pese a ser apeladas y podrían llevarse a ejecución en la medida en que los recursos utilizados sean concedidos sin efecto suspensivo. Por ello, la ejecución se realizaría y su resultado quedaría sujeto a la condición resolutoria de que la apelación concedida resulte finalmente improcedente.

b) *Los laudos arbitrales “firmes”* (inc. 2 del art. 688 del CPC):

El arbitraje –como todos sabemos– viene a constituir un modelo heterocompositivo para la solución de uno o varios conflictos de intereses, respecto de controversias sobre materias de libre disposición. Es precisamente el laudo arbitral, el cual ha sido equiparado a una sentencia firme, la pieza procesal que contiene la decisión definitiva y por ello la que tendrá que hacerse cumplir –cuando nos referimos a un laudo que contenga una pretensión de condena– tanto en el mismo proceso arbitral o en su defecto en sede judicial, conforme lo establece el artículo 67 de la Ley de Arbitraje.

El laudo arbitral ha sido revestido de eficacia ejecutiva, tanto por lo dispuesto por el artículo bajo comentario, como por lo dispuesto por los artículos 58, 67 y 68 de la Ley de Arbitraje. En este punto es importante diferenciar dos conceptos, que por lo regular se pretenden consolidar pero no siempre se opta por ello, y son eficacia ejecutiva y eficacia declarativa, ya que no necesariamente concurren los mismos presupuestos en ambos casos. La eficacia ejecutiva –como ya hemos precisado anteriormente– radica en la ley. La condición de título ejecutivo se le confiere al laudo en tanto cumpla con todos los requisitos formales y de fondo establecidos en la ley arbitral, mas no necesariamente porque este laudo goce de “definitividad” y consecuentemente se le atribuya la calidad de cosa juzgada. Es precisamente la atribución de cosa juzgada lo que determina su eficacia declarativa, y que el laudo goza en mérito a lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley de Arbitraje. Vale citar en este caso el ejemplo alemán, en donde se afirma que el laudo aún no declarado ejecutivo mediante el correspondiente procedimiento homologatorio (*vollstreckbarkeitserklärung*) genera la autoridad de la cosa juzgada e incluso sirve de título registral, pero la ejecutoriedad solo se le confiere mediante la correspondiente resolución judicial, con lo cual cabe por lo tanto un laudo dotado de la autoridad de la cosa juzgada pero carente de fuerza ejecutiva.

En nuestro caso, se ha consolidado ambos conceptos, ya que tratándose de laudos que contengan pretensión condenatoria, tendrá al mismo tiempo eficacia declarativa, por habérsele otorgado la calidad de cosa juzgada como eficacia ejecutiva, determinada por la ley, debiendo dejar en claro, que a raíz de las modificaciones incorporadas en el Decreto Legislativo N° 1071, la interposición del recurso de anulación, no suspende la ejecución del laudo.

Por último, debemos enfatizar que si bien es cierto el CPC exige que el laudo se encuentre “firme” para su consecuente ejecución, la norma especial –la Ley de Arbitraje– no exige dicha cualidad, motivo por el cual primará lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y consecuentemente no se exigirá que el laudo se encuentre “firme”.

## 5.2. Los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial

Para LIEBMAN: “La categoría de los títulos ejecutivos está formada sobre la base de una valoración de la ley en torno a su idoneidad para proporcionar una adecuada garantía de la existencia del crédito”. Luego continúa el autor citado manifestando:

“La ejecución se ha formado, pues, por la ley como un procedimiento cerrado y perfecto en sí, del cual queda excluida toda indagación de fondo, que camina inexorablemente por su vía, como si no existiese incertidumbre alguna sobre la legitimidad; y, al mismo tiempo, queda a salvo la posibilidad de que desde el exterior (esto es con un especial y autónomo proceso de cognición que lleva

el nombre de oposición) sobrevenga la orden de detenerse y, eventualmente, de restablecer el estado anterior de las cosas. El modo más simple para alcanzar este resultado consistiría en establecer que la ejecución se pudiera pedir solamente sobre la base de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la ejecución resultaría fundada así sobre la plena constatación de la existencia del derecho y la hipótesis de que, no obstante esto, pudiera resultar injustificada quedaría reducida al caso marginal de una extinción del derecho posterior a la formación de la cosa juzgada. Pero ocurre que la ley ha debido tener en cuenta otra exigencia; esto es, la de hacer más rápida la tutela de los derechos del acreedor, y le ha atribuido por eso la posibilidad de pedir la ejecución también en muchos otros casos en los que no hay una verdadera declaración de certeza del derecho, si bien de este modo resulte aumentado el riesgo de emprender una ejecución injustificada” (LIEBMAN: pp. 156-157).

Inclusive y —como bien hemos adelantado— el proceso de ejecución es susceptible de agotar autónomamente el cometido de la función jurisdiccional, o sea que, en ciertos casos, es posible llevar a cabo la ejecución forzada sin que ella haya sido precedida por un proceso de conocimiento. Tal es el supuesto de los denominados títulos ejecutivos extrajudiciales, a los que la ley, en razón de tratarse de documentos que contienen una autodeclaración de certeza del derecho proveniente del deudor, o de la administración pública, asigna efectos equivalentes a los de una sentencia condenatoria.

Entre los títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial que han sido considerados por nuestro CPC tenemos:

- i) *Las actas de conciliación de acuerdo a ley* (inc. 3 del art. 688 del CPC).

El texto original del CPC no contemplaba a las actas de conciliación en general (ni como títulos ejecución, y mucho menos como títulos ejecutivos; simplemente contenía el entonces inciso tercero que especificaba que serán títulos de ejecución los que la ley señale). Fue así que con fecha 13 de noviembre de 1997 se expidió la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, la cual entró en vigencia a los sesenta días de su publicación, en la cual le otorgó la calidad de título de ejecución al acuerdo conciliatorio contenido en el acta.

Por otro lado, con fecha 14 de abril de 2005, la Ley N° 28494 modificó el entonces artículo 713 —el cual como sabemos contenía la enumeración de los títulos de ejecución— del CPC, incorporando como título de ejecución a las actas de conciliación fiscal, en el entendido que el mismo se refiere a la conciliación fiscal en asuntos de derecho de familia.

Con las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1069 al CPC, sistemáticamente se ubicó a las actas de conciliación en el artículo 688 del CPC —artículo que consolida la enumeración de títulos ejecutivos, tanto de naturaleza

judicial como extrajudicial— con el siguiente texto: “3. Las actas de conciliación de acuerdo a ley (...)”. Por ello el acta de conciliación al ser un documento que contiene la manifestación de voluntad de las partes y haber perdido esa calificación “expresa” que tenía en el texto del CPC antes de su modificación (título de ejecución, aparejada dentro del rubro de ejecución de resoluciones judiciales firmes) hace que hoy en día la consideremos como un título de naturaleza extrajudicial, la cual será ejecutada (y lo es el día de hoy) como tal.

Por último, es bueno mencionar que el contenido de la misma se encuentra condicionado —bajo sanción de nulidad— a la formalidad que prevé el artículo 16 de la Ley N° 26872, modificada por el Decreto Legislativo N° 1070.

- ii) *Los títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia (inc. 4 del art. 688 del CPC).*

Como hemos podido apreciar anteriormente, respetuosos de nuestra tradición, seguimos considerando a los títulos valores como títulos ejecutivos, a diferencia de otras legislaciones como la española la cual les ha restado mérito ejecutivo y los ha derivado a un proceso cambiario. En efecto, el artículo 18 de la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287) establece específicamente: “Mérito ejecutivo y ejercicio de las acciones cambiarias: 18.1) Los títulos valores tienen mérito ejecutivo, si reúnen los requisitos formales exigidos por la presente ley, según su clase. 18.2) El tenedor podrá ejercitar las acciones derivadas del título valor en proceso distinto al ejecutivo, observando la ley procesal. 18.3) El mérito ejecutivo respecto a los valores con representación por anotación en cuenta, recae en la constancia de inscripción y titularidad que expida la respectiva institución de compensación y liquidación de valores, conforme a la ley de la materia”.

Con lo cual todo título valor reconocido como tal tendrá mérito ejecutivo y sus requisitos formales serán los establecidos en la propia Ley de Títulos Valores, o eventualmente, en su ley de creación.

- iii) *La constancia de inscripción y titularidad expedida por la institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia (inc. 5 del art. 688 del CPC).*

El comercio ha avanzado —como es evidente— en el transcurso del tiempo, y la práctica bursátil de anotaciones en cuenta ha tenido que ser consideradas para incorporar dichos actos al compendio de títulos ejecutivos, respetando que dicho título debe estar compuesto por un documento.



En efecto, cuando entró en vigencia nuestro actual CPC, estos instrumentos no estaban contemplados en su redacción original, sino que fue la Primera Disposición Modificatoria de la Ley N° 27287 - Ley de Títulos Valores, publicada en *El Peruano* 19 de junio de 2000 la que incorporó este inciso al entonces artículo 693 del CPC, confiriéndole mérito ejecutivo a las constancias de inscripción y titularidad expedida por la institución de Compensación y Liquidación de Valores (CAVALI ICLV).

Al respecto, LEDESMA nos explica:

“Estas anotaciones en cuenta son una vieja práctica bancaria que consiste en inmovilizar los títulos con soporte de papel, físicamente. Las transferencias se hacen con la simple anotación en un libro de Registros de Depósitos del Banco. No hay manipulación material de los títulos. Para prever la transferencia entre banco y banco, se reguló la centralización de los depósitos en bancos colectores (depósito en segundo grado) Aquí los bancos perdían la posesión mediata de la cartera de depósitos y pasaban a los bancos colectores. Hoy esa función es realizada por la institución de Compensación Liquidación en Valores, CAVALI, que es una sociedad anónima que tiene por objeto exclusiva el registro, custodia, compensación, liquidación y transferencia de valores” (LEDESMA, 2008: p. 365).

Continúa LEDESMA, citando a MENDOZA LUNA, quien señala que “esta anotación en cuenta es previa a la desmaterialización, la cual involucra la supresión total de todo certificado (título físico) y no involucra su inmovilización sino su reemplazo por un documento electrónico” (LEDESMA, 2008: p. 365).

En ese orden de ideas, se tendrá que materializar lo desmaterializado para poder ejercer la acción ejecutiva a través de un título, el cual no será otro –en este caso– que la constancia de inscripción y titularidad, la cual será expedida por la institución de Compensación y Liquidación de Valores, para estos casos.

*iv) La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido y la o copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta (incs. 6 y 7 art. 688 del CPC).*

Recordemos que el hoy inciso 6 no tuvo siempre la misma redacción. En efecto, cuando salió publicado el proyecto e inclusive cuando entró en vigencia el CPC, el supuesto tenía la siguiente redacción: “Art. 693 (...) 3.- copia certificada de la prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido”. No fue sino hasta el 27 de diciembre de 1998, mediante el artículo 2 de la Ley N° 27027, que dicho artículo fue modificado con el tenor que hoy conocemos.

El CPC le atribuye la calidad de títulos ejecutivos tanto al reconocimiento y absolución de posiciones que provengan de una prueba anticipada. En estos casos

el título ejecutivo debería estar conformado por el expediente –tanto del reconocimiento como el de la absolución de posiciones–; sin embargo y conforme se aprecia del inciso 7 del artículo 688, el título ejecutivo, erróneamente se refiere a la copia certificada que contiene una absolución de posiciones.

Para LEDESMA, la prueba anticipada es un procedimiento orientado a facilitar la vida del proceso principal, agrupándose en dos categorías, la diligencia preparatorias y las diligencias conservatorias de prueba, en atención a la finalidad que se persigue (LEDESMA, 2008: p. 366).

Según PALACIO las diligencias preparatorias tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y precisión de sus alegaciones, permitiéndoles el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores. En cambio, la diligencia conservatoria de prueba o prueba anticipada, tiene por objeto la producción anticipada de ciertas medidas probatorias frente al riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo durante el periodo procesal correspondiente (PALACIO, 1984: p. 11).

Nuestro CPC acogió ambas figuras: en calidad de prueba anticipada –naturaleza cautelar de la prueba– tenemos a la inspección judicial, los testigos y la pericia; por otro lado, serán diligencias preparatorias –las cuales tienen por finalidad la conformación de un título ejecutivo– la declaración de parte y el reconocimiento. Esta sutil distinción debe aclararnos que los requisitos exigidos en el artículo 284 del CPC, no deberán ser exigidos a las “diligencias preparatorias” sino únicamente a las (propiamente) “pruebas anticipadas”.

- v) *El documento privado que contenga transacción extrajudicial* (inc. 8 del art. 688 del CPC).

Cuando se publicó el proyecto del CPC, este supuesto venía recogido así: “Documento privado con firma legalizada que contenga transacción extrajudicial”. Sin embargo cuando se publicó el texto del CPC dicho supuesto fue modificado quedando con el mismo tenor que hoy conocemos.

Y es que a decir del artículo 1302 del CC, por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Por ello el propio CC, en su artículo 1312, le confiere mérito ejecutivo a la transacción extrajudicial, y en virtud de ello el CPC recoge que el documento privado que contenga dicha transacción, entendiéndose extrajudicial, se le confiere mérito ejecutivo. No se trata que dicha transacción requiera intervención notarial, ya que la norma requiere que dicho acto se encuentre contenido solo en un documento privado,

con lo cual queda claro que tendrá mérito ejecutivo aquel documento privado que contenga una transacción extrajudicial.

vi) *El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual* (inc. 9 del art. 688 del CPC).

Este original documento fue incorporado en nuestra legislación como título ejecutivo en virtud del artículo 11 del Decreto Ley N° 20236 el cual a la letra establecía: “la acción de pago de arrendamiento de bienes inmuebles es ejecuta, sea cual fuere la forma en que se hubiere celebrado la locación, si el demandante afirma que el arrendatario ocupa actualmente el bien”.

Una vez incorporado a nuestra legislación como título ejecutivo, este constituyó en su momento –como ya hemos descrito– una excepción al principio *nulla executio sine titulo*, por cuanto constituía título ejecutivo el recibo impago y la sola afirmación por parte del ejecutante que el arrendatario –llámese ejecutado– venía ocupando el bien permitían, dando así inicio al proceso ejecutivo.

Cuando se publicó el proyecto del CPC en 1992, originalmente en su artículo 693 no fue incluido, sino que fue incorporado a raíz del Decreto Ley N° 25940 con el siguiente texto: “Instrumento impago de renta de arrendamiento, siempre que el arrendatario se encuentre en uso del bien” Posteriormente dicho artículo fue modificado con fecha 16 de diciembre del 2003 por la Ley N° 28135 y en donde el texto del mismo quedó como sigue: “El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual”.

vii) *El testimonio de escritura pública* (inc. 9 del art. 688 del CPC).

La escritura pública es un título ejecutivo en tanto que el acto contenido en él contenga una obligación cierta, expresa y exigible. La Ley le confiere mérito ejecutivo atendiendo aquella presunción de certeza que los documentos escriturados contienen en mérito a la intervención notarial. Ratificando lo antes expuesto, veamos que el artículo 83 del Decreto Legislativo N° 1049 establece que: “El testimonio contiene la trascripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y foja donde corre, la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que lo expide”.

viii) *Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo* (inc. 10 del art. 688 del CPC).

En estos casos tenemos un sinnúmero de títulos ejecutivos dispersos en nuestro ordenamiento jurídico, enumeraremos algunos:

- El extremo de la resolución final que ordena el cumplimiento de una medida correctiva reparadora a favor del consumidor, una vez que quedan consentidas o causan estado en la vía administrativa. La legitimidad para obrar en estos casos corresponderá a los consumidores beneficiados con la medida correctiva reparadora (art. 115.6 del Código de Protección y Defensa al Consumidor).
- Las liquidaciones de saldos deudores de las entidades del sistema financiero (art. 132 inc. 7 de la Ley N° 26702).
- Letra de cambio a la vista (art. 228 de la Ley N° 26702).
- Las liquidaciones para cobranza (art. 37 de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, TUO de la Ley, D.S. N° 094-97-EF, modificado por Ley N° 28470).
- Obligaciones adeudadas a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (Ley N° 27301).
- Instrumentos impagos por la cobranza de las cuotas ordinarias y/o extraordinarias de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común (Ley N° 27157 del art. 50).
- Los recibos por servicios de agua potable y saneamiento (D. Leg. N° 908, art. 23 Ley General de Servicios de Saneamiento).
- La escritura pública del contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) (D. Leg. N° 219, art. 10).
- Actas de juntas de acreedores, debidamente certificadas, “respecto de la ejecución de acuerdos relacionados al nombramiento y asunción de funciones de administradores y/o liquidadores (Ley General del Sistema Concursal, art. 55.3).

Como se puede advertir, existe toda una gama de títulos, entre los que tenemos aquellos que constituyen documentos públicos, privados, los que son emitidos por el deudor, o los que provienen del acreedor y en algunos casos por parte de terceros. La pretendida unificación sistemática de los títulos no impide que se consoliden en un mismo artículo independientemente de mantener su diversa naturaleza (judicial y extrajudicial), por lo que la unificación deberá entenderse por su común denominador y es que son títulos ejecutivos porque la ley así lo dispuso.

Hecha toda esta descripción de los diversos títulos ejecutivos –atendiendo a su naturaleza– no podemos culminar el desarrollo del tema sin dejar de precisar que el título no necesariamente se compone por un solo documento. En efecto,

como ya hemos podido ver en los párrafos precedentes, hay títulos ejecutivos que requieren de la concertación de más de un documento para que aparezca ejecución, como por ejemplo la letra girada a la vista por cierre de cuenta, en donde se requiere no solo de la letra sino de la carta previa emitida a efectos de determinar el cómputo de su plazo, o en los casos ya comentados del documento impago de renta por arrendamiento y el documento que contiene el contrato de arrendamiento. En estos casos, sostiene PARRA QUIJANO, puede existir pluralidad material del título ejecutivo con tal de que exista unidad jurídica y que, por sobre todo, los documentos provengan del deudor o de su causante, excepto en aquellos casos en que para probar el hecho se exige un documento público (PARRA QUIJANO, 1997: p. 276).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANDOLINA, Italo (2008): *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Communitas; ARIANO, Eugenia (1996): *Proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; CARNELUTTI, Francesco (1997): *Derecho Procesal Civil y Penal*. México: Harla; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzada - procesos especiales*, 2ª ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; ORTELLS RAMOS, Manuel (2002): *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed. Navarra: Editorial Arazandi; PALACIO, Lino Enrique (1984): *Derecho Procesal Civil*, tomo VII, 2ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PARRA QUIJANO, Jairo (1997): *Derecho Procesal Civil - Parte especial*, tomo II. Bogotá: Librería del Profesional; ROCCO, Ugo (1999): *Teoría general del proceso civil*. México: Porrúa.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (1952): "Título ejecutivo". En: *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I. Buenos Aires: EJE; CARNELUTTI, Francesco (1952): "Título ejecutivo y ciencia del proceso". En: *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I. Buenos Aires: EJE; LIEBMAN, Enrico T. (1980): *Processo de execução*, 4ª ed. Sao Paulo: Saraiva.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los argumentos de la parte recurrente en realidad están orientados a cuestionar el criterio asumido por las instancias de mérito, es decir lo que en el fondo se pretende, es el reexamen de la prueba y la modificación de los hechos establecidos, lo cual no está permitido en la excepcional sede casatoria, más aún si las instancias de mérito han concluido que la relación jurídica material es únicamente entre ejecutante y los ejecutados, conforme se desprende del título de ejecución que se aparea a la demanda (...) (Cas. N° 2416-2013-Lima).

## Artículo 689

### Requisitos comunes

*Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 34.*

*Sergio Natalino Casassa Casanova*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

En el artículo bajo comentario encontraremos los requisitos objetivos o específicos que todo título deberá de contener. Con esto podemos generar una idea respecto a los títulos ejecutivos: el título ejecutivo –independientemente de cual sea el mismo– contendrá (necesariamente) la obligación. Bajo esta premisa no podríamos considerar de título aquellos “documentos” que no contengan la obligación (como en algún momento se llegó a sostener respecto de los (antiguos) procesos de ejecución de garantía, respecto del documento que contenga la garantía).

Cuando la obligación contenida en el título sea una obligación de dar suma de dinero (pues recordemos que tenemos también obligaciones de dar (tanto bienes muebles como inmuebles) de hacer y de no hacer) los requisitos objetivos (de la obligación) es que sean cierto, expresa, exigible, líquido o liquidable.

Como ya nos queda claro, en un proceso de ejecución el juez no deberá (como regla general) investigar nada que no conste en el título. Es por ello que el crédito (contenido en el título) debe ser cierto para que este sea ejecutado, pues si el mismo resultase dudoso o controvertido se debería recurrir a un proceso de cognición.

## 2. REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO

Bajo esta premisa cuando hablamos de “certeza” nos referimos a aquella obligación que no genera dudas respecto a sus elementos objetivos y subjetivos. CARNELUTTI, refiriéndose a la característica de la certeza, manifiesta que “el título ejecutivo debe representar los hechos de modo que no surjan dudas en torno a la existencia de la obligación y que, por tanto, en la duda, el juez de la ejecución no tenga que hacer elecciones” (CARNELUTTI, 1997: p. 200). Por su parte SATTI, al circunscribirse a la certeza, detalla que la misma implica que “el derecho debe resultar del título en sus extremos objetivos y subjetivos” (SATTI, 1971: p. 21).

La característica de “expresa” no es otra cosa que un reforzamiento de la certeza antes descrita. En efecto, ARIANO refiere que una obligación será expresa cuando figura en el título mismo y no sea el resultado de una presunción legal o una interpretación de algún precepto normativo (1996: p. 190).

La “exigibilidad” de la obligación importa que la misma no esté sujeta a condición o plazo. En otras palabras, nos encontraremos frente a obligaciones “exigibles” cuando estas sean puras, simples y su plazo haya vencido, sin que esté sujeta a condición alguna. Para ROCCO, “el concepto de exigibilidad importa que el derecho no esté sujeto en su ejercicio a hechos, eventos o actos que impidan el ejercicio mismo de él. Así, si existe un plazo, este deberá haber expirado; si existe una condición suspensiva, esta deberá haberse verificado; si hay la obligación de una contraprestación, esta deberá haber sido prestada, o por lo menos, ofrecida; si debe realizarse un acto precedente al ejercicio del derecho, se lo deberá haber cumplido previamente” (ROCCO, 1999: p. 145). Por su parte, CARNELUTTI entiende por exigibilidad de la obligación que del título no aparezca ninguna circunstancia que pueda impedir la satisfacción del interés del acreedor (1997: p. 200).

Por último, la “liquidez” de la obligación, tratándose de obligaciones dinerarias, se referirá en los términos de REDENTI para expresar que el *quantum* ha sido determinado en una cifra numérica de moneda de curso legal (1957: pp. 309-310). Una suma es líquida cuando está especificada en el título y es fácilmente liquidable cuando para determinar la suma alcanzaría una simple operación aritmética cuya base conste del propio título.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (1996): *Proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; CARNELUTTI, Francesco (1997): *Derecho Procesal Civil y Penal*. México: Harla; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: Bosch; ROCCO, Ugo (1999): *Teoría general del proceso civil*. México: Porrúa; SAIJA, Salvatore (1971): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEJA.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las instancias de mérito concluyeron oportunamente que la obligación demandada era cierta y exigible en la medida que respondía a la liquidación del saldo deudor adjunta a la demanda en el que se consignaban expresamente las cuotas impagas; siendo que la determinación del verdadero deudor hipotecario también ha merecido pronunciamiento expreso quienes sobre la base de la valoración conjunta y razonada de la prueba y de los hechos alegados por las partes, han concluido que la correcta titular es la Administradora del Comercio, en virtud al contrato de cesión de derechos que celebró con la Caja de Pensiones Militar Policial (Cas. N° 1395-2012-Lima).

## Artículo 690

### Legitimación y derecho de tercero

*Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litis consorte necesario.*

*Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a este con el mandato de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito el artículo 435. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 34, 101.*

*Sergio Natalino Casassa Casanova*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este presupuesto se le ha conocido con diversas acepciones, como por ejemplo: “personería sustantiva”, “legitimación para obrar” cuando lo contrapone con la *legitimatío ad processum*, “legitimación para pretender o resistir a la pretensión”, o “Legitimación para obtener sentencia de fondo o de mérito”.

Recordemos en principio que la naturaleza de la “legitimación” (como regla general) encuentra base en las diversas concepciones que se han tenido sobre la naturaleza de la acción. En efecto, en la doctrina existen dos tendencias en evidente contraposición: la primera asumida por estudiosos como SATTÀ, CHIOVENDA y CALAMANDREI, entre otros, quienes concibieron que la legitimación y el mérito refleja la titularidad del derecho sustancial que se debate en el proceso. Véase que esta postura asume que la decisión sobre la legitimación importa necesariamente la decisión sobre la titularidad del derecho, sobre el derecho mismo, y por ello la vincula a una sentencia sobre el mérito. En otras palabras, negar la legitimación es negar el derecho sustancial discutido y consecuentemente desestimar la pretensión propuesta.

La segunda tendencia escinde las dos nociones, distinguiendo entre legitimación y mérito y asimilando la legitimación a la forma. Sin embargo es bueno precisar que esta “tendencia formal” se cimenta sobre la pretensión procesal como

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.



su punto de referencia. Véase pues que esta tendencia parte de la teoría abstracta de la acción pues erige como instituto central del proceso como su objeto, pues en comparación a la teoría concreta de la acción, esta no concede individualidad jurídica a la pretensión. La postura “formal”, la cual es secundada por CARNELUTTI, ROCCO, REDENTI, DEVIS-ECHANDÍA, ALLORIO, ZANZUCCI, entre otros, puntualiza que el concepto de legitimación hace referencia a la *pretensión procesal*, manteniendo solo como punto de comparación para poder adecuar la subjetividad formal a la subjetividad material a la relación sustancial subyacente. La legitimación así referida la concibe entonces como un presupuesto material de la sentencia de fondo, sin que esta importe el sentido de la misma.

Nuestro CPC tendrá diversos criterios para evaluar la “legitimación” atendiendo al proceso en el que se encuentre. Por ejemplo, cuando hablamos de procesos cognitivos (conocimiento, abreviado o sumarísimos) aplicará la regla contenida en el artículo IV del Título Preliminar del CPC, en donde a la letra establece que: “El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. (...)”. En este caso veremos que se aplica la famosa “regla de legitimación” en tanto que será condición necesaria y suficiente para que se complete la legitimación, la afirmación coincidente de la subjetividad de la relación procesal con la subjetividad de la relación sustancial que subyace en el proceso.

Ejemplo:

“Si el actor Primus afirma ser acreedor de Secundus o propietario de la cosa X, detentada, según lo que el actor asevera, por Secundus, está por lo tanto verificada la condición suficiente y necesaria para que exista la legitimación activa y pasiva. Afirmada esta es lógico que surjan ulteriores interrogantes como el de si Primus y no Tertius al cual Primus ha cedido, es acreedor de Secundus; si Primus y no Quartus en virtud de usucapión madurada a su favor es verdaderamente propietario de la cosa detentada por Secundus; pero tales interrogantes no atañen ya a la legitimación; conciernen al mérito y el examen de ellos pertenece a una segunda fase: la dedicada a las cuestiones de mérito” (ALLORIO, 1964: p. 261).

Bajo la premisa desarrollada nadie puede en nombre propio, pretender o ser demandado a contradecir en proceso, resistir a una pretensión, sino por una relación de la cual “se atribuya”, o “se le atribuya” a él la subjetividad activa o pasiva. Esta es la regla que conviene a la legitimación ordinaria en procesos cognitivos. Consecuentemente existen dos titularidades (subjetividad de la relación sustancial y la subjetividad de la relación procesal) y la coincidencia de ellas en cada sujeto y en cada polo de relación, activo o pasivo, tiene que ser afirmada en la demanda para que se satisfaga el requisito de legitimación ordinaria. Basta con que sea afirmada sin que importe para nada su verdad o realidad jurídica.

## 2. LA LEGITIMACIÓN EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

Sin embargo, en los procesos de ejecución —y aquí viene lo pertinente de nuestro comentario— no trabaja con la “regla de legitimación” antes descrita, sino muy por el contrario el artículo bajo comentario nos circunscribe a que la legitimación se sustentará en los sujetos activos y pasivos que aparezcan en el título ejecutivo. En efecto, aquí no se requiere “invocar” ser titular de un derecho o atribuirle responsabilidad a un sujeto, en estos procesos solo tendrá legitimidad aquellos sujetos que sean parte del título, tanto como acreedor y como deudor.

Sin embargo, es pertinente aclarar que existen algunas “variantes” al criterio utilizado por el CPC cuando se refiere a la legitimidad. Serán aquellos casos en donde aparece la denominada “legitimación derivada” cuando se ha sucedido la titularidad de la relación jurídica en discusión.

Pongamos dos ejemplos para poder explicarnos: Imaginemos que el Banco X es acreedor de la empresa Y, el título ejecutivo es un pagaré emitido por Y, sin embargo —sea antes o durante el proceso, para efectos del ejemplo es lo mismo— el Banco X es absorbido por el Banco Z (quien no interviene para nada en el título ejecutivo). En este caso, existirá legitimación derivada y por ende sucederá en la posición de acreedor Z a X. Con el mismo caso, podría ser que la empresa Y sea absorbida por fusión por la empresa W. En este caso, la responsabilidad se trasladará (pese a no ser parte inicial de la relación obligatoria y no aparecer en el título ejecutivo a W).

Un comentario aparte nos merece el artículo cuando precisa “(...) y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litis consorte necesario (...)”. Aquí se está refiriéndose específicamente a aquellos sujetos que han otorgado garantía por deuda ajena (ejemplo: garantes hipotecarios) y que serán incorporados en los procesos de ejecución de garantía como “litisconsortes necesarios”.

Antes de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 1069 la discusión venía en sentido a cómo se les incorporaba a los “garantes hipotecarios”, si estos deberían ser partes o terceros. La discusión se cerró con una fórmula “práctica” pero que no consideramos muy técnica. Nos explicamos: Si A (acreedor) demanda a B (obligado) por la suma de US\$ 100,000 en mérito a un préstamo contenido en un título ejecutivo y C (garante hipotecario) ha otorgado garantía a favor de A por el préstamo concedido a B con su inmueble hasta por la suma de US\$ 80,000: ¿B se encuentra obligado al pago de los US\$100,000? La respuesta de nuestro lector será negativa, el solo asume responsabilidad hasta por US\$ 80,000 (monto del gravamen). En ese caso, ¿cómo nos explicamos que se le incorpore como “litisconsorte necesario” y en dónde se expedirá un mandato ejecutivo ordenando a ambos el pago de US\$ 100,000 si tenemos claro que la

responsabilidad de B es solo hasta por US\$ 80,000?. Y allí no queda las dudas, si se llega a la etapa de ejecución forzada, y se saca a remate del bien dado en garantía en la suma de US\$ 80,000, vemos que quedará un saldo deudor por US\$ 20,000: ¿B será responsable por los US\$ 20,000 restantes?: la respuesta es NO. Pero entonces cómo queda la figura del “litisconsorte necesario” de este “garante hipotecario”.

No discutimos que se debe incorporar al proceso al garante (en nuestro ejemplo al garante hipotecario), pues en principio este garante asume la “responsabilidad” (sujeción a una sanción ejecutiva) al otorgar una “garantía específica” (bien objeto de la sanción ejecutiva) por una obligación ajena, y por ende con la ejecución de su bien se va a satisfacer el interés del acreedor para el cobro de su acreencia, solo que no estamos convencidos de que la fórmula del “litisconsorte necesario” sea la más adecuada atendiendo a los efectos prácticos que suceden en el proceso de ejecución de garantía. Debemos recordar que la garantía es un presupuesto para la ejecución, pues contiene el objeto que soportará la ejecución mas no puede ser considerado como el título que contiene la obligación.

### 3. LOS DERECHOS DE TERCEROS EN LA EJECUCIÓN

En este punto, el CPC prevé que cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se les notifique a estos con el mandato de ejecución. Terceros son aquellos ajenos a la relación jurídica en discusión, sin embargo cuando el artículo vincula a terceros con la ejecución refiere (como regla general) aquellos acreedores no ejecutantes, o aquellos “terceros” con derecho inscrito, por ejemplo: arrendatarios.

En estos casos se les deberá notificar con el mandato de ejecución a fin de que estos hagan valer su derecho y se incorporen al proceso. En el caso de los acreedores no ejecutantes, este artículo deberá concordarse con el 726 del CPC, pues un apersonamiento tardío menoscabaría el derecho de crédito del tercero. Por otro lado, en los casos (como el ejemplo de los arrendatarios) o también poseedores de bienes que serán objeto de ejecución, deberán ser notificados para la aplicación correcta del artículo 739, inciso 3, y poder así proceder al lanzamiento de estos una vez rematado el bien materia de ejecución. En esta fórmula no mencionamos a los nuevos propietarios del bien objeto de la sanción ejecutiva en sentido de que los mismos, en los casos de ejecuciones de garantía, y dado el carácter persecutorio de la garantía otorgada, no pueden ser considerados como terceros, sino como partes del proceso.

Por último, el artículo refiere que la intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101 (requisitos y trámite común de las intervenciones). En caso de desconocimiento del domicilio del tercero, se procederá conforme a lo dispuesto por el artículo (emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALLORIO, Enrico (1964): *Problemas de Derecho Procesal*, tomo II. Buenos Aires: EJEA.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando la ejecución puede afectar un derecho de tercero se debe notificar a este con el mandato ejecutivo o de ejecución. Asimismo, la orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de los 10 días, bajo apercibimiento de lanzamiento. También es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución en virtud del artículo 587 del Código Procesal Civil. El juez debe verificar, de oficio, desde cuando ha habitado el inmueble el usufructuario, a fin de determinar si dicho tercero ha tenido derecho a que se le notifique con el mandato de ejecución (*Exp. N° 722-2001, Primera Sala Civil de Lima*).

El tenedor de la letra puede accionar contra el aceptante y avalista, individual o conjuntamente, sin tener que observar el orden en que se hubieran obligado. Si la demanda y el mandato de pago están dirigidos únicamente contra el aceptante; el juez no tenía porque admitir el apersonamiento de tercero no emplazado, menos obligar al demandante a dirigir su acción contra los demás suscriptores de la letra de cambio (*Exp. N° 1240-2001, Cuarta Sala Civil de Lima*).

Las cosas no son lo que las partes las denominan sino lo que por su naturaleza se determina. En este sentido, el apelante se constituye en garante personal de prestatario en su calidad de fiador del mismo, aun cuando el mismo sea aval, por cuanto asume dicha obligación de modo solidario en un acto jurídico que no es de título valor. El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado por lo que se debe concluir que el apelante tiene la calidad de garante personal del fiador solidario del prestatario como señala el artículo 1868 del Código Civil (*Exp. N° 438-01, Cuarta Sala Civil de Lima*).

**Artículo 690-A | Demanda**

*A la demanda se acompaña el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, y los que se especifiquen en las disposiciones especiales. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 101.*

---

***Sergio Natalino Casassa Casanova***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Como en todos los procesos –y el de ejecución no será una excepción– la pretensión del “accionante” deberá plasmarse en una “demanda”, la cual deberá estar estructurada según los requisitos establecidos en los artículos 424 y 425 del CPC. Pero en este caso muy particular, de los procesos de ejecución, no solamente se deberá de cumplir con lo dispuesto en los artículos antes mencionados, sino que adicionalmente se deberá de adjuntar el “título ejecutivo”.

**2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN**

En efecto, en los procesos de ejecución –para su admisibilidad– no solo basta con que concurren los presupuestos procesales (tanto formales como materiales) sino que además se tiene que acompañar el título ejecutivo. No se deberá adjuntar “copia” del título, sino el “título” en sí, tal cual haya sido descrito en el CPC como en su ley de creación.

Un caso muy común es aquel en donde se da inicio a una solicitud cautelar antes de iniciar el proceso y ejecutada la medida se procede a interponer la demanda dentro del plazo de caducidad que el CPC ha establecido. En esos casos, es evidente que no tendremos –a nuestra disposición en tan breve plazo– el título ejecutivo, por lo que la demanda irá acompañada de copia del mismo solicitando su desglose para que el auxiliar jurisdiccional lo agregue al cuaderno principal. Con esto se resuelve el impase y se cumple con el tecnicismo requerido en el artículo bajo comentario.

---

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Sin embargo y algo que es bueno mencionar, es que la elaboración de la demanda ejecutiva tendrá como “eje” la descripción del título ejecutivo, y en donde todos los requisitos de los artículos 424 y 425 del CPC, se adecuarán a la estructura del título. Así por ejemplo la designación de los ejecutados tendrá íntima relación con el obligado consignado en el título, por otro lado, los fundamentos de hecho serán aquellos que tienen relación directa con el título, etc.

Por último, y como quiera que es una norma de corte general para los demás procesos de ejecución, cuando el artículo hace mención de “(...) y los que se especifiquen en las disposiciones especiales”, debemos de recordar –sin ir muy lejos– que en las obligaciones de dar bien mueble determinado –independientemente de adjuntar el título ejecutivo– se tiene que adjuntar la tasación del bien cuya restitución se solicita (art. 704 del CPC); y en los casos de obligaciones de hacer se deberá de señalar la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla (art. 706 del CPC); en las obligaciones de no hacer –implícitamente el Código regula– que se deberá de precisar la persona que en caso de negativa del ejecutado procederá con la ejecución del mandato; y en los procesos sobre ejecución de garantías se deberá acompañar tasación y gravamen, adicional al título ejecutivo y al documento que contiene la garantía (art. 720 del CPC).

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las instancias de mérito han concluido que la Empresa accionante cuenta con legitimidad suficiente para interponer la presente demanda y así poder ejercer su derecho frente al incumplimiento de la ejecutada, quien no ha cumplido con honrar su obligación contraída con la ejecutante; en consecuencia, no se advierte afectación al debido proceso como alega la impugnante en su medio impugnatorio. Además, los plenos Jurisdiccionales Constitucionales no son vinculantes, toda vez que son realizados por las Salas Especializadas de la Corte Superior (*Cas. N° 958-2012-Lima*).

La demanda es un acto procesal postulatorio que contiene la pretensión procesal, y aun cuando dicho acto requiere como requisito de admisibilidad que el petitorio debe comprender la determinación clara y concreta de lo que se pide, y como tal, las peticiones que se reclaman deben expresarse en el requisito acotado, ocurre que la demanda y la pretensión principal constituyen un todo, que deben ser interpretados en conjunto, ya que básicamente esta última categoría procesal se compone de los siguientes elementos: sujetos (actor y demandado), objeto (petitorio) y causa (fundamentación fáctica y jurídica); de ahí que el juzgador debe examinar la existencia de la pretensión desde el contexto de sus elementos afirmados en la demanda a efecto de fallar congruentemente con ella (*Cas. N° 379-99-Lima-Cono Norte*).

**Artículo 690-B | Competencia**

*Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el juez civil y el de paz letrado. El juez de paz letrado es competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del juez civil.*

*Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza judicial el juez de la demanda.*

*Es competente para conocer los procesos de ejecución con garantía constituida, el juez civil. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 101.*

***Sergio Natalino Casassa Casanova*****1. INTRODUCCIÓN**

En nuestro caso, como en todo Estado Constitucional de Derecho, las funciones de los órganos estatales depositarios de poder se encuentran delimitados. El Poder Judicial no es la excepción. Aunque la potestad jurisdiccional es indivisible, la atribución de la misma a un solo órgano jurisdiccional importaría una auténtica denegación de justicia, es por ello que nuestro Poder Judicial se encuentra compuesto (desde una visión piramidal) de diversos órganos jurisdiccionales organizados por niveles que van desde su base (juzgados de paz) hasta su vértice (Salas Supremas), teniendo en el medio “niveles intermedios” (juzgados de Paz Letrados, Juzgados Especializados y Salas Superiores).

Estos órganos jurisdiccionales no conocen los mismos casos, sino que por ley se ha establecido diversos criterios técnicos para la correcta distribución de la función jurisdiccional. Es por ello que se entiende por competencia como “aquella capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa el proceso” (PALACIO, 2011: pp. 159-160). Dichos criterios constituyen lo que se denominan “criterios de distribución de competencia”. Estos criterios son de carácter objetivo, funcional y territorial.

La aplicación conjunta de estos criterios de competencia –todos ellos previstos en el ordenamiento procesal– permiten individualizar el órgano jurisdiccional

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

concreto que debe resolver un asunto determinado. Es por ello que la correcta aplicación de estos “criterios de distribución de competencia” condiciona a la existencia misma de una correcta relación jurídica procesal. El proceso de ejecución tiene también delimitada estos criterios y el artículo bajo comentario contiene alguno de ellos.

## **2. COMPETENCIA PARA EJECUCIÓN DE TÍTULOS EXTRAJUDICIALES**

En el artículo bajo comentario veremos que existen diversos criterios atendiendo al tipo de “título” que vayamos a ejecutar. Es así que si el título es de naturaleza “extrajudicial” la competencia estaría dividida entre el juez de primera instancia y el juez de paz letrado. En este punto, veremos que si la suma reclamada supera la 100 URP será competente el juez de primera instancia, mientras que si es inferior a 100 URP será competente el juez de paz letrado.

Para complementar la idea de la competencia de los títulos “extrajudiciales” en razón al territorio será competente el juez del domicilio del ejecutado, salvo que exista prórroga de la competencia. Sin embargo un punto aparte merece recordar que si nos encontramos en un distrito judicial en donde se haya creado la Subespecialidad Comercial, esta sustituirá la competencia del juez civil. En efecto Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS) se creó la competencia en materia comercial en donde se ventilarán las siguientes pretensiones: a) las referidas a la Ley de Títulos Valores; b) las derivadas de la Ley General de Sociedades, así como las que regulan las EIRL, las pequeñas y medianas empresas y las empresas unipersonales de responsabilidad limitada; c) las derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y de Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; d) las derivadas de las actividades y operaciones reguladas por el TUO de la Ley de Mercado de Valores. Las derivadas de la contratación mercantil; e) las referidas al transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre y aeronáutico de bienes en general; f) la prueba anticipada, tercerías y las medidas cautelares referidas a la materias señaladas; g) las señaladas en la novena disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje, siempre que estén referidas a las materias señaladas en los incisos a) al f) del número 1, artículo 1 de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS.

## **3. COMPETENCIA PARA EJECUCIÓN DE TÍTULOS JUDICIALES**

Cuando se trata de un título de naturaleza judicial la norma nos refiere que será competente el juez de la “demanda”. Esta regla queda claro cuando lo que se



pretende ejecutar (como título) es una “resolución judicial firme”. Sin embargo, si tenemos en nuestra manos un laudo arbitral, el competente para ejecutar será el juez civil, debiendo para ello también tener en cuenta –en aquellos distritos judiciales en donde se ha creado la subespecialidad comercial– lo dispuesto por la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS.

#### 4. COMPETENCIA PARA PROCESOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

Por último, cuando se trata de un proceso de ejecución de garantía la competencia de dicho proceso le corresponderá al juez civil o juez comercial en los distritos judiciales en donde se ha creado la subespecialidad comercial, independientemente del monto a demandarse, es decir, puede ser inclusive menos a las 100 URP y siempre será competente el juez civil o el juez comercial.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

PALACIO, Lino (2011): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 20ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud, y que cuando se emplaza a una persona natural es competente el juez del lugar de su domicilio y si se tratase de dos o más demandados lo será el del domicilio de cualquiera de ellos, siendo ello así, al haber tomado en cuenta las instancias de mérito una situación de hecho inexistente al momento de interponerse la demanda, se ha configurado la contravención denunciada, debiendo decretarse la nulidad de la recurrida, puesto que la demanda fue incoada ante el juez del domicilio de los demandados, dos de los cuales no aparecen haber cuestionado su competencia, produciéndose su prórroga tácita (*Cas. N° 333-2004-Loreto*).

**Artículo 690-C | Mandato ejecutivo**

*El mandato ejecutivo dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el título; bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada, con las particularidades señaladas en las disposiciones especiales. En caso de exigencias no patrimoniales, el juez debe adecuar el apercibimiento. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 101.*

---

***Sergio Natalino Casassa Casanova***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El mandato ejecutivo no es otra cosa que el primer acto del órgano jurisdiccional en el proceso de ejecución. El contenido del mismo tiene por objeto satisfacer un derecho de crédito.

El mandato ejecutivo –a nuestra forma de ver el proceso de ejecución– constituye la resolución más importante en el sentido de que el mismo contiene la orden de pago contra el ejecutado a favor del ejecutante. Estructuralmente encontraremos que este mandato ejecutivo se compone de dos partes: la orden de pago o cumplimiento de una obligación (recordemos que también tendremos un mandato ejecutivo en los procesos de obligación de dar bien mueble determinado, hacer y no hacer) y un apremio (el cual estará adecuado a la prestación que se pretende ejecutar).

**2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL MANDATO DE EJECUCIÓN**

El presente comentario se orientará más respecto al mandato ejecutivo en los procesos de obligación de dar suma de dinero, pues los otros procesos de ejecución serán comentados más adelante. Hagamos un poco de historia y veamos como ha venido evolucionando dicho mandato desde nuestro CPC. Cuando se publicó el proyecto en 1992, el texto del entonces artículo 697 tenía la siguiente redacción:

“Mandato Ejecutivo.- El juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo procedente, admitirá la demanda dictando mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y

---

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

gastos demandados, dentro de un día de notificado, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.

El mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación solo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título”.

Posteriormente, y publicado el texto oficial del CPC, la redacción de dicho artículo fue modificada:

“Mandato Ejecutivo.- El juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo procedente, admitirá la demanda dictando mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, dentro de un día de notificado, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.

El mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación solo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título.

Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se puede demandar la obligación de la primera”.

Sin embargo, y no siendo alterado el mismo luego de la publicación de la fe de erratas del CPC, fue el Decreto Ley N° 25940 quien lo modificó –especialmente en su primer y tercer párrafo– quedando el siguiente texto:

“Mandato Ejecutivo.- El juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible, dará trámite a la demanda expidiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.

El mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación solo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título.

Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se puede demandar la primera”.

Como vemos, deliberadamente nuestro legislador suprimió el plazo que se le concedía al ejecutado para el pago, con lo cual nos quedábamos con un mandato ejecutivo que ordenaba el pago de una obligación y no se sabía en qué plazo se debía de realizar la misma, al punto que los mandatos ejecutivos expedidos por nuestros jueces de paz letrado, jueces civiles en su oportunidad, y nuestros actuales jueces comerciales, tenían el siguiente tenor:

“(…) SE RESUELVE: ADMITIR a trámite la presente demanda de Obligación de Dar Suma de Dinero, en la vía del proceso EJECUTIVO, teniéndose por ofrecidos sus medios probatorios; en consecuencia: NOTIFÍQUESE a la parte ejecutada (...) para que cumpla con pagar a la ejecutante la suma de (...) bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada (...)”.

Luego como consecuencia de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1069, se derogó el capítulo al proceso de obligación de dar suma de dinero, con lo cual nos tenemos que referir conforme lo establece el artículo 695 del CPC, a las disposiciones generales del Proceso Único de Ejecución.

Ante esta eventualidad –y a como ha quedado redactado el artículo 690-C, mantenemos a un mandato ejecutivo– dentro del proceso de obligación de dar suma de dinero –que contiene una orden de pago, el cual no sabemos según el texto normativo– hasta cuándo tenemos para pagar, ya que recordemos que si no realizamos el pago de la obligación se dará inicio a la ejecución forzada, con lo cual ¿en qué momento se debería hacer efectivo el apercibimiento decretado?

Sin embargo, y pese a esta omisión –al parecer voluntaria de nuestros legisladores– nuestros jueces han procurado corregir esta inconsistencia, incorporando en sus mandatos ejecutivos un plazo. Este plazo lo han equiparado al mismo que tiene el ejecutado para formular contradicción, es decir de cinco días. Veamos cómo resuelven nuestros jueces en estos casos:

“(…) SE RESUELVE: ADMITIR a trámite la demanda de Obligación de Dar Suma de Dinero, la que se tramitaría en la vía procedimental correspondiente al PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN; en consecuencia notifíquese a los ejecutados (...) a fin de que cumplan con pagar al ejecutante (...) en el plazo de cinco días, la suma de (...) bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada, (...)”.

En consecuencia, ha sido la práctica judicial la que se ha encargado de corregir esta omisión, de no incorporar un plazo específico para que el ejecutado cumpla con su obligación, en donde vencido dicho plazo se pasa a la segunda etapa del mandato: el apremio.

### 3. EMBARGO EJECUTIVO Y MEDIDA CAUTELAR

Pero independientemente de lo que venimos comentando hasta el momento, respecto al mandato ejecutivo, nos vemos precisados en hacer una observación a nuestro actual mandato ejecutivo, y es que una sorpresa nos tuvo preparada el legislador del CPC: suprimió el embargo ejecutivo de la estructura del proceso en sí para trasladarlo dentro de la regulación de las medidas cautelares, en el entendido de que ambas instituciones son lo mismo (MONROY, 1987: p. 49).

Sin embargo somos de la posición que dicha conclusión es errónea. Y decimos esto porque todo parte de cómo el legislador entendió la naturaleza jurídica del proceso ejecutivo en 1993. A como fue estructurado, esto es con un mandato ejecutivo que nada mandaba en sí, sin un plazo, sin un apremio ejecutivo, con una sentencia obligatoria que no ratificaría las bondades del título, sino que sería dicha

sentencia el verdadero título que ordenaría la ejecución la cual tendría inclusive que ser requerida para dar inicio a la ejecución forzada, teníamos una estructura de un proceso de cognición sumaria y en esta coyuntura el embargo ejecutivo debería ser de naturaleza cautelar, pues la misma tendría por finalidad procurar la eficacia de la sentencia a expedirse al final del proceso o en su caso la sentencia de condena.

Pero si le concedemos naturaleza ejecutiva a la estructura incorporada por el Decreto Legislativo N° 1069, el embargo en este caso debe tener la misma naturaleza.

Para Moacyr Amaral SANTOS, quien es citado por ARIANO, el embargo es el primer acto ejecutorio y coactivo del proceso de ejecución por cuantía cierta. Sin que se efectivice el embargo, no se prosigue la ejecución. Inclusive sigue refiriéndose el antes mencionado autor que:

“La doctrina moderna ve en el embargo, apenas un acto ejecutorio, y por lo tanto, un acto procesal, cuya función es fijar la responsabilidad ejecutoria sobre los bienes por ella sujetos. La aprehensión de los bienes y su retiro del poder del deudor no acarrea para este, en la pérdida del dominio o posesión en la relación a los mismos, sino apenas vinculan los bienes al proceso, sujetándolos al poder sancionatorio del Estado, para la satisfacción del acreedor. Significa que los derechos del ejecutado sobre los bienes embargados permanecen intactos, más con un vínculo procesal que los destina como objeto de la responsabilidad ejecutoria, a satisfacer el derecho del acreedor. En tales condiciones no está el deudor impedido, propiamente, de disponer de esos bienes, pero los actos que en ese sentido se practicarán cargan consigo aquel vínculo, tornándose ineficaces en relación al acreedor. Conforme a la doctrina, el embargo produce el efecto procesal de imprimir la responsabilidad en los bienes embargados, vinculándolo a la ejecución, aun cuando el ejecutado disponga de ellos” (ARIANO, 1996: p. 317).

Nuestro legislador, como hemos ya referido, en una distorsión de la naturaleza jurídica del proceso de obligación de dar suma de dinero, ha confundido entre el embargo ejecutivo y la medida cautelar cuyas diferencias podemos enumerar:

- En el caso del embargo ejecutivo, el embargante está seguro de poder emprender el camino hacia la ejecución, y puede hacerlo si quiere, inclusive inmediatamente porque está provisto de un título ejecutivo. En cambio quien ejecuta una medida cautelar, aun habiendo seguido la misma senda que el embargante, no podrá continuar el viaje a la ejecución, porque le falta todavía la declaración definitiva de certeza de su derecho.
- Tanto el embargo como el secuestro tienen una misma finalidad asegurativa, y lo que los diferencia es que el primero se pide cuando ya se tiene título ejecutivo, y el segundo cuando se espera obtenerlo.

- La función cautelar, propia del secuestro, y aquella ejecutiva, propia del embargo, tienen como término de referencia una situación sustancial distinta, y, por así decirlo, no homogénea, porque mientras el primero tiene a la conservación de la garantía específica en el patrimonio del deudor, el segundo tiende a la liquidación en dinero del bien y a la satisfacción de los acreedores concurrentes.
- El embargo ejecutivo no tiene las características de la medida cautelar: no será provisional porque no está condicionado a que se dicte una sentencia definitiva, y si nos referimos a la contradicción recordemos que la misma es “eventual”, no propia de la estructura misma del proceso de ejecución. No será instrumental ya que no sirve a proceso principal alguno, sino que por su naturaleza constituye un acto de este, al proceso de ejecución.
- Tampoco van a concurrir con el embargo ejecutivo los presupuestos de la medida cautelar.
- Con el embargo se abre la fase o momento satisfactivo de la función de realización coactiva del derecho, de lo que deriva el carácter estrictamente satisfactivo y no cautelar del embargo.

Inclusive, CACHÓN CADENAS, para aclararnos más el panorama, nos refiere a ciertas similitudes y diferencias entre ambas instituciones (1991: pp. 97-99), entre las similitudes que refiere tenemos:

- Ambas instituciones engloban en su estructura una afeción jurisdiccional de unos determinados bienes a una ejecución;
- Que ambas figuras cumplen con la función de individualizar los bienes sobre los que recaerá la actividad del apremio, en el caso de que la misma tenga lugar;
- Ambas son decretadas a solicitud de parte;
- En ambos casos, los bienes sobre los que recaerá la medida serán los mismos.

Por otro lado, entre las diferencias entre ambas instituciones describe:

- La estructura del embargo ejecutivo está compuesta únicamente de una declaración de voluntad jurisdiccional cuyo contenido es la afeción de determinados bienes a una ejecución, mientras que la del embargo preventivo –entendamos nosotros a la medida cautelar– es más compleja;
- En ambas instituciones la función es distinta, mientras que en el embargo ejecutivo la función es de concretar los bienes sobre los que ha de recaer

una determinada actividad de apremio, en la otra la función es netamente instrumental, pues como recordaremos, la medida cautelar se orienta en asegurar la efectividad de la sentencia que recaerá en el proceso;

- El embargo ejecutivo es un acto propio del proceso ejecutivo, mientras que la medida cautelar es adoptada en un procedimiento entera y expresamente previsto por la ley a tal fin;
- El embargo ejecutivo se practica después del despacho de una ejecución, mientras que la medida cautelar se puede inclusive llevar a cabo antes de un proceso; y,
- La medida cautelar se puede decretar en mérito a un documento que puede o no ser un título ejecutivo, mientras que el embargo ejecutivo requiere para su existencia de un título ejecutivo.

En consecuencia, vemos que es distinto hablar de embargo ejecutivo y medida cautelar, por ello si definimos el embargo como el acto del proceso de ejecución mediante el cual se identifica e imprime la responsabilidad ejecutiva en un concreto bien del deudor o de tercero responsable, vinculándolo al proceso ejecutivo y con el cual se inicia la ejecución forzada, ¿cómo es posible que nuestro mandato ejecutivo tenga un apremio de iniciar la ejecución forzada ante el incumplimiento en el pago de la obligación puesta a cobro sin existir previo un embargo ejecutivo?, pues ¿cómo se puede proceder al remate de un bien que aún no ha sido embargado? Y si la respuesta es que para eso tenemos las medidas cautelares, pues –luego de las diferencias expuestas– veremos que el proceso de ejecución se viene desnaturalizando.

#### 4. EL APREMIO EN OBLIGACIONES NO DINERARIAS

Por último, y como se podrá apreciar más adelante –cuando se desarrollen los procesos de obligaciones no dinerarias– los apremios propios del mandato ejecutivo tendrán que adecuarse –tanto en su forma como en el plazo para el cumplimiento “voluntario” de la prestación– atendiendo a la naturaleza de la obligación que se pretende ejecutar.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (1996): *Proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; CACHÓN CADENAS, Manuel J. (1991): *El embargo*. Barcelona: Bosch; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): “Introducción al estudio de la medida cautelar”. En: *Temas de Derecho Procesal Civil*. Lima: Studium.

## Artículo 690-D | Contradicción

*Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.*

*En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia. La contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en:*

- 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;*
- 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;*
- 3. La extinción de la obligación exigida.*

*Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.*

*La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo. (\*)*

### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 34, 101.*

*Sergio Natalino Casassa Casanova*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, el título ejecutivo será aquel documento –que por mandato de la ley– justifica la acción ejecutiva y consecuentemente da origen al proceso de ejecución. En la estructura normal y natural de un proceso ejecución, expedido el mandato ejecutivo el ejecutado tiene un plazo para el pago y que de no verificarse el mismo, se dará inicio a la ejecución forzada.

Sin embargo, existen mecanismos que el ejecutado puede hacer valer, cuando se encuentra con una ejecución –llamémosla– injusta. Es precisamente el caso –y

---

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.



motivo de nuestro comentario— de la mal llamada contradicción o denominada en otros ordenamientos procesales como oposición.

Entenderemos por “contradicción” a “aquel medio de defensa que se ofrece al ejecutado para combatir la ejecución despachada frente a él, y puede tener por fundamento la existencia de vicios o anomalías que afecten a sus presupuestos o a su licitud, o estar basada en la concurrencia de determinados hechos que afectan a la esencia misma de los que constituye su objeto, de modo que su prosecución carezca de sentido” (MONTERO, 2004: p. 680).

Por ello, si como hemos mencionado, es el título lo que apareja ejecución, la contradicción o mejor llamada oposición, estará orientada —precisamente— en atacar a dicho título o como bien refiere SATTI (1971: p. 161): “en la dinámica de lo concreto hay que destruir el título para impedir que lo concreto se determine a través de la acción; y a esto tiende la oposición a la ejecución, término muy propio, porque en su concreción lo que llamamos derecho no es más que el derecho a proceder a la ejecución forzada”.

Por ende, veremos que la finalidad de este mecanismo es, por decir de alguna manera, preventivo, en razón a procurar prevenir las consecuencias dañosas y perjudiciales que una ejecución injusta le puede procurar, a través de restarle eficacia ejecutiva al título, al interior del proceso de ejecución.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

Definido que ha sido el objeto y finalidad de la “contradicción”, intentemos situarnos en su naturaleza jurídica, lo cual no es tarea fácil y mucho menos pacífica en la doctrina procesal, definir si la pretensión del ejecutado al formular su oposición es de carácter declarativa o constitutiva.

Algunos autores, entre ellos MANDRIOLI y ROCCO, han afirmado que la sentencia que resuelve la oposición tiene naturaleza declarativa en virtud de que como quiera que la oposición tiene como objeto directo declarar la inidoneidad del título, en otras palabras influir sobre su específica eficacia, y esto se logra únicamente con una sentencia de declaración de certeza.

Otros, como LIEBMAN y Moacyr Amaral SANTOS, refieren a que la sentencia que resuelve la oposición tiene naturaleza constitutiva, que se busca restringir la eficacia del título ejecutivo, dicha sentencia está destinada a la desconstitución de la relación procesal de ejecución o de la eficacia del título ejecutivo (ARIANO, 1996: p. 469).

ZANZUCCHI, el cual es citado por ARIANO, refiere que la naturaleza es de declaración negativa, por ello señala que “la oposición a la ejecución reviste naturaleza de acción declarativa negativa, es decir de declaración de la ilegitimidad material de la ejecución pendiente, en relación al ejecutado oponente” agregando luego: “la sentencia, que se pronuncia sobre la oposición, puede acogerla; y entonces, ella pronunciando positivamente sobre la oposición declara negativamente el derecho de proceder a la ejecución o sea la ilegitimidad de esta en relación al oponente” (ARIANO: p. 469).

Llegar a una conclusión, como vemos no será tarea fácil. Sin embargo consideramos que como quiera que el proceso de ejecución es de naturaleza ejecutiva, este nace de un título ejecutivo el cual la ley le ha conferido la atribución de iniciar ejecución, sin embargo este título será eficaz en la medida en que no exista un pronunciamiento judicial que enerve dicho mérito, por ello no consideramos que dicho pronunciamiento jurisdiccional tenga que ser de naturaleza declarativa, sino por el contrario la consideramos como una de *naturaleza constitutiva procesal*, en tanto que dicho pronunciamiento le resta eficacia a un título que por ley tiene dicho mérito, solamente al interior de dicho proceso.

### 3. ¿ATAQUE O DEFENSA?

Una vez establecida la naturaleza de este mecanismo procesal, es bueno preguntarnos si este importa un medio de defensa a favor del ejecutado o si, por el contrario, importaría un medio de ataque. Aquí estriba una discusión álgida.

En principio debemos advertir que en nuestro ordenamiento procesal, al igual que casi todos los de este lado del continente, herederos del proceso ejecutivo medieval en su vertiente hispánica han insertado a la oposición –en nuestro caso, “contradicción”– como una suerte de incidente dentro del proceso de ejecución. Sin embargo, parte de la doctrina procesal –como sucede en Italia o Brasil– la oposición no puede estar inserta al proceso de ejecución, sino que esta debe ser un proceso autónomo de cognición, separando así la cognición de la ejecución.

En ese escenario PROTO PISANI señala que la oposición constituye el remedio cognitivo externo a la ejecución forzada (2006: p. 699). Por otro lado, LIEBMAN ya se refería a que las objeciones y excepciones del deudor deberían hacerse en un proceso de cognición separado (1980: p. 156). Nosotros consideramos que, pese a que tengamos “estructuralmente” a la contradicción inserta (a manera incidental) en el proceso de ejecución, la misma no resta su naturaleza ejecutiva; muy por el contrario, reestablece la simetría en el proceso.

Verificada la ubicación de la “contradicción”, la misma no puede ser vista como un mecanismo de defensa o mucho menos de contestación, sino que importaría

propriadamente la acción del ejecutado procurando restarle eficacia ejecutiva al título aparejado con la demanda. Inclusive, véase que de considerarla una defensa en el proceso de ejecución implicaría una desigualdad entre las partes, en tanto que a la parte ejecutante –tanto en la demanda como en la absolución a la contradicción– se le tomaría en cuenta dos veces por los argumentos que formule, mientras que el ejecutado, solamente tendría una oportunidad para hacer valer sus descargos.

Por ello, este incidente –eventual– se formula con la acción iniciada por el ejecutado, y tramitado al interior del proceso de ejecución, bajo una suerte de incidente, en donde hay una solicitud, una contestación y eventualmente puede haber una audiencia única o resolverse solo en un auto final. Por ello que no nos encontramos de acuerdo con la terminología descrita para denominar a este mecanismo procesal: la “contradicción” como expresión del derecho de defensa, no tiene cabida cuando es el propio ejecutante quien ejerce su derecho de acción y pretende restarle eficacia ejecutiva al título.

#### 4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Esta “contradicción” al interior de nuestro CPC tuvo la siguiente evolución. En el proyecto publicado en 1992 el texto era el siguiente:

“Artículo 699. Oposición. El ejecutado puede oponerse a la ejecución dentro de tres días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Solo son admisibles el documento y la declaración de parte.

La oposición podrá fundar en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título;
3. La extinción de la obligación exigida; o
4. Excepciones y defensas previas

El juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la oposición si esta se funda en supuestos distintos a los enumerados”.

Sin embargo, y ya hemos hecho referencia a ello, dicho texto fue modificado:

“Artículo 699. Contradicción. El ejecutado puede contradecir la ejecución dentro de tres días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Solo son admisibles el documento y la declaración de parte.

La contradicción se podrá fundar en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título;
3. La extinción de la obligación exigida; o
4. Excepciones y defensas previas.

El juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si esta se funda en supuestos distintos a los enumerados”.

Sin embargo, no pequeñas modificaciones fueron incorporadas (párrafos primero y el inciso 2) mediante el Decreto Ley N° 25940:

“Artículo 699. Contradicción. El ejecutado puede contradecir la ejecución dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Solo son admisibles el documento y la declaración de parte y la pericia.

La contradicción podrá fundar en:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo;
3. La extinción de la obligación exigida; o
4. Excepciones y defensas previas.

El Juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si esta se funda en supuestos distintos a los enumerados”.

La Ley N° 27287 --Ley de Títulos Valores-- publicada el 19 de junio de 2000, le dio al inciso 2 una nueva redacción: “Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta hubiera sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia”.

Hoy, luego de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1069, la actual redacción del artículo 690-D del CPC, quedó como se ha presentado el artículo previo a nuestro comentario.

## 5. CAUSAS TASADAS DE “CONTRADICCIÓN”

Como ya hemos hecho referencia, este mecanismo se encuentra inserto en la propia estructura del proceso de ejecución, a manera de un incidente de cognición sumaria, es decir limitado en cuanto a los supuestos de cuestionamiento admisibles, y además, limitado en su actividad probatoria. Cuando nos referimos a que se ha limitado los supuestos en los que se puede fundar dicha contradicción (*causas tasadas*), es que solo estos, y únicamente estos, pueden ser alegados por el ejecutado, sin que se permita interpretaciones extensivas.

Por ello, cuando se trata de “inexigibilidad de la obligación”, se cuestiona la ejecutabilidad del título por carecer de una prestación cierta, expresa y exigible, condiciones básicas para que un título resista ejecución. Ante ello, a fin de tener en cuenta, la jurisprudencia se ha venido pronunciando respecto a esta causal de la siguiente manera:

“La causal de inexigibilidad presupone la existencia de una obligación, pero esta no resulta aún exigible por cuanto todavía no se ha vencido el plazo o porque la obligación está sujeta a condición suspensiva” (Cas. N° 2689-2003/Cono Norte-Lima).

Cuando la ley refiere a la “iliquidez de la obligación” implica que no es posible establecer su monto con base en las constancias del título mismo y sin una previa liquidación. La Corte Suprema a través de sus resoluciones casatorias ha fijado:

“(…) Se presenta (la iliquidez) cuando la obligación no es determinable, es decir, cuando su valor no puede ser fijado mediante operación aritmética, sino que se requiere de actos previos para que se establezca un monto, como es el caso de la indemnización por daños y perjuicios o de una fianza (…)” (Cas. N° 3568-2000/Ica).

La nulidad formal del título no es otra cosa que la denuncia de los defectos formales que adolece el título ejecutivo según ley. Al respecto, la Corte Suprema se ha pronunciado:

“(…) La sustentación de la nulidad de un documento evidentemente debe deducirse en otra vía de acción, por lo que atendiendo a la naturaleza sumaria y expedita del proceso ejecutivo no sería posible sustentarla en este tipo de proceso donde únicamente el juzgador debe referirse a la nulidad formal del título sub litis y no a la nulidad sustancial del mismo” (Cas. N° 1369-2000/Chincha).

La falsedad del título implica la alteración como la falsificación de la firma del emitente constituyen diversos aspectos de la falsedad, como por ejemplo:

“(…) la ejecutada ha acreditado que el título valor incompleto ha sido llenado para exigir su cumplimiento, sin observancia de los acuerdos pactados por las partes, esto es contrariamente a lo acordado mediante contrato (...); en consecuencia la mencionada integración del pagaré sub litis en forma contraria al acuerdo de las partes ocasiona que el título valor carezca de mérito cambiario (…)” (Cas. N° 1933-2002/San Román-Puno).

La extinción de la obligación importa disolver o extinguir la relación jurídica que une al deudor con el acreedor. Estos supuestos de extinción estarían contemplados en nuestro CC como el pago, novación, compensación, condonación consolidación. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, cuando dice:

“La causal (de contradicción a la ejecución) de extinción de la obligación se produce cuando se cumple voluntariamente con el pago o se da alguna de las otras formas de extinción de las obligaciones” (Cas. N° 1369-2000/Chincha).

Un tema final en este punto, es el que al parecer ha surgido alguna confusión al señalar a las “excepciones” como supuestos de contradicción. Siendo breve, las excepciones procesales tienen una funcionalidad distinta a la “contradicción”.

Las excepciones cuestionan los presupuestos procesales que todo proceso (inclusive el de ejecución) debe mantener para una correcta relación jurídica procesal, mientras como ya hemos visto, la contradicción procura atacar al título mismo.

Por último, esta contradicción tiene como efecto –directo– de su admisión, la suspensión de la ejecución (a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones como por ejemplo la alemana o la portuguesa), hasta que se resuelve en definitiva este incidente.

## **6. LA CONTRADICCIÓN FRENTE A TÍTULOS DE NATURALEZA JUDICIAL**

Cuando se propicie ejecución sustentada en un título de naturaleza judicial el ejecutado solamente podrá contradecir, dentro de un plazo de tres días, sustentando el cumplimiento de la obligación (entenderemos que se refiere a supuestos de obligaciones no dinerarias) y a la extinción de la obligación (tratándose de obligaciones dinerarias). Aquí un comentario: el CPC ha recogido como supuesto la “extinción de la obligación” con lo cual se permitiría “todos los supuestos de extinción” que reconoce el CC y que hemos referido en párrafos precedentes, a diferencia de lo recogido en otras legislaciones en donde solo (respecto de títulos de naturaleza judicial en obligaciones dinerarias) se permitiría la contradicción por “pago”.

## **7. MEDIOS DE PRUEBA**

El CPC solamente ha permitido que se actúen –al interior del proceso de ejecución, específicamente a raíz de la contradicción– como medios de prueba: documentos, pericia y declaración de parte. Motivo por el cual, cualquier otro medio de prueba ofrecido será desestimado por el juez al momento del saneamiento probatorio. Lo novedoso de este punto no se refiere necesariamente a las contradicciones para procesos de obligación de dar suma de dinero, sino para los procesos de ejecución de garantías por cuanto en el texto anterior –previa a la modificación– solo se permitía como medios probatorios documentos.

## **8. RECHAZO LIMINAR**

Cerrando nuestro comentario, el CPC cierra el artículo refiriéndose a que solo las causas tasadas (antes desarrolladas) serán admisibles al interior de la ejecución, por lo que cualquier otra distinta a las enumeradas, serán rechazadas liminarmente. El legislador (tenemos la impresión) consideró que no habría más supuestos que discutirse ante un proceso de ejecución. En la práctica vemos que no es así (por ejemplo los casos de pagos parciales de la obligación) y ante (eventual)

un rechazo liminar solo quedaría a los ejecutados optar por la vía de acción en un proceso cognitivo para procurar hacer valer su derecho.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (1996): *Proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch; PROTO PISANI, Andrea (2006): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene; SATTA, Salvatore (1971): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BOVE, Mauro (1996): *L'esecuzione forzata ingiusta*. Turín: Giappichelli; LA FUENTE TORRALBA, Alberto José (2006): *La oposición a la ejecución*. Cizur menor (Navarra): Thomson-Civitas.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las alegaciones expuestas están basadas en cuestiones de probanza y una pretendida nueva calificación de los hechos orientados a cuestionar la tasación presentada por la parte actora, lo cual ha sido desestimado por las instancias de mérito al concluir que dicho argumento no es sustento de contradicción conforme a la norma procesal vigente, consecuentemente su pretensión casatoria resulta ajena al debate casatorio (*Cas. N° 1102-2013-Lima*).

Las causales que preceden devienen en improcedentes, por cuanto este Supremo Tribunal advierte que lo realmente cuestionado por el impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuados por los Jueces de Mérito, que concluyeron que es materia de ejecución el documento que contiene la garantía real otorgada (...) conclusiones valorativas esgrimidas por los juzgadores vulneran lo prescrito en el inciso 2 del artículo 690-D del Código Procesal Civil, aunado que no se señala que artículo de la Ley número 27287 se ha infringido, ni que norma que salvaguarde el debido proceso se ha vulnerado (*Cas. N° 2317-2013-Arequipa*).

La resolución recurrida incurre en error al confirmar el auto de primera instancia amparando la contradicción sin advertir que el juez de la causa sustituyó en forma indebida la causal de inexigibilidad de la obligación planteada por la de nulidad formal del título sin considerar que esta última incumple con los requisitos de admisibilidad que la ley exige a efectos de ampararse en la misma transgrediendo el debido proceso y el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva de la empresa actora por lo que debe declararse fundado el recurso de casación nula la sentencia de vista e insubsistente la resolución apelada (*Cas. N° 2339-2012-Piura*).

**Artículo 690-E | Trámite**

*Si hay contradicción y/o excepciones procesales o defensas previas, se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios pertinentes. Con la absolución o sin ella, el juez resolverá mediante un auto, observando las reglas para el saneamiento procesal, y pronunciándose sobre la contradicción propuesta.*

*Cuando la actuación de los medios probatorios lo requiera o el juez lo estime necesario, señalará día y hora para la realización de una audiencia, la que se realizará con las reglas establecidas para la audiencia única.*

*Si no se formula contradicción, el juez expedirá un auto sin más trámite, ordenando llevar adelante la ejecución. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 101.*

---

***Sergio Natalino Casassa Casanova***

---

**1. TRAMITACIÓN ANTES DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1069**

Los actos ejecutivos que hoy conocemos no son los que originalmente se establecieron en nuestro CPC. En efecto, el texto primigenio tenía algunas características que hoy hemos desterrado como por ejemplo: i) desaparición de la audiencia única a consecuencia de la contradicción (era inevitable la audiencia en la medida que se propusiera contradicción, independientemente del medio probatorio ofrecido), ii) la expedición de sentencia (sea que se formulara contradicción o no).

**2. NATURALEZA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN**

Nosotros hemos heredado, al igual que muchos países de este lado del continente, un proceso ejecutivo medieval en su vertiente hispánica y por ello es necesario compartir diversas opiniones respecto a la naturaleza jurídica del proceso de ejecución, y llegado el momento asumir posición respecto a las diversas que hay en doctrina, por cuanto es importante partir por la naturaleza jurídica de un proceso –en este caso nuestro proceso único de ejecución– en tanto que la misma será de utilidad para resolver ciertas dudas cuando nos encontremos frente a vacíos o problemas interpretativos de actos procesales en su interior.

---

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.



Para algunos, el entonces juicio ejecutivo no era más que un proceso de cognición sumaria. Esta postura se apoyaba entre otros fundamentos en que por su estructura, la finalidad de dicho juicio ejecutivo radicaba en la creación de un verdadero título de ejecución, ya que los documentos privilegiados por ley para iniciar la tutela ejecutiva, únicamente permitían la entrada al juicio, pero que sería la sentencia el verdadero título.

En ese sentido para gran sector de la doctrina española, el juicio ejecutivo no es un proceso de ejecución, sino un proceso sumario de cognición, con limitación cualitativa y cuantitativa de la misma, heredero del *processus executivus* medioeval. Pero es MONTERO quien nos comenta que la primera vez en que se calificó al juicio ejecutivo como proceso de declaración fue en las Adiciones a la traducción del *Derecho Procesal Civil* de GOLDSCHMIDT. A raíz de ello, ALCALÁ-ZAMORA habría considerado que el proceso documental y cambiario de la Ordenanza Procesal Civil Alemana tenía ciertas “afinidades fundamentales” con el proceso ejecutivo español, al punto que llegó afirmar que el juicio ejecutivo español no era otra cosa que un procedimiento documental y cambiario (MONTERO, 2004: p. 56).

Para aclarar este punto, y haciendo referencia al proceso documental y cambiario alemán, debemos recordar que en Alemania la ejecución era realizada por el Poder Ejecutivo –que era el único que podía hacer uso de la coacción o de la fuerza pública, en el entendido que al Poder Judicial le compete declarar el derecho– y, por ello, la ejecución podía ser confiada a órganos administrativos. Con esto veremos que algunos títulos ejecutivos eran asimilados a las sentencias, tal era el caso de los documentos autorizados por notario, a los que se les dotaba de una cláusula ejecutiva y por ello se le ejecutaba tan igual como una sentencia. Sin embargo, los títulos valores por no estar dotados de aquella cláusula ejecutiva se encauzaron como procesos declarativos orientados a tener una forma rápida de sentencia que se convirtiera en título ejecutivo. Este fue el proceso documental y cambiario, referido a obligaciones dinerarias o a la entrega de cosas fungibles o valores y en donde todos los hechos alegados podían ser acreditados solo por documentos.

He allí en donde se inicia la corriente de otorgarle naturaleza declarativa al proceso ejecutivo. Sin embargo, quienes apoyaban dicha teoría no lo hacían de forma uniforme. En efecto, mientras que un grupo atribuía dicho fundamento a la simple similitud que advertían con el proceso documental y cambiario, otros se limitaban a considerarlo como uno de cognición sumaria en virtud de sus atribuciones cualitativas destinados a satisfacer pretensiones dotadas de fehaciencia legalmente privilegiadas.

Posteriormente –sigue comentando MONTERO– FENECH, en un trabajo conjunto con CARRERAS (“*Los procesos sumarios de ejecución*”) calificó al juicio ejecutivo como “un proceso sumario de ejecución con posibilidad de oposición al título”. Inclusive nos refiere que CARRERAS en su obra *El embargo de bienes* llega afirmar que “la cognición repugna en el proceso de ejecución, pero solo antes de que se

despache esta, no cuando despachada se insertan procesos declarativos incidentales destinados, no a declarar derechos sino a fijar alguna de las condiciones de la propia ejecución y terminados por sentencia meramente procesales, desprovistas de carácter de cosa juzgada” (MONTERO AROCA, 2004: p. 57).

Otro sector de la doctrina avala la posición de que el proceso ejecutivo tiene naturaleza ejecutiva y no de cognición sumaria, afirmando que no se puede aseverar que la sentencia de remate innove en absoluto el contenido del título, pues se limita a disponer la reanudación del procedimiento de apremio, iniciado en el momento del embargo. Por eso le otorgaban un contenido meramente procesal a dicha sentencia la cual ratificaría la decisión jurisdiccional que dio inicio al juicio ejecutivo.

LIEBMAN, por su parte, sostuvo que el juicio ejecutivo se presenta como un proceso mixto de cognición y ejecución o, más exactamente como “un proceso de ejecución que contiene una fase de cognición”. Para justificar esta posición, nos manifiesta que el juicio ejecutivo, tal como ha sido aceptado y regulado por los códigos hispanoamericanos, nos presenta un proceso que no corresponde exactamente a ningún de los tipos indicados –entiéndase al proceso de conocimiento y al proceso de ejecución– pues su finalidad directa e inmediata es la ejecución, pero el legislador le ha parecido que los títulos que le dan ingreso no proporcionan una certeza suficiente de la existencia del crédito; por eso ha incluido en el curso de este proceso una fase en la cual el deudor es citado para oponer sus excepciones, y la ejecución no continúa si el juez no se convence de la falta de fundamento de las mismas (LIEBMAN, 1945: pp. 399-401).

Hecho todo este resumen de las diversas opiniones respecto a la naturaleza jurídica del “juicio ejecutivo”, debemos nosotros de manifestar que, en nuestra opinión, la naturaleza de nuestro proceso es uno propiamente de ejecución, y para ello hacemos la siguiente fundamentación:

- i) Como punto de partida, nuestro CPC, luego de las modificaciones incorporadas en el Decreto Legislativo N° 1069 responde a un lenguaje propio de un proceso de naturaleza netamente ejecutiva: “promover *ejecución*” (arts. 688 y 690); “procede la *ejecución*” (art. 699); “*ejecutado*” (arts. 690-D y 690-F); “contradecir la *ejecución*” (690-D); “*ejecutante*” (arts. 690-E, 692 y 692-A); “llevar adelante la *ejecución*” (art. 690-E); “denegación de la *ejecución*” (art. 690-F); “obligación materia de *ejecución*” (art. 692-A).

En segundo lugar, los presupuestos materiales (legitimación e interés para obrar) y la causa de pedir de la pretensión ejecutiva se reducen al título ejecutivo: “Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquel que en el mismo tenga la calidad de obligado (...)”; “Procede la ejecución cuando la

obligación contenida en el título es cierta, expresa, y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser además líquida o liquidable mediante operación aritmética”; “A la demanda se acompaña el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, y los que se especifiquen en las disposiciones especiales”. Como se puede apreciar todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa se condensa en el *título ejecutivo*.

- ii) En nuestro proceso de ejecución no se pide que se declare un derecho o que se condene a nuestro ejecutado, sino lo que se pide es que se despache la ejecución y que se realice los actos procesales precisos para llegar hasta el final de la ejecución: “El mandato ejecutivo, dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el título; bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada (...)”.
- iii) El hecho de que se inserte dentro del proceso de ejecución el incidente declarativo denominado contradicción, no le resta su naturaleza ejecutiva. En primer lugar porque no es una etapa obligatoria –estructuralmente hablando– en el diseño del proceso, ya que el mismo aparecerá únicamente ante la formulación del ejecutado, y en segundo lugar porque este incidente aparece inclusive en los casos en donde se pretende ejecutar una sentencia, sin que en estos casos siquiera se pretenda insinuar que la ejecución de una sentencia sea de naturaleza cognitiva.
- iv) Por último, veamos que de no mediar contradicción –lo cual es muy frecuente en la práctica– ya no se expide sentencia, sino muy por el contrario se emite un “auto” que sin más trámite ordenará llevar adelante la ejecución.

### 3. TRÁMITE CON CONTRADICCIÓN

Retomemos el comentario con el procedimiento regulado en el CPC: Si el ejecutado formula contradicción o alguna excepción o defensa previa, y respetuoso del principio al contradictorio, se correrá traslado al ejecutante para que absuelva las mismas, inclusive ofreciendo medios de prueba permitidos (documentos, pericia y declaración de parte) dentro de un plazo de tres días. Absuelto que sea el traslado o sin su absolución el juez podrá convocar a una audiencia única en tanto que lo estime conveniente y más que todo considerando los medios probatorios ofrecidos por las partes si es que las mismas requieren de actuación o no (como puede ser el caso de la pericia y la declaración de parte). En ese sentido el juez emitirá un auto procediendo al saneamiento procesal y de ser pertinente pronunciándose sobre la contradicción propuesta, llegando al caso a declarar fundada o infundada la contradicción.

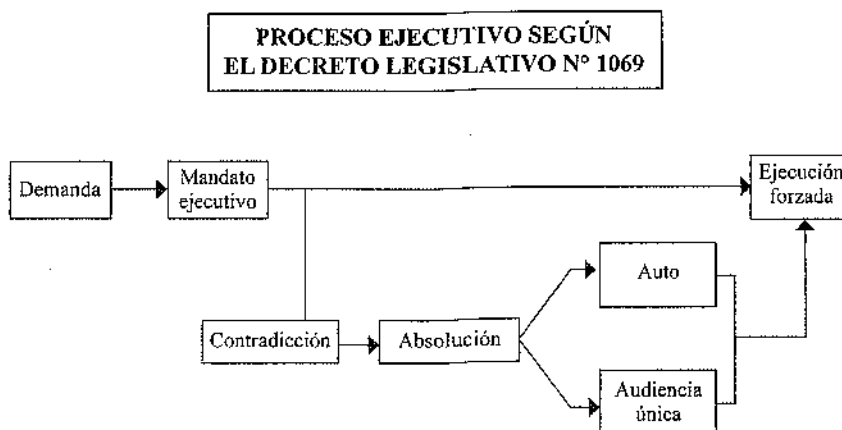
#### 4. TRÁMITE SIN CONTRADICCIÓN

Si el ejecutado no formula contradicción, el juez procederá a emitir un auto sin más trámite ordenando llevar adelante la ejecución. Aquí una observación: si no hay incidente que resolver, y el sentido y contenido de la resolución es meramente preclusiva y de naturaleza procesal, ¿qué sentido tiene que se haga mediante un auto?

Consideramos que para dar mayor celeridad y agilidad al proceso de ejecución se debería de emitir un “decreto” el cual generaría la misma finalidad mas no así las mismas consecuencias dilatorias al interior del proceso. En efecto, siendo un auto, se crea la posibilidad de que aunque no se haya formulado contradicción el ejecutado puede apelar este, y en tanto no quede firme no se podrá dar inicio a la ejecución forzada. A que si fuera un decreto –y sin limitar el derecho al recurso– cualquier cuestionamiento a dicha resolución se haría vía reposición y lo resuelto es inimpugnable. En consecuencia, tendríamos una ejecución mucho más célere y que no vulnera el derecho de los ejecutados.

#### 5. ESQUEMA DEL TRÁMITE DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

En consecuencia veamos cómo se tramitaría –esquemáticamente– el proceso de ejecución según las reglas del Decreto Legislativo N° 1069:



#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LIEBMAN, Enrico Tulio (1945): “Sobre el juicio ejecutivo”. En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Artículo 690-F | Denegación de la ejecución**

*Si el título ejecutivo no reúne los requisitos formales, el juez de plano denegará la ejecución.*

*El auto denegatorio solo se notificará al ejecutado si queda consentido o ejecutoriado. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 101.*

***Sergio Natalino Casassa Casanova*****1. DENEGATORIA POR DEFECTO DE TÍTULO**

Como ya tenemos en claro, en el proceso de ejecución el título constituye el presupuesto indispensable para dar inicio al mismo. En ese orden de ideas, si el título adolece de un error formal o un vicio que le reste de “eficacia ejecutiva” el juez denegará liminarmente dar inicio a la ejecución. En este caso no se ha expedido mandato y por aquella razón no existe contradicción alguna que denuncie el error formal o el vicio en el título, ha sido el propio juez que de la lectura y revisión del aparejado en la demanda entiende que no debe despachar ejecución.

Cuando nos referimos a errores formales o vicios, debemos entender que dicho título no cumple con la formalidad establecida por ley, o en algunos casos la carencia de presupuestos objetivos o subjetivos necesarios para su ejecución. Por ejemplo que se interponga la demanda ejecutiva ante un juez incompetente (no en razón al territorio), o que se interponga contra un sujeto que no está comprendido en el título, o se exija una prestación diferente a la contenida en el título, o que la obligación no sea cierta, expresa, exigible, y llegado el caso, líquida o liquidable.

**2. IMPUGNACIÓN DEL AUTO**

Por último, dicha resolución (denegatoria) es apelable con efecto suspensivo, pero el ejecutado no será notificado con el concesorio del recurso, es decir, no media contradictorio alguno. Solo se le notificará al ejecutado cuando dicha resolución denegatoria (liminarmente) ha quedado consentida, es decir, sin que el ejecutante haya formulado recurso alguno, o cuando haya quedado ejecutoriado, es decir, impugnada que fue la resolución (la cual al poner fin al proceso es inclusive susceptible de recurso de casación) la misma ha sido confirmada por los superiores.

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LIEBMAN, Enrico Tulio (1945): "Sobre el juicio ejecutivo". En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Si bien, el recurrente, cumple con señalar con claridad y precisión la infracción normativa incurrida esta no incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, por cuanto se advierte que la contradicción formulada por los ejecutantes, está basada en la nulidad formal del pagaré mas no en la nulidad formal de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria; por tanto, se concluye que no existe vulneración al derecho de defensa ni al debido proceso como es alegado por la parte de la impugnante (*Cas. N° 606-2012-Lima Norte*).

**Artículo 691****Auto y apelación**

*El plazo para interponer apelación contra el auto, que resuelve la contradicción es de tres días contados, desde el día siguiente a su notificación. El auto que resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo.*

*En todos los casos que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 369, 371, 372, 376, 702.*

***Sergio Natalino Casassa Casanova*****1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA**

Inicialmente el presente artículo tuvo una redacción distinta a como hoy la conocemos. En efecto, en su texto original se establecía:

*“El plazo para interponer apelación contra la sentencia es de cinco días contados desde notificada esta. En todos los casos en que en este Título se conceda apelación con efectos suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite”.*

Vemos en la redacción primigenia y según el texto original el plazo para apelar era de cinco días y se formulaba contra la “sentencia” expedida en el proceso ejecutivo. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1069 trajo la redacción descrita en el artículo bajo comentario y generaría los sinsabores que pasaremos a comentar.

**2. LOS PROBLEMAS EN LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO**

La modificación trajo entre otras cosas la reducción del plazo para impugnar de cinco a tres días, y esta vez se formularía no contra una “sentencia” sino contra un “auto”. Lo peculiar de la redacción del artículo es que por un lado se concederá la apelación con efecto suspensivo respecto de aquella resolución que ponga fin al proceso (de ejecución), en otras palabras solo cuando se declara “fundada” la

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

contradicción. En estos casos, y resulta evidente, si se declara “fundada” la contradicción propuesta por el ejecutado, impide continuar con actos ejecutivos. En estos casos resulta pertinente la concordancia con el artículo 376 del CPC, que regula el trámite de la “apelación de auto con efecto suspensivo”.

Sin embargo, el problema viene cuando se establece que “si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite”. Aquí la pregunta es ¿qué sucede si se declara “infundada” la contradicción? En estos casos, desestimada que sea la contradicción no se pone fin al proceso (de ejecución) motivo por el cual y según la redacción del artículo bajo comentario, se debería de conceder la apelación sin efecto suspensivo y “con calidad de diferida” (¿?).

Significa esto –según la tramitación regulada para este tipo de apelaciones– que el juez se reservaría el trámite de la apelación a fin de que sea resuelta por el superior conjuntamente con alguna resolución que justifique elevarse (¿cuál sería aquella resolución?). Es una fórmula inexplicable para este caso. Quizá el legislador intentó (y solo es una especulación) evitar dilaciones y que la ejecución sea más dinámica y posiblemente la apelación debió ser concedida sin efecto suspensivo y “sin la calidad de diferida”. Este tipo de efecto no vulneraría el derecho de defensa del ejecutado desde el momento que el artículo 728 del CPC impide el inicio de la ejecución forzada hasta que quede firme la resolución que desestimó (en este caso) la contradicción, y por el tipo de efecto concedido nos quedaría más que claro que contra dicha resolución impugnada (nos referimos a la que desestimó la contradicción) no procedería recurso de casación.

Hoy en día no sucede ni uno ni otro supuesto. Hoy nuestros jueces –a toda instancia– conceden la apelación “con efecto suspensivo” generando así una dilación indebida en la tramitación del proceso de ejecución (consideremos que el trámite son distintos cuando se trata de apelaciones con y sin efecto suspensivo, sumados a la posibilidad real de formular recursos de casación).

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LIEBMAN, Enrico Tulio (1945): “Sobre el juicio ejecutivo”. En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien el artículo 369 del CPC concede al juez la facultad discrecional de ordenar de oficio o a pedido de parte, reservar el trámite de una apelación sin efecto suspensivo; sin embargo, esta potestad debe ejercerse en consideración a razones atendibles que justifiquen la utilización de este mecanismo procesal como medio idóneo para hacer más fluida la tramitación del proceso (*Exp. N° 2497-98-Lima*).



**Artículo 692****Limitación cautelar**

*Cuando se haya constituido prenda, hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse este con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el juez en decisión inimpugnable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1055, 1091, 1097; C.P.C. art. 34.*

***Sergio Natalino Casassa Casanova***

Cuando el artículo bajo comentario hace referencia a que ante la existencia de una “garantía específica” que cobertura el cobro de la obligación impaga, resultará innecesario cautelarse con otros bienes del deudor para su futura ejecución, salvo que dichos bienes resulten insuficientes para coberturar el íntegro de la obligación. Este es un ejemplo del *principio de adecuación y limitación de la agresión ejecutiva*

Consideremos que el acreedor no puede agredir patrimonialmente al deudor sin límites concretos sobre los cuales ejercerá su acción y por ello solicitar al juez que proceda afectar el ámbito del deudor ejecutado en forma ilimitada. Esta agresión al ámbito patrimonial o personal del deudor por parte del Estado debe tener límites y ellos no pueden superar la necesidad de asegurar efectivamente el cobro de la suma puesta a cobro. Pese a que esta norma se encuentra sistemáticamente dentro de las reglas generales del proceso de ejecución, no le vemos razón para no ser aplicada también a procesos cognitivos.

Esta limitación de agresión al patrimonio del deudor la reflejaremos con un ejemplo: Si A demanda a B por US\$ 100,000 (solo para la mejor comprensión del ejemplo propuesto hablaremos de importes capitales) y tiene garantía mobiliaria por US\$ 20,000, existe una evidente descobertura por US\$ 80,000, motivo por el cual las medidas ejecutivas orientadas en asegurar la sanción ejecutiva deberán procurar asegurar el importe impago, es decir solo por US\$ 80,000. Si se solicitara alguna medida “cautelar” que obviase la existencia de una garantía específica, el deudor afectado podrá solicitar el levantamiento o llegado el caso la reducción de la suma afectada atendiendo a que existe una garantía específica que cobertura la suma que se pretende asegurar.

Este artículo es muy importante concordarlo con lo dispuesto por los artículos 716 y 724 del CPC. Con relación al artículo 716 se permite la ejecución, en un proceso de obligación de dar suma de dinero, ejecutar en etapa de ejecución forzada una “garantía extra judicial” otorgada por el deudor. Pongamos un ejemplo: “A” demanda obligación de dar suma de dinero a “B” por US\$ 100,000 y solicita un embargo por US\$ 80,000, ya en etapa de ejecución procurara ejecutar tanto el embargo (por US\$ 80,000) como la garantía mobiliaria otorgada por el ejecutado por US\$ 20,000. En este caso, se ha respetado lo dispuesto en el artículo 692 en el sentido de que solo se ha afectado por la suma descubierta.

En el caso del artículo 724 podría darse la figura inversa: “A” demanda a “B” por US\$ 100,000 en un proceso de ejecución de garantía, teniendo como garantía específica de este proceso una garantía mobiliaria por US\$ 20,000. Pero en este proceso (o antes de él) solicitará un embargo por US\$ 80,000, atendiendo a la evidente descubierta del crédito, a fin de que en etapa de ejecución forzada se haga vender ambos bienes. Aquí también se ha respetado lo dispuesto por el artículo 692 del CPC.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LIEBMAN, Enrico Tulio (1945): “Sobre el juicio ejecutivo”. En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado del proceso de ejecución civil*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los bienes dados en prenda vehicular no pueden seguir en posesión de la demandada, pues, ante la mora en el pago que ha incurrido, la demora del proceso le va a permitir seguir explotando económicamente los vehículos en su provecho y en desmedro del crédito del ejecutante, pues por la depreciación acelerada de los mismos, cuando se ordene el remate no va a contar físicamente y en forma oportuna con los mismos. Debe ampararse la medida pues los bienes a secuestrarse deben estar a disposición del juzgado, para los efectos de la tasación comercial actualizada, requisito de admisibilidad en el proceso de ejecución de garantías (*Exp. N° 10731-1234-99, Sala de Procesos Ejecutivos*).

La hipoteca no determina la desposesión del bien y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien. Aunque no se cumpla con la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del bien por el valor de la hipoteca, siendo nulo todo pacto en contrario. Por ello, si se ha pactado la dación en pago en caso de incumplimiento, ello no puede operar por ser un pacto en contra de la ley (*Exp. N° 1454-98, Segunda Sala Civil*).

La garantía hipotecaria es un acto jurídico que constituye título ejecutivo suficiente para que el ejecutante recurra al órgano jurisdiccional a efectos de lograr la ejecución de la misma. Si el ejecutado cumple con consignar una cifra mayor a lo adeudado es procedente suspender el remate judicial. La suma por intereses, costas y costos es susceptible de ser ejecutable vía remate judicial del bien hipotecado que garantice su liquidez (*Exp. N° N-576-97, Primera Sala Civil*).

**Artículo 692-A | Señalamiento de bien libre y procedimiento de declaración de deudor judicial moroso**

*Si al expedirse el auto que resuelve la contradicción y manda llevar adelante la ejecución en primera instancia, el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, aquel solicitará que se requiera a este para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados, a efectos que, con su realización, se cumpla el mandato de pago, bajo apercibimiento establecido por el juez, de declarársele deudor judicial moroso e inscribirse dicho estado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos, a solicitud del ejecutante.*

*El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1055, 1091, 1097; C.P.C. art. 34.*

***Sergio Natalino Casassa Casanova*****1. INTRODUCCIÓN**

Uno de los mayores retos que asume el ejecutante –respecto de obligaciones dinerarias– se refiere a la exigencia que tiene este de encontrar elementos patrimoniales susceptibles de ser utilizados para satisfacer su interés. Ante los espectaculares avances de la llamada ingeniería mercantil especializada en crear insolvencias aparentes o en borrar el rastro del auténtico titular de los bienes y derechos, nos encontramos –como acreedores– en la limitación de acceder a información patrimonial pública (registral) y a la restricción de acceder a información confidencial de nuestro deudor (Ley de Protección de Datos Personales: Ley N° 29733) lo que hace difícil nuestra tarea “investigadora”.

Antes ello, la tutela del crédito requiere algo más que la simple consulta de registros públicos, y ante la inexistente labor investigadora del juez o dicho en otras palabras una nula actividad judicial específicamente orientada a determinar

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008. 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.

la verdadera composición del patrimonio del ejecutado para de este modo garantizar la eficacia de la ejecución, nos encontramos frente al artículo bajo comentario.

## 2. MODELOS UTILIZADOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En otras legislaciones existe un modelo de investigación patrimonial que resulta ilustrativo comentar.

En el Derecho inglés, el régimen de investigación de bienes del ejecutado viene presidido por la intervención de la autoridad judicial que, a instancia del acreedor puede disponer que el deudor sea citado a comparecer ante un órgano delegado del juez, bajo la advertencia conminatoria de la aplicación de una sanción (*contempt of court*), encontrándose obligado a responder a las preguntas relativas a su situación patrimonial y a exhibir los documentos correspondiente.

En el sistema francés se otorga la función de localización de bienes al *huissier de justice* y únicamente en caso de que este se vea impedido de localizar bienes interviene el procurador de la República, equivalente al Ministerio Público.

En Alemania todo da vueltas sobre la manifestación de bienes (*eidesstattliche Versicherung*) que deberá realizar el ejecutado, y cuyo incumplimiento puede llegar a comportar la privación de libertad por un periodo de hasta seis meses. En el modelo español la investigación patrimonial forma parte de la potestad jurisdiccional, pues se trata de una actividad incluida en el mandato del artículo 117.3 de la Constitución que atribuye a los órganos integrantes en el Poder Judicial el poder de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Desde esta perspectiva, se vincula al juez con la ejecución en conexión con el principio de impulso de oficio.

Por último, tomemos como ejemplo el modelo sueco el cual se caracteriza por la concentración de la actividad ejecutiva en el servicio público de ejecución forzosa, el cual es un órgano administrativo al que se le encomienda la realización de toda clase de títulos ejecutivos, ya sea jurisdiccionales o administrativos, de modo que en Suecia la efectividad de las sentencias de condena pecuniaria queda al margen del Poder Judicial.

## 3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Probablemente este es uno de los artículos –dentro de la ejecución– que ha tenido la mayor cantidad de variantes desde la entrada en vigencia del Código. El artículo bajo comentario tuvo su antecedente en el entonces artículo 703 del CPC, en su texto original, con la siguiente redacción:

“Artículo 703.- Si al expedirse sentencia en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale bien libre de gravamen, bajo apercibimiento de ser declarado en quiebra.

De no señalarse bienes dentro del plazo concedido, concluirá el proceso ejecutivo aunque la sentencia hubiese sido impugnada, y se declarará la quiebra del ejecutado, siguiéndose este proceso según la ley de la materia.

Si el superior revoca la sentencia de primera instancia y ordena se lleve adelante la ejecución, se aplicará lo dispuesto en los párrafos precedentes”.

Posteriormente, dicho artículo fue sustituido por la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 845, con el siguiente texto

Artículo 703.- “Si al expedirse la sentencia en Primera Instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale bien libre de gravamen, bajo apercibimiento de presentarse solicitud de su declaración de insolvencia.

De no señalarse bienes suficientes dentro del plazo concedido, concluirá el proceso ejecutivo, y se remitirán los actuados a la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi o a la entidad delegada que fuera competente, siguiéndose el proceso de declaración de insolvencia según lo establecido en la ley de la materia.

Si el superior revoca la sentencia de primera instancia y ordena se lleve adelante la ejecución, se aplicará lo dispuesto en los párrafos anteriores”.

El 24 de junio de 1999 se publicó la sustitución del artículo antes citado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 27146, quedando el texto del artículo de la siguiente manera:

“Artículo 703.- Si al expedirse la sentencia en Primera Instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale bien libre de gravamen, bajo apercibimiento de presentarse solicitud de su declaración de insolvencia.

De no señalarse bienes suficientes dentro del plazo concedido, concluirá el proceso ejecutivo, y se remitirán copias certificadas de los actuados a la Comisión de Reestructuración Patrimonial del Indecopi o a la entidad delegada que fuera competente, la que sin más trámite declarará la insolvencia del deudor.

Si el superior revoca la sentencia de primera instancia y ordena se lleve adelante la ejecución, se aplicará lo dispuesto en los párrafos anteriores.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un proceso de ejecución de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo o ejecutivo”.

Luego se sustituyó el artículo a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 27809, la cual trajo la siguiente variante:

“Artículo 703. Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.

Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concuriales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo”.

El Decreto Legislativo N° 1069 derogó el artículo 703, sin embargo creó el artículo 692-A y cuya redacción quedó de la siguiente manera:

“Artículo 692-A. Si al expedirse el auto que resuelve la contradicción y manda llevar adelante la ejecución en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.

Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copia certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concuriales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo”.

Por último, la Ley N° 30201, publicada el 28 de mayo de 2014, modificó el artículo bajo comentario quedando el texto tal cual lo hemos presentado el cual se aplicará inmediatamente a los procesos judiciales en los cuales aún no se haya requerido al deudor ejecutado el señalamiento de bienes libres o parcialmente gravados con cuya realización se cumpla la obligación puesta a cobro.

Con esta modificación se ha eliminado la posibilidad –directa– de que se declare la disolución y liquidación de los ejecutados y demandados (recordemos que ahora es claro el artículo en sentido a que también es aplicable a los procesos

---

de cognición) que no contasen con bienes suficientes que sirvan para cubrir la obligación puesta a cobro. Ahora la “sanción” (por llamarlo de alguna manera) que se impondrá será la de ser declarado “deudor judicial moroso” e inscribir dicho estado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos, a solicitud del ejecutante. Solo el tiempo nos dirá las ventajas o desventajas de esta “nueva” modificación con relación a la finalidad –concreta y abstracta– del proceso.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GARBERI LLOBREGAT, José (2010): *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Cizur menor (Navarra): Thomson-Reuters; ORDUÑA MORENO; TAMAYO HAYA, Silvia (2006): *La protección patrimonial del crédito*, tomo I. Cizur menor (Navarra): Thomson-Reuters.

---

---

**CAPÍTULO II**  
**PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN<sup>(\*)</sup>**  
**SUBCAPÍTULO 1**  
**DISPOSICIONES ESPECIALES**

**Artículo 693**

**Títulos ejecutivos (DEROGADO)**

*Se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos:*

- 1. Títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;*
- 2. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia.*
- 3. Prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido.*
- 4. Copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta.*
- 5. Documento privado que contenga transacción extrajudicial.*
- 6. Documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual.*
- 7. Testimonio de escritura pública.*
- 8. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo. (\*\*)*

---

(\*) Denominación del Capítulo II y del Subcapítulo I según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

(\*\*) Artículo derogado por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008, que establece disposiciones para la mejora de la administración de justicia en materia comercial, modificando y derogando diversas normas procesales. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre el mencionado tema a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.



**Artículo 694****Admisibilidad**

*Se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones:*

1. *Dar;*
2. *Hacer; y,*
3. *No hacer. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1132, 1148, 1158; L.G.S. art. 75.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el objeto del proceso único de ejecución, es decir, las obligaciones que son pasibles de demandar judicialmente.

Según nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones son de dar, hacer y no hacer, por tanto, son las únicas que podrían demandarse a través del proceso único de ejecución.

A continuación procederemos a realizar un breve análisis al respecto.

**2. EL OBJETO DEL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN:  
LAS OBLIGACIONES**

El proceso de ejecución sirve para materializar en la realidad lo plasmado en el título ejecutivo, solo son factibles de realizarse conductas y no ficciones jurídicas.

El proceso de ejecución, también denominado de ejecución forzada es:

“[A]quella 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. Es, pues, el medio por el cual el orden jurídico reacciona ante una forma particular de ilícito, consistente en la transgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento a favor de otro sujeto” (LIEBMAN, 1980: p. 150).

Como se puede apreciar únicamente son pasibles de ejecución las obligaciones por ello es errónea la denominación de ejecución de garantías, porque las

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 27027 del 27/12/1998.

garantías no se ejecutan ya que son accesorias a una obligación, lo que se ejecuta es la obligación y si tiene una garantía la misma puede realizarse judicialmente.

Es claro que lo enseñado por la profesora ARIANO (2003: p. 554) es aplicable también en la actual normativa, para ella:

“(...) La denominada ejecución de garantías solo se debería (legítimamente) iniciar con un título (alguno, repito de los del art. 693 del CPC) cuando el documento que contiene la garantía no sea, a su vez, él per se un título, es decir cuando ese documento además de ser el contenedor de la garantía, sea además uno de aquellos que enumera el artículo 693 del CPC y contenga la obligación cierta, expresa y exigible (que es la que se trata de satisfacer con la ejecución) (...) Si ello no fuera así, si del documento que contienen las garantías no contiene la formalidad exigida para ser título y/o no contiene la consabida obligación cierta, expresa y exigible, debería ser inevitable que se acompañe el título (repito, por última vez, cualquier título de los enumerados en el art. 693) para estar en presencia de una ejecución que pueda legítimamente iniciarse”.

Como lo enseña la doctrina:

“(...) la obligación constituye una relación jurídica por la que una persona, denominada acreedora, tiene el derecho de exigir a otra persona, denominada deudora, el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer, es decir, el cumplimiento de prestaciones positivas o negativas” (OSTERLING y CASTILLO; 2008: p. 56).

Siendo esto así, para la procedencia de las demandas ejecutivas es necesario que la pretensión se refiera a obligaciones (prestaciones) dar, hacer o no hacer y que este contenida en un título ejecutivo, además que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 689 del CPC.

### **3. LAS OBLIGACIONES (PRESTACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER)**

En puridad son las prestaciones lo que tiene que cumplir el deudor a favor de su acreedor, y las prestaciones son el objeto de la obligación.

La prestación es la conducta que debe desplegar el deudor para cumplir la obligación, estas prestaciones pueden ser de dar, hacer y no hacer.

- Las prestaciones de dar implican la entrega física o jurídica de un bien por parte del deudor al acreedor, por ejemplo devolver un automóvil que se lo entregaron en arrendamiento.
- Las prestaciones de hacer consisten en la realización de algún bien, o en la ejecución de algún servicio, por ejemplo construir un edificio para una empresa.

- Las prestaciones de no hacer consisten en la abstención por parte del deudor de realizar alguna conducta, por ejemplo abstenerse de adquirir un bien determinado.

Estas prestaciones son el objeto de las obligaciones y son las únicas pasibles de ser satisfechas a través del proceso único de ejecución, ya que este mecanismo de tutela jurisdiccional ha sido precisamente diseñado para el cumplimiento de las obligaciones de manera forzada.

#### 4. CONCLUSIONES

El objeto del proceso de ejecución son únicamente las obligaciones (prestaciones) de dar, hacer y no hacer.



#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; OSTERLING, Felipe; CASTILLO FREYRE Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.



#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Jorge Avendaño, Juan Monroy, Felipe Osterling Parodi (dir.).



#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las instancias de mérito han concluido que la Empresa accionante cuenta con legitimidad suficiente para interponer la presente demanda y así poder ejercer su derecho frente al incumplimiento de la ejecutada, quien no ha cumplido con honrar su obligación contraída con la ejecutante; en consecuencia, no se advierte afectación al debido proceso como alega la impugnante en su medio impugnatorio. Además, los plenos Jurisdiccionales Constitucionales no son vinculantes, toda vez que son realizados por las Salas Especializadas de la Corte Superior (*Cas. N° 958-2012-Lima*).

**Artículo 695** | **Ejecución de obligación de dar suma de dinero**

*A la demanda con título ejecutivo para el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero se le dará el trámite previsto en las Disposiciones Generales. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 424, 425, 688, 693.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula procedencia del proceso único de ejecución cuando se trata del cumplimiento de prestaciones de sumas de dinero.

A continuación pasaremos a realizar un análisis del trámite del procedimiento cuando se trata de pretensiones dinerarias.

**2. EL DINERO**

“Aunque en términos generales, las obligaciones pueden consistir en entregar una cosa o en hacer en no hacer algo, en una economía medianamente avanzada y fundada en la división del trabajo, el dinero opera como instrumento de intermediación en los cambios y, por consiguiente, como uno de los más importantes objetos de las posibles prestaciones que se insertan en una relación obligatoria. El dinero es, v. gr., el objeto del precio de la compraventa o del arrendamiento, el objeto de la retribución de un servicio o, en general, de la remuneración de una prestación de hacer, el objeto de un contrato de préstamo, de la obligación de aportación a una sociedad o fondo social” (DÍEZ-PICAZO, 2007: pp. 253-254).

En ese sentido el dinero es una unidad de medida de valor económico de los bienes en general y además es el principal instrumento para el intercambio de bienes y servicios.

Como lo enseña la doctrina, “la deuda de suma de dinero presenta dos características sustanciales, que marcan su régimen jurídico. Ante todo, como lo debido es abstractamente un valor o una suma, la obligación no puede nunca devenir imposible, con carácter general y absoluto (...)” (DÍEZ-PICAZO, 2007: p. 259).

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Debido a la importancia del dinero en la economía actual el legislador –pese a ser un bien mueble– hace una distinción para el trámite procedimental cuando la pretensión ejecutiva sea precisamente la de dar suma de dinero, es más, existe una mayor regulación al respecto.

### 3. LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN

Las disposiciones generales reguladas para el proceso único de ejecución que se encuentran en el Capítulo I del Título V del CPC, han sido básicamente establecidas por el legislador para tramitar las pretensiones ejecutivas de dar suma de dinero, así como el trámite de la ejecución forzada regulado en el Capítulo V del CPC, esto demuestra que en una idea –errada– el legislador considera que la mayor parte de los casos ventilados a través del proceso único de ejecución se ventilarán pretensiones pecuniarias.

### 4. EL TÍTULO EJECUTIVO

El título ejecutivo es:

“(…) Aquel documento al que la ley le otorga la idoneidad para conformar un título ejecutivo: documento que contiene o incorpora una obligación cierta, expresa, exigible, y, tratándose de una obligación pecuniaria, líquida, o liquidable, el mismo que constituye el presupuesto necesario y suficiente para legitimar al titular del derecho señalado en el título del ejercicio de la pretensión ejecutiva contra quien en el título aparece como obligado” (ARIANO, 2003: p. 192).

Para el análisis del presente artículo, la obligación además de ser cierta, expresa y exigible deberá líquida o liquidable, ello con la finalidad que la pretensión ejecutiva pueda ser satisfecha a través del proceso único de ejecución, de lo contrario, será necesario recurrir a un proceso de cognición.

MONTERO nos enseña que:

“(…) Requisito inexcusable para el despacho de la ejecución dineraria es que del título mismo, sea judicial o extrajudicial, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida (art. 571). La LEC considera líquida toda cantidad determinada que se exprese en el título mediante letras, cifras o guarismos comprensibles, señalando que en el caso de que exista disconformidad entre diversas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras (art. 572.1). (...) Es evidente que la LEC no eleva la liquidez a requisito ineludible para despachar la ejecución, pues siempre es posible la existencia de prestaciones no directamente pecuniarias; pero lo que la LEC sí hace es considerar la liquidez elemento necesario para despachar la ejecución cuando se

trata de obligaciones pecuniarias, de modo que, para los casos en que el título no es líquido establece que es necesario liquidar antes de despachar la ejecución. Tratándose de obligaciones dinerarias no hay despacho de ejecución que no se refiera a una cantidad líquida, esto es, perfectamente determinada” (MONTERO, 2004: p. 1274).

Lo expuesto en el párrafo anterior es perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual, el que la obligación contenida en el título ejecutivo sea líquida o liquidable mediante operación aritmética, es un requisito para que el juez pueda despachar ejecución con el correspondiente mandato ejecutivo.

Cuando la norma procesal señala que la obligación contenida en el título ejecutivo debe --por lo menos-- ser liquidable mediante operación aritmética, quiere decir que dicha obligación deberá ser pasible de determinarse a través de operaciones como la suma o adición, resta o sustracción, multiplicación y división.

## 5. CONCLUSIONES

- El legislador ha considerado que la mayoría de los procesos judiciales que se ventilan a través del proceso único de ejecución se trata de pretensiones ejecutivas de dar suma de dinero, por ello, se aplican en su totalidad las normas que se refieren a las disposiciones generales del proceso único de ejecución, asimismo, la ejecución forzada regulada en el CPC está pensada precisamente para la satisfacción de pretensiones ejecutivas dinerarias.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; DíEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cerdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andres; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzada, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel

Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler; José Francisco Vallis Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol. 3. Buenos Aires: EJE A; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Jorge Avendaño, Juan Monroy, Felipe Osterling Parodi (dir.).

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El protesto por falta de pago es el requerimiento notarial del obligado para que pague la obligación dineraria contenida en el título valor, cuyo efecto otorga mérito ejecutivo a dicho título. El acta tiene por objeto acreditar ese hecho por lo que la ley la ha sujetado a formalidades, entre ellas, que contenga el nombre de la persona con quien se entienda y su respuesta a los motivos de la falta de esta. El no cumplir con ello, no otorga mérito ejecutivo a la cambial (*Exp. N° 11798-98*).

El título valor es un documento probatorio, constitutivo y dispositivo que contiene una declaración unilateral de voluntad, de la que deriva una obligación a cargo del que lo suscribe, y un derecho a favor del acreedor: es decir, en él se halla incorporado ya el derecho y por ende no requiere de documento adicional alguno para que lo sustente como una acreencia patrimonial (*Exp. N° 38076-98-Lima*).

Si se pretende el cobro ejecutivo de arriendos, pero de la demanda no fluye el número de bienes arrendados, la renta mensual respecto de cada uno y el período del adeudo, dichas omisiones pueden ser subsanadas a través de la inadmisibilidad de la demanda (*Exp. N° 19062-98-Lima*).

Cuando se ejercita la acción cambiaria directa y no la acción causal, es irrelevante toda controversia respecto al origen de la obligación que ha dado origen a las cambiales. El vocablo "a la fecha de vencimiento" no enerva la validez del título valor si existe referencia precisa en la parte superior del título sobre la fecha de vencimiento (*Exp. N° 12313-98-Lima*).

Las liquidaciones de saldo deudor que emiten las empresas del sistema financiero no tienen mérito ejecutivo, pues contienen una declaración unilateral del demandante, mas no un derecho declarado. La sola alusión a su mérito ejecutivo que hace el artículo 32 de la Ley N° 26762 resulta insuficiente para acceder a su exigibilidad. Se otorga derecho para promover ejecución a quien en el título ejecutivo o de ejecución tiene reconocido un derecho a su favor, contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado (*Exp. N° 12986-98-Lima*).

**Artículo 696**

**Competencia (DEROGADO)**

*El juez de paz letrado es competente para conocer las pretensiones cuya cuantía no sea mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del juez civil. (\*)*

---

(\*) Artículo derogado por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008, que establece disposiciones para la mejora de la administración de justicia en materia comercial, modificando y derogando diversas normas procesales. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre el mencionado tema a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.



## SUBCAPÍTULO 2

### EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO<sup>(\*)</sup>

#### Artículo 697 | **Mandato ejecutivo (DEROGADO)**

*El juez calificará el título ejecutivo, verificando la concurrencia de los requisitos formales del mismo. De considerarlo admisible, dará trámite a la demanda expidiendo mandato ejecutivo debidamente fundamentado, el que contendrá una orden de pago de lo adeudado, incluyendo intereses y gastos demandados, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.*

*El mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. La apelación solo podrá fundarse en la falta de requisitos formales del título.*

*Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se puede demandar la primera. (\*\*)*

#### Artículo 698 | **Aseguramiento de la ejecución (DEROGADO)**

*El ejecutante puede solicitar al juez el aseguramiento de la ejecución, aplicando para tal efecto lo previsto en el Subcapítulo I del Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta de este Código, en lo que sea pertinente. (\*\*)*

#### Artículo 699 | **Denegación de la ejecución (DEROGADO)**

*Si el título ejecutivo no reúne los requisitos formales, el juez de plano denegará la ejecución.*

*El auto denegatorio solo se notificará al ejecutado si queda con sentido o ejecutoriado. (\*\*)*

(\*) Subcapítulo 2 derogado por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

(\*\*) Los artículos 697 al 703 del presente subcapítulo fueron derogados por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008, que establece disposiciones para la mejora de la administración de justicia en materia comercial, modificando y derogando diversas normas procesales. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre el mencionado tema a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

**Artículo 700**

**Contradicción (DEROGADO)**

*El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.*

*La contradicción se podrá fundar en:*

- 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;*
- 2. Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;*
- 3. La extinción de la obligación exigida; o,*
- 4. Excepciones y defensas previas.*

*El juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si esta se funda en supuestos distintos a los enumerados. (\*)*

**Artículo 701**

**Trámite (DEROGADO)**

*Si hay contradicción se concede traslado al ejecutante, quien deberá absolverla dentro de tres días proponiendo los medios probatorios respectivos. El juez citará a audiencia para dentro de diez días de realizada la absolución o sin ella, la que se sujetará a lo dispuesto en el artículo 555, en lo que fuese aplicable.*

*Si no se formula contradicción, el juez expedirá sentencia sin más trámite ordenando llevar adelante la ejecución. (\*)*

**Artículo 702**

**Sentencia (DEROGADO)**

*El plazo para expedir sentencia es de cinco días de realizada la audiencia o de vencido el plazo para contradecir. (\*)*

(\*) Los artículos 697 al 703 del presente subcapítulo fueron derogados por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008, que establece disposiciones para la mejora de la administración de justicia en materia comercial, modificando y derogando diversas normas procesales. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre el mencionado tema a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

**Artículo 703****Señalamiento de bien libre (DEROGADO)**

*Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.*

*Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.*

*El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo. (\*)*

(\*) Ídem.

### SUBCAPÍTULO 3

## EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN DE DAR BIEN MUEBLE DETERMINADO

#### Artículo 704

#### Procedencia

*Si el título ejecutivo contiene obligación de dar bien mueble determinado, el proceso se tramitará conforme a las disposiciones generales, con las modificaciones del presente Subcapítulo. En la demanda se indicará el valor aproximado del bien cuya entrega se demanda. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 34, 424, 425, 593, 688, 689, 693, 694 inc. 2, 697 a 703.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula la procedencia del proceso único de ejecución cuando se trata de prestaciones de dar bien mueble y, aunque no lo señale literalmente, también será aplicable para las prestaciones de dar bien inmueble.

A continuación trataremos de explicar por qué la diferencia de algunos aspectos del trámite procedimental cuando se trata de prestaciones de dar bien mueble e inmueble respecto de cuando se trata del cumplimiento de prestaciones de dar suma de dinero, entre otros aspectos.

### 2. LAS OBLIGACIONES (PRESTACIONES DE DAR)

Como lo enseña la mejor doctrina, “las obligaciones con prestaciones de dar son, a grandes rasgos, aquellas que implican la entrega física o jurídica de un bien” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 149).

Nuestro legislador ha optado por regular con mayor especificidad el cauce procesal cuando se trata de obligaciones de dar suma de dinero, aunque en puridad ello también se trata de obligaciones con prestaciones de dar bien mueble (el dinero es un bien mueble).

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Ahora bien, la norma objeto de comentario regula la posibilidad de iniciar el proceso único de ejecución cuando el título ejecutivo contenga obligaciones con prestaciones de dar bien mueble determinado distinto al dinero, es decir, que no sean prestaciones dinerarias.

En este orden de ideas, cuando se señala que se trata de obligación de dar bien determinado debe entenderse que el legislador se ha referido a lo que la doctrina civilista denomina como bien cierto.

“Entendemos por bien cierto a aquel que al momento de generarse la obligación (cualquiera sea su causa) se encuentra total y absolutamente determinado o individualizado, vale decir, que se ha establecido con precisión qué deberá entregarse” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 149).

Como podrá verificarse dentro de los bienes ciertos se encuentra el dinero, pero la norma se refiere a los otros bienes muebles como un auto, un yate, un ómnibus, un tractor, etc.

Por lo general las características de los bienes muebles determinados estarán en sus partidas registrales en caso de que sean bienes registrables, en caso no lo sean, las características deberán estar suficientemente especificados en el título ejecutivo.

### **3. EL TÍTULO EJECUTIVO Y LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN**

Para que pueda entablarse el proceso único de ejecución, la obligación—sea cual fuere—deberá estar contenida en un título ejecutivo y dicha obligación deberá ser cierta, expresa y exigible (art. 689 del CPC).

El legislador a través de la ley, es quien señala qué documentos constituyen títulos ejecutivos (art. 688 del CPC), ello con la finalidad de darles a ciertos documentos la posibilidad de su ejecución rápida y con ello facilitar el tráfico comercial, siendo que tales documentos deben ceñirse a ciertos parámetros, el título ejecutivo “es aquel documento al que la ley le otorga la idoneidad para conformar un título ejecutivo: documento que contiene o incorpora una obligación cierta, expresa, exigible, y, tratándose de una obligación pecuniaria, líquida, o liquidable, el mismo que constituye el presupuesto necesario y suficiente para legitimar al titular del derecho señalado en el título del ejercicio de la pretensión ejecutiva contra quien en el título aparece como obligado” (ARIANO, 2003: p. 192).

Al señalarnos que en caso de pretensiones ejecutivas de dar bienes muebles determinados (distintos al dinero) el proceso se tramitará conforme a las disposiciones generales, el legislador lo que hace es remitirnos a lo regulado en el Capítulo

I del Título V del CPC, y además señala que se deberá tomar en cuenta las modificaciones del Subcapítulo 3 (Ejecución de obligación de dar bien mueble determinado), es decir, seguiremos el trámite de las disposiciones generales del proceso único de ejecución, pero habrá situaciones particulares –debido a que la obligación a ejecutarse es de dar bienes muebles distintos al dinero– donde el juez no deberá seguir tales reglas (como por ejemplo el plazo que se otorga al ejecutado en el mandato ejecutivo para el cumplimiento de la obligación).

#### **4. OBLIGACIÓN DE DAR BIEN INMUEBLE DETERMINADO**

Como se puede apreciar, la norma objeto de comentario se limita a referirse a las obligaciones de dar bienes muebles determinados y, como ya hemos analizado, se refiere a todos aquellos bienes muebles determinados distintos al dinero.

Ahora bien, es claro que esta norma y las siguientes que regulan su trámite procedimental también son aplicables para las pretensiones ejecutivas de obligación de dar bien inmueble determinado.

En efecto, nada obsta que existan obligaciones de dar bienes inmuebles que estén contenidas en un título ejecutivo, y si ese es el caso el proceso único de ejecución es la vía acorde.

En dichos casos el juez deberá adecuar el proceso judicial y remitirse a las normas establecidas en el CPC para viabilizar la ejecución de esta obligación, como por ejemplo el lanzamiento (art. 593 del CPC).

Siendo esto así, es factible que existan obligaciones con prestaciones de dar bien mueble como bienes inmuebles, por ende, aunque el legislador expresamente no haya establecido la posibilidad de que a través del proceso único de ejecución se puedan ventilar pretensiones ejecutivas de dar bien inmueble determinado, ello sí es perfectamente posible y viable debiéndose aplicar las normas reguladas para las pretensiones ejecutivas de obligación de dar bienes muebles determinados en lo que su naturaleza no se oponga; lo contrario sería atentar contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables.

#### **5. ANEXO ESPECIAL**

Toda demanda debe reunir los requisitos establecidos en los artículos 424 y 425 del CPC, además que en el caso de demandas ejecutivas la obligación debe estar contenida en el título ejecutivo, empero para el caso de las pretensiones ejecutivas de dar bien mueble determinado se deberá adjuntar tasación del bien o algún documento donde se verifique el valor aproximado del bien.

Esto se debe a que básicamente, al tratarse de bienes muebles estos pueden desaparecer o deteriorarse, en el supuesto de bienes inmuebles es más difícil que suceda ello, aunque también sería conveniente que se adjunte a la demanda ejecutiva tasación o algún otro documento que dé una referencia de su valor.

En todo caso, este requisito será de admisibilidad más de procedencia, por ello, la falta del mismo no será causal para denegar la ejecución, sino para la declaración de inadmisibilidad de la demanda otorgando el juez un plazo prudencial para subsanar.

## 6. CONCLUSIONES

- La norma objeto de comentario se refiere a bienes muebles determinados, no considerando al dinero.
- Es factible la ejecución de obligaciones de dar bienes muebles determinados como la de inmuebles determinados.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros; José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEÁ; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 705**

**Mandato ejecutivo**

*El mandato ejecutivo contiene:*

- 1. La intimación al ejecutado para que entregue el bien dentro del plazo fijado por el juez atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de procederse a su entrega forzada; y en caso de no realizarse la entrega por destrucción, deterioro, sustracción u ocultamiento atribuible al obligado, se le requerirá para el pago de su valor, si así fue demandado.*
- 2. La autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 593, 690, 697.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el requerimiento que contendrá el mandato ejecutivo en el proceso único de ejecución cuando se ventilen pretensiones ejecutivas de obligación de dar bien mueble determinado, y también será aplicable cuando se trate de pretensiones ejecutivas de obligación de dar bien inmueble determinado.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. EL MANDATO EJECUTIVO**

Se dice que el mandato ejecutivo (art. 690 del CPC) debe contener el requerimiento del cumplimiento de la obligación en el plazo señalado por ley, teniendo como apercibimiento en caso de incumplimiento se dará el inicio de la ejecución forzada.

Siendo así, este requerimiento siempre será dirigido contra quienes aparecen en el título ejecutivo como obligados y que hayan sido demandados por el acreedor ejecutante, y por norma expresa, además de que en el supuesto que la ejecución pueda derechos de terceros, también deberán ser notificados con este auto de intimación.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.



El mandato ejecutivo es diferente al auto admisorio por la naturaleza de los procesos en que cada uno es emitido.

En efecto, mientras que el auto admisorio es aquella resolución que apertura el trámite de un proceso de cognición donde recién la sentencia determinará si el demandante tiene o no el derecho que alega, el mandato ejecutivo parte de la premisa que el ejecutante tiene el derecho al contar con un título ejecutivo que contiene una obligación (cierta, expresa y exigible) y, por lo tanto, es la resolución que da inicio al proceso de ejecución requiriendo el cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo.

### 3. CONTENIDO DEL MANDATO EJECUTIVO

El mandato ejecutivo contendrá la orden al ejecutado del cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo.

Teniendo en cuenta que en este caso se trata de pretensiones ejecutivas de obligación de dar bien mueble determinado, la orden será que el ejecutado cumpla con entregar al ejecutante el bien.

Además el plazo lo fijará el juez según la naturaleza de la obligación, es decir, el legislador ha considerado que en este supuesto el juez goza de la facultad discrecional de fijar el plazo para el cumplimiento de la obligación para lo cual deberá tomar en consideración diversos factores, como por ejemplo imaginemos que se trata de la restitución de un automóvil que se encuentra en la ciudad de Arequipa y debe ser entregado al ejecutante que domicilia en Lima, en dicho caso el juez debería establecer un plazo prudencial para el cumplimiento de la obligación (entrega de automóvil) mayor al que fuera si el vehículo se encontrara en Lima y el ejecutante también domicilia en dicha ciudad.

El apercibimiento será siempre la orden de que la entrega sea forzada, es decir, a través de la fuerza pública, en el ejemplo descrito en el párrafo anterior, en caso el ejecutado no cumpla con la entrega del automóvil en el plazo establecido por el juez, deberá procederse a ordenar su captura a nivel nacional remitiéndose el oficio que corresponde a la Policía Nacional de Tránsito.

Ahora bien, en el supuesto de que la pretensión ejecutiva sea la de dar bien mueble determinado y además el ejecutante haya pedido en su demanda ejecutiva que si no puede efectivizarse la entrega del bien mueble por alguna razón (destrucción, deterioro, sustracción u ocultamiento) atribuible al ejecutado se le pague el valor del bien (por eso se exige tasación o documento que acredita el valor del bien mueble), en el mandato ejecutivo también se le requerirá al ejecutado para el pago de su valor.

Es decir, el mandato ejecutivo en estos supuestos tendrá dos órdenes, las mismas que serán subordinadas entre sí, ello porque habría también una acumulación de pretensiones ejecutivas, las mismas que serían: i) la entrega del bien, o; ii) el pago de su valor.

Además de ello, la norma señala que el mandato ejecutivo contendrá la autorización de la fuerza pública en caso de resistencia, es decir, si el ejecutado no cumple con la entrega del bien una vez que es intimidado con el mandato ejecutivo, se hará la entrega forzosamente con el auxilio de la fuerza pública, para lo cual el juez remitirá el oficio correspondiente para que la autoridad competente (Policía Nacional del Perú) preste las facilidades para la protección y el fiel cumplimiento de la orden judicial.

Entendemos que lo mismo que contiene el mandato ejecutivo para el cumplimiento de la obligación de dar bienes muebles determinados, deberá contener el mandato ejecutivo en caso de tratarse de pretensiones ejecutivas de dar bien inmueble determinado, el plazo lo fijará el juez, siendo que la entrega forzada consistirá en el lanzamiento (art. 593 del CPC).

La particularidad que tendrá el mandato ejecutivo que contiene el requerimiento del cumplimiento de una obligación de dar bien inmueble determinado, será que dicha resolución judicial deberá ser notificada además del ejecutado, a los ocupantes del bien inmueble a fin de no afectar derechos de terceros.

#### 4. CONCLUSIONES

- El plazo para el cumplimiento de una obligación de dar bien mueble determinado o inmueble determinado será fijado por el juez teniendo en consideración la naturaleza de la obligación.
- En el supuesto de que también haya sido demandado que si no puede efectivizarse la entrega del bien (mueble o inmueble) por razones atribuibles al ejecutado, se pague su valor estaremos en presencia de una acumulación originaria de pretensiones, por tanto, el mandato ejecutivo, contendrá dos requerimientos subordinados: i) la entrega del bien; o, ii) el pago de su valor.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*,

---

2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEJA; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.) Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**Artículo 705-A | Ejecución de la obligación**

*Determinado el costo del bien cuya obligación de entrega ha sido demandada, sea por la tasación presentada por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 697, 704, 728 y ss.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el trámite del proceso único de ejecución de dar bien mueble (o inmueble) determinado cuando el bien se haya destruido, deteriorado, haya sido sustraído u ocultado, y estas causas de imposibilidad de la restitución del bien sean atribuibles al obligado.

Procederemos a realizar el análisis que corresponde.

**2. LA CONVERSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR BIEN MUEBLE O INMUEBLE DETERMINADO A OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO**

Como quiera que pueden existir diversas causas que imposibiliten se efectivice el cumplimiento forzado de la restitución de un bien mueble o inmueble determinado, y estas situaciones sean imputables al obligado (ejecutado), en caso el acreedor (ejecutante) haya demandado también el pago del valor del bien al no ser posible su restitución, el proceso único de ejecución de dar bien (mueble o inmueble) determinado se convertirá en un proceso único de ejecución de dar suma de dinero.

En efecto, si es imposible la restitución del bien en las condiciones que se pactaron (salvo el deterioro normal por su uso), y esta imposibilidad se debe única y exclusivamente a causas atribuibles al obligado, y el acreedor también ha demandado de que en caso no pueda ser restituido el bien objeto de la obligación de dar, se le pague el valor de dicho bien, pues se procederá a determinar el valor del bien

(\*) Artículo incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

para que el obligado cumpla con su pago, caso contrario se aplicarán las normas del proceso único de ejecución que regulan las obligaciones de dar suma de dinero.

Entonces tenemos que el proceso único de ejecución de dar bien mueble o inmueble determinado se transforma en un proceso único de ejecución de dar suma de dinero cuando es imposible la restitución del bien.

El presupuesto para ello es que haya sido demandado –también que en caso surjan estas circunstancias– el pago del valor del bien, por ello el legislador ha establecido que se indique el valor del bien (art. 704 del CPC).

Ahora bien, el ejecutante puede adjuntar tasación del bien suscrita por ingeniero y/o arquitecto, la cual deberá ser puesta a conocimiento del ejecutado a fin de que ejerza su derecho de defensa teniendo la posibilidad de observar dicha tasación, si no existe observación alguna el juez puede proceder a aprobar la tasación y requerir al ejecutado cumpla con el pago de dicho valor obtenido en la tasación, empero, el solo hecho de que el ejecutado no formule observación no hace que el juez deba aprobar la tasación, por el contrario, deberá analizar que dicha tasación cumple los presupuestos técnicos y los reglamentos para tal fin, es decir, si el juez considera que la tasación no se ajusta a las normas de la materia o que su valor está muy por debajo del valor de mercado o muy por encima del valor de mercado puede proceder a desaprobala y nombrará perito judicial para su determinación aplicándose lo dispuesto en el artículo 728 y siguientes del CPC.

Obtenido el valor del bien sea por la aprobación presentada por el ejecutante o por el valor obtenido por la tasación realizada por los peritos designados por el juzgado, el juez requerirá al ejecutado al pago de dicha suma y se aplicará lo dispuesto en las disposiciones generales del proceso único de ejecución que han sido redactadas para forzar el cumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero.

El legislador considera que, a pesar de que no pueda ser factible la ejecución forzada de la restitución del bien, el ejecutante no debe quedar a la deriva ante tal situación, sino que en compensación deberá recibir el valor de dicho bien, caso contrario, el ordenamiento jurídico atentaría abiertamente contra el derecho a la tutela jurisdiccional del acreedor y el sistema tendría un vacío que sería utilizado por los deudores para incumplir sus obligaciones de dar bienes (muebles o inmuebles) determinados, cuestión que el propio ordenamiento debe reprimir.

### 3. CONCLUSIONES

- Solo si el ejecutante ha solicitado en su demanda el pago del valor del bien en el supuesto que sea imposible la restitución del bien conforme a lo pactado, será factible que verificada tal imposibilidad el proceso único

de ejecución de obligación de dar bien (mueble o inmueble) determinado se convierta en un proceso único de ejecución de dar suma de dinero.

- El ejecutante puede adjuntar tasación del bien o en su defecto el juez puede nombrar peritos tasadores para que se determine el valor del bien, determinado el valor del bien el juez requerirá al ejecutado el cumplimiento del pago a favor del ejecutante de dicho valor y se proseguirá conforme a las disposiciones generales que regulan el proceso único de ejecución.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

## SUBCAPÍTULO 4

### EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN DE HACER

#### Artículo 706

#### Procedencia

*Si el título ejecutivo contiene una obligación de hacer, el proceso se tramita conforme a lo dispuesto en las disposiciones generales, con las modificaciones del presente Subcapítulo.*

*En la demanda se indicará el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación; así como la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 34, 689, 695, 697 a 703; L.G.S. art. 75.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula la procedencia del proceso único de ejecución cuando la obligación contenida en el título ejecutivo se refiere a una prestación de hacer, haciendo la precisión que en la demanda se deberá indicar el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación, así como la persona que podría realizar la prestación –distinta del deudor– siempre y cuando la naturaleza de la prestación lo permita.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE HACER

Como lo enseña la doctrina:

“(…) Las obligaciones de hacer pueden consistir en la elaboración de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo (...). Ellas pueden ser de dos tipos: obligaciones de hacer que concluyen en un dar y obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer (...). Una obligación de hacer es de una u otra clase, dependiendo si el cumplimiento de aquella supone o no la entrega de un bien que es producto de ese hacer” (OSTERLING y CASTILLO; 2008: p. 190).

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Si esta obligación de hacer está contenida en un título ejecutivo, será exigible a través del proceso único de ejecución, siempre que dicha obligación sea cierta, expresa y exigible (art. 689 del CPC).

Ahora bien la obligación de hacer en algunos casos podrá ser realizada por un tercero, pese a que el deudor se rehúsa su cumplimiento, empero, existirán otros casos donde será imposible ello.

Por ello se dice que:

“Desde el punto de vista del régimen jurídico a que está sometida la prestación de hacer, conviene distinguir dos tipos de obligaciones, según que el interés del acreedor quede satisfecho cuando la actividad sea llevada a cabo en su favor, quienes quiera que sean las personas que la realicen, o que el interés del acreedor solo pueda quedar satisfecho por la persona que realice la actividad comprometida, que ha de ser el propio deudor. En el primer caso se habla de fungibilidad de la prestación, porque la actividad es sustituible e intercambiable. En el segundo caso se habla de infungibilidad porque ocurre totalmente lo contrario. La prestación es fungible cuando el derecho del acreedor queda satisfecho con una pura actividad, cualquiera que sea quien la realice. Por el contrario, es infungible cuando la persona que ha de prestar su actividad constituye un elemento esencial del programa de prestación y no puede por ello ser sustituida por otra. El comportamiento debido se llama en estos casos personal o personalísimo” (DÍEZ-PICAZO, 2007: pp. 244-245).

Si la obligación de hacer consiste en la construcción de un edificio y cualquier constructora la puede realizar, dicha prestación será fungible, mientras que si se ha contratado a una empresa constructora en específico porque es la única que puede realizar tal o cual diseño en la construcción, la prestación de hacer se tornará en infungible.

### **3. POSIBILIDAD DE QUE UN TERCERO REALICE LA PRESTACIÓN**

Nuestro legislador procesal teniendo en consideración el derecho sustantivo, y como quiera que el proceso es el instrumento para la efectiva realización del derecho sustancial o material, ha previsto la posibilidad de que cuando se esté en presencia de obligaciones de hacer fungibles, se permita que un tercero realice la prestación a costas del ejecutado (deudor).

En efecto, la norma objeto de comentario señala que el ejecutante deberá precisar en su demanda ejecutiva el valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación; así como la persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla.



Ello solo será posible cuando la obligación de hacer sea fungible, caso contrario el demandante ya no tendrá que cumplir este requisito –de admisibilidad de la demanda ejecutiva–.

#### 4. CONCLUSIONES

- Las obligaciones de hacer pueden ser de dos tipos: aquellas que concluyen en un dar y las otras que concluyen en un hacer propiamente dicho.
- Además las obligaciones de hacer pueden ser fungibles e infungibles, las primeras tienen la característica que la actividad a realizarse es sustituible e intercambiable, mientras que las infungibles, no.
- Solo las obligaciones de hacer fungibles podrán ser realizadas por tercero si es que el ejecutado no cumple cuando se le requiere (con el mandato ejecutivo) judicialmente.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas; OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELL, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEJA; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 707**

**Mandato ejecutivo**

*El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el juez determine, si así fue demandada. En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 697.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula lo que deberá contener el mandato ejecutivo cuando en el proceso único de ejecución se ventilen pretensiones ejecutivas de obligación de hacer.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. EL MANDATO EJECUTIVO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER**

La norma señala que el mandato ejecutivo contendrá la intimación al ejecutado —debemos entender intimación como sinónimo de requerimiento— para que cumpla con la obligación de hacer contenida en el título ejecutivo.

El plazo que otorgará el juez para el cumplimiento de la obligación quedará a su criterio ya que el legislador no ha establecido un plazo para tal fin.

En este sentido, deberá el juez analizar las particularidades de cada caso para establecer el plazo de cumplimiento de la obligación de hacer, como por ejemplo si la obligación de hacer consiste en un hacer y concluye en un dar deberá tenerse en cuenta el domicilio del deudor (puede ser que domicilie en un lugar lejano), también podrá considerarse la complejidad de la labor, lo que hará que el juez conceda un mayor tiempo al ejecutado para el cumplimiento de la obligación de hacer.

El apercibimiento que contendrá el mandato ejecutivo será que en caso de que el ejecutado no cumpla con la obligación de hacer dentro del plazo establecido por el juez será realizada por tercero que el juez determine, si así fue demandada.

Este apercibimiento solo será factible de efectivizarse y, por tanto, será conminatorio para el ejecutado si la obligación de hacer contenida en el título ejecutivo

es fungible, ya que en dicho supuesto, sí será factible que un tercero realice la prestación de hacer ante la negativa del ejecutado de realizarla.

Ahora bien, el presupuesto es que la realización por un tercero de la prestación de hacer haya sido también demandada, caso contrario, el mandato ejecutivo no tendrá este requerimiento o si lo tiene será retórico.

Por último, debemos precisar que surge una suerte de vacío legal al tratarse de obligaciones de hacer infungibles, ello porque el requerimiento contenido en el mandato ejecutivo no tendrá ningún efecto psicológico en el ejecutado porque no habrá apercibimiento alguno en caso de incumplimiento.

Este es un tema que el legislador aún está en deuda, en dicho supuesto, el proceso único de ejecución resultará ser una herramienta infructuosa, aunque creemos que el juez podría conminar al ejecutado el cumplimiento de la obligación a través de diversas sanciones como multas (astreintes) por no cumplir con la orden judicial lo que hace denotar que estaría actuando de mala fe en el proceso.

Estas herramientas aunque no han sido establecidas por nuestro legislador directamente podrían ser utilizadas en aras del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva tanto para los justiciables como para la investidura del juez.

### 3. CONCLUSIONES

- El mandato ejecutivo contendrá la orden del cumplimiento de la obligación de hacer en un determinado plazo fijado por el juez teniendo en consideración las circunstancias de cada caso concreto.
- El apercibimiento de que la obligación de hacer será realizada por tercero que el juez determine, tiene como presupuestos lo siguiente: i) que haya sido demandado, ii) que la obligación de hacer sea fungible.
- En el supuesto de que la obligación de hacer contenida en el título ejecutivo sea infungible, cabe la posibilidad que en el mandato ejecutivo el juez decrete como apercibimiento el establecimiento de multas contra el ejecutado, ello con la finalidad de conminarlo al cumplimiento de lo ordenado judicialmente.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cerdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*,

2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No resulta válido para ejecutar la obligación de hacer, consistente en la venta de un inmueble perteneciente a una sociedad conyugal, si en el título ejecutivo –prueba anticipada– con que se recauda la demanda, no ha sido objeto de emplazamiento, uno de los cónyuges. La demanda deviene en improcedente, pues contiene un petitório jurídicamente imposible (*Exp. N° 35978-98-Lima*).

Si el título en cobranza reúne los requisitos para su validez, y no obstante ello, aparece consignado en el mismo texto "válido para su renovación" no le quita mérito ejecutivo, dado que es usual en la práctica bancaria insertar dicho texto legal para facilitar el pago parcial del documento emitiéndose uno nuevo (*Exp. N° 98-33759-Lima*).

**Artículo 708****Ejecución de la obligación, por un tercero**

*Designada la persona que va a realizar la obra y determinado su costo, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 1150; C.P.C. arts. 34, 697 a 703, 706.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el trámite a seguirse en el proceso único de ejecución donde la pretensión ejecutiva radica en una obligación de hacer, una que el ejecutado se niegue al cumplimiento de la prestación y la misma puede ser cumplida por un tercero.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. LA EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER POR PERSONA DISTINTA AL DEUDOR Y POR CUENTA DE ESTE**

El trámite regulado (vagamente) por nuestro legislador procesal pretende efectivizar lo que el derecho sustantivo establece (art. 1150 del CC), es decir, la ejecución de la obligación de hacer por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

En primer lugar, la obligación de hacer deberá ser fungible, ello con la finalidad de que pueda ser realizada por un tercero distinto al deudor (ejecutado).

En segundo lugar, debe haber sido demandado también por el ejecutante en el supuesto que el ejecutado no cumpla con la obligación de hacer (art. 706 del CPC).

El acreedor (ejecutante) propone a un tercero que podría realizar la prestación, pero al final será el juez quien determine si acepta al tercero propuesto por el ejecutante o si nombra a otra persona, ello atendiendo a que el ejecutado también podría oponerse a que el tercero propuesto por el ejecutante por diversos motivos,

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

como por ejemplo que dicho tercero sea una persona que por su experiencia sus honorarios serán mayores a los que recibió el deudor (ejecutado).

En este orden de ideas, la norma también señala que el costo de la realización de la prestación será propuesto por el acreedor (ejecutante), pero será el juez quien determinará si aprueba dicho presupuesto u ordena una pericia para obtener el monto que costaría la ejecución de la prestación de hacer.

Entendemos que ello es así porque el legislador trata de evitar el abuso del derecho por parte del acreedor sobre su deudor, pese a que es el deudor quien ha creado la patología en la relación obligacional al incumplir su prestación.

Ahora bien, como enseña la doctrina:

“(…), y para poder encargar la ejecución de la prestación a persona distinta del deudor, por cuenta de este, será necesaria la existencia de una resolución judicial en tal sentido. De existir esta resolución, se podrá encomendar la ejecución de la prestación a una tercera persona, ajena a la relación obligacional. (...) Resulta evidente que el tercero no ejecutará la prestación gratuitamente, sino que cobrará por dicho concepto. Pues bien, el mayor importe que perciba dicho tercero y que deberá ser asumido en primera instancia por la persona del acreedor, podrá ser posteriormente cobrado por este último al deudor incumpliente. Justamente por ello se exige autorización judicial” (OSTERLING; CASTILLO; 2008: p. 197).

En este orden de ideas, creemos que existirán dos opciones para el acreedor (ejecutante) que opta porque un tercero cumpla la prestación de hacer, o asume el costo y repite contra el deudor dentro del proceso único de ejecución con arreglo a las normas que se aplican para las obligaciones de dar suma de dinero, o en su defecto, establecido el monto a pagarse al tercero por el juez, deberá iniciarse la cobranza judicial al deudor (ejecutado) y una vez obtenido el dinero –ya sea por el remate de sus bienes o el pago directo del deudor por la conminación judicial– para el pago de los honorarios del tercero, este procederá a realizar la prestación de hacer.

### 3. CONCLUSIONES

- El juez será quien determine qué tercero realizará la prestación de hacer ya sea aceptando al propuesto por el acreedor (ejecutante) o nombrando a persona distinta a la propuesta.
- El juez será quien determine el costo de la ejecución de la prestación de hacer, ya sea aceptando el presupuesto propuesto por el acreedor (ejecutante) o nombrando un perito para que determine dicho monto.

- Será el acreedor (ejecutante) quien tendrá que optar porque un tercero cumpla la prestación de hacer, teniendo que decidir si asume el costo y luego repite contra el deudor (ejecutado) dentro del proceso único de ejecución con arreglo a las normas que se aplican para las obligaciones de dar suma de dinero, o en su defecto, establecido el monto a pagarse al tercero por el juez, inicia la cobranza judicial al deudor (ejecutado) y una vez obtenido el dinero –ya sea por el remate de sus bienes o el pago directo del deudor por la conminación judicial– para el pago de los honorarios del tercero, se procede a realizar la prestación de hacer.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 709**

**Obligación de formalizar**

*Cuando el título contenga obligación de formalizar un documento, el juez mandará que el ejecutado cumpla su obligación dentro del plazo de tres días.*

*Vencido el plazo sin que se formule contradicción o resuelta esta declarándose infundada, el juez ordenará al ejecutado cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1098, 1412; C.P.C. arts. 34, 233 a 237, 688 incs. 2 y 8, 689, 690-E, 690-F, 697, 700.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula propiamente la obligación de formalizar un documento, esto es, una específica obligación de hacer.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. LA OBLIGACIÓN DE FORMALIZAR**

Debemos comenzar señalando que, pese a que la norma no lo señale expresamente, estamos propiamente ante una obligación de hacer la misma que deviene en una actividad fungible y por ello el juez puede subrogarse en la posición del deudor (ejecutado) y suscribir el documento en su nombre que se obligó a suscribir.

En este orden de ideas, la obligación de formalizar un documento debe estar contenida en un título ejecutivo sin importar su naturaleza (judicial o extrajudicial), por ejemplo en los procesos de otorgamiento de escritura pública que se tramitan en la vía procedimental del proceso sumarísimo, una vez obtenida sentencia judicial firme se procederá conforme lo estipula el artículo bajo estudio.

Ahora bien, si la obligación está contenida en un título ejecutivo extrajudicial se iniciará el proceso único de ejecución con la demanda ejecutiva aparejando el título ejecutivo, por ejemplo si la obligación de formalizar un documento se

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.



encuentra contenida en un acta de conciliación (art. 688, inc. 2 del CPC) o en una transacción extrajudicial (art. 688 inc. 8 del CPC).

Por otro lado, esta obligación de formalizar (hacer) deberá ser cierta, expresa y exigible (art. 689 del CPC) al momento de la presentación de la demanda, de lo contrario el juez deberá proceder a denegar la ejecución (art. 690-F del CPC).

Además de lo expuesto hasta aquí, se debe comprender que la obligación de suscribir un documento debe ser para formalizar un acto jurídico válido y con efectos jurídicos.

En efecto, puede suceder que Z vendió a B un inmueble pero solo se suscribió la minuta de compraventa, posterior a ello y atendiendo a que Z no formalizaba la compraventa suscribiendo la escritura pública respectiva, B remite una carta notarial a Z para que cumpla con su obligación de lo contrario iniciará un proceso judicial de otorgamiento de escritura pública (art. 1412 del CC), motivo a la misiva notarial B y Z concilian y suscriben un acta de conciliación conforme a Ley en la cual Z se obliga a suscribir la escritura pública de compraventa dentro de los treinta días hábiles siguientes de suscrita el acta de conciliación, pasado dicho plazo Z no cumple su prestación.

En este sentido, B podrá acudir al proceso único de ejecución interponiendo su demanda ejecutiva a la cual aparejará el acta de conciliación suscrita con Z en un centro de conciliación autorizado –título ejecutivo–, para que el juez emita el correspondiente mandato ejecutivo y en caso de negativa de Z (ejecutado), proceda el juez a suscribir la escritura pública de compraventa respectiva en nombre de este.

En el ejemplo señalado, el acto jurídico ya nació y surte efectos jurídicos ya que la compraventa para nacer como negocio jurídico solo necesita el consentimiento de las partes, siendo la escritura pública un mero acto de formalización del derecho (aunque acto importante a fin de que el negocio jurídico pueda ser oponible a los terceros).

Mientras que si el título ejecutivo contiene la obligación de suscribir una escritura pública de constitución de hipoteca, dicha obligación no podrá ser exigible mediante el proceso único de ejecución porque el acto jurídico (constitución de hipoteca) no ha nacido y no surte efecto jurídico alguno, porque para su nacimiento la hipoteca debe ser constituida por escritura pública (art. 1098 del CC), es decir, dicha obligación pese a estar contenida en un título ejecutivo no será exigible al deudor (ejecutado).

### 3. TRÁMITE PROCEDIMENTAL

Para la obligación de formalizar un documento, siendo que la misma es una específica obligación de hacer, nuestro legislador sí ha establecido un plazo taxativo que se le concederá al ejecutado para que cumpla con formalizar el documento a que se obligó.

En efecto, se ha establecido que el juez ordenará al ejecutado cumpla su prestación en el plazo de tres días debiéndose entender que el apercibimiento contenido en el mandato ejecutivo será que en caso de incumplimiento procederá a suscribir el documento en su nombre.

El ejecutado podrá formular contradicción (oposición) la misma que será resuelta por el juez en el auto final (art. 690-E del CPC).

Ahora bien, la norma señala que: “Vencido el plazo sin que se formule contradicción o resuelta esta declarándose infundada, el juez ordenará al ejecutado cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre”.

Consideramos que la redacción de esta norma en lo que respecta al trámite procedimental es un error, porque si interpretamos de forma literal, al ejecutado se le requerirá en dos oportunidades cumpla con formalizar el documento conforme a lo establecido en el título ejecutivo, la primera será con el mandato ejecutivo, y la segunda será con el auto final que ordenará se cumpla lo dispuesto el mandato ejecutivo.

Esto es un defecto de redacción que puede ser corregido por el juez interpretando sistemáticamente las normas que regulan el proceso único de ejecución además de sus principios, sería un contrasentido que el juez requiera al ejecutado dos veces a fin de cumplir con lo dispuesto en el título ejecutivo, máxime si en el auto final no se establece plazo alguno para que cumpla con lo ordenado en el mandato ejecutivo, esto sería como desconocer la naturaleza del mandato ejecutivo en sí.

Habiéndose incumplido el mandato ejecutivo, el juez deberá proceder a emitir el auto final y una vez firme dicha resolución procederá a suscribir el documento pendiente de formalización de acuerdo a lo establecido en el título ejecutivo.

### 4. CONCLUSIONES

- Para la procedencia de la demanda ejecutiva de obligación de formalizar un documento, el acto jurídico que se pretende formalizar debe haber nacido válidamente según lo estipulado en nuestro ordenamiento jurídico, de lo contrario deberá denegarse la ejecución.

- El juez en el mandato ejecutivo requerirá al ejecutado cumpla con su obligación de formalizar en el plazo de tres días bajo apercibimiento de realizarlo en su nombre, no se requerirá dos veces al ejecutado para el cumplimiento de su obligación ya que ello atenta contra los principios de la ejecución civil.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEА; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. 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*).

La minuta objeto de formalización como resultado del proceso de otorgamiento de escritura debe ceñirse a lo resuelto en la sentencia ejecutoriada, en observancia del artículo 4 Ley Orgánica del Poder Judicial; de modo tal que la aludida minuta debe contener las estipulaciones preestablecidas por las partes acorde a la autonomía de la voluntad, sin que en ella pueda consignarse aspectos que no han sido materia de debate (*Exp. N° 1228-2002-Lima*).

## SUBCAPÍTULO 5 EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE NO HACER

### Artículo 710

#### Procedencia

*Si el título ejecutivo contiene una obligación de no hacer, el proceso se tramitará conforme a lo dispuesto en las disposiciones generales. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 34, 689, 697 a 703.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula el trámite procedimental del proceso único de ejecución cuando la pretensión ejecutiva consiste en una obligación de no hacer, esta norma nos remite a las disposiciones generales que regulan el proceso único de ejecución.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

### 2. LA OBLIGACIÓN DE NO HACER

Como lo enseña la doctrina:

“(…) por las obligaciones de no hacer una persona se compromete a un abstención, vale decir, a no hacer algo, y ese no hacer algo comprende también el no dar. Tan obligación de no hacer es una de no hacer propiamente dicha, como podría ser no ir a un determinado lugar en una determinada fecha, como lo sería el comprometerse a no dar un determinado bien a una determinada persona. No obstante que esta última obligación implicaría un no dar, consideramos que este no dar es, al igual que el no hacer, una de las posibilidades que plantean las obligaciones de no hacer” (OSTERLING; CASTILLO; 2008: p. 211).

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Si esta obligación de no hacer está contenida en un título ejecutivo, será exigible a través del proceso único de ejecución, siempre que dicha obligación sea cierta, expresa y exigible (art. 689 del CPC).

Ahora bien, la obligación de no hacer tiene la característica de ser infungible, por ende, no puede ser realizada por terceros.

En este orden de ideas, ya se ha dicho que:

“(…) si bien puede resultar factible la ejecución forzosa de una obligación de no hacer, esta situación, sin duda, constituye una excepción, pues lo general será la imposibilidad de demandar tal ejecución forzosa, ya que por lo común, para conseguir ese objetivo, se necesitará emplear violencia contra la persona del deudor” (OSTERLING; CASTILLO; 2008: p. 213).

### 3. TRÁMITE PROCEDIMENTAL

La norma objeto de comentario señala que el trámite procedimental del proceso único de ejecución cuando se trate de pretensiones ejecutivas de obligación de no hacer se ceñirá a lo establecido en las disposiciones generales, entonces lo que hace nuestro legislador procesal es remitirnos a lo regulado en el Capítulo I del Título V del CPC.

### 4. CONCLUSIONES

- Cuando la obligación de no hacer se encuentre contenida en un título ejecutivo podrá accederse al proceso único de ejecución.
- Las obligaciones de no hacer son infungibles.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.).

Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**Artículo 711****Mandato ejecutivo**

*El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo.*

*Vencido el plazo, el juez hará efectivo el apercibimiento.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 1158 incs. 2 y 3; C.P.C. art. 34.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el contenido del mandato ejecutivo cuando la pretensión ejecutiva se circunscribe a un obligación de no hacer.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. EL MANDATO EJECUTIVO EN LAS OBLIGACIONES DE NO HACER**

El mandato ejecutivo es aquella resolución que da inicio al proceso único de ejecución y que tiene como finalidad requerir al ejecutado (deudor) al cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo dentro de un plazo establecido fijado por ley o por el juez, además esta resolución siempre contiene un apercibimiento en caso no se dé el cumplimiento de la obligación por parte del ejecutado.

En el caso de las obligaciones de no hacer, el mandato ejecutivo contendrá el requerimiento al ejecutado para que deshaga lo realizado o en su defecto se abstenga de hacer, el plazo otorgado por nuestro legislador para cumplir con lo ordenado en el mandato ejecutivo es de diez días.

El apercibimiento será que en caso de no cumplir lo ordenado en el mandato ejecutivo se procederá deshacer lo realizado a costo del ejecutado.

En este orden de ideas, entendemos que esto solo será aplicable para obligaciones de no hacer como por ejemplo la construcción de alguna cosa u otra actividad semejante.

Consideramos perfectamente aplicable al proceso único de ejecución lo enseñado por la doctrina cuando afirma que:

“(…) Si la obligación de no hacer consiste en no ejecutar alguna obra, y el deudor incumple su compromiso, el acreedor podrá plantear una medida cautelar, a fin de que se destruya lo ejecutado. (De no plantear un interdicto, el acreedor podría iniciar un proceso de conocimiento, invocando el derecho establecido en la primera parte del inciso segundo del artículo 1158 del Código Civil peruano. En este caso, el acreedor tendría una opción entre: (...) (a) Destruir personalmente lo ejecutado de manera indebida por el deudor y cobrar a este último los gastos que hubiera efectuado con motivo de la destrucción (previa autorización judicial). (...) (b) Contratar a un tercero para que destruya lo ejecutado indebidamente por el deudor, pagarle a dicho tercero y cobrar posteriormente este monto al deudor que incumple (también con previa autorización judicial)” (OSTERLING; CASTILLO; 2008: pp. 213-214).

Como se puede observar los doctrinarios especializados en el Derecho Civil olvidan que la obligación de no hacer también puede estar contenida en un título ejecutivo, es más, si se utiliza previamente al proceso de conocimiento de igual forma la obligación luego estará contenida en un título ejecutivo –la sentencia firme– para poder ser ejecutada.

Vencido el plazo para cumplir con lo ordenado en el mandato ejecutivo y sin que sea realizado por el ejecutado, el juez procederá a emitir el auto final ordenando llevar adelante la ejecución y como consecuencia de ello se proceda a deshacer lo hecho por el ejecutado.

Si el incumplimiento de la obligación fuese irreversible (como por ejemplo el revelar un secreto), esto equivale a decir que ya no habría ninguna posibilidad para volver la situación al estado de cosas anterior a la producción del incumplimiento. Si se revela tal secreto, ya no habrá remedio alguno.

Aquí solo cabe la posibilidad de dejar sin efecto la obligación conforme lo dispone nuestro ordenamiento jurídico (art. 1158, inc. 3 del CC).

### 3. CONCLUSIONES

- Al ser la obligación de no hacer una prestación infungible, el juez aperibirá al ejecutado que lo ya hecho será destruido y el costo de esta destrucción será asumido por el ejecutado.
- En el supuesto de que la obligación de no hacer sea imposible de revertir, el juez deberá denegar la ejecución al no existir interés para obrar.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEА; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el demandado cancela la deuda y solicita se declare la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, resulta atendible su pedido pues con tal hecho se desvaneció la situación conflictiva que motivó al demandante acudir al órgano jurisdiccional (*Exp. N° 1623-2005*).

**Artículo 712**

**Ejecución de la obligación por un tercero**

*Designada la persona que va a deshacer lo hecho y determinado su costo, sea por el presupuesto presentado por el ejecutante o por una pericia ordenada por el juez, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 1150 inc. 2; C.P.C. arts. 34, 410 a 419.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el procedimiento a seguirse una vez que el ejecutado (obligado) en un proceso único de ejecución donde la pretensión ejecutiva se circunscribe a una obligación de no hacer, no ha cumplido con deshacer lo realizado indebidamente.

A continuación pasaremos al análisis de la norma objeto de estudio.

**2. LA EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE NO HACER POR PERSONA DISTINTA AL DEUDOR Y POR CUENTA DE ESTE**

El trámite regulado (vagamente) por nuestro legislador procesal pretende efectivizar lo que el derecho sustantivo establece (art. 1150, inc. 2 del CC), es decir, la ejecución de la obligación de no hacer por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

En primer lugar, la obligación de hacer deberá ser fungible, ello con la finalidad de que pueda ser realizada por un tercero distinto al deudor (ejecutado).

En este orden de ideas, la ejecución consistirá propiamente en un hacer que será deshacer (destruir) lo indebidamente realizado por el ejecutado y está actividad como tal tendrá un costo que deberá ser asumido por el ejecutado.

El acreedor (ejecutante) puede proponer a un tercero que podría deshacer lo indebidamente hecho e incluso podría ser el mismo ejecutante quién realice la

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

destrucción, por ello la norma señala que será el juez quien determine si acepta al tercero propuesto por el ejecutante o si nombra a otra persona o nombra al ejecutante.

En este orden de ideas, de la norma objeto de comentario también se infiere que el costo de la destrucción de lo indebidamente hecho puede ser propuesto por el acreedor (ejecutante), pero será el juez quien determinará si aprueba dicho presupuesto u ordena una pericia para obtener el monto que costaría el deshacer lo indebidamente hecho por el ejecutado.

Siendo eso así, consideramos que existirán dos opciones para el acreedor (ejecutante) que opta porque se destruya lo indebidamente hecho por el ejecutado, i) o asume el costo y repite contra el deudor dentro del proceso único de ejecución con arreglo a las normas que se aplican para las obligaciones de dar suma de dinero, o en su defecto, ii) establecido el monto a pagarse al tercero –que también puede ser él– por el juez, deberá iniciarse la cobranza judicial al deudor (ejecutado) y una vez obtenido el dinero –ya sea por el remate de sus bienes o el pago directo del deudor por la conminación judicial– para el pago de los honorarios del tercero, este procederá a deshacerse lo hecho indebidamente por el ejecutado.

### 3. CONCLUSIONES

- El juez será quien determine qué tercero (que también puede ser el propio ejecutante) deshacerá lo indebidamente realizado por el ejecutado, ya sea aceptando al propuesto por el acreedor (ejecutante) o nombrando a persona distinta a la propuesta.
- El juez será quien determine el costo de deshacer lo indebidamente hecho por el ejecutado, ya sea aceptando el presupuesto propuesto por el acreedor (ejecutante) o nombrando un perito para que determine dicho monto.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifa Soler, José Francisco Vallés Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; HOYA, José (2007): “Art. 645”. En: *Comentarios a la*

*nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Balisteros, José María Rifá Soler; José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy Howell (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Conforme a la segunda parte del artículo primero de la lcy número veintisiete mil ochocientos cincuentiuno, cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, este solo respalda las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía; de donde se puede concluir que si los garantes otorgaron garantía respecto del contrato de leasing y éste ha quedado sin efecto, no puede ser materia de ejecución dicha garantía (*Cas N° 1150-2005-Lima*).

### CAPÍTULO III EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES<sup>(\*)</sup>

#### Artículo 713 | Títulos de ejecución (DEROGADO)

*Son títulos de ejecución:*

- 1. Las resoluciones judiciales firmes;*
- 2. Los laudos arbitrales firmes;*
- 3. Las Actas de Conciliación Fiscal de acuerdo a ley; y*
- 4. Los que la ley señale.*

*Se ejecutarán a pedido de parte y de conformidad con las reglas del presente Capítulo. (\*\*)*

#### Artículo 714 | Competencia (DEROGADO)

*Los títulos de ejecución judicial se ejecutan ante el juez de la demanda. Los demás se rigen por las reglas generales de la competencia. (\*\*)*

(\*) Denominación del Capítulo III según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

(\*\*) Los artículos 713 y 714 fueron derogados por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008, que establece disposiciones para la mejora de la administración de justicia en materia comercial, modificando y derogando diversas normas procesales. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre el mencionado tema a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

**Artículo 715**

**Mandato de ejecución**

*Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto.*

*Cumplido el plazo previsto en las disposiciones generales, si hubiera cuaderno cautelar conteniendo cualquier medida concedida, este se agregará al principal y se ordenará la refoliación a fin de ejecutarse. Caso contrario, a petición de parte, se ordenará las medidas de ejecución adecuadas a la pretensión amparada. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 139 incs. 2 y 3; C.P.C. arts. 34, 74, 690-C; C.P. Const. arts. 59, 73, 115; L.O.P.J. art. 4; DS 009-99-MTC art. 16.*

***Rolando Martel Chang***

---

**1. VINCULACIÓN ENTRE TUTELA JURISDICCIONAL Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

Con relación a la tutela jurisdiccional efectiva, CHAMORRO (1994: pp. 277-279) nos habla de cuatro grados de efectividad, a saber:

- De primer grado, garantiza la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional, la misma que no se agota en el acceso y en el debido proceso, sino que requiere de una respuesta del órgano jurisdiccional.
- De segundo grado, garantiza la emisión de una resolución que resuelva el problema planteado al órgano jurisdiccional, al margen del resultado que se obtenga, sea a favor o en contra.
- De tercer grado, garantiza una solución al problema planteado, que sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.
- De cuarto grado, garantiza la ejecución de la decisión adoptada.

Este último grado de efectividad es el que interesa para el comentario que venimos desarrollando. Con relación a dicho grado, el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del Expediente N° 00246-2012-AA/TC ha señalado lo siguiente:

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

“(…) 2. Que el Tribunal Constitucional ha comprendido que el derecho a la ejecución de las resoluciones constituye una parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las Sentencias N°s 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, ha dejado establecido que ‘[e]l derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis expansiva* que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido’ [fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento se ha precisado en otra sentencia que ‘*la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela*’, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que ‘*el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución*’ (STC N° 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).

3. Que en efecto ‘la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal fin. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues solo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos’ (STC N° 1042-2002-AA/TC - énfasis nuestro).

(...)”.

Como se puede apreciar, entre tutela jurisdiccional y ejecución de resoluciones judiciales existe una íntima vinculación, no solo porque esta última forma parte de aquella, sino porque la no ejecución de la resolución judicial a favor de la parte vencedora importa per se la vulneración del más alto grado de efectividad de la tutela jurisdiccional, cuestión que debe evitarse desde el Estado y por supuesto desde la jurisdicción de los jueces. En efecto, corresponde a los jueces de la República adoptar todas las medidas necesarias para que la sentencia se ejecute en sus propios términos (según el art. 4 de la LOPJ, que señala que: “*Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos (...)*”), lo que es congruente con el mandato constitucional del artículo 139, inciso 2 al establecer como principio y derecho de la función

jurisdiccional que una resolución con autoridad de cosa juzgada no puede modificarse ni retardarse en su ejecución.

Lo dicho también guarda concordancia con lo expresado por los Tribunales de Justicia Supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo ilustra una cita de Carlos M. AYALA CORAO (2007) en un trabajo que ha escrito sobre la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber:

“En consecuencia, la tutela judicial no es efectiva, si no alcanza a ejecutar lo decidido en la sentencia de la Corte Interamericana, Ello, en virtud de que el ejercicio de todo poder o función judicial conlleva la competencia para: – Conocer el conflicto; – Decidir mediante una sentencia con fuerza de verdad legal, y – Hacer cumplir lo decidido. Se trata en definitiva del poder jurisdiccional para juzgar y ejecutar o hacer ejecutar lo decidido. Estas facultades son en definitiva expresión de la autonomía e independencia del juez y del poder judicial; y del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. La ejecución de la sentencia ha sido llamada ‘la hora de la verdad de la sentencia’, para determinar su verdadero valor y efectos. (...)”.

En conclusión, para que se puede hablar de tutela jurisdiccional efectiva, es necesario que en cada caso se ejecute la decisión que tiene autoridad de cosa juzgada.

## 2. TUTELA DE EJECUCIÓN

La tutela jurisdiccional admite diversas clases: tutela de cognición, de ejecución, y cautelar. A esta tipología podemos sumar ahora la denominada tutela diferenciada, que es consecuencia del desarrollo actual del Derecho Procesal.

Para este trabajo interesa la tutela de ejecución, que es aquella que tiende a ejecutar lo juzgado. Puede estar precedido de un proceso de cognición que ya se encuentra en fase de ejecución, o de ciertos títulos ejecutivos que permiten ir directamente a la ejecución sin la etapa previa de conocimiento. En estos procesos se parte de una situación iusmaterial de seguridad, pues una de las partes tiene a su favor un derecho reconocido en una resolución judicial o en un título ejecutivo. En su desarrollo no hay en estricto igualdad, sino superioridad, controlada por los principios del proceso de aquel que tiene el título.

Con relación a este tipo de tutela PRIORI (2011: pp. 33-34) manifiesta que:

“La función de la tutela ejecutiva es la realización de determinada conducta mediando la intervención jurisdiccional, con lo cual se logrará la efectiva protección de la situación jurídica de ventaja. Se trata de volcar a los hechos aquello que se encuentra dispuesto por el ordenamiento jurídico o por una orden



jurisdiccional, sea a través de la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional o a través de los medios de coerción previstos por el ordenamiento jurídico.

Este tipo de tutela se realiza mediante el denominado proceso único de ejecución y el proceso monitorio”.

Se trata, con esta actividad jurisdiccional de producir un cambio real en el mundo exterior para adecuarlo al derecho que preexiste en el título ejecutivo que sirve de soporte y de sustento a la pretensión demandada.

Para LIEBMAN el proceso de ejecución es “aquella actividad con la cual los órganos jurisdiccionales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto en cumplimiento de una obligación jurídica” (1980: p. 150).

### 3. EL PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN

La denominación del epígrafe ha sido introducida en el CPC por el Decreto Legislativo N° 1069 publicado el 28 de junio de 2009. La idea que parece haber querido presentarse con esta reforma legal es la existencia de un solo (único) proceso de ejecución, pero al examinar las disposiciones que lo regulan nos encontramos con una realidad distinta, esto es, que entre nosotros aún subsisten los distintos tipos de proceso de ejecución que contemplaba el texto originario del CPC, si bien con reglas generales o comunes, pero también con reglas específicas para cada tipo de proceso de ejecución. En efecto, aún se puede distinguir el clásico proceso ejecutivo –para ejecutar títulos ejecutivos derivados de los títulos valores–, el proceso de ejecución de garantías reales, y el proceso de ejecución de resoluciones judiciales, este último materia de nuestro estudio. La mejor evidencia de lo que decimos, es que nuestro comentario se remite a reglas específicas del proceso de ejecución para ejecutar resoluciones judiciales.

Similar posición nos refiere Eugenia ARIANO (s/f) al señalar:

“Con la reforma del CPC operada con el Decreto Legislativo N° 1069 nada cambia (salvo los nombres), en cuanto no es que el legislador haya introducido un ‘proceso único’ de ejecución, sino que lo ha hecho, en sustancia, es transformar (terminológicamente) al ‘proceso ejecutivo’ en el ‘proceso único de ejecución’ (no por nada el Capítulo II, que era el que ‘regulaba’ al ejecutivo, se le ha cambiado el epígrafe por ‘Proceso Único de Ejecución’), pasando muchas de las disposiciones que antes estaban en los Subcapítulos I y II del Capítulo II del Título V, a las Disposiciones Generales (o sea al Capítulo I del Título V). (...) Por tanto, si bien se piensa, el ‘cambio’ de estructura del neo ‘proceso único de ejecución’ frente a aquella del ejecutivo es más aparente que real”.

#### 4. EL MANDATO DE EJECUCIÓN

La regla general contenida en el artículo 690-C del CPC establece que:

“El mandato ejecutivo, dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el título; bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada, con las particularidades señaladas en las disposiciones especiales. En caso de exigencias no patrimoniales, el juez debe adecuar el apercibimiento”.

En armonía con dicha regla general, el artículo 715 del CPC, primer párrafo, que ahora comentamos preceptúa que: “Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto (...)”.

De lo anotado se puede concluir que el mandato de ejecución puede contener exigencia patrimonial o exigencia no patrimonial, y en función de ello el juez debe dictar el apercibimiento respectivo. Lo dicho significa que el mandato y apercibimiento dependerán de la obligación que se pretende ejecutar, sea esta de dar (bienes o suma de dinero), de hacer o de no hacer.

Ahora bien, el mandato de ejecución no es otra cosa que la orden jurisdiccional dirigida al ejecutado (obligado) para que cumpla con la prestación debida que contiene el título ejecutivo –resolución judicial por ejemplo–, en el plazo que se le otorga, bajo apercibimiento de hacerse cumplir por el órgano jurisdiccional. En otras palabras, con el mandato de ejecución se conmina al obligado a que cumpla de modo voluntario con la prestación contenida en la resolución judicial, y en caso de no ocurrir ello el cumplimiento se produce mediante el uso de la coerción por parte del órgano jurisdiccional.

Según la sentencia del Sexto Pleno Casatorio (fundamento 34):

“El contenido del mandato de ejecución es la intimación u orden de dar, hacer o no hacer, y la autorización para la intervención de la coerción o fuerza pública en caso de resistencia. (...) El contenido concreto del mandato ejecutivo varía según la pretensión específica; sin embargo, contiene tres partes: i) Intimación o Requerimiento: Mediante esta el órgano jurisdiccional formula un acto conminatorio por el cual requiere al ejecutado a fin de que cumpla la prestación contenida en el título, (...), ii) Plazo: Es el tiempo que tiene el ejecutado para que cumpla con el requerimiento; y, iii) Requerimiento: Importa una advertencia conminatoria del juez de una sanción especial en caso de no verificarse el cumplimiento del requerimiento de pago”.

La segunda parte del artículo 715 del CPC establece lo siguiente: “Cumplido el plazo previsto en las disposiciones generales, si hubiera cuaderno cautelar conteniendo cualquier medida concedida, este se agregará al principal y se ordenará

la refoliación a fin de ejecutarse. Caso contrario, a petición de parte, se ordenará las medidas de ejecución adecuadas a la pretensión amparada”.

Lo primero que destaca de esta disposición es la diferencia entre la afectación de bienes y derechos como medida cautelar y como medida de ejecución. La medida cautelar ocurre antes de dictarse la decisión definitiva, mientras que la medida de ejecución ocurre en la etapa de ejecución, esto es, luego de existir la decisión definitiva.

Otro aspecto que se regula en esta segunda parte es el mecanismo operativo para incorporar al cuaderno cautelar dentro del cuaderno principal, y es por ello que se ordena la refoliación. Aquí conviene considerar algunas situaciones particulares antes de proceder de modo automático a agregar el cuaderno cautelar al principal. A guisa de ejemplo citamos el caso de aquella medida cautelar concedida mas no ejecutada. Si en este supuesto procedemos a agregar el cuaderno cautelar al principal, ponemos en riesgo la ejecución de la medida cautelar, pues el demandado (afectado con la medida cautelar) tiene pleno acceso al cuaderno principal, y entonces podría informarse de la existencia de la medida cautelar, y con ello efectuar acciones que podrían hacer ilusoria la ejecución de la medida cautelar concedida. En este supuesto, quizá lo más razonable sea mantener la separación de ambos cuadernos hasta por lo menos la ejecución de la medida cautelar.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (s/f): “El proceso de ejecución”. En: <[www.projure.org.pe](http://www.projure.org.pe)>; AYALA CORAO, Carlos M. (2007): “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: <[http://www.cecococh.cl/html/revista/docs/estudios-const/revistaano\\_5\\_1\\_hml/la\\_ejecucion5\\_1-2007.pdf](http://www.cecococh.cl/html/revista/docs/estudios-const/revistaano_5_1_hml/la_ejecucion5_1-2007.pdf)>; CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; PRIORI POSADA, Giovanni (2011): *Materiales de Derecho Procesal aplicado a las relaciones comerciales*. Diplomatura de Especialización en Derecho Comercial para Magistrados Iberoamericanos. Lima: PUCP.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

Rocco, Ugo (1976): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Al haberse dispuesto en la sentencia el cumplimiento en dólares del pago de una suma de dinero que en la demanda y en el mandato ejecutivo se encontraba referida en soles, el juzgador ha ido más allá del petitorio, violando el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (*Cas. N° 465-99-Lima*).

**Artículo 716**

**Ejecución de suma líquida**

*Si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se concederán a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo al Subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V de este Título. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 34, 642 a 673, 689, 725 a 748.*

*Rolando Martel Chang*

---

**1. LOS REQUISITOS COMUNES DEL TÍTULO EJECUTIVO**

Conforme al artículo 689 del CPC: “Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética”.

Esta disposición contiene los denominados requisitos comunes de todo título ejecutivo.

La obligación es: i) Cierta, cuando están delimitados en el título ejecutivo los sujetos (acreedor y deudor) y el objeto de la prestación, que puede ser de dar, hacer o no hacer; ii) expresa, cuando en el título se encuentran claramente delimitados los elementos de la relación jurídica obligatoria; iii) exigible, cuando la prestación a cumplirse es pura o estando sometida a condición o plazo esta se ha verificado; iv) líquida, cuando el título contiene una suma dineraria concreta e inequívoca; y, v) ilíquida, cuando la suma dineraria puede obtenerse mediante operación aritmética, con base en los datos o criterios que contiene el mismo título ejecutivo.

**2. SUMA LÍQUIDA Y MEDIDAS PARA SU PAGO**

La suma líquida es aquella que se debe verificar en el título ejecutivo que contiene una obligación dineraria. Una suma es líquida cuando se refiere a una cantidad concreta y plenamente determinada. ARIANO (s/f) dice que “líquido es aquello que está determinado cuantitativamente”.

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

Una resolución judicial puede contener una prestación dineraria líquida, lo que sucede cuando se manda pagar una suma de dinero claramente determinada en su monto (cantidad de soles o de dólares).

Lo que contempla el artículo 716 del CPC en comentario es la posibilidad de dictarse, a pedido de parte, medidas para la ejecución (siguiendo las reglas de las medidas cautelares) en caso de que no se haya cautelado la pretensión del proceso, o enlazar hacia la ejecución forzada si ya existen bienes cautelados judicial o extrajudicialmente.

La primera idea, esto es la solicitud de medidas para la ejecución, supone: i) la inexistencia de medidas cautelares al haberse seguido el litigio sin que se haya solicitado u otorgado medidas cautelares y ii) la inexistencia de bienes cautelados de modo extrajudicial.

Los dos supuestos anotados son posibles, y dependen exclusivamente de los intereses y decisiones de la parte demandante.

La segunda idea, esto es la existencia de bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, supone que: i) el acreedor ha solicitado medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la pretensión, y que estas le han sido otorgadas por el juez del proceso y ii) el acreedor cuenta con garantías que le han sido otorgadas extrajudicialmente (sin intervención del órgano jurisdiccional), como por ejemplo una garantía real hipotecaria.

### 3. LA EJECUCIÓN FORZADA

Si el deudor no paga de modo voluntario la suma líquida contenida en la resolución judicial, el acreedor puede pedir el inicio de la ejecución forzada a fin de ver satisfecho su crédito.

Para que haya ejecución forzada es necesario que existan bienes afectados judicial o extrajudicialmente. Así se desprende de las reglas del artículo 725 del CPC, donde además se establece que son formas de ejecución forzada el remate y la adjudicación.

El *remate* supone la venta forzada de los bienes afectados, y para tal efecto debe desarrollarse el procedimiento previsto en el mismo Código, que comprende las siguientes fases:

- Tasación.
- Convocatoria.

- Publicidad.
- Acto del remate.
- Acta del remate.
- Transferencia del bien.

La *adjudicación en pago* es la opción que tiene el ejecutante para pedir que se le transfiera el bien afectado, en la medida en que este no haya sido subastado mediante remate. Así se entiende de las reglas del artículo 742 del CPC.

Es importante diferenciar el rol del ejecutante en la fase de ejecución forzada, a saber:

- El ejecutante puede participar como postor en uno de los remates programados, tal como lo permite el artículo 735 del CPC.
- El ejecutante puede pedir la transferencia vía adjudicación del bien afectado, cuando este no ha sido subastado en los remates programados.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (s/f): "El proceso de ejecución". En: <[www.projure.org.pe](http://www.projure.org.pe)>.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

SALAS CAMACHO, Carolina Mirellys (2013): *La impugnación del remate judicial en el procedimiento civil venezolano*. Trabajo especial de grado para optar el título de especialista en derecho procesal (Universidad Católica Andrés Bello). <<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS6561.pdf>>.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Pese a que el Código Procesal Civil no establece expresamente la posibilidad de contradecir el mandato alegando el pago parcial de la obligación, el juzgador deberá disponer que los pagos efectuados sean tomados en cuenta en la etapa de ejecución de sentencia (*Cas. N° 3039-2003-Arequipa*).

Cuando una de las partes requiera que se realice prueba pericial sobre la liquidación de los intereses compensatorios y moratorios, por considerar que estos son excesivos, dicha prueba pericial debe ser actuada durante la etapa de conocimiento del proceso para poder señalar en la sentencia la suma a pagar, y no diferirla a la etapa de ejecución de sentencia (*Cas. N° 388-99-Lima*).

**Artículo 717****Ejecución de suma ilíquida**

*Si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto los que la ley disponga. La liquidación contenida en el mandato de ejecución puede ser observada dentro del tercer día, luego de lo cual el juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 689, 714.*

**Rolando Martel Chang****1. LA ILIQUIDEZ DE LA SUMA DINERARIA**

Cuando la obligación de dar suma de dinero es ilíquida, debe procederse a su liquidación mediante operación aritmética. Así lo establece el artículo 689 del CPC. Sobre este tema, ARIANO (s/f) dice que la suma ilíquida debe ser liquidada “mediante operación aritmética, en base a los datos que emergen del propio título”.

Como se dijo antes, la liquidación de una suma ilíquida debe hacerse con base en los criterios que debe contener el mismo título ejecutivo, tal como lo prevé el artículo 717 del CPC al precisar que el vencedor debe acompañar la liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto los que la ley disponga.

Para ilustrar la importancia del primer supuesto referido a la liquidación conforme a los criterios contenidos en el título, nos remitimos por ejemplo a los laudos arbitrales que ordenan pagar sumas ilíquidas como los intereses. Para ejecutar este concepto es requisito sine qua non que el laudo arbitral (título ejecutivo) contenga los criterios (tipo de interés, periodo y tasa, etc.) para proceder a liquidar los intereses, tal como lo ordena el artículo 717 del CPC. Si tales criterios no figuran en el laudo arbitral (título ejecutivo), no podrán ser materia de ejecución, no correspondiendo al juez de la demanda de ejecución de laudo arbitral, suplir la omisión arbitral, pues la labor de la jurisdicción común se circunscribe a colaborar con la ejecución de lo laudado, tarea que no incluye la de completar o integrar el laudo.

Igual reflexión corresponde hacer cuando el laudo arbitral manda pagar los costos del arbitraje, pero no contiene ningún criterio o dato que permita liquidar dicho concepto, en cuyo caso el laudo será inejecutable en este extremo, generándose no solo una clara frustración a la parte interesada, sino también la deslegitimación del tribunal arbitral.

La segunda parte del artículo 717 del CPC establece que la liquidación contenida en el mandato de ejecución puede ser observada dentro de tercer día, luego de lo cual el juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada. Esta segunda parte marca la receptividad de la liquidación en el mandato ejecutivo, y abre el ejercicio del derecho de defensa de la parte ejecutada, la que se circunscribe a la observación, que se entiende debe hacerse proponiendo reparos a los criterios empleados en la liquidación u otros aspectos técnicos que resulten pertinentes. Lo recomendable para efectos de la observación es ofrecer como medio de prueba el sustento técnico documental que lo respalde, de tal modo que las observaciones no queden en el solo dicho o afirmación de la parte ejecutada.

## **2. EL PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL DE LA SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LIMA (JUNIO DE 2015)**

En el citado pleno jurisdiccional se abordó, entre otros temas, la problemática referida a la calificación del laudo arbitral como título ejecutivo. Dicha problemática se refería a la cuestión de si para calificar la procedencia del laudo arbitral como título ejecutivo, los órganos jurisdiccionales debían o no examinar el laudo conforme a las reglas del artículo 689 del CPC.

El pleno acordó por unanimidad que los laudos arbitrales tienen que calificarse (como ocurre con todos los títulos ejecutivos) con arreglo a las exigencias del referido artículo 689, lo que debe hacerse de oficio o a pedido de parte en vía de contradicción.

Por tanto, y en conexión con el tema en comentario, el pleno jurisdiccional en mención es relevante para –mutatis mutandi– dejar marcada la idea de que todo título ejecutivo para generar el dictado de un mandato ejecutivo debe superar el test que emerge del artículo 689 del CPC, y si la obligación que se exige es de carácter dinerario, cuya suma es ilíquida, también debe controlarse dicho aspecto sea de oficio o a pedido de parte. Solo así se podrá encarrilar un proceso de ejecución en forma debida.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ARIANO DEHO, Eugenia (s/f): "El proceso de ejecución". En: <[www.projure.org.pe](http://www.projure.org.pe)>.

---

### **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

SALAS CAMACHO, Carolina Mirellys (2013): *La impugnación del remate judicial en el procedimiento civil venezolano*. Trabajo especial de grado para optar el título de especialista en derecho procesal (Universidad Católica Andrés Bello). <<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS6561.pdf>>.



**Artículo 718** | **Contradicción (DEROGADO)**

*Puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, solo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario esta se declarará inadmisibile. De la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo. (\*)*

(\*) El artículo 718 fue derogado por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008, que establece disposiciones para la mejora de la administración de justicia en materia comercial, modificando y derogando diversas normas procesales. Dicho decreto legislativo fue dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso de la República para legislar sobre el mencionado tema a fin de adecuar la normativa procesal para efectos de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos.

**Artículo 719**

**Resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras**

*Las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras reconocidas por tribunales nacionales se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en este Capítulo, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la Ley General de Arbitraje. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 2102 a 2104, 2106 a 2108, 2111; C.P.C. arts. 703 a 719, 749 inc. 11; C.P. Const. arts. 59, 73, 115; C.D.I.P. arts. 416 a 433; L.A. arts. 8 incs. 5 y 6, 74 y ss.*

***Rolando Martel Chang***

**1. REGLAS BÁSICAS PARA LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS EN EL EXTRANJERO**

La disposición en comentario establece que una resolución judicial o arbitral extranjera puede ser ejecutada en sede nacional, siempre que haya sido reconocida por un tribunal nacional.

Conforme al artículo 749, inciso 11 del CPC, se tramita en proceso no contencioso el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.

Para que proceda el reconocimiento de sentencias pronunciadas en el extranjero se requiere de la existencia del tratado respectivo, y a falta de este, de la aplicación del principio de reciprocidad positivo. Conforme a este principio la sentencia dictada en el extranjero tendrá en el Perú la misma fuerza que en el país extranjero se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos. Lo anotado guarda armonía con las reglas del artículo 2102 del CC. Comentando este artículo, Delia REVOREDO (1985: p. 1025) dice que:

“Expresa la prioridad jerárquica que, sobre las demás normas, tienen los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú sobre la materia, y advierte que, a falta de reciprocidad contractual con el país donde se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquél país se da a las sentencias emanadas de los tribunales peruanos. Esta última reciprocidad, llamada legislativa deberá ser probada por el interesado en el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera; la reciprocidad contractual por estar prevista en

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la primera disposición modificatoria de la Ley N° 26572 del 05/01/1996.

tratados o convenciones internacionales que forman parte del derecho peruano, debe ser conocida por el juez y no requiere de prueba”.

En cambio, no puede ser reconocida en sede nacional la sentencia dictada en el extranjero cuando se aplica el principio de reciprocidad negativo, el mismo que se presenta cuando la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos. En efecto, si en el país extranjero no se reconocen las sentencias peruanas, entonces tampoco se reconocen en el Perú las sentencias de dicho país extranjero. Así se desprende de las reglas del artículo 2103 del CC. En relación a este artículo, Delia REVOREDO (1985: p. 1025) sostiene que:

“Se trata de la reciprocidad negativa. El supuesto alcanza a los países que, sin denegar explícitamente eficacia a las sentencias peruanas, revisan el fondo de las mismas. En estos casos, es obvio que el ‘reconocimiento’ supone juzgar nuevamente la controversia, pues es el criterio del juez extranjero revisor el que finalmente se impone en la ejecución de la sentencia. Consecuentemente, no tendrán fuerza en el Perú los fallos emanados de tribunales extranjeros, que revisen el fondo de las sentencias peruanas”.

Además de la acreditación del tratado respectivo o del principio de reciprocidad positivo, para el reconocimiento de una sentencia dictada en el extranjero se debe cumplir los requisitos del artículo 2104 del CC, a saber:

“Artículo 2104.- Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103.

1. Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.
2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.
8. Que se pruebe la reciprocidad”.

Ahora bien, una vez reconocida en sede nacional la sentencia dictada en el extranjero, el interesado tiene expedito el camino para ejecutarla, para cuyo efecto debe presentar la demanda ante el juez competente, acompañando copia de la sentencia íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, así como de los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en el título IV del Libro X del CC.

## **2. REGLAS BÁSICAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO**

Nuevamente, lo primero que debe hacerse para ejecutar un laudo extranjero, es proceder a su debido reconocimiento por un tribunal nacional.

La competencia para el reconocimiento de laudo extranjero corresponde a la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos, tal como lo establece el artículo 8, inciso 5 del Decreto Legislativo N° 1071.

Mientras que para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos, tal como lo establece el inciso 6 del mismo artículo 8 antes mencionado.

En suma, una vez reconocido el laudo extranjero por un tribunal nacional queda expedito el camino del interesado para ejecutarlo en sede nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta interesante recordar que un laudo extranjero no siempre será reconocido, pues podría operar la denegación de su reconocimiento. Al respecto, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, establece en su artículo V, literal e) lo siguiente:

### “Artículo V

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...)

- e) *Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes* o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada es sentencia”.

Por su parte, el artículo 75 inciso 2 literal e del Decreto Legislativo N° 1071 establece que:

“Artículo 75.- Causales de denegación.

(...)

2. Solo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, *si esta parte prueba:*

(...)

- c. *Que el laudo no es aún obligatorio para las partes* o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo” (cursivas nuestras).

Con relación a la denegación del reconocimiento del laudo extranjero, Calvin A. HAMILTON (2009: p. 353) sostiene:

“(…) En cuanto a la obligatoriedad, algunos tribunales nacionales examinan la ley aplicable al laudo para determinar si el laudo ya es ‘obligatorio’. Otros tribunales no consultan la ley aplicable sino entienden que un laudo es “obligatorio” si ya no es susceptible de una apelación genuina en cuanto al fondo ante una segunda instancia arbitral o ante los tribunales”.

En esa misma línea, Francisco Javier GORIÓN GÓMEZ sostiene que:

“(…) el término obligatorio significa que la sentencia no sea susceptible de alguna impugnación, en vía de recurso ordinario, teniendo este que ser resuelto bajo la ley del país de origen. Por tanto obligatoriedad significa que se tendrá que exigir el carácter definitivo de la sentencia, y por consiguiente, dotada del efecto, de cosa juzgada, el valor de cosa juzgada es un valor que lleva implícito el laudo, se constituye como un presupuesto del laudo. Por tanto, al oponerse la excepción, tendrá que demostrarse que el laudo no ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, probando que en su contra se encuentra pendiente un medio impugnativo”.

De las ideas doctrinarias anteriores, que son correctas, se extrae como cuestión relevante, que un laudo no es obligatorio cuando aún no ha quedado firme.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

REVODERO DE DEBAKEY, Delia (1985): *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*, tomo VI. Lima: Okura Editores; HAMILTON, Calvin A. (2009): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. La Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento*

---

y ejecución de laudos arbitrales, tomo 2, Lima: Magna, 2009; GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier: <[http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/causas\\_denegacion\\_laudo\\_extranjero.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/causas_denegacion_laudo_extranjero.php)>.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AMPRIMO PLÁ, Natale (2009): "El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la Convención de Nueva York y la novísima Ley peruana de Arbitraje: aciertos que fortalecen el arbitraje". En: *Convención de Nueva York de 1958 - Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras* <[http://peruarbitraje.org/pdf/libro\\_colectivo\\_2\\_convencion\\_de\\_nueva\\_york\\_1958.pdf](http://peruarbitraje.org/pdf/libro_colectivo_2_convencion_de_nueva_york_1958.pdf)>. Carlos Soto Coaguila (dir.); Orializ Carla Espinoza Soto (coord.); BASADRE AYULO, Jorge (2000): *Derecho internacional privado*. Lima: Grijley; BOGGIANO, Antonio (1983): *Derecho internacional privado*, tomo II, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2009): "El ámbito de aplicación de la convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras". En: *Convención de Nueva York de 1958 - Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras* <[http://peruarbitraje.org/pdf/libro\\_colectivo\\_2\\_convencion\\_de\\_nueva\\_york\\_1958.pdf](http://peruarbitraje.org/pdf/libro_colectivo_2_convencion_de_nueva_york_1958.pdf)>. Carlos Soto Coaguila (dir.); Orializ Carla Espinoza Soto (coord.).

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se presume que existe reciprocidad respecto de la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú. Son materia de reconocimiento y ejecución las sentencias y fallos arbitrales extranjeros (*Exp. N° 1528-98-Lima*).

El exequátur o proceso judicial de homologación y ejecución de sentencias extranjeras tiene lugar en el ordenamiento jurídico nacional en base al principio de la reciprocidad y cortesía internacional, a fin de evitar la duplicidad de juzgamiento frente a un mismo derecho, siempre que se dé cumplimiento eficaz a la normativa peruana de permisibilidad de esta institución (*Exp. N° 596-97-Lima*).

En virtud del principio de reciprocidad, el exequátur tiene como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el Tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. No basta la legalización en el país de procedencia, sino que es necesaria la homologación de la resolución judicial (*Exp. N° 70-97-Lima*).

## CAPÍTULO IV EJECUCIÓN DE GARANTÍAS<sup>(\*)</sup>

### Artículo 720

#### Procedencia

1. *Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo.*
2. *El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía, y el estado de cuenta del saldo deudor.*
3. *Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas. Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documentos de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas.*
4. *No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma.*
5. *Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen.*

*La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo y solo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada.*

*En el mandato ejecutivo debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor. (\*\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 1055, 1091, 1097, 1219 inc. 4; C.P.C. arts. 34, 60, 271; L.G.S. arts. 109, 327; L.T.V. art. 243; L.G.S.F. art. 132 inc. 7.*

***Martín Hurtado Reyes***

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 720 del CPC, es emblemático y central para los procesos de ejecución de garantías, en especial, para las ejecuciones de hipoteca.

(\*) Denominación del Capítulo IV según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

(\*\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

En el análisis de artículo vamos a encontrar varios tópicos interesantes sobre los que vamos a comentar: i) determinar cuál es el título en el proceso de ejecución de garantías; ii) los sujetos que integran el proceso; iii) el estado de cuenta del saldo deudor; y, iv) los documentos que se deben acompañar a la demanda.

## 2. TÍTULO EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

Sostenemos que en los procesos de ejecución de garantía, en especial, en los procesos de ejecución de hipotecas encontraremos un título simple y otro complejo.

El *título es simple* cuando la obligación (determinada) se encuentra contenida en la misma escritura de constitución de hipoteca. Se trata de un solo documento en el que se haya contenida la obligación asumida por el deudor (se señala el capital adeudado, el plazo para pagarla, los intereses que se deben pagar, entre otros aspectos, aquí la obligación está determinada) y, al mismo tiempo, la constitución de hipoteca para garantizar la primera. Será suficiente acompañar este documento para acreditar la existencia de una obligación y a su vez la hipoteca constituida.

En cambio, el *título será complejo*, cuando la obligación no se encuentra establecida de manera precisa en la escritura pública de constitución de hipoteca, pudiendo tratarse de una obligación determinable, eventual o futura y así aparece graficada en la citada escritura pública, por lo cual, la obligación cierta, expresa y exigible materia de cobro, se debe encontrar contenida en un documento diferente a la escritura pública de constitución de hipoteca. Este documento, según lo contempla el artículo 720 inciso 1 del CPC, debe ser un título ejecutivo, es decir, debe aparecer en cualquiera de los documentos señalados de forma expresa en el artículo 688 del CPC, o en cualquier otra norma especial. Por lo cual, el título complejo implica presentar no solo la escritura pública donde aparece la constitución de hipoteca, sino también el título ejecutivo, documento en el que debe aparecer contenida la obligación cierta, expresa y exigible.

Cabe indicar que en el Sexto Pleno Casatorio Civil (Cas. N° 2402-2012-Lambaeyque) se asumió una posición cuestionable al ampliar los alcances del artículo 720 del CPC, pues se estableció, en el punto i.b del primer precedente, sin mayor justificación, sin expresar las razones que lo llevaron a esta decisión, una modificación a la regla contenida en el citado artículo (que requiere que la obligación puesta a cobro se encuentre contenida en título ejecutivo), señalando que en las hipotecas constituidas a favor de personas ajenas al Sistema Financiero, la obligación puede estar contenida en “documento reconocido por la ley como título ejecutivo *u otro documento idóneo* que acredite la existencia de la obligación que contenga la determinación de la misma a cancelar a través de la ejecución judicial de la garantía, que cumpla con los requisitos del artículo 689 del CPC” (énfasis nuestro).



Podemos indicar que la regla establecida en el precedente judicial:

- a) Ha modificado el artículo 720 inciso 1 del CPC, ya que el citado artículo señala que cuando la obligación no esté contenida en el mismo documento constitutivo de hipoteca (escritura pública de hipoteca), se requiere que la obligación se encuentre contenida en un documento calificado por la ley como título ejecutivo (el CPC señala expresamente en “cualquier otro título ejecutivo”); sin embargo, el precedente indica que ya no solo se puede demandar en proceso de ejecución de hipoteca con una obligación contenida en el título ejecutivo (si no está contenida en la escritura pública de constitución de hipoteca), sino también en “cualquier” otro documento, siempre que contenga una obligación cierta, expresa y exigible. Lo que hace el precedente, según mi punto de vista, es modificar la regla contenida en el artículo 720 inciso 1 del CPC, pero nuevamente, creemos que lo hace sin ningún tipo de argumentación (no aparecen las razones en el precedente judicial para este cambio sustancial).

Este giro de tuerca en los procesos de ejecución de hipoteca no es cualquier cosa, es de suma importancia y me parece peligroso un cambio de esta magnitud. A partir del precedente se podría demandar una obligación (en ejecución de hipoteca) sin importar si se encuentre o no en título ejecutivo. Me parece que la barrera que impuso el legislador en el año 2008 con la modificatoria al CPC (al exigir título ejecutivo) tenía sentido y se sustentaba en la tesis de que en los procesos de ejecución es viable únicamente cobrar obligaciones que se encuentran en títulos ejecutivos. Lo que hace el precedente es permitir que se cobren obligaciones que se encuentren contenidas en documentos que no califiquen necesariamente como títulos ejecutivos, es decir, en cualquier documento, siempre que se cumpla con el artículo 689 del CPC: obligación cierta, expresa y exigible. Esto quiere decir que se podrán cobrar obligaciones que cumplan con las exigencias señaladas, aun cuando se trate de documentos simples, es decir, que la ley no los ha calificado como títulos ejecutivos.

- b) El lenguaje que usa el precedente para perfilar el tipo de documento en la que se debe encontrar contenida la obligación cierta, expresa y exigible es que se trate de un “documento idóneo”; sin embargo, no se ha señalado en su contenido cuáles podrían ser las características o perfil que debe tener el citado documento, dejando al juez la tarea de calificar en cada caso si el documento presentado (que no tiene mérito ejecutivo) resulta idóneo para iniciar la ejecución de hipoteca.
- c) Entiende la Corte Suprema como “documento idóneo” (aunque no sea un título ejecutivo) al que cumple con lo señalado en el artículo 689 del CPC

(con obligación cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable). Con ello, tendremos que cualquier documento que cumpla con estos presupuestos podrá ser considerado como “título” para cobrar obligaciones en el proceso de ejecución de hipoteca, generando una situación excepcional en la gama de procesos de ejecución. Esta situación, a mi criterio, desnaturaliza este tipo de proceso, permitiendo que solo en el proceso de ejecución de hipoteca se pueda sustentar la obligación puesta a cobro en cualquier tipo de documento, aunque no tenga la calidad de título ejecutivo (no pasará lo mismo en el proceso ejecutivo ni en el proceso de ejecución de resolución judicial). Esta situación es grave ya que solo se puede abrir el proceso de ejecución en virtud de la existencia de título ejecutivo (*nulla executio sine titulo*), además de quebrantar lo dispuesto en el artículo 690-A del CPC, que señala que a la demanda se debe acompañar “el título ejecutivo”. Esta regla permitirá demandar con documentos que no tengan mérito ejecutivo, es decir, sin “título ejecutivo”.

Por lo cual, podemos afirmar que el artículo 720 del CPC, quedó modificado por el precedente judicial ya mencionado, entendiéndose que se pueden presentar en el proceso de ejecución de garantías, en especial la ejecución de hipotecas los supuestos de título simple y título complejo, en este último caso la obligación puede estar contenida en documento que califica como título ejecutivo o en otro documento, al que se ha llamado “documento idóneo”.

### 3. SUJETOS QUE INTEGRAN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

En el proceso de ejecución de garantías, en especial en el de ejecución de hipoteca, encontramos a determinados sujetos que por la naturaleza de la relación jurídica generada fuera del proceso, deben aparecer en la relación procesal: el *ejecutante* (*acreedor hipotecario*), el *ejecutado* (deudor hipotecario), el *co ejecutado* (constituyente de la hipoteca, cuando es diferente al deudor, al que se le suele llamar *garante hipotecario*), aunque puede aparecer también como *coejecutado* un *fiador*.

Por un lado, tenemos al llamado *acreedor hipotecario*, que en el proceso judicial se convierte en la *parte ejecutante*, cuya legitimidad para obrar se encuentra sustentada en el derecho de acreedor hipotecario y su interés se focaliza en cobrar su acreencia.

Aunque en estos procesos puede aparecer como parte demandante y ejerciendo la pretensión oblicua (sustitución procesal para el CPC) el *acreedor* del acreedor hipotecario (con quien mantiene una relación jurídica obligacional, donde este último

es su deudor) contra el deudor de este, conforme a lo que señala el artículo 1219 inciso 4 del CC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60 del CPC, con la condición de citar al acreedor hipotecario. Pero, este acreedor no garantizado con la hipoteca a ejecutar, puede intervenir como tercero en el proceso de ejecución hipotecaria ya iniciado, siendo la forma de intervención adhesiva.

Integrando la relación jurídica obligacional deducida en el proceso encontramos al *deudor hipotecario*, que en el proceso se le conoce como *ejecutado*, es el sujeto llamado a cumplir con el pago de la suma adeudada (capital, intereses, costos y costas), es el que resiste la pretensión contenida en la demanda. A él le resulta exigible el contenido del auto de pago. El deudor a su vez puede ser el constituyente de la hipoteca, a partir de lo cual se encuentran consolidadas en su persona la condición de deudor y la de garante hipotecario.

Pero si el *garante hipotecario* fuera una persona natural o jurídica diferente al deudor, entonces aparecerá en el proceso como coejecutado el sujeto que constituyó la hipoteca a favor del acreedor. Este sujeto de derecho es el que en la realidad, afecta su esfera patrimonial, constituyendo la hipoteca para garantizar las obligaciones que tiene el deudor con el acreedor. En algunos casos el garante hipotecario asumió en el acto constitutivo la condición de fiador solidario del deudor, con lo cual, se consolidan en su persona la condición de deudor solidario y a la vez de garante hipotecario.

El *fiador solidario* puede ser una persona natural o jurídica, diferente al deudor o al garante hipotecario. Es el sujeto que con su patrimonio en general afianza las obligaciones que tuviere el deudor con respecto a su acreedor, en virtud de la fianza asume la condición de deudor solidario y le resulta exigible las prestaciones ordenadas cumplir en el auto de pago. Para ser considerado como parte en el proceso debe aparecer participando como tal en el acto constitutivo de la hipoteca, no es suficiente por ejemplo que sea fiador cambiario (título valor), se requiere que sea fiador civil.

Además de los sujetos que se han mencionado en el acápite anterior, podemos mencionar a otros que pueden aparecer en el proceso de ejecución de hipoteca. Aquí encontramos, por ejemplo, a los *poseedores* del bien objeto de la ejecución, a aquellos sujetos que tienen posesión inmediata del inmueble afectado con la hipoteca.

La notificación a los poseedores (para conocer la existencia del proceso) tiene suma importancia para los efectos de la ejecución forzada, sobre todo, cuando se trata de sujetos distintos al deudor o al garante hipotecario, pues su falta de notificación para hacerle saber la existencia del proceso, puede propiciar un valla que

impida ejecutar en su contra el lanzamiento para entregar la posesión al adjudicatario del bien.

La parte *in fine* del artículo 720 del CPC impone como deber al juez el de notificar con el auto de ejecución a los poseedores del inmueble materia de ejecución cuando sean distintos al deudor, por lo que en algunos casos, la orden de lanzamiento contra los poseedores distintos al deudor o garante hipotecario que no fueron notificados conforme a esta norma, se vuelve infructuoso, aunque hay situaciones en las que se echa mano a la convalidación de la misma.

Pueden intervenir en un proceso de ejecución de hipoteca los *acreedores no ejecutantes*, sujetos que tienen derechos de crédito preferentes o no con relación a la acreencia del ejecutantes, se apersonan al proceso para cobrar sus créditos con el producto del remate, compartiendo el mismo con el ejecutante o desplazándolo, dejándole solo el remanente, si lo hubiera.

También es común en estos procesos la participación del *nuevo propietario*, es decir, el sujeto que adquirió antes o durante el proceso el bien que es materia de ejecución, el problema que se plantea aquí es cómo incorporarlo al proceso. Se han dado las siguientes posibilidades, integrarlo como litisconsorte necesario, como sucesor procesal o simplemente como tercero con interés o llamado también tercero legitimado.

#### 4. EL SALDO DEUDOR

Uno de los documentos más controversiales en los procesos de ejecución de garantías lo constituyó, por mucho tiempo, el saldo deudor. A partir de la ausencia de regulación, se entendió siempre que no estaba sujeto a determinada formalidad, por lo cual su contenido quedaba al libre albedrío del demandante.

Con el Sexto Pleno Casatorio, se fijó posición sobre el particular, ya que se han señalado de forma precisa la forma que debe tener el saldo deudor, resaltando la función del juez para controlar su contenido, pudiendo declararse inadmisibles las demandas por el no cumplimiento de las exigencias para el saldo deudor.

Me parece que el precedente hace bien en fijar posición sobre este documento tan controversial que se exige presentarlo en los procesos de ejecución de garantías. Sobre este documento se habían señalado dos cosas fundamentales en la práctica judicial: por un lado, que se trataba de un documento que no tenía ninguna formalidad, por lo menos que el CPC no contemplaba ninguna; de otro lado, tampoco se indicaba cuál podría ser su posible contenido.

Por ello, la parte más informal y problemática en los procesos de ejecución de hipoteca se configuraba con el saldo deudor, situación que se veía enrarecida cuando el ejecutado alegaba haber efectuado pagos a cuenta antes de iniciado el proceso y que no aparecían consignados en el mismo. Respecto de los cuales muchas veces los acreedores ejecutantes guardan silencio cómplice, ello con la finalidad de que no sean considerados como pagos a cuenta o que no se descuenten durante la ejecución forzada, afectando de manera ilegal el derecho del deudor.

Ya sostuvimos que este documento ha generado uno y mil problemas en la práctica judicial. En primer lugar, porque el legislador no se preocupó de establecer una forma predeterminada ni señaló mínimamente cuál sería su contenido. No se consideró que se trata de un documento unilateral que prepara y presenta el acreedor, en el cual se debería consignar el capital adeudado, los intereses pactados y generados, los pagos realizados por el deudor. Este último aspecto es un verdadero dolor de cabeza, ya que suelen presentarse situaciones en las que el demandado afirma haber pagado sumas de dinero que no fueron consideradas por el ejecutante y que interesadamente olvidó consignar el acreedor en el saldo deudor, pese a que presentan sendos documentos que lo acreditan, en algunos casos se aceptan los pagos a cuenta y en otros suelen ser negados (HURTADO, 2014: pp. 51-91).

Siguiendo las buenas prácticas que se vienen realizando en los juzgados que tramitan estos procesos judiciales (particularmente la justicia comercial), en el que se hace cuestión del estado al ejecutante cuando el saldo deudor presenta inconsistencias, incoherencias, generándose la posibilidad de legalizar un abuso de derecho. Ante ello, el juez se dispone de oficio pruebas periciales para comprobar que el acreedor no esté cobrando más de lo que le corresponde. La Corte Suprema pretendió poner punto final a un tema que no fue apreciado por el legislador al crear el documento llamado “saldo deudor”.

Así, ahora el demandante debe tener sumo cuidado al presentar este documento, ya se pasa a requerir una formalidad expresa y un determinado contenido: debe estar suscrito por el acreedor (antes se presentaba sin firma o con la firma del demandante); se deben indicar los pagos a cuenta realizados, expresándolos de forma detallada y en orden cronológico (antes se indicaba la suma capital, intereses y otros conceptos adeudados, se omitía de forma interesada consignar los pagos a cuenta, argumentando que ya se habían descontado); además, se debe indicar cómo se desarrolló en el caso concreto el historial crediticio del deudor (debido a que se obliga a consignar los datos del crédito desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de cierre de la liquidación), indicar el monto de los intereses pactados, sin afectar norma imperativa, si fuera el caso los intereses legales.

Un saldo deudor con tanto detalle evitará que el acreedor cobre su acreencia con montos superiores a los que verdaderamente le corresponden, más aún si

el precedente le brinda al juez el poder de controlarlo desde la presentación de la demanda. Esto me parece un acierto.

La liquidación del saldo deudor emitido por las entidades del sistema financiero conforme a lo que señala el artículo 132 inciso 7 de la Ley N° 26702 también ha presentado graves problemas en la práctica judicial, sobre todo porque se trata de un documento unilateral que muchas veces no responde a la existencia de una obligación, sin embargo, se exige judicialmente su cumplimiento.

El artículo 132 inciso 7 de la Ley N° 26702 señala que son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente, la atenuación de los riesgos para el ahorrista: "El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas".

A partir de esta disposición se ha entendido en la práctica judicial que el saldo deudor emitido por las empresas del sistema financiero está constituido por títulos ejecutivos, lo cual, a mi criterio, no es cierto, porque la disposición legal no señala expresamente ello, esto es, no indica que el saldo deudor tenga calidad de título ejecutivo, sino simplemente que (el saldo deudor) tiene "mérito ejecutivo". Lo cual simplemente no significa nada, si partimos de la idea que la calidad de título ejecutivo lo señala la ley, pero de forma expresa. Para los que siguen esta tesis no se requiere más que el saldo deudor para despachar ejecución, no se requiere ningún documento complementario.

En cambio, otra posición más garantista de los derechos del deudor no se conforma con la simple presentación del saldo deudor, sino que se exige que se acompañe la documentación que acredite la fuente u origen que dio lugar al saldo deudor (un crédito personal o cualquier otra operación). No es suficiente la presentación del simple saldo deudor, sino que se debe complementar con otros documentos con los que se acredite de dónde provienen las sumas indicadas en el mismo.

El pleno jurisdiccional ha señalado que las empresas del sistema financiero pueden presentar el saldo deudor como documento idóneo para acreditar la obligación (cuando sea existente, determinable o futura), siempre que se presenten los siguientes presupuestos: i) que sea un saldo deudor emitido conforme al artículo 132 inciso 7 de la Ley N° 26702; ii) que se encuentre suscrito por apoderado de la entidad del sistema financiero con facultad para liquidación de operaciones; iii) que se encuentre detallado cronológicamente con los cargos y abonos desde el inicio de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor; iv) que se indique el tipo de operación, la tasa y tipos de interés aplicados para obtener el saldo deudor. Queda a facultad del demandante acompañar la documentación que acredite la obligación que se detalla en el saldo deudor.

Pensamos que la Corte Suprema a partir de la experiencia judicial y la problemática que presentaban los problemas vinculados a cobros de suma de dinero sustentados en saldo deudor conforme a lo que señala el artículo 132 inciso 7 de la Ley N° 26702 ha comprendido que el simple saldo deudor no era suficiente para acreditar la obligación puesta a cobro, ello porque normalmente se indicaba en el mismo los detalles más elementales (demasiado genéricos) de la operación realizada entre el deudor y la entidad financiera. Más si este saldo deudor es un documento absolutamente unilateral y se utilizaba en situaciones en las que la entidad financiera —normalmente— no contaba con los documentos necesarios para acreditar la existencia de la obligación puesta a cobro.

Hace bien en señalarse las formalidades mínimas que debe contener el saldo deudor, sobre todo en cuanto a la cronología del crédito, la plena identificación de la operación que lo motiva, el señalamiento de la suma capital, los pagos a cuenta, los intereses pactados y la tasa fijada. Teniendo esas características, el saldo deudor se convierte en un documento que le brinda mayor cantidad de información al juez sobre la obligación puesta a cobro, dando la posibilidad a que el ejecutado lo pueda cuestionar si contiene datos inexactos, o incoherentes, contradictorios o errados con relación al crédito y su historial. Aunque considero que si el juez tiene alguna duda sobre su contenido o presenta alguna inconstancia, incoherencia o defecto, debería solicitar —de oficio— a la parte demandante que acompañe la prueba documental que acredite que el contenido del saldo deudor se relaciona con la obligación puesta a cobro, que acredite “la obligación objeto de la demanda”.

Se entiende entonces, que a partir del precedente judicial que si la entidad financiera pretende ejecutar una hipoteca cuando la obligación garantizada es existente, determinable o futura el saldo deudor a que se refiere el artículo 132 inciso 7 de la Ley N° 26702 con las formalidades ya señaladas, es suficiente para despachar ejecución, aunque no lo diga en las reglas del precedente judicial, considero que —entre líneas— le concede a este documento la calidad de título ejecutivo, porque es suficiente para acreditar la obligación que es objeto del proceso. Así, la obligación de alguna manera está reflejada en el saldo deudor, pero, queda claro que ahí no está contenida la obligación, esta se encuentra contenida en otro documento, pero no se requiere inicialmente presentarse, es suficiente la radiografía de su contenido (saldo deudor).

## **5. DOCUMENTOS QUE SE DEBEN ACOMPAÑAR A LA DEMANDA**

Para el inicio del proceso de ejecución en general el demandante (acreedor) debe acompañar de forma elemental el título en el que aparezca la obligación que

pretende exigir al demandado o ejecutado, por ejemplo el título valor, el recibo impago de arrendamiento, la transacción extrajudicial, etc.

En el proceso de ejecución de hipoteca la exigencia es mayor, según lo dispone el artículo 720 del CPC, se debe acompañar determinados documentos y se debe cumplir con ciertos requisitos:

- a) Que la constitución de la garantía cumpla con las formalidades que la ley exige (en este caso que la hipoteca cumpla con las formalidades establecidas en el CC, situación que entendemos debe ser controlada por el juez al momento de calificar la demanda, por ejemplo que la haya constituido quien tenía derecho inscrito, que tenga monto del gravamen, que se haya inscrito, etc.).
- b) Que la obligación garantizada se encuentre contenida en el documento constitutivo (escritura pública de hipoteca), esto es, que se encuentre contenida en la escritura pública correspondiente, lo cual implica que en ella no solo se encuentra determinada la obligación, su monto, forma de pago, cuotas, intereses, entre otros (suele ocurrir en la compraventa de inmuebles con garantía hipotecaria y en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria), sino que además se haya constituido hipoteca para garantizar el pago del precio de venta o de la suma mutuada. En este supuesto podríamos encontrarnos frente a lo que podemos llamar *título completo*, porque no se requiere de otro documento que lo complemente, el contenido de la escritura pública es suficiente. Por ello, cuando la norma se refiere (inciso 2) a que el demandante acompañará el documento que contiene la garantía, en este caso será suficiente presentar la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria.
- c) Si la obligación no se encuentra contenida en la escritura pública que contiene el acto constitutivo, debe acompañarse, además, el documento en el que se encuentre contenida la obligación, pero, el mismo debe ser un documento que califique como título ejecutivo, conforme a lo señalado en el artículo 688 del CPC. Esta situación especial se presenta cuando la hipoteca garantiza obligaciones eventuales o futuras que aparecen señaladas de forma genérica en el acto constitutivo. Suele ocurrir en los contratos de suministro de bienes, este tipo de garantías reales son de estilo cuando se busca garantizar obligaciones cuyo monto se determinará en el futuro (por tarjetas de crédito, títulos valores incompletos, contratos de los cuales se genere una cuenta corriente, entre otros). En una de las cláusulas del acto constitutivo debe aparecer el compromiso del garante hipotecario de garantizar un conjunto de obligaciones propias o de terceros que se deriven de las relaciones jurídicas establecidas entre las partes,



propiamente obligaciones eventuales o futuras. En este caso el título será *complejo* ya que se complementa la escritura pública de hipoteca con el título ejecutivo, ambos constituyen en conjunto el título para la ejecución de hipoteca. Aunque conviene puntualizar a la nueva regla del precedente judicial ya señalado.

- d) Se debe presentar el estado de cuenta del saldo deudor. Este documento ha generado uno y mil problemas en la práctica judicial. En primer lugar, porque el legislador no se preocupó de establecer una forma predeterminada para el mismo, ni señaló mínimamente cuál sería su contenido. No se consideró que se trata de un documento unilateral que prepara y presenta el acreedor, en el cual se debería consignar el capital adeudado, los intereses pactados y generados, los pagos realizados por el deudor, aunque este último aspecto es un verdadero dolor de cabeza, ya que suelen presentarse situaciones en las que el demandado afirma haber pagado sumas de dinero que no fueron consideradas por el ejecutante y que interesadamente olvidó consignar el acreedor en el saldo deudor, pese a que presentan sendos documentos que lo acreditan, en algunos casos se aceptan los pagos a cuenta y en otros suelen ser negados. Esta situación fue superada actualmente por el precedente judicial, en el que se ha indicado la forma y contenido del llamado saldo deudor.
- e) Se debe acompañar la *tasación comercial* actualizada del inmueble, realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados. La presentación de este documento para la admisión de las demandas de ejecución de hipoteca debe ser repensada para una futura modificación en el CPC, pues no tiene ninguna utilidad exigir al actor que presente la tasación actualizada si este elemento no servirá para el desarrollo del proceso, sino que es un elemento importante en la ejecución forzada; es decir, para el inicio de los actos de ejecución de los bienes dados en garantía. Por lo cual, su presentación debería ser opcional. La presentación de este documento trae debates estériles en el trámite, debido a que el demandado, al formular contradicción, suele cuestionar la tasación efectuada por el demandante respecto al inmueble hipotecado, teniendo el juez que responder al emitir el auto final sobre este particular, sin embargo, la respuesta siempre es la misma, no se puede detener la ejecución alegando que el inmueble fue tasado por una suma menor a la que realmente vale, ya que este debate debe hacerse en la etapa técnica de ejecución, es decir, antes de iniciar el remate del bien.
- f) Se debe anexar a la demanda el certificado de gravamen. Este documento registral es de suma importancia en el proceso de ejecución de hipoteca, pues ayuda a definir al juez varias situaciones: i) determinar si la hipoteca

que se pretende ejecutar se encuentra inscrita y si el demandante es titular registral de la misma, además de verificar la identificación plena del inmueble, monto del gravamen, etc.; ii) sirve para determinar si la hipoteca que se pretende ejecutar es de primer rango o tiene otro rango en el registro; iii) apoya al juez a verificar si existen otras hipoteca o embargos inscritos en el Registro con respecto al inmueble. En síntesis es el documento que permite al juez y a las partes en el proceso saber la información que arroja el Registro respecto al inmueble que se pretende ejecutar.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

HURTADO REYES, Martín (2014): “En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales”. En: *Las garantías reales*. Lima: Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HURTADO REYES, Martín (2013): “¿La cobertura de la ejecución hipotecaria tiene como límite al monto del gravamen?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 230. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2013a): “Problemática actual del proceso de ejecución de garantía”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014a): “La ejecución de hipoteca: Aciertos y desaciertos del Sexto Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2015): “La injustificada modificatoria del artículo 724 del CPC, desandando lo andado”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 29. Lima: Gaceta Jurídica; LAMA MORE, Héctor (2014): “La ejecución de la hipoteca y el análisis del VI Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO CATENA, Víctor (2009): “La oposición en la ejecución”. En: *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): *Las causales de contradicción en el proceso de ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica; TORRES ALTEZ, Dante; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *El proceso único de ejecución, mecanismos de ejecución y defensa*. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el caso de autos, las instancias de mérito han establecido que el Banco demandante no ha adjuntado a su demanda los documentos donde conste el origen de la obligación, es decir, de aquella obligación que dio origen a la garantía establecida a favor de la parte ejecutante en el documento de fojas veintitrés y siguientes; por consiguiente, no habiéndose cumplido, en rigor, los requisitos establecidos por el artículo 720 del Código Procesal Civil, según se ha anotado antes, correspondía la desestimación de la demanda (*Cas. N° 3473-2012-Arequipa*).

**Artículo 721** | **Mandato de ejecución**

*Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 724, 728 y ss.*

***Martín Hurtado Reyes***

En el proceso de ejecución de hipoteca, el auto de pago es la decisión judicial con la que el juez no solo admite a trámite la demanda sino que, a su vez, requiere al demandado para que cumpla con pagar la suma de dinero expresada en la demanda, más los intereses, costos y costas. En la misma decisión advierte que, de no pagarse dicha suma de dinero, se procederá al remate de los bienes dados en garantía.

Ahora bien, el requerimiento de pago de la suma adeudada, técnicamente, se debería hacer al deudor, es decir, al sujeto que participó en la relación material (relación jurídica obligacional) previa al proceso como obligado a cumplir con la obligación asumida, normalmente obligación de dar suma de dinero. El requerimiento de pago de dichas sumas de dinero no se debería hacer por ejemplo al garante hipotecario, quien asume un papel distinto en esta relación material: garantizar con el inmueble de su propiedad las sumas de dinero, no tiene la condición de deudor, a menos que se le haya consignado en el acto constitutivo además de garante, como fiador. Tampoco se debe considerar en este requerimiento de pago al nuevo propietario, cuando al momento de demandar el garante hipotecario ya dispuso del bien y aparece como otro sujeto como nuevo propietario.

En la práctica judicial no se hace este distingo y el juez requiere el pago de la suma de dinero a todos aquellos que a pedido del ejecutante aparecen en la demanda como demandados; es decir, al deudor, al garante hipotecario, al fiador, entre otros.

Ello no implica que el juez no deba ordenar notificar con el mandato ejecutivo a todos aquellos que se encuentren involucrados en la demanda, lo que decimos es que –técnicamente– no se les debería requerir el pago, porque el pago solo debería hacerlo el deudor. Aunque admitimos que el garante hipotecario (si no es fiador solidario) tendría interés en pagar al acreedor, ya que con el pago de la obligación impediría el remate de su inmueble, pero, no es el obligado a cumplir con el mandato ejecutivo.

Con el Sexto Pleno Casatorio Civil también se ha generado reglas para el mandato de pago, en el precedente o regla quinta del mismo se ha señalado que la orden de pago debe contener “el pago íntegro de la suma liquidada”, dicho requerimiento debe hacer aun si dicha suma supera el monto del gravamen, aunque debe acudirse a la aclaración que hace el mismo Pleno Casatorio en la regla sexta al indicar que solo se debe exigir el pago de sumas líquidas, salvo el pago de intereses, costos y costas que se generen después del mandato de ejecución, con lo cual, se entiende que el auto de pago debería hacerse de la suma liquidada en el saldo deudor; esto es de la suma capital y los intereses liquidados a la fecha de la demanda, descontando probablemente las sumas pagadas a cuenta y que deben aparecer contenidas en el mismo; siendo por tanto sumas ilíquidas, por tanto por determinar, los intereses posteriores a la fecha del saldo deudor, los costos y las costas.

En suma, el Sexto Pleno Casatorio ha precisado el contenido del mandato de pago, el que debe hacerse por la suma líquida contenida en el saldo deudor (que entiendo es la suma capital, intereses liquidados a determinada fecha y la deducción de las sumas pagadas a cuenta), más intereses que se generaran, costos y costas. El auto de pago puede exceder el monto del gravamen, pero el acreedor puede garantizar el cumplimiento de las obligaciones impagas conforme al artículo 724 del CPC.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- HURTADO REYES, Martín (2013): “¿La cobertura de la ejecución hipotecaria tiene como límite al monto del gravamen?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 230. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2013a): “Problemática actual del proceso de ejecución de garantía”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014): “En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales”. En: *Las garantías reales*. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014a): “La ejecución de hipoteca: Aciertos y desaciertos del Sexto Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2015): “La injustificada modificatoria del artículo 724 del CPC, desandando lo andado”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 29. Lima: Gaceta Jurídica; LAMA MORE, Héctor (2014): “La ejecución de la hipoteca y el análisis del VI Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO CATENA, Víctor (2009): “La oposición en la ejecución”. En: *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): *Las causales de contradicción en el proceso de ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica; TORRES ALTEZ, Dante; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *El proceso único de ejecución, mecanismos de ejecución y defensa*. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 722****Contradicción**

*El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir con arreglo a las disposiciones generales. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 219, 220, 225, 1220; C.P.C. arts. 3, 34, 233, 371, 372, 446, 689, 690-D, 691; L.T.V. art. 95.1.*

*Martín Hurtado Reyes*

**1. INTRODUCCIÓN**

En el proceso de ejecución de garantías el demandado tiene un mecanismo para defenderse al ser notificado con el mandato ejecutivo, este medio para defenderse se llama contradicción. Aunque la doctrina nacional es unánime en señalar que lo que se debió regular —técnicamente— en este caso es el mecanismo de la oposición. Este nombre, por ejemplo, lleva el mecanismo de defensa que tiene el ejecutado en la ejecución de laudos arbitrales (Decreto Legislativo N° 1071).

El contradictorio, en cualquier proceso de ejecución, según las reglas del proceso civil se hace a través de la contradicción, esta no puede ser considerada como una contestación de demanda, simplemente porque nos encontramos en un proceso de ejecución y no en un proceso de cognición. La contestación de demanda es propia de los procesos de cognición, con la cual los demandados pueden ejercer ampliamente su derecho de defensa. Por el contrario, la contradicción es un mecanismo menos pleno de defensa que tienen los ejecutados en el proceso de ejecución.

Tiene sentido la restricción en el derecho de defensa de los demandados en los procesos de ejecución, debido a que en este proceso no hay que discutir la existencia de la obligación que se pone a cobro, ya que el actor al postular la demanda presenta un título en el que se entiende debe estar contenida una obligación cierta, expresa y exigible.

Aunque se entiende en la doctrina que la oposición no es un medio de defensa del ejecutado sino más bien un forma de ataque; es decir, que la oposición le sirve al ejecutado para atacar el título, con ella se pretende desnudar las falencias del título, se pretende desvirtuar el título con fines de ejecución. En resumen la

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

oposición –en nuestro sistema procesal, la contradicción– es un mecanismo de ataque con el que se pretende cuestionar la validez y eficacia del título de ejecución.

Por ello, es que básicamente en la contradicción la parte ejecutada debería cuestionar el título alegando que no contiene una obligación exigible o que es ilíquida la misma. Como hecho extintivo podría argumentar que la obligación se ha extinguido. Puede cuestionar el título debido a que el mismo se encuentra afectado por nulidad formal o falsedad. Además como medio de defensa en la contradicción se podrían formular las excepciones procesales contenidas en el artículo 446 del CPC e inclusive defensas previas, si fueran procedentes. Si el demandado realiza una defensa que no se relacione con las situaciones antes señaladas el juez debería declarar improcedente la contradicción.

## 2. CAUSALES DE CONTRADICCIÓN

El proceso único de ejecución tiene causales comunes para todos los procesos de ejecución, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 690-D del CPC: “La contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida”.

### 2.1. Inexigibilidad e iliquidez

Se puede alegar la *inexigibilidad* de la obligación cuando la misma no se encuentre vencida en cuanto al plazo para su cumplimiento, es decir, que no resulta exigible y, pese a ello, se ha demandado. Puede que la obligación se encuentra sujeta a alguna condición o plazo que no se ha visto cumplido.

Solo se puede demandar en el proceso de ejecución obligaciones que son exigibles, esto significa que no debe existir ningún impedimento de exigibilidad en el título para que el demandante pueda lograr que el juez requiera el cumplimiento de la obligación al ejecutado, básicamente que la obligación tenga el plazo de cumplimiento vencido y que no se pueda apreciar el título que se haya pactado una condición y que la misma no se haya cumplido.

Suele señalarse con relación a esta causal que la exigibilidad de la obligación significa que la obligación puesta a cobro resuelta inexigible en razón de tiempo, lugar o modo si la obligación ha de cumplirse en determinado plazo y este no ha vencido, si el demandado acude a un juez del lugar distinto al pactado o si la

obligación de pago a cumplirse está pendiente de una condición o cargo, o cuando la ejecución no se realiza en la forma señalada. Sobre el particular, no nos encontramos de acuerdo con la exigibilidad con razón al lugar, ya que en estos casos la obligación es exigible aun si se recurre a un juez incompetente por razón del territorio, debido a que este criterio de competencia es prorrogable y solo puede ser cuestionado por el demandado por excepción procesal. Si lo hace pasará a otro juez, pero ello no perjudica la exigibilidad de la obligación. Aunque algunos autores sostienen que cuadra en esta causal el supuesto en el que el acreedor pretende cobrar más de lo debido y que se debe declarar fundada la contradicción por el exceso y ordenar el pago de la suma realmente adeudada.

En cuanto a la *iliquidez*, se debe indicar que la pauta general en estos casos es que la obligación sea líquida o liquidable, es decir, por un lado, que se trate de obligación que contiene una suma fija, que no exista la menor duda de la suma que se adeuda. Por ejemplo, en los pagarés y letras de cambio la suma que se consigna en los mismos califica como líquida, para mayor seguridad se señala muchas veces en letras y números. Puede entenderse normalmente que la suma líquida constituye el capital que se adeuda respecto de la cual se podrían generar otros conceptos, como veremos a continuación.

También se puede tratar de una suma liquidable, lo cual significa que el título no contiene una suma final adeudada, pero que la misma con una simple operación aritmética se puede establecer, por ello, se le denomina liquidable, debido a que se puede llegar a ella con determinada fórmula, así por ejemplo, cuando la obligación deba pagarse por el pacto con los intereses compensatorio y moratorios, en estos casos se sabe cuál es la suma capital (suma líquida), pero no sabe con exactitud, por el contenido del título, cuál sería el monto que se debe pagar por concepto de intereses pactados (suma liquidable), lo cual, no implica que no se puede exigir su cumplimiento, si es viable, pero, en el auto de pago se debe señalar la suma líquida a pagar y consignar qué conceptos liquidables también lo comprenden.

En la ejecución de hipoteca la determinación de estos elementos (exigibilidad y liquidez) se deberían ubicar en el acto constitutivo de la garantía o en el título ejecutivo que se acompaña.

Si se trata de un contrato de compraventa o de un contrato de mutuo garantizado con hipoteca, la obligación, su exigibilidad y liquidez deben desprenderse del contenido de la escritura pública de hipoteca. En estos casos debe aparecer la obligación que asume el deudor, normalmente la de restituir determinada suma de dinero al acreedor, la suma líquida estará constituida por la suma capital adeudada y se deben indicar los conceptos que integran las sumas liquidables: intereses, gastos, comisiones, etc., se precisa que se indique el plazo para cumplir con la obligación, entre otros.

Si la obligación se encuentra en el título ejecutivo (título valor o escritura pública, etc.), el juez deberá establecer a partir del título que la misma sea exigible, entendiendo por exigible en las obligaciones con plazo, que el mismo se encuentre vencido y que la misma no se encuentre sujeta a condición suspensiva o cualquier otra circunstancia que no la haga exigible, además de comprobar que la obligación sea líquida o liquidable.

La iliquidez de la obligación abre la posibilidad de formular contradicción, por no saber, con exactitud el monto que finalmente se va a pagar, no se incorporan en el concepto de obligación ilíquida a los conceptos que son liquidables.

## **2.2. Nulidad formal o falsedad del título**

Cuando el demandado pretenda cuestionar el título en el que se sustenta la ejecución de nulo o falso, debe tomar en cuenta que nos encontramos en un proceso de ejecución, por lo que no será posible en este tipo de procesos discutir la *nulidad del título* desde el punto de vista sustancial, sino simplemente desde el aspecto formal, con ello se evita convertir el proceso de ejecución en un proceso cognitivo.

Se requiere que el título que da lugar a la ejecución cumpla con los requisitos exigidos para su validez y eficacia, que lo hagan viable en un proceso de ejecución, la causal de nulidad en la contradicción atacaría este elemento, pero, solo desde el punto de vista formal, no es el proceso adecuado para discutir la nulidad sustancial.

Aunque no cabe duda de que si el juez determina que el título adolece de nulidad manifiesta debe denegar la ejecución y en algunos supuestos probablemente echando mano a lo señalado en el artículo 220 del CC, e indicará que el título presenta nulidad manifiesta.

Debe tenerse en cuenta igualmente lo que dispone el artículo 225 del CC (no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo), ya que la forma en el caso de las hipotecas es muy importante. Si la escritura pública tuviera algún problema de formalidad, esta situación puede ser atacada por la parte demandada, siguiendo las causales de nulidad de escritura pública señaladas en la Ley del Notariado.

La máxima que se sigue en estos casos por los órganos jurisdiccionales, cuando la nulidad del título no es formal ni manifiesta y evitan con este razonamiento la paralización de la ejecución, es que el título no es nulo en tanto no sea declarada su nulidad judicialmente y con sentencia firme.

Pese a ello, la nulidad del título es una situación poco admitida por los jueces en este tipo de procesos, por lo cual, si no se toma en cuenta este apunte, es



probable que sean rechazadas las defensas del ejecutado con las que se pretende discutir la nulidad de la escritura pública de hipoteca en la que se encuentra contenida la hipoteca y otras veces la obligación, alegando problemas que se deben dilucidar en un proceso cognitivo y no en un proceso de ejecución: nulidad de la hipoteca porque no participó el cónyuge del demandado en la constitución de hipoteca, se argumenta la causal de nulidad por falta de manifestación de voluntad u otra causal contenida en el artículo 219 del CC; nulidad de hipoteca por simulación, sustentado en que la garantía real se constituyó para perjudicar los derechos de quien posee el bien inmueble, entre otras situaciones que se deben discutir en un proceso más amplio, quedando vedado en este tipo de procesos discutir situaciones sustanciales con relación al título que se deben ventilar en otro proceso.

En cuanto a la escritura de hipoteca, considero que podrían ser materia de cuestionamiento con esta causal de contradicción, situaciones relacionadas a la falta de inscripción de la misma, falta de correspondencia de los datos del inmueble con el registro, o los defectos de formalidad que se presenten con relación a la misma, aunque se puede admitir que podrían ser alegados los defectos formales de la escritura pública que no permitan hacer viable su ejecución.

Si el título de ejecución es un título valor, la causal se verá reflejada en el cuestionamiento a los elementos esenciales del título que hacen inviable la ejecución, por ejemplo que no cuente con protesto, cuando se requiere del mismo o que la formalidad del mismo no se ha cumplido; que no se ha consignado el DOI del obligado, que tiene enmendaduras en las sumas señaladas en número o letras, que se hayan pactado intereses no permitidos por ley, entre otros elementos esenciales de validez del título.

En los procesos de ejecución de garantías, cuando la obligación se encuentra contenida en un título valor, se ha generado toda una polémica para definir si el juez debe calificar de oficio los defectos formales esenciales que tenga el título valor o puedan ser cuestionados a pedido de parte.

Algunas posiciones han señalado que sí es posible y otras posturas sostienen que no. La primera —la cual suscribo— señala que sí es posible hacerlo debido a que el título valor para ser considerado como título de ejecución en estos procesos debe cumplir con todos los requisitos esenciales (establecidos en la Ley de Títulos Valores) para proceder a la ejecución, si no los cumplen simplemente no se debe ordenar la ejecución. La otra posición —que me parece superada— sostiene que no es posible hacer este análisis en un proceso de ejecución de hipoteca debido a que el título en estos procesos lo constituyen la escritura pública de hipoteca y el saldo deudor, precisando que el título valor no es el título, sino un documento complementario. Esta tesis es errada por la posición que hemos desarrollado en este trabajo sobre el título en el proceso de ejecución de hipoteca.

Se agrega a ello que en los procesos de ejecución de hipoteca en el que se acompaña un título valor (donde está contenida la obligación) el juez de forma oficiosa debe controlar el cumplimiento de los requisitos esenciales de estos documentos cartulares, de este control depende la posibilidad de ordenar o denegar ejecución, ello simplemente porque en este título se encuentra contenida la obligación, siendo precisamente esta la que se debe exigir en el proceso, si el título valor no cumple con los requisitos exigidos no habrá ejecución.

En cuanto a la *falsedad del título*, suele alegarse que el título que genera la ejecución es falso debido a la falta de declaración de voluntad del sujeto obligado, lo común es el cuestionamiento del título por falsificación de firma. Podría decirse que el título es falso cuando el demandado sostiene en su contradicción no haber firmado ni participado en la constitución del título que da lugar a la ejecución de garantía, de forma conjunta la parte demandada al formular contradicción suele proponer la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

Son pocos los supuestos de falsedad de título, porque ello implica que se ha presentado un título que no corresponde a la realidad (alguno alegan que es falso por su contenido o por la suscripción); es decir, que no existe como título para la ejecución. El título se encuentra normalmente contenido en un documento, lo que nos podría llevar a afirmar que como documento existe, es real, es tangible, se puede apreciar en el proceso, pero, se le cuestiona de falso porque su contenido no guarda relación con la realidad, debido a que fue obtenido sin la correspondiente declaración de voluntad del obligado, no firmó el demandado o le falsificaron la firma. En estos casos suele realizarse a pedido de parte o de oficio una pericia para determinar si la firma consignada en el título corresponde o no al obligado. El resultado de la pericia definirá el conflicto. Admitimos, sin embargo, que esta es una situación que desnaturaliza totalmente el proceso de ejecución, porque aquí entramos realmente a un proceso de cognición.

Situación particular se presenta cuando el ejecutado postula como sustento para la causal de contradicción por falsedad del título el hecho de que el acreedor haya completado el título valor contraviniendo los acuerdos, señalando que el monto ahí consignado no guarda relación con la realidad, debido a que adeuda un monto menor o que no se han tomado en cuenta pagos realizados, por lo cual, el título es falso. Esta situación obviamente no es atendible.

### **2.3. Extinción de la obligación**

La extinción de la obligación se puede postular como causal de contradicción cuando respecto de dicha obligación se ha producido el pago íntegro, no parcial de la misma. Los pagos a cuenta no sirven de sustento para alegar esta situación jurídica, ello en virtud de lo que señala el artículo 1220 del CC.

También puede alegarse esta causal si se produce compensación, condonación, transacción, mutuo disenso o cualquier otra situación jurídica que haya generado la extinción de la obligación.

La utilidad de esta causal de contradicción es que se pueda comprobar, a partir de la defensa del demandado, que la obligación se encuentre extinguida por cualquier mecanismo que permita ley, entendiéndose por obligación extinguida una obligación que no se puede ejecutar porque ya no existe, por alguna razón.

Suele alegarse la prescripción de la obligación como causal de extinción de la obligación, lo cual, obviamente es viable, debido a que no se puede ordenar la ejecución de una obligación que ya no existe, las obligaciones que no fueron exigidas dentro del plazo pueden ser cuestionadas por las partes u observadas por el juez de oficio, en este último caso, es viable pronunciamiento oficioso del juez respecto al vencimiento de los plazos de prescripción en caso de títulos valores, siguiendo lo dispuesto en el artículo 95.1 de la LTV (ya que deben ser exigidas dentro de los plazos de prescripción), en otros casos debe ser necesariamente a pedido de parte.

Para evitarse cualquier inconveniente con el resultado del proceso, considero que la parte demandada, debería formular la prescripción como argumento de defensa utilizando esta causal y además proponer la correspondiente excepción procesal, en este caso la excepción de prescripción extintiva, de esta forma se asegura el pronunciamiento inequívoco para definir si la obligación se encuentra prescrita o no.

En el IV Pleno Casatorio la Corte Suprema ha desarrollado criterios en los que desarrolla –aunque en algunos casos de forma no muy aceptable– las causas de contradicción.

#### **2.4. Las excepciones procesales y defensas previas**

Antes de la vigencia del artículo 690-D del CPC, se discutía si era posible en el proceso de ejecución de garantías proponer excepciones procesales o defensas previas, hoy no queda ninguna duda sobre el particular, ya que el demandado al formular contradicción puede deducir ambas.

En la práctica este particular tópico no presenta ningún inconveniente, la parte demandada de común propone las excepciones procesales que más le favorecen al formular contradicción, se corre el respectivo traslado a la parte contraria para que las absuelva y el juez las resuelve en el auto final.

En estos procesos se podrá formular cualquiera de las excepciones procesales que se encuentren reguladas en el artículo 446 del CPC, y las defensas previas que el ordenamiento sustantivo permita.

Las excepciones más usuales en los procesos de ejecución de hipoteca son las de falta de legitimidad para obrar del demandante y demandado y también la de prescripción extintiva, aunque su estimación tiene un muy bajo índice.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HURTADO REYES, Martín (2013): “¿La cobertura de la ejecución hipotecaria tiene como límite al monto del gravamen?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 230. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2013a): “Problemática actual del proceso de ejecución de garantía”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014): “En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales”. En: *Las garantías reales*. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014a): “La ejecución de hipoteca: Aciertos y desaciertos del Sexto Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2015): “La injustificada modificatoria del artículo 724 del CPC, desandando lo andado”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 29. Lima: Gaceta Jurídica; LAMA MORE, Héctor (2014): “La ejecución de la hipoteca y el análisis del VI Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO CATENA, Víctor (2009): “La oposición en la ejecución”. En: *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): *Las causales de contradicción en el proceso de ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica; TORRES ALTEZ, Dante; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *El proceso único de ejecución, mecanismos de ejecución y defensa*. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el proceso de ejecución de garantías se faculta a los ejecutados a formular contradicción al mandato de ejecución, imponiendo así la obligación al Juzgador de que se pronuncie sobre ella declarándola fundada u ordenando el remate; en el caso de autos se advierte la vulneración al debido proceso toda vez que el Juez de la causa, no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la contradicción hecha por dos ejecutantes invocando las causales de nulidad formal del título e inexigibilidad de la obligación; defecto que fue advertido en el recurso de apelación, mas la Sala de mérito no ha reparado en ello; con lo cual se consuma dicha afectación debiendo entonces casarse la sentencia de vista y anularse la apelada, de conformidad con el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, a efectos de que el A Quo dicte nueva resolución pronunciándose expresamente sobre la citada contradicción (*Cas. N° 2086-2003-Lima*).

El ejecutante al plantear su demanda de ejecución de garantías debe presentar el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor. Si el demandado acredita haber realizado amortizaciones, las mismas que no han sido objetadas por la demandante, sino por el contrario reconocidas, dichos pagos deberán ser deducidos al momento de la ejecución y la contradicción declararla infundada (*Exp. N° 1271-2003-Lima*).

La inexigibilidad de la obligación debe sustentarse únicamente en que la obligación está sujeta a condición o que el plazo para su cumplimiento aún no ha vencido. Por ello, si en uno de los documentos que componen el título de ejecución las partes estipularon la forma en que se generaría la suma puesta a cobro y al no acreditarse que la obligación exigida sea contraria a dicho pacto, la contradicción basada en la causal de inexigibilidad porque la suma puesta a cobro es supuestamente excesiva, no tiene sustento alguno (*Cas. N° 2296-2002-Piura*).

**Artículo 723****Orden de remate**

*Transcurrido el plazo sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción, el juez, sin trámite previo, ordenará el remate de los bienes dados en garantía.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 728 y ss.*

***Martín Hurtado Reyes***

La consecuencia inmediata del incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones garantizadas (si no formuló contradicción) o cuando la contradicción fue desestimada está cifrada en sacar a remate los bienes que garantizan las obligaciones incumplidas.

Esto implica el dictado de una simple resolución en la que se indique que no se formuló contradicción por los ejecutados y se debe proceder al remate de los bienes. Esta es una de las resoluciones más simples del proceso de ejecución de garantías, que en la práctica es apelable en ambos efectos y quedará en suspenso la ejecución forzada de los bienes.

De otro lado, si se propuso contradicción, lo correcto es el dictado de un auto final en el que se resuelvan las defensas propuestas por los ejecutados (contradicción en nuestro CPC, “oposición” para los estudiosos de la materia), si en este auto se desestiman las causales de contradicción, ello no lleva *per se* a la ejecución forzada, ya que la decisión de corriente es apelable con efecto suspensivo.

La ejecución forzada y, por ende, el remate de los bienes dados en garantía empieza cuando se han agotado todos los recursos que brinda el ordenamiento procesal o cuando el auto que saca a remate los bienes o declara infundada la contradicción queda firme. La orden de remate indicada en los supuestos anteriores –entendiendo– es meramente declarativa, si es que no queda firme la decisión judicial.

Por ello, debe entenderse como orden de remate –en puridad– el mandato que se produce una vez agotada toda posibilidad de defensa de la parte demandada, esto es, cuando ya se empieza a la ejecución forzada, lo que normalmente ocurre cuando se dispone sacar a remate los bienes (ordenando las publicaciones y otros requerimientos) o previamente actualizando la tasación presentada.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HURTADO REYES, Martín (2013): “¿La cobertura de la ejecución hipotecaria tiene como límite al monto del gravamen?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 230. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2013a): “Problemática actual del proceso de ejecución de garantía”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014): “En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales”. En: *Las garantías reales*. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014a): “La ejecución de hipoteca: Aciertos y desaciertos del Sexto Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2015): “La injustificada modificatoria del artículo 724 del CPC, desandando lo andado”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 29. Lima: Gaceta Jurídica; LAMA MORE, Héctor (2014): “La ejecución de la hipoteca y el análisis del VI Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO CATENA, Víctor (2009): “La oposición en la ejecución”. En: *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): *Las causales de contradicción en el proceso de ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica; TORRES ALTEZ, Dante; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *El proceso único de ejecución, mecanismos de ejecución y defensa*. Lima: Gaceta Jurídica.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La interpretación correcta del 140 del Código Civil es que el acto de remate y adjudicación, es un acto jurídico pero de naturaleza procesal y aplicable al caso sublitis no se puede perseguir la anulabilidad o la nulidad del acto de remate invocando las normas relativas a la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, porque no existe la necesaria conexión lógica entre los hechos y el petitivo de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil, y al artículo setecientos cuarentitres del mismo Código (*Cas. N° 440-2002-Cajamarca*).

Cuando el derecho le otorga fuerza a una decisión judicial es porque entiende que con ella, la finalidad peculiar del proceso ha quedado alcanzada. Es peculiaridad en los procesos de ejecución de garantías que el actor o ejecutante pretenda ejecutar un título, de donde se tiene que la resolución que dispone se proceda al remate no constituye en modo alguno cosa juzgada (*Exp. N° 1163-2001-Lima*).

Si el estado del proceso es la ejecución del remate del vehículo prendado, es necesario para los efectos de la venta judicial, que dicho bien esté a disposición del juzgado (*Exp. N° 24910-1746-98-Lima*).

El proceso de ejecución de garantías y consiguiente ejecución forzada culmina con la transferencia del inmueble al adjudicatario. La transferencia del bien a favor del adjudicatario, se ha producido en el acto de remate, por lo que el precio depositado corresponde al acreedor ejecutante (*Exp. N° 794-95-Lima*).

La garantía hipotecaria es un acto jurídico que constituye título ejecutivo suficiente para que el ejecutante recurra al órgano jurisdiccional a efectos de lograr la ejecución de la misma. Si el ejecutado cumple con consignar una cifra mayor a lo adeudado es procedente suspender el remate judicial. La suma por intereses, costas y costos es susceptible de ser ejecutable vía remate judicial del bien hipotecado que garantice su liquidez (*Exp. N° N-576-97-Lima*).

**Artículo 724****Saldo deudor**

*Cuando se acredite que el bien dado en garantía no cubriera el íntegro del saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo o diferente proceso. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 693 y ss., 697, 720, 728.*

*Martín Hurtado Reyes*

**1. INTRODUCCIÓN**

El 26 de setiembre de 2015 se modificó el artículo 724 del CPC, hecho que no debería resultar extraño porque es posible la modificación de este en el transcurso del tiempo, lo atípico es que esta modificatoria aparece desconectada completamente de la finalidad de la disposición en la que se encontraba contenida, ya que la modificatoria aparece incorporada en el Decreto Legislativo N° 1231, el que tenía como finalidad “prevenir y enfrentar las modalidades de fraude en la expedición de decisiones y laudos arbitrales que tienen como destino la inscripción registral”, busca “garantizar la seguridad jurídica, previniendo la comisión de fraude y la afectación de derechos de terceros a través del uso indebido de la institución arbitral”.

En ese sentido, en primer orden tenemos que esta modificatoria presenta una falta de sistematización, ya que se ha modificado el CPC por finalidades, que según mi punto de vista no tienen relación con el contenido y objeto del artículo 724 del CPC.

De otro lado, no hemos podido encontrar las razones que justifican la modificatoria del artículo 724 del CPC, puesto que cuando pensábamos que el texto actual había generado un cambio importante en los procesos de ejecución y que se solucionaron una multiplicidad de problemas que generó el texto originario del mismo, se modifica injustificadamente su contenido.

Por ello, es que nos hemos tomado el tiempo para escribir brevemente sobre este cambio en la disposición procesal y dar nuestro particular punto de vista, dejando aclarado que consideramos innecesaria esta modificatoria.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1231 del 26/09/2015.

## 2. ANTECEDENTES

El artículo 724 del CPC se encuentra rotulado desde su origen como el artículo que se refiere al “saldo deudor”, pero no es el vinculado al inicio del proceso “liquidación del saldo deudor” (art. 720), sino al saldo deudor que debe aparecer después de haberse producido el remate, siempre que el monto de lo adeudado no haya sido cubierto con lo obtenido en él, quedando sumas de dinero no cubiertas.

Por ello, a partir del artículo 724 del CPC, cuando existe una suma de dinero no pagada con el producto del remate (por capital, intereses, costos y costas), nos preguntamos dónde se cobra esta suma, se hace en el mismo proceso o en otro proceso (en uno nuevo y autónomo).

El artículo originario señalaba lo siguiente: “Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, este será exigible mediante proceso ejecutivo”.

El artículo 724 fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1069 el 28 de junio de 2008, cuyo texto fue el siguiente: “Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero”.

Entonces, antes del 26 de setiembre de 2015 teníamos como regla que en los procesos de ejecución en los que después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero.

Este artículo tuvo un cambio sustancial con relación al texto originario, ya que antes de la modificatoria del CPC en el año 2008, no era posible continuar la ejecución dentro del mismo proceso si es que no se pudieron cobrar todos los conceptos en el mismo, ello ocurría normalmente cuando los bienes que garantizaban la obligación no eran suficientes para cubrir lo adeudado.

El ejecutante con la disposición anterior debía obtener un saldo deudor aprobado por el juez y llevarlo a un nuevo proceso judicial, allí cobraría el saldo que quedó pendiente de pagar en el proceso anterior. Esto quiere decir que por una misma obligación se necesitaban dos procesos autónomos.

Con la modificatoria del artículo 724 del CPC, en el año 2008 ya no se requiere iniciar un nuevo proceso judicial, si la garantía no es suficiente para cubrir lo adeudado, el proceso no concluye, debe continuar para cobrar (en la etapa técnica de ejecución) las sumas no cubiertas por la garantía real o por el remate de los bienes embargados.



Esta regla abre la posibilidad de cobrar las sumas que no fueron cubiertas por la garantía real (después del remate) y se hace durante la etapa técnica de ejecución forzada, por lo cual, la parte ejecutante debe ubicar y afectar los bienes del deudor para satisfacer su crédito impago, obviamente estos bienes –según mi punto de vista– deben ser distintos al bien dado en garantía.

En algunos casos, cuando el monto del gravamen no es considerable y el valor de la tasación cubriría todo lo adeudado, se podría afectar vía medida de ejecución el remanente (remanente: es la suma de dinero que queda luego de cubrir el monto máximo del gravamen) de lo que se obtenga en el remate. Como se puede entender, el remanente es un bien distinto al inmueble rematado, es un bien que normalmente le pertenece al demandado, pero que puede ser afectado sin ningún problema por el acreedor y dentro del mismo proceso. Esta posibilidad está latente únicamente cuando el bien pertenece al deudor, si el bien es del garante hipotecario no es atendible un pedido de esta naturaleza.

La finalidad de la disposición modificada el año 2008 era evitar un nuevo proceso para cobrar la misma obligación, más bien se establece como opción que esta sea cobrada en el mismo proceso en el que se cobren todos los conceptos demandados, claro, esta posibilidad queda abierta cuando el deudor tenga bienes que puedan ser susceptibles de afectar.

La mala experiencia llevó a modificar el 2008 el artículo 724 del CPC, pero, este año, se volvió a modificar el citado artículo con el texto que veremos en el siguiente punto.

### 3. PROBLEMÁTICA

La modificatoria del artículo 724 con el Decreto Legislativo N° 1231 cambió nuevamente las reglas de juego en esta materia: “cuando se acredite que el bien dado en garantía no cubriera el íntegro del saldo deudor, se proseguirá la ejecución *dentro del mismo o diferente proceso*”.

La modificatoria abre la posibilidad de que el saldo deudor se pueda cobrar en el mismo proceso o en proceso diferente.

Quedamos convencidos en su oportunidad de que con la modificatoria del año 2008 se solucionaban varios problemas que se presentaban en el proceso de ejecución cuando se debía iniciar un nuevo proceso para cobrar lo adeudado, sobre todo por permitir que el saldo adeudado al actor se cobrara en el mismo proceso y no en otro.

Las situaciones que se presentaban con el texto modificado el 2008 del artículo 724 del CPC, eran: i) con el cobro del saldo deudor en el mismo proceso se evita el inicio de un nuevo proceso para el cobro de una misma obligación; ii) técnicamente no se admite la existencia de dos procesos paralelos para el cobro de una misma obligación; iii) la existencia de un nuevo proceso para el cobro de una misma obligación incrementa innecesariamente la carga de trabajo en los estrados judiciales; iv) el cobro de la obligación en el mismo proceso evita incrementar la estadística de mayores procesos en el Poder Judicial; v) no existían reglas claras para determinar cuál era el contenido del saldo deudor que sirva para iniciar un nuevo proceso para cobrar lo no recuperado en el proceso primigenio.

#### **4. INJUSTIFICADA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 724 DEL CPC**

No se explica por un lado, por qué esta nueva regla procesal para el proceso de ejecución aparece en la modificatoria de la Ley General de Arbitraje, cuando la finalidad de esta era “prevenir y enfrentar las modalidades de fraude en la expedición de decisiones y laudos arbitrales que tienen como destino la inscripción registral”, y además porque buscaba “garantizar la seguridad jurídica, previniendo la comisión de fraude y la afectación de derechos de terceros a través del uso indebido de la institución arbitral”, la disposición complementaria modificatoria no tiene ninguna relación con el contenido del Decreto Legislativo N° 1231 ya que no se relaciona con el laudo ni con su ejecución, más si en la exposición de motivos no se justifica de ninguna manera la modificatoria propuesta.

De otro lado, la práctica judicial –entiendo– se habían superado los problemas que se presentaron con el texto originario del artículo mencionado (cuando el saldo deudor se cobraba en otro proceso).

La regla de la ejecución (cobro) de lo adeudado y no cubierto por el remate en el mismo proceso, creo que fue una buena solución a los problemas que presentaba el proceso de ejecución en este aspecto, por lo que según mi opinión resulta injustificado que se haya variado esta regla procesal, generando la posibilidad de que esta ejecución se haga en el mismo proceso o en proceso diferente.

Si bien parece que la regla procesal modificada le deja la decisión al acreedor ejecutante para ejecutar lo adeudado en el mismo proceso o en uno nuevo, el cambio no está justificado porque en el trajín judicial no se presentaba esta situación como un problema que deba ser atendido por una modificación de la regla.

Por lo cual, la pregunta cae de madura, qué razones desencadenaron la modificatoria del artículo 724 del CPC, para establecer una regla facultativa de ejecutar el saldo deudor en el mismo proceso o en uno nuevo; más si se considera que

la regla anterior (ejecución interna) no presentaba ningún problema, por el contrario consideramos que se solucionaron algunos problemas identificados con la aplicación de la regla originaria.

## 5. DESVENTAJAS DE LA EJECUCIÓN EN OTRO PROCESO

Como ya sostuve en líneas anteriores, no es correcta la decisión de retornar a la regla de que el saldo deudor se deba ejecutar en otro proceso, pues tiene algunos inconvenientes que pretenderemos explicar.

- i) *Se propicia la existencia de dos procesos paralelos para el cobro de la misma obligación:* En el proceso de ejecución que arroja un saldo deudor a favor del demandante, debido a que las sumas adeudadas son mayores a la suma cubierta por el monto dinerario obtenido en el remate, tiene como base una obligación cierta, expresa y exigible, la que se encuentra contenida en el título de ejecución.

Si se abre la posibilidad de ejecutar el saldo no pagado del primer proceso en un nuevo proceso, lo que se está haciendo, en realidad, es extender a otro proceso el cobro de una obligación que tiene ya un proceso; todo pago pendiente debe ejecutarse en este, no es necesario abrir otro.

Si bien no se puede hablar de litispendencia (porque el tema está decidido), sí habría identidad de procesos con el mismo propósito: cobrar una única obligación. La técnica no es la adecuada, no se requieren procesos paralelos para ejecutar la misma obligación.

- ii) *Se fractura la unidad de la ejecución:* La ejecución forzada debería ser un conjunto de actos procesales que se engloben en un solo proceso, todos los actos relativos a la ejecución forzada deben llevarse a cabo en un mismo proceso, es decir, se deben cobrar todos los conceptos adeudados, pese a que el valor de bienes realizados no sea suficiente para pagar al actor (capital, intereses, costos y costas).

La etapa de la ejecución forzada solo debe culminar cuando se haya satisfecho la acreencia del actor (íntegramente), esto es, cuando se haya pagado la totalidad de lo adeudado, en ese momento la ejecución forzada debe culminar, en tanto ello no ocurra esta etapa decisiva en el proceso de ejecución, no debe concluir.

Igualmente, en tanto existan sumas adeudadas que no fueron cubiertas en la etapa técnica de ejecución con los bienes ahí afectados (embargados o en garantía real), no es viable iniciar uno nuevo, porque en el mismo proceso se debe cobrar

el saldo deudor, buscando nuevos bienes que afectar para cubrir dicho montos no pagados.

Es insostenible jurídicamente el fraccionamiento del cobro de lo adeudado. Por un lado, se cobra hasta donde se puede con lo que cubra lo obtenido en el remate; y de otro lado, lo que no se cobró en el primer proceso, se puede cobrar en un nuevo proceso.

Con lo cual, se estaría aceptando la existencia de una ejecución forzada que tiene dos momentos, el primero hasta agotar el valor de los bienes embargados o dados en garantía real; y el segundo, en un nuevo proceso.

iii) *Se debe ejecutar todo en el mismo proceso:* Para la existencia de un nuevo proceso para cobrar el saldo deudor de lo que no se pagó en el primer proceso, se requiere que el juez (del primer caso) a pedido de parte (del actor) emita una resolución en la que se reconozca los conceptos cobrados y los conceptos que faltan ser pagados, esta decisión podría ser identificada como el saldo deudor emitido por el órgano jurisdiccional que habilita al actor a cobrar en otro proceso.

Pero, nos preguntamos si todo esto es necesario o si resulta suficiente la existencia de un solo proceso para cobrar todo lo adeudado.

Nuestra respuesta es categórica: no es necesario un nuevo proceso para cobrar lo que no se pagó en el primer proceso. En el mismo proceso se debe ejecutar el cobro de todos los conceptos ordenados pagar en el auto de pago, ya que en el mismo proceso se puede hacer lo que se podría realizar en el nuevo proceso: ubicar bienes, afectarlos y realizarlos para obtener el dinero necesario para cubrir lo adeudado.

iv) *Sin reglas claras para el inicio de un nuevo proceso:* Son varias las interrogantes que nacen con la modificatoria del artículo 724 del CPC, nos preguntamos, en primer lugar, cuál es el acto procesal que permite el inicio del nuevo proceso, es acaso que el juez del primer proceso debe emitir una resolución en la que reconozca el saldo deudor no pagado, con conceptos y montos liquidados. Si la respuesta es positiva; entonces, la resolución del juez podría ser catalogada como el "título" que abre la posibilidad de un nuevo proceso. Esto se hacía con el texto originario del artículo 724.

Esta resolución judicial en la que se detallan los conceptos y montos adeudados ¿es en realidad un título de ejecución? Es decir, que el nuevo proceso tendrá como "título" la resolución judicial que describe y reconoce montos no pagados por la parte demandada en el primer proceso.

Si la respuesta es positiva entonces, cuál es la “vía” en la que se debe tramitar el nuevo proceso. El artículo 724 del CPC, en su texto originario señalaba expresamente: “Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, este será exigible mediante proceso ejecutivo”. En dicho dispositivo aparecía la respuesta, era la vía ejecutiva la que se usaba para el cobro de las sumas no pagadas. Sin embargo, hoy con la modificatoria no aparece clara la situación, porque no existe ninguna precisión sobre el particular.

La situación se agrava si sabemos que a la vía privilegiada del proceso de ejecución (entre ellas la ejecutiva) solo se llega con título de ejecución y que estos títulos solo tiene como fuente a la ley, y en este caso el artículo 724 del CPC no hay ninguna precisión sobre el título ni de la vía procedimental, en consecuencia ante la falta de taxatividad de la ley debemos sostener lamentablemente que el nuevo proceso no tiene precisada una vía procedimental, menos asegurada la vía ejecutiva o el proceso de ejecución de resolución judicial.

- v) *Recarga innecesaria de trabajo en estrados judiciales*: Generar dos procesos en el Poder Judicial para cobrar la misma obligación y quebrantar la unidad de la ejecución forzada no hace más que generar trabajo adicional en los estrados judiciales, logra únicamente incrementar la carga abultada de trabajo que tienen ya los juzgados a nivel nacional.

El cobro de la obligación en un único proceso evita que las mismas partes se desplacen a otro proceso, se impide que se prolongue a otro proceso la discusión respecto de los conceptos puestos a cobro en un proceso que logró el remate de los bienes del deudor, pero no la satisfacción del acreedor.

Este artículo tuvo un cambio sustancial con relación al texto originario, ya que antes de la modificatoria del CPC en el año 2008, no era posible continuar la ejecución dentro del mismo proceso si es que no se pudieron cobrar todos los conceptos en el mismo, ello ocurría normalmente cuando los bienes que garantizaban la obligación no eran suficientes para cubrir lo adeudado.

El ejecutante, con la norma anterior, debía obtener un saldo deudor aprobado por el juez y llevarlo a un nuevo proceso judicial, allí cobraría el saldo que quedó pendiente de pagar en el proceso anterior. Esto quiere decir que por una misma obligación se necesitaban dos procesos autónomos.

Con la modificatoria del artículo 724 del CPC ya no se requiere iniciar un nuevo proceso judicial, si la garantía no es suficiente para cubrir lo adeudado, el proceso no concluye, debe continuar para cobrar (en la etapa técnica de ejecución) las sumas no cubiertas por la garantía real.

Esta regla abre la posibilidad de cobrar las sumas que no fueron cubiertas por la garantía real (después del remate) y se hace durante la etapa técnica de ejecución forzada, por lo cual, la parte ejecutante debe ubicar y afectar los bienes del deudor para satisfacer su crédito impago, obviamente estos bienes –según mi punto de vista– deben ser distintos al bien dado en garantía.

En algunos casos, cuando el monto del gravamen no es considerable y el valor de la tasación cubriría todo lo adeudado, se podría afectar vía medida de ejecución el remanente (remanente: es la suma de dinero que queda luego de cubrir el monto máximo del gravamen) de lo que se obtenga en el remate. Como se puede entender, el remanente es un bien distinto al inmueble rematado, es un bien que normalmente le pertenece al demandado, pero que puede ser afectado sin ningún problema por el acreedor y dentro del mismo proceso. Esta posibilidad está latente únicamente cuando el bien pertenece al deudor, si el bien es del garante hipotecario no es atendible un pedido de esta naturaleza.

La finalidad de esta norma es evitar un nuevo proceso para cobrar la misma obligación, que sea en el mismo proceso en el que se cobren todos los conceptos demandados, claro, esta posibilidad queda abierta cuando el deudor tenga bienes que puedan ser susceptibles de afectar.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HURTADO REYES, Martín (2013): “¿La cobertura de la ejecución hipotecaria tiene como límite al monto del gravamen?”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 230. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2013a): “Problemática actual del proceso de ejecución de garantía”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 2. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2014): “En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca. Apuntes iniciales”. En: *Las garantías reales*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 51-91; HURTADO REYES, Martín (2014a): “La ejecución de hipoteca: Aciertos y desaciertos del Sexto Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; HURTADO REYES, Martín (2015): “La injustificada modificatoria del artículo 724 del CPC, desandando lo andado”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 29. Lima: Gaceta Jurídica; LAMA MORE, Héctor (2014): “La ejecución de la hipoteca y el análisis del VI Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 17. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO CATENA, Víctor (2009): “La oposición en la ejecución”. En: *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): *Las causales de contradicción en el proceso de ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica; TORRES ALTEZ, Dante; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2014): *El proceso único de ejecución, mecanismos de ejecución y defensa*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**CAPÍTULO V**  
**EJECUCIÓN FORZADA**  
**SUBCAPÍTULO 1**  
**DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 725****Formas**

*La ejecución forzada de los bienes afectados se realiza en las siguientes formas:*

- 1. Remate; y,*
- 2. Adjudicación.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 34, 528, 716, 727, 728 y ss; L.G.S. arts. 78, 79, 239, 292.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia solamente a las formas como se lleva a cabo la ejecución forzada en el supuesto de pretensiones ejecutivas dinerarias o de obligación de dar sumas de dinero, no haciendo mención a las formas como se realiza la ejecución forzada respecto de las pretensiones ejecutivas no dinerarias —prestaciones de dar bienes, prestaciones de hacer y prestaciones de no hacer—.

Ahora bien, debe entenderse que el legislador da prioridad a la regulación de cómo se llevará a cabo el rol de los jueces al disponer de los bienes de los deudores con el fin de satisfacer el derecho de los acreedores, y en especial de los acreedores de sumas de dinero, ello porque se está sustituyendo la voluntad del deudor y además se le está sustituyendo en su facultad de disposición de su patrimonio.

A través del presente comentario trataremos de dar la interpretación correcta que debe dársele al mencionado artículo.

**2. LA EJECUCIÓN FORZADA**

El profesor MONTERO (2004: p. 391) —citando a CARRERAS— enseña que *“la actividad jurisdiccional ejecutiva es sustitutiva de la conducta que debiera haber*

*realizado el ejecutado, si voluntariamente hubiera procedido a cumplir la prestación contenida en el título ejecutivo. Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el tribunal procederá a enajenar bienes de aquél y con su producto pagará al acreedor ejecutante.* Ello es posible porque en nuestro Ordenamiento se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al tribunal” (el énfasis es nuestro).

Entonces se colige que cuando en el proceso de ejecución se ventilen pretensiones ejecutivas de dar sumas de dinero, será *el órgano jurisdiccional quien a solicitud del ejecutante realizará –enajenará– los bienes del ejecutado y/o garantías para que con el producto de dicha venta se satisfaga su pretensión ejecutiva dineraria, es decir, se le pague lo que se le adeuda.*

En este orden de ideas, resulta claro que cuando en el proceso de ejecución se ventilen pretensiones ejecutivas de dar sumas de dinero, el ejecutante tendrá que tener afectados bienes del ejecutado y/o terceros –por ejemplo garantías hipotecarios– a fin de poder ver satisfecha su pretensión con el producto de la venta de dichos bienes.

La ejecución forzada comenzaría desde que el auto (denominado definitivo o final por nuestra judicatura) queda firme, ya sea porque ha quedado consentido o porque ha quedado ejecutoriado.

El presupuesto infaltable para la prosecución de la etapa de ejecución forzada es indefectiblemente tener algún bien afectado, dicha afectación puede ser judicial como por ejemplo el embargo en forma de inscripción sobre un bien inmueble o el embargo en forma de retención sobre dinero del ejecutado, etc.; además el otro tipo de afectación puede ser convencional o extrajudicial como por ejemplo una hipoteca sobre un bien inmueble o una garantía mobiliaria sobre un bien mueble.

Por ello es que la etapa de ejecución forzada tendría comienzo con el nombramiento de los peritos por parte del juez para que tasen el bien afectado, o en caso no ser necesario con la convocatoria al primer remate judicial.

La excepción a lo señalado anteriormente se da en los casos donde las afectaciones sean sobre dinero o bienes afectados que sean cotizables en el mercado de valores o su equivalente.

En efecto, en el primer supuesto donde el bien afectado a favor del ejecutante (acreedor) es dinero, una vez que pasamos a la etapa de ejecución forzada, el dinero afectado a favor del ejecutante le debe ser entregado y así será satisfecha la pretensión ejecutiva de dar suma de dinero, y solo en el supuesto que ese



dinero no cancele la totalidad de la deuda (capital e intereses), costas y costos procesales, la ejecución forzada deberá continuar.

En el segundo supuesto, esto es cuando el bien o bienes afectados sean cotizables en el mercado de valores o su equivalente, el juez nombrará a un agente de bolsa –denominado actualmente como Sociedad Agente de Bolsa según la Ley del Mercado de Valores– para que los venda, esta Sociedad Agente de Bolsa deberá ceñirse a los parámetros establecidos en la ley de la materia para realizar la venta ordenada por el juez (art. 729 del CPC), con el producto de dicha venta se pagará el crédito del ejecutante.

### 3. EL REMATE Y LA ADJUDICACIÓN

La etapa de ejecución forzada en el proceso de ejecución concluye una vez satisfecha la pretensión ejecutiva, es decir cabe la posibilidad de que el ejecutado pueda concluir la misma realizando el pago del crédito (capital e intereses), costas y costos del proceso (art. 727 del CPC).

De no realizar ello el ejecutado, y teniendo el ejecutante afecto bienes a su favor –distintos al dinero o bienes cotizables en bolsa– el juez ordenará que se lleve a cabo el remate de los bienes y con el producto obtenido por su venta judicial, será pagado el crédito a favor del ejecutante.

Solo será factible permitir la adjudicación directa del bien afectado a favor del ejecutante cuando la tercera convocatoria a remate del bien haya sido declarada desierta, y este (ejecutante) deberá solicitarlo en el plazo de diez días (art. 742 del CPC), ya que si el ejecutante se adjudica los bienes en los remates –ya sea primera, segunda o tercera convocatoria– actuará como postor.

Queda claro entonces que el legislador solo ha contemplado estas dos posibilidades para que se lleve a cabo la ejecución forzada de pretensiones ejecutivas dinerarias, en el supuesto que el ejecutante tenga afectados a su favor bienes distintos al dinero y a los cotizables en bolsa.

### 4. CONCLUSIONES

- El legislador da prioridad a la regulación de cómo se llevará a cabo el rol de los jueces al disponer de los bienes de los deudores con el fin de satisfacer el derecho de los acreedores, y en especial de los acreedores de sumas de dinero, ello porque se está sustituyendo la voluntad del deudor y además se le está sustituyendo en su facultad de disposición de su patrimonio.

- El presupuesto infaltable para la prosecución de la etapa de ejecución forzada es indefectiblemente tener algún bien afectado, dicha afectación puede ser judicial o puede ser convencional o extrajudicial.
- Es el órgano jurisdiccional quien a solicitud del ejecutante realizará –enajenará– los bienes del ejecutado y/o garantes para que con el producto de dicha venta se satisfaga su pretensión ejecutiva dineraria, es decir, se le pague lo que se le adeuda.
- Solo será posible el remate o la adjudicación cuando se lleve a cabo la ejecución forzada de pretensiones ejecutivas dinerarias, en el supuesto que el ejecutante tenga afectados a su favor bienes distintos al dinero y a los cotizables en bolsa.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifa Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Tratándose de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, mientras no se produzca el feneamiento de ese régimen y no se practique la liquidación respectiva, acorde con lo preceptuado en el artículo 318 del Código Civil, no puede el peticionante pretender que, sin dicho requisito, se acceda al remate del bien (*Exp. N° 907-2002-Lima*).

**Artículo 726****Intervención de otro acreedor**

*Un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien, puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Sus derechos dependen de la naturaleza y estado de su crédito.*

*Si su intervención es posterior, solo tiene derecho al remanente, si lo hubiere.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 2022; C.P.C. arts. 34, 101, 528, 533, 534, 537, 690, 716, 739 inc. 3.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto del presente comentario es la única que regula la posibilidad de los acreedores no ejecutantes para poder intervenir en el proceso único de ejecución –sea en la modalidad que fuere– en el cual se realizará el bien que respalda o garantiza también su crédito.

Por ello, se debe tener claro qué implica ser un acreedor no ejecutante, desde cuándo y hasta qué momento puede intervenir, a fin de que su derecho sea respetado y no solo tenga derecho al remanente.

Siendo esto así, la importancia de esta norma radica en que interpretándola de una manera adecuada se evitará la vulneración de acreedores que en muchos casos podrían tener preferencia al pago de sus créditos con respecto del acreedor ejecutante o viceversa, además se evitaría el fraude que podrían ocasionar los deudores creando obligaciones ficticias con la finalidad de burlarse de sus verdaderos acreedores, lo cual traería consigo la inutilidad de todo el sistema de garantías y en especial del derecho contractual.

Resulta entonces de suma importancia entender los pormenores de esta norma así como sus implicancias, máxime si es una de las pocas herramientas con las que cuentan los acreedores no ejecutantes –el otro mecanismo de tutela sería la tercera de derecho preferente de pago– como mecanismo de tutela de sus derechos.

**2. DEL PROCESO DE EJECUCIÓN**

El proceso de ejecución –denominado en nuestro CPC como Proceso Único de Ejecución– es aquel mecanismo procesal que busca la satisfacción de la tutela ejecutiva, a través de un “conjunto de actos procesales del órgano jurisdiccional

dirigidos a la satisfacción de los intereses del derecho habiente” (ARIANO, 1996: p. 164).

En ese sentido, ya se ha dicho que:

“La tutela jurisdiccional ejecutiva es aquella que tiene por objeto que el titular de un derecho cuya existencia ha sido declarada en un proceso de cognición o es considerada cierta por la ley, obtenga trámite la actividad del órgano jurisdiccional su concreta satisfacción” (ARIANO, 1996: pp. 162-164).

El proceso de ejecución está destinado a la satisfacción de prestaciones ya sea de dar, hacer o no hacer, por ende, sea cual fuere la prestación a solicitarse ante la presentación de la demanda ejecutiva el órgano jurisdiccional emitirá el correspondiente mandato ejecutivo, auto que ordenará el cumplimiento de la prestación en el plazo establecido por ley, bajo apercibimiento de procederse a la ejecución forzada.

Situándonos en el tema de estudio, nos interesa el proceso de ejecución en cuanto la pretensión ejecutiva radique en una prestación de dar, específicamente en un dar suma de dinero, por cuanto es allí donde será de importancia la aplicación del artículo 726 del CPC.

### 3. LA PRETENSIÓN EJECUTIVA DE DAR SUMA DE DINERO Y EJECUCIÓN FORZADA

La pretensión ejecutiva nace del incumplimiento de un título ejecutivo (ARIANO, 1996: pp. 162-164), siendo que cuando nos referimos a la pretensión ejecutiva de dar suma de dinero ello se refiere a que el título ejecutivo contiene una obligación dineraria, esto es, una obligación por parte de un sujeto o sujetos pasivos denominados deudores que tienen la calidad –dentro del proceso de ejecución– de ejecutados, respecto del sujeto o sujetos activos denominados acreedores que tienen la calidad –dentro del proceso de ejecución– de ejecutantes.

Esta pretensión ejecutiva puede entablarse judicialmente de diversas formas:

- a) Puede ser a través de una demanda de ejecución de obligación de dar suma de dinero, donde la prestación dineraria estaría contenida en un título ejecutivo extrajudicial, aquí incluimos a la *demanda de ejecución de garantías porque consideramos que esta demanda encierra la pretensión ejecutiva de dar suma de dinero y no una pretensión real, con la particularidad que el ejecutante cuenta con una garantía extrajudicial sobre un bien que respalda la obligación incumplida y que en caso no se dé cumplimiento al mandato ejecutivo será realizado forzosamente en la etapa de ejecución forzada.*

En este orden de ideas, la profesora ARIANO ha señalado respecto de la demanda de ejecución de garantías “que este proceso tenga como objeto mediato la satisfacción de una obligación dineraria no nos cabe la menor duda. *No se trata de ejecutar la garantía, sino de ejecutar forzosamente la obligación con cargo a aquellos bienes que las propias partes individualizaron con la constitución de la hipoteca o prenda como objeto concreto de la responsabilidad patrimonial. El que este proceso tenga por objeto la satisfacción de una obligación dineraria, se infiere del hecho que la medida ejecutiva a aplicar sea el remate del bien prendado o hipotecado, que justamente, como veremos, tiene por objeto transformar en dinero un bien distinto*” (1996: pp. 304-305) (énfasis nuestro), y;

- b) Ante el incumplimiento de una sentencia firme declarativa condenatoria o cualquier otra resolución judicial firme que se equipare a dicha sentencia que ordena el pago de una suma de dinero, se solicitará al juez de la sentencia que requiera al demandado al cumplimiento de la misma bajo el apercibimiento de darse inicio a la ejecución forzada.

En el proceso de ejecución donde se ventile esta pretensión, lo que se buscará será conminar al cumplimiento de la prestación al ejecutado o ejecutados bajo expreso apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. Por cuanto, conforme a lo enseñado por MONTERO—citando a CARRERAS—“*la actividad jurisdiccional ejecutiva es sustitutiva de la conducta que debiera haber realizado el ejecutado, si voluntariamente hubiera procedido a cumplir la prestación contenida en el título ejecutivo. Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el tribunal procederá a enajenar bienes de aquél y con su producto pagará al acreedor ejecutante.* Ello es posible porque en nuestro Ordenamiento se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al tribunal” (MONTERO, 2004: p. 391) (énfasis nuestro).

Entonces se colige que es *el órgano jurisdiccional quien a solicitud del ejecutante realizará—enajenará— los bienes del ejecutado para que con el producto de dicha venta pueda pagarle lo que se le adeuda.*

Un sector de la doctrina explica que la ejecución forzada conforme lo prescribe nuestra norma procesal se da con el remate y la adjudicación:

“El ingreso a la ejecución forzada presupone la ejecución del apercibimiento decretado en el mandato de ejecución (...) esta etapa comprende el remate y la adjudicación (...). Dicha ejecución se inicia con la convocatoria del acto de remate y concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o la adjudicación del bien, o si antes el ejecutado paga íntegramente

la obligación e intereses puesto a cobro, si fuere el caso” (LEDESMA, 2008: pp. 562-563).

En nuestra opinión y si la ejecución forzada tiene que ver con la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional a fin de se le pague al ejecutante con el producto de la venta de los bienes del ejecutado, aun en contra de la voluntad de este, la misma comprende desde el primer acto de ejecución que se realiza y esto puede ser con la resolución que nombra los peritos para que tasen el bien a realizarse o en todo caso, si no es necesario con la primera convocatoria a remate, de conformidad a la regulación de nuestro proceso de ejecución.

Por ende, podemos concluir que para poder dar inicio a la etapa de la ejecución forzada, el ejecutante deberá tener afectado algún bien del ejecutado, ya sea con una garantía judicial (como por ejemplo un embargo en forma de inscripción sobre un inmueble) o una garantía extrajudicial (como por ejemplo una hipoteca o una garantía mobiliaria), caso contrario la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional no podrá realizarse por cuanto no existe físicamente alguna forma de hacer posible el pago al acreedor ejecutante salvo que el ejecutado pague voluntariamente.

Siendo esto así, y teniendo presente que el inicio de la etapa de ejecución forzada según nuestro ordenamiento procesal se da o con el nombramiento de los peritos o con la primera convocatoria a remate, debemos precisar cuándo concluye la misma a efectos de poder explicar luego la posibilidad de intervención del acreedor no ejecutante.

Como hemos señalado líneas atrás, y concordado con lo regulado por nuestro CPC, la ejecución forzada concluye con el pago íntegro de la obligación con el producto del remate, con la adjudicación del bien o bienes que se están realizando en la ejecución forzada o con el pago realizado por el ejecutado del íntegro de la obligación.

Así, interpretando sistemáticamente las normas sobre la ejecución forzada –tal y como lo venimos haciendo– se tiene claro el comienzo y la conclusión de dicha etapa, siendo el remate el acto procesal con mayor trascendencia dentro de esta etapa procesal pero no le pone fin a la misma.

#### 4. LA INTERVENCIÓN DE LOS ACREEDORES NO EJECUTANTES

La doctrina nos enseña que *“cuando se introduce en un sistema procesal el mecanismo de la intervención provocada de los acreedores privilegiados, implica la eliminación de la denominada tercería de preferencia de pago, que es la pretensión, justamente, de un tercer acreedor que considera que su crédito tiene prelación sobre el del ejecutante. Pero, tal pretensión da lugar a un proceso contencioso que*

tiende a dilucidar si efectivamente tal prelación existe y que tiene como efecto la suspensión del proceso de ejecución en su fase satisfactiva (pago al ejecutante, art. 537 del CPC). *Nada de ello ocurre en sistemas procesales en los que se permite la entrada de otros acreedores (privilegiados y quirografarios). En ellos cuando hay varios acreedores concurrentes, el juez debe formular un proyecto de distribución en el que se colocarán y graduarán los créditos*” (ARIANO, 1996: pp. 383-384) (énfasis nuestro).

La posibilidad de la participación de acreedores no ejecutantes en nuestro ordenamiento procesal no solo permite la intervención de acreedores con derechos preferentes, sino todo tipo de acreedores que tengan afectado –puede ser con hipoteca, embargo, etc.– el mismo bien que va ser realizado en la etapa de ejecución forzada del proceso instaurado e impulsado por el acreedor ejecutante. Así, un acreedor no ejecutante que tenga una hipoteca en segundo rango sobre un inmueble podrá intervenir en el proceso de ejecución que sigue el acreedor ejecutante quien mantiene hipoteca en primer rango sobre dicho bien, es decir, esta intervención la puede realizar tanto un acreedor no ejecutante con derecho preferente como un acreedor con derecho a ser pagado con posterioridad a que se pague el crédito del acreedor ejecutante.

De aquí se concluye que se debe considerar como *acreedor no ejecutante a todo aquel acreedor que tiene afectado el mismo bien sea con derecho preferente o no que el del acreedor ejecutante, inclusive podría llegar a ser acreedor no ejecutante el mismo acreedor ejecutante siempre y cuando sea otro crédito que pretende que se le reconozca y tenga afectado el bien a realizarse.*

Concordante con estas ideas, tenemos un caso interesante donde una entidad bancaria inició un proceso único de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías donde tenía como pretensión ejecutiva que se le pague una suma de dinero que estaba contenida en tres pagarés, pasando ya a la etapa de ejecución forzada y procediendo al remate del inmueble, interviene en el mismo proceso como acreedor no ejecutante señalando que la hipoteca que afecta al bien objeto de remate cubre también las obligaciones asumidas por el garante hipotecario en calidad de fiador, siendo que en otro proceso cuenta con una resolución firme que ordena se le pague por otras obligaciones donde uno de los coejecutados es precisamente el garante hipotecario en calidad de fiador, por ende, tiene afectado el mismo bien por la misma hipoteca y se ajusta a los parámetros para intervenir como acreedor no ejecutante y poder cobrar su acreencia con el producto del remate.

Así transcribimos la Resolución N° 28 que lo tiene por apersonado, la misma que fuera emitida por el Décimo Séptimo Juzgado Comercial de Lima, en el Expediente N° 2598-2012, donde se resuelve lo siguiente:

**“Primero:** Que, mediante escrito presentado con fecha veintisiete de mayo de dos mil trece, Banco Continental, solicita se le tenga por apersonado al proceso como acreedor no ejecutante; sustentando su pedido en el hecho de que la hipoteca materia de ejecución en este proceso también cobertura las deudas y obligaciones que mantuvieran con el co-demandado, Ricardo Arturo Bermúdez Pereda en calidad de fiador, conforme se desprende del Testimonio de Escritura Pública de Constitución de Garantía Hipotecaria de fecha 22 de mayo de 2009, que obra como Anexo 1-D al escrito de demanda. Refiere en este sentido que cuenta con auto final consentido en el proceso de ejecución de garantías que se le sigue a Ricardo Arturo Bermúdez Pereda en calidad de fiador ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil con Subespecialidad Comercial, en el Expediente N° 2595-2012; razón por la cual dicha acreencia deberá ser considerada por el juzgado conforme al orden preferente de los derechos inscritos sobre el bien inmueble a ejecutarse; pedido que fue declarado inadmisibles por el juzgado mediante resolución número veintiséis de fecha diecinueve de junio del año en curso, a fin de que subsanara la deficiencia advertida; **Segundo:** Que, mediante el presente escrito que se da cuenta, presentado con fecha veinte de junio de dos mil trece, la recurrente, Banco Continental, aclara su pedido de apersonamiento como acreedor no ejecutante; señalando que la hipoteca materia del presente proceso que corresponde al inmueble materia de ejecución también cobertura las deudas y obligaciones que mantuviera con el co-demandado, Ricardo Arturo Bermúdez Pereda en calidad de fiador, conforme se desprende del Testimonio de Escritura Pública de Constitución de Garantía Hipotecaria de fecha 22 de mayo de 2009, que obra como Anexo 1-D al escrito de demanda extendida por el Notario Público de Lima, Doctor Jorge Luis Gonzáles Loli, de lo que se colige que todas las deudas que mantuviera el demandado, Ricardo Arturo Bermúdez Pereda en calidad de fiador y con respecto al Banco Continental están coberturadas por la hipoteca materia de ejecución, por tanto, todos los créditos en los que intervenga dicha persona en calidad de fiador están garantizadas con la hipoteca y se tendría por tanto afectado el mismo bien por la misma hipoteca. Refiere asimismo, que a la fecha cuenta con auto final consentido en el proceso de ejecución de garantías que se le sigue a Ricardo Arturo Bermúdez Pereda en calidad de fiador ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil con Subespecialidad Comercial, en el Expediente N° 2595-2012, habiendo ya cumplido con acompañar copias certificadas de su escrito de demanda, pagarés materia de ejecución, mandato ejecutivo, auto final y de la resolución que declara consentido dicho auto final; razón por la cual dicha acreencia debe ser considerada por el juzgado conforme al orden preferente de los derechos inscritos sobre el bien inmueble a ejecutarse; **Tercero:** Que, de la revisión de autos, se advierte que en la segunda cláusula de la Escritura Pública de Constitución de Garantía Hipotecaria que es materia de ejecución, se establece que la hipoteca constituida en la cláusula primera tiene por objeto garantizar el pago del préstamo comercial, así como todas las obligaciones que mantuviera el demandado, Ricardo Arturo Bermúdez Pereda, con el Banco Continental, en su calidad de deudor, aceptante, endosante, descontante, avalista o fiador; lo que implica que independientemente de su condición de acreedor en este proceso, el Banco Continental



tendría un crédito reconocido con el mismo co-demandado, Ricardo Arturo Bermúdez Pereda, en calidad de fiador ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil con Subespecialidad Comercial, en el Expediente N° 2595-2012; razón por la cual al encontrarse todas las obligaciones que mantuviera pendientes el referido ejecutado con respecto al Banco Continental garantizadas con el inmueble materia de ejecución en este proceso, resulta amparable el pedido de apersonamiento como acreedor no ejecutante que se formula, máxime si se tiene en cuenta que ya se le ha pagado al Banco Continental el capital de la obligación reclamada en autos. **Cuarto:** Que, con respecto al Banco de Crédito del Perú, quien se apersonó al presente proceso en calidad de acreedor no ejecutante de segundo rango, es necesario señalar que al tener el Banco Continental un crédito reconocido en otro proceso único de ejecución (el cual se ventila ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil con Subespecialidad Comercial), hasta por la suma de S/. 555,592.68 nuevos soles y con respecto al mismo co-ejecutado, Ricardo Arturo Bermúdez Pereda, dicha entidad ostenta la preferencia en cuanto al cobro del saldo del producto de remate judicial obtenido frente a dicho acreedor no ejecutante de segundo rango, por cuanto la hipoteca que es materia de ejecución tiene por objeto garantizar tanto el pago del préstamo comercial, como todas las obligaciones que mantuviera el demandado con el Banco Continental, en su calidad de deudor, aceptante, endosante, descontante, avalista o fiador. En consecuencia, estando a los fundamentos que se señalan: **SE RESUELVE: 1) TENER POR APERSONADA** al proceso, al Banco Continental, en calidad de acreedor no ejecutante, para los efectos que señala el artículo 726 del Código Procesal Civil; **2) ENDOSAR y ENTREGAR** a favor del representante legal o apoderado judicial del acreedor no ejecutante, Banco Continental y dentro del plazo legal previsto hasta por el monto total de su crédito reconocido ascendente a la suma de US\$ 132,696.34 (Ciento Treintidós Mil Seiscientos Noventiséis y 34/100 Dólares Americanos), representado por los Certificados de Depósito Judicial N°s 2013004603176 (por la suma de US\$ 49,196.34 dólares americanos), 2013004603175 (por la suma de US\$ 33,500.00 dólares americanos), 2013004603174 (por la suma de US\$ 30,000.00 dólares americanos) y 2013004603173 (por la suma de US\$ 20,000.00 dólares americanos), debiendo dejarse expresa constancia en autos de dicha entrega; **3) OFICIAR** al Décimo Cuarto Juzgado Civil con Subespecialidad Comercial, a fin de poner en su conocimiento el contenido de la presente resolución; **Al Segundo Otrosí:** Téngase por autorizadas a las personas que se mencionan, solo para los fines que se precisan, excepto para la lectura de los actuados, en cuyo caso se deberá tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 138 del Código Procesal Civil”.

##### 5. ¿ES NECESARIO QUE LA OBLIGACIÓN SEA EXIGIBLE PARA INTERVENIR COMO ACREEDOR NO EJECUTANTE?

Hay quienes han sostenido que si el crédito de un acreedor que mantiene afectado un bien aún no es exigible, no tiene por qué intervenir en el proceso de ejecución donde se realizará dicho bien, ya que es una potestad de dicho acreedor el

hacerlo, “las personas no están obligadas a presentarse a un proceso a menos que sean citadas o se publique una pretensión contraria a sus intereses. La decisión de intervenir en un proceso depende del interés para obrar. Solo se presenta el interés cuando el derecho preferente está cuestionado o cuando se puede y se quiere cobrar sobre el resultado del remate (lo que requiere por lo menos una obligación exigible). En todos los demás casos la intervención no se justifica” (MEJORADA, 2005: p. 257).

Consideramos que la postura de esta doctrina es errada por cuanto existe una razón que justifica la necesidad que intervengan aquellos acreedores que tienen afectado el mismo bien que va a ser realizado en un proceso de ejecución, la razón radica en que sus derechos sobre el bien sean respetados, por ello, luego de tomar conocimiento formal de la existencia del proceso de ejecución tienen la carga de intervenir en dicho proceso.

Véase que una consecuencia jurídica del remate judicial según nuestro ordenamiento jurídico es que se dejen sin efecto todos los gravámenes que pesan sobre el bien luego de realizada la subasta, lo cual tiene como finalidad incentivar que las personas participen en el remate como postores teniendo pleno conocimiento y certeza –sobre todo– que a través de dicho acto procesal podrán adquirir un bien registralmente saneado, esto obviamente busca sacar el mayor provecho del bien que va a ser realizado y con ello a su vez se pretende satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante e inclusive de los acreedores no ejecutantes ya que si tiene derecho preferente al pago, serán cancelados en primer orden sus créditos con el producto del remate y si no fuera preferente tendría igual derecho al remanente.

En tal sentido, se ha dicho que “el auto de adjudicación contiene además la orden de levantar todo gravamen que pesa sobre el bien. Es así, que el bien que se transfiere al adjudicatario estará libre de todo gravamen, de allí, la trascendencia de que aquellos acreedores que tengan, por ejemplo, hipoteca constituida sobre el inmueble, intervengan en el proceso de ejecución, haciendo valer sus derechos de prelación sobre el producto obtenido, porque si no intervienen, ni oportuna, ni tardíamente, perderán la garantía específica de su crédito” (ARIANO, 1996: p. 408).

A mayor abundamiento, la exigibilidad o no del crédito no importa para la intervención como acreedor no ejecutante, conforme lo demostramos con el siguiente ejemplo: un acreedor que tiene hipoteca en primer rango sobre un bien que va a ser realizado en un proceso de ejecución y siendo que su deudor viene cumpliendo con su obligación en los plazos convenidos, es decir, *la obligación aún no se torna exigible*, pero el hecho de tomar conocimiento que van a rematar el bien que garantiza dicha obligación hace nacer el interés de intervenir en dicho proceso para asegurar que se respete su derecho de crédito preferente al crédito que se pretende cobrar en dicho proceso.

Entendidas las cosas de esta manera, se tiene que el derecho procesal no transgrede al derecho sustantivo ya que el juez tendrá que tener presente la preferencia del crédito del acreedor no ejecutante al momento de la distribución del dinero obtenido como producto del remate y en todo caso reservará el monto del gravamen hasta que la obligación inexigible del acreedor no ejecutante con derecho preferente se torne exigible.

Siendo esto así, resulta también equivocado afirmar que con esta norma procesal “se ha olvidado que el proceso es un instrumento para realizar derechos sustantivos. El proceso no puede desconocer derechos preferentes y oponibles, ni siquiera para premiar el esfuerzo del demandante” (MEJORADA, 2005: pp. 258-259).

Asimismo, discrepamos con la posición que señala que para intervenir como acreedor no ejecutante se tiene que contar con un título ejecutivo, “(...) *solo podrán intervenir si cuentan ya con un título ejecutivo que contiene una obligación cierta, expresa, líquida*, teniéndose presente que no necesariamente debía exigirse que la obligación fuera temporalmente exigible, pues como bien lo dispone nuestro Código Civil. *El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías disminuyeran por acto propio del deudor o desaparecieran por causa no imputable a este* (art. 181) o como lo dispone el artículo 1110 del mismo Código en relación a la hipoteca *si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo*. Siendo la verificación del plazo un evento futuro pero cierto, no cabe duda que no era preciso para intervenir en la ejecución, exigir que dicho plazo estuviera vencido. *Por último, debió exigirse el título ejecutivo porque si al ejecutante se le exige, también al interviniente debió exigírsele*” (ARIANO, 1996: pp. 382-383) (énfasis nuestro).

La razón esbozada para rechazar la intervención de un acreedor no ejecutante—esto es, que si al ejecutante se le exige un título ejecutivo al interviniente también debe exigírsele—vulnera el derecho que tienen los acreedores que mantienen afectaciones sobre el bien que será realizado.

En efecto, al acreedor ejecutante se le exige que su derecho emane de un título ejecutivo a fin de que pueda instaurar el proceso de ejecución, mientras que el acreedor no ejecutante no promueve la ejecución, lo que busca es salvaguardar el derecho que mantiene respecto al bien que será realizado producto de la ejecución forzada, por tanto, son supuestos totalmente distintos.

Para clarificar el tema tenemos el siguiente ejemplo: BANCO Z ha iniciado un proceso de ejecución teniendo como pretensión ejecutiva se le pague cierta suma de dinero que está contenida en un pagaré emitido a su favor por LUCIO, para asegurar el pago de la obligación a trabado en dicho proceso

judicial un embargo en forma de inscripción sobre el inmueble de su deudor, estando el proceso a puertas de llevarse a cabo el remate; LUCIO a su vez mantiene un crédito frente a BANCO X el cual consta en un contrato de tarjeta de crédito y dicha obligación está respaldada por una hipoteca, ¿acaso BANCO X no podrá intervenir como acreedor no ejecutante en el proceso de ejecución instaurado por BANCO Z?, pues es evidente que sí podrá intervenir a fin de que se respete su derecho de crédito ya sea preferente o no al que es materia del proceso, porque pese a no tener un título ejecutivo donde conste su obligación –el contrato de tarjeta de crédito no tiene mérito ejecutivo–, si mantiene afectado con hipoteca el inmueble que será rematado en el proceso de ejecución iniciado por BANCO Z, máxime si la propia norma no hace alusión a que para intervenir se necesite que su obligación esté contenida en algún título ejecutivo.

#### **6. ¿PROBLEMAS DEL ARTÍCULO 726 DEL CPC O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA?**

Según cierta doctrina existe una contradicción entre los artículos 534 y 726 del CPC, en ese sentido se ha dicho que “(...) según esta norma, un acreedor hipotecario (titular de derecho preferente) podría intervenir en el proceso que sigue un tercero hasta antes que se pague el monto obtenido del remate. En otras palabras, no tiene que estar antes del remate para que su preferencia pueda estar reconocida. Notará el lector que existe contradicción entre el artículo 534 y el artículo 726. Para el 726, el acreedor con derecho preferente debe intervenir antes del remate y para el 534, puede intervenir después del remate, pero antes del pago” (ARIANO, 1996: p. 257).

En el mismo sentido hay quien ha señalado que “los artículos a los que nos referiremos son el 690, 726 y 533 del CPC. El segundo párrafo del artículo 690 establece que cuando la ejecución pueda afectar el derecho de tercero se le debe notificar con el mandato ejecutivo o de ejecución. Para que este artículo sea útil la notificación al tercero debe entenderse como obligatoria y en caso de que no se realice debe ser causal de nulidad. Una vez notificado el tercero puede solicitar su intervención al proceso, pero debe hacerlo antes de la venta o adjudicación del bien (debe entenderse que a esto quiso referirse el CPC cuando señala ejecución forzada), tal como lo establece el artículo 726, pues si lo hace después el tercero perderá su prioridad y solo tendrá derecho al remanente en caso de que exista; la forma como el tercero interviene sería por medio de la Tercería de Derecho Preferente, regulada en los artículos 533 y siguientes del CPC” (LEÑAN, 2003: p. 106).

Para nosotros ello no es así, por cuanto la primera norma (art. 534 del CPC) regula la oportunidad que tiene un acreedor que considera tener derecho preferente

de pago respecto de otro acreedor para interponer una pretensión de tercería de derecho preferente de pago y señala que dicho momento es hasta antes de realizado el pago al acreedor, esto es, hasta antes de la conclusión de la ejecución forzada.

En este orden de ideas, la segunda norma –que es objeto de estudio– señala la posibilidad de poder intervenir y se respete el derecho preferente del acreedor no ejecutante, esto es, hasta antes de la ejecución forzada, teniendo presente que la ejecución forzada puede culminar con el pago producto del remate o cualesquiera de los otros supuestos que señala el artículo 727 del CPC, por tanto, en la tercería de derecho preferente de pago como en la intervención como acreedor no ejecutante la oportunidad que se tiene para que se respete el derecho del acreedor preferente es justamente hasta antes del pago que pondría fin a la etapa de ejecución forzada, tal vez el error en la interpretación pueda darse debido a no tener claro que es lo que implica la ejecución forzada.

Por ello coincidimos con la profesora LEDESMA cuando nos enseña lo siguiente: “conforme se aprecia de la redacción del presente artículo, la oportunidad que tiene el afectado de intervenir en el proceso es antes de su ejecución forzada. En la Casación N° 709-2003-Ucayali de fecha 24 de agosto de 2004 publicada el 1 de diciembre de 2004, *se precisa que el momento en que se puede considerar efectuada la ejecución forzada, para los efectos del artículo 726 del CPC es con el pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o con la adjudicación*. Si ninguna de estas circunstancias se presenta al momento de que los acreedores no ejecutantes presentaron su solicitud, procedía válidamente su incorporación al proceso” (LEDESMA, 2008: p. 568) (énfasis nuestro).

## **7. LA PROTECCIÓN DE LA TUTELA DEL ACREEDOR NO EJECUTANTE**

El acreedor no ejecutante a los efectos de poder intervenir en el proceso de ejecución donde se realizará el bien sobre el cual recae una afectación a su favor, debe tener pleno conocimiento de dicho proceso, de lo contrario, se atentaría contra su derecho de crédito y se produciría a través del proceso judicial un mecanismo de fraude a los acreedores.

En efecto, la carga que recae sobre el acreedor ejecutante es precisamente solicitar que aquellos acreedores que figuren con derechos inscritos sobre el bien que será realizado –para que con el producto de dicho bien pueda cobrar su crédito– sean notificados y tomen conocimiento de la existencia del proceso.

La interrogante sería determinar cuál es el momento dentro del proceso de ejecución en el cual deben ser notificados dichos acreedores no ejecutantes, según el artículo 690 del CPC, cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se

debe notificar a este con el mandato ejecutivo, esta norma debe ser interpretada extensivamente, es decir, no restringirla como algunos han hecho al señalar que solo se trata de la notificación a los poseedores o propietarios del bien otorgado en garantía y que en caso no se cumpla con la orden de pago el bien objeto de posesión o la propiedad se verán perjudicados.

En esa línea de ideas, se ha señalado que *“en tal sentido, el artículo 690 del CPC permite la posibilidad que cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se deba notificar a este con el mandato ejecutivo o de ejecución, sujetando su intervención a los dispuesto en el artículo 101 del CPC, sin embargo, debe precisarse que el derecho que pueden invocar dichos terceros no es el crediticio, como exige el supuesto del artículo 726 del CPC (al referirse a un acreedor no ejecutante) sino a otros derechos como el de la posesión sobre un inmueble entregado en garantía, toda vez que uno de los efectos del remate es la entrega del inmueble al adjudicatario (véase inciso 3 del artículo 739 del CPC). Nótese que la intervención de estos terceros se diferencia por el momento en el que se involucra en el proceso. En el caso del tercero legitimado, a que se refiere el artículo 690 del CPC, este se debe notificar con el mandato de ejecución; a diferencia del tercero acreedor no ejecutante, que regula el artículo 726 del CPC que se involucra recién en la ejecución forzada”* (LEDESMA, 2008: p. 569) (énfasis nuestro).

Ya se ha dicho que el proceso de ejecución consiste en un conjunto de actos encaminados a la satisfacción del derecho del acreedor ejecutante, siendo que en dicho proceso se pueden ver vulnerados derechos de terceros y como tales deben intervenir en el a fin de cautelar sus intereses. El ejecutante tendrá conocimiento de la existencia de dichas personas con derechos sobre los bienes que serán realizados si se incumple el mandato ejecutivo, por lo general desde un inicio del proceso, por ejemplo en un proceso de ejecución en la modalidad de ejecución de garantías uno de los requisitos de procedencia es que se adjunte a la demanda el certificado de gravamen del bien, siendo que de dicho documento registral podrá verificarse la existencia otros acreedores con derechos inscritos sobre el bien, pero no se podrá apreciar el actual propietario del bien, motivo por el cual debería solicitarse la copia literal o, en su defecto, el certificado registral inmobiliario, esto será de conocimiento del juez por cuanto para emitir el mandato ejecutivo tendrá que calificar dicha documentación.

Asimismo, en un proceso de ejecución donde no se cuente con una garantía extrajudicial, pero se cuente con una garantía judicial (embargo en forma de inscripción) sobre un bien, también en la solicitud cautelar o medida de ejecución que se solicite se deberá adjuntar copia literal del bien, por tanto, también podrá verificarse la existencia de derechos inscritos sobre tal bien.

Resulta evidente que no debe sancionarse con la nulidad de lo actuado en el proceso de ejecución si es que no se le notifica a los acreedores no ejecutantes con el mandato ejecutivo, *dado que existe la oportunidad de notificárseles con las resoluciones que abarcan la etapa de ejecución forzada, que puede ser desde el nombramiento de peritos para que tansen el bien a realizarse o desde la primera convocatoria a remate hasta producido el pago, ello con la finalidad que el acreedor no ejecutante tenga conocimiento de todos los actos procesales que se vienen realizando respecto del bien sobre el cual tiene derecho inscrito.*

Criterio ya asumido por un sector de nuestra judicatura, como es el proceso tramitado ante el Primer Juzgado Comercial de Lima, Expediente N° 10330-2013 donde mediante la Resolución N° 1 se resuelve lo siguiente:

“**ADMITIR** a trámite la demanda interpuesta por el BBVA BANCO CONTINENTAL y tramítese en la vía del PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN de GARANTIAS REALES; en consecuencia: por ofrecidos sus medios de prueba y NOTIFIQUESE al ejecutado RUBEN ABRAHAM GUN FISCHMAN a fin de que cumpla con pagar al ejecutante dentro del tercer día de notificado la suma de US \$ 280,000.00 (Doscientos Ochenta mil con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de la obligación puesta a cobro, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se proceda al remate Judicial de los inmuebles dados en garantía hipotecaria, inscritos en las Partidas N° 49002385 y 49002354 del Registro de Predios de la Zona IX, Sede Lima; (...). Asimismo, tenga presente el EJECUTANTE que conforme a los Certificados Registrales Inmobiliarios, de las partidas No 49002354 y 49002385, que se anexan, se advierte que en los inmuebles materia del proceso de ejecución existe otra afectación: **MEDIDA DE EMBARGO-PENDIENTE DE INSCRIPCIÓN**, en consecuencia, una vez inscritas dichas afectaciones el ejecutante deberá comunicar de manera oportuna al JUZGADO a los titulares de las mismas, señalar su domicilio real y adjuntar copias suficientes de la demanda y anexos a efectos de ponérsele en conocimiento de la presente demanda, toda vez que el artículo 739, inciso 2 precisa que al momento de expedirse el auto de transferencia de los inmuebles se debe dejar sin efecto todo gravamen que pese sobre estos”.

Por lo cual se dice que *“si bien la norma señala que cuando el acreedor no ejecutante interviene luego de la ejecución forzada, solo tiene derecho al remanente, si lo hubiere; ello implica que este acreedor debió haber tomado conocimiento oportuno del inicio de la ejecución para atribuirle tal efecto.* De ahí que es importante que el ejecutante señale las direcciones domiciliarias de todos los acreedores con derecho inscrito sobre el mismo bien materia de ejecución, para poder justificar las consecuencias de su no intervención en el proceso. Solo así, si se demuestra que se ha notificado debidamente a estos acreedores y a pesar de ello no han concurrido se puede proceder conforme lo señala la última parte de este artículo” (LEDESMA, 2008: p. 569) (énfasis nuestro).

## **8. LA NULIDAD POR NO NOTIFICAR AL ACREEDOR NO EJECUTANTE**

Es preciso resaltar que en nuestra opinión, así como es una carga para el acreedor ejecutante precisar las direcciones de los acreedores no ejecutantes a fin de que se les notifique y tengan conocimiento de que será realizado el bien que respalda también su obligación, es un deber del juez notificar a los acreedores no ejecutantes con derecho inscrito, en caso el ejecutante no lo solicite, esto de conformidad con su rol de director del proceso, de lo contrario se debería declarar la nulidad de todo lo actuado desde el inicio de la ejecución forzada.

Cabe agregar que la nulidad de actos procesales se da cuando existe una anomalía en el proceso que lo vicia y no permite que tales actos procesales viciados subsistan, esta anomalía tiene que ser trascendente y causar perjuicio, siendo que en el caso del acreedor no ejecutante que no toma conocimiento oportuno de la realización del bien sobre el cual tiene derechos, ese hecho es trascendente y le causaría un perjuicio evidente y objetivo al no poder intervenir antes de la conclusión de la ejecución forzada para salvaguardar ese derecho que mantenía sobre el bien rematado y como consecuencia de ello, en caso de que sea acreedor preferente no podrá hacer valer dicha preferencia y cobrar en primer término lo que se le adeuda con el producto del remate.

No existe ante tal omisión otra sanción que no sea la nulidad, por cuanto el mantener los gravámenes vigentes luego de adjudicado el bien se contrapone a lo dispuesto por el artículo 739 del CPC, y perjudicaría al adjudicatario que en la mayoría de los casos resulta ser un tercero que no tiene conocimiento del vicio que ha sido generado exclusivamente por el acreedor ejecutante o en su defecto por el propio juzgado.

Por lo que coincidimos con la doctrina que señala lo siguiente: “nos inclinamos por la primera opción, es decir que se declare la nulidad del remate; admitir lo contrario sería restar convicción a los postores quienes no podrían estar seguros de que van adquirir un bien libre de gravámenes, pues en cualquier momento podría presentarse un acreedor no citado” (LEDESMA, 2008: p. 567).

## **9. EL ESTADO DE LOS CRÉDITOS Y SU PREFERENCIA**

El último punto que nos importa se refiere al estado de los créditos y sus preferencias. Partiendo de la premisa que solo intervendrán como acreedores no ejecutantes aquellos que tengan derechos inscritos sobre los bienes que serán realizados forzosamente, los acreedores laborales que no tengan su derecho inscrito no podrán intervenir mediante esta vía para hacer respetar su derecho de cobro



preferente, sino tendrán que optar por iniciar un proceso de tercería de derecho preferente de pago.

El estado del crédito se refiere a que el mismo sea exigible, como hemos advertido anteriormente –supra punto 5–, la exigibilidad o no del crédito del acreedor no ejecutante no es óbice para su intervención en el proceso de ejecución por cuanto lo que busca es que con el producto del remate se le pague respetándose el derecho que tenía sobre el bien rematado.

Entonces, no será necesario verificar la exigibilidad del crédito cuando se intervenga como acreedor no ejecutante, sino al momento de la distribución por parte del juez del dinero obtenido producto del remate.

Ahora bien, cuando existen créditos que se encuentran garantizados con garantías extrajudiciales como las hipotecas se respetará el rango de las mismas para el pago, de igual forma si existen créditos que se encuentran garantizados con garantías judiciales como los embargos se respetará el orden en que fueron inscritos para la distribución del dinero.

El problema básicamente radica en el supuesto en el cual un acreedor ejecutante o no ejecutante tenga una garantía judicial a su favor –como un embargo en forma de inscripción– sobre el bien y exista una garantía extrajudicial –como una hipoteca– sobre el mismo bien ya sea a favor del acreedor ejecutante o no ejecutante, la misma que ha sido inscrita con posterioridad al embargo.

Para la gran mayoría, el crédito que cuenta con hipoteca –pese a que dicha garantía ha sido inscrita con posterioridad al embargo– debería ser pagado con preferencia al crédito garantizado con el embargo, en atención a la doctrina que señala que en caso de conflicto entre los derechos reales y los derechos personales, vencen los primeros por su carácter persecutorio y erga omnes.

En nuestra opinión ello no es así, por los siguientes motivos: i) no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma legal alguna que señale ello pese a que se diga que el segundo párrafo del artículo 2022 del CC, nos remite a las reglas del Derecho común, ii) si se desconoce el principio de prioridad registral se viene abajo todo el sistema de garantías e incentivaría el fraude a los acreedores, permitiendo que los deudores creen obligaciones ficticias constituyendo hipotecas, con la finalidad de incumplir las verdaderas obligaciones que contrajeron, iii) el embargo es un derecho pasible de inscripción en los Registros Públicos, por tanto, está protegido por el sistema registral y sus principios, y; iv) el acreedor hipotecario actuaría de mala fe al pretender cobrar antes que aquél acreedor que cuenta con un embargo inscrito con anterioridad a la hipoteca, ello porque se atenta contra el principio de publicidad registral.

## 10. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones podemos señalar las siguientes:

- La ejecución forzada se inicia con el nombramiento de los peritos para que tasen el bien y solo en caso de no ser necesario con la primera convocatoria a remate, por ello para dar inicio a la ejecución forzada siempre se debe tener afectado algún bien.
- La ejecución forzada concluye con el pago producto del remate, la adjudicación en pago o con el pago íntegro de la obligación, además de cualquiera de las otras formas de extinción de obligaciones reguladas en nuestro CC.
- Se debe considerar como acreedores no ejecutantes a todo aquel acreedor que tiene afectado el mismo bien sea con derecho preferente o no que el del acreedor ejecutante, inclusive podría llegar a ser acreedor no ejecutante el mismo acreedor ejecutante siempre y cuando sea otro crédito que pretende que se le reconozca y tenga afectado el bien a realizarse.
- El artículo 726 no vulnera la preferencia de los acreedores, lo que hace es dar un orden a fin de que la preferencia pueda prevalecer en el proceso de ejecución, siendo el último momento en que puede intervenir un acreedor no ejecutante es precisamente hasta antes de la conclusión de la ejecución forzada.
- No es necesario que el crédito a favor del acreedor no ejecutante sea exigible al momento de su intervención, ello será necesario al momento de la distribución por parte del juez del dinero producto del remate.
- No es necesario que el crédito del acreedor no ejecutante conste en título ejecutivo por cuanto este no insta la ejecución.
- La falta de notificación con el mandato ejecutivo a los acreedores no ejecutantes no acarrea la nulidad del proceso de ejecución por cuanto lo que importa es que sean notificados con todos los actos procesales que se realizan en la etapa de ejecución forzada, el que no se realice ello sí desembocaría en la nulidad de la etapa de ejecución forzada hasta su inicio.
- La intervención de los acreedores no ejecutantes difiere de la tercería de derecho preferente de pago porque los supuestos que regulan son distintos, por ende, son mecanismos de protección de los acreedores en distintos supuestos.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ARIANO DEHO, Eugenia (1996): *El proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica; LIÑAN ARANA, Luis Alberto (2003): *La intervención de acreedores en el proceso de ejecución*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; MEJORADA CHAUCA, Martín (2005): "Ejecución forzada: ¿El fin de la preferencia hipotecaria?". En: *Advocatus*, N° 12. Lima: Advocatus; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEJA; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Victor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El hecho de que los bienes objeto de la medida cautelar estén afectos a otro crédito, no es óbice para que se lleve adelante dicha medida ni tiene mérito para que se suspenda la misma. Esta controversia se resuelve de conformidad con el artículo 726 del CPC (*Exp. N° 567-94-Lima*).

**Artículo 727**

**Conclusión de la ejecución forzada**

*La ejecución forzada concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o con la adjudicación, o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses exigidos y las costas y costos del proceso.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 528, 716, 724, 726, 748.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia solamente a la conclusión forzada en el caso de ejecuciones de obligación de dar suma de dinero, es decir, en el supuesto donde las pretensiones ejecutivas consistan prestaciones pecuniarias.

En efecto, solo en los procesos donde se ventilan pretensiones ejecutivas de obligación de dar sumas de dinero es donde el ejecutante puede ver satisfecha su pretensión con el pago del dinero producido por el remate de los bienes o en su defecto por la adjudicación en pago de dichos bienes.

En otros supuestos donde también nos encontramos con pretensiones ejecutivas como por ejemplo en la obligación de dar bienes muebles o inmuebles, la conclusión de la ejecución forzada se verificará precisamente con la toma en posesión de dichos bienes sea a través de la captura –en el caso de bienes muebles– o del lanzamiento –en el caso de bienes inmuebles–.

Entonces es claro que el legislador mediante la norma objeto de comentario no se refiere a la conclusión de la ejecución forzada de cualquier pretensión ejecutiva, sino solamente de las pretensiones ejecutivas de dar sumas de dinero.

Ahora bien, debemos precisar que otros supuestos podrían hacer factible la conclusión de la ejecución forzada –otros medios de extinción de las obligaciones– y no precisamente se trataría del pago íntegro del crédito a favor del ejecutante.

Por último, el tener claro desde que momento se concluye la ejecución forzada es de vital importancia a fin de verificar si un acreedor no ejecutante hizo valer su derecho en el momento debido y por tanto debe respetarse la prelación de su crédito respaldado con garantía real o judicial.

A continuación trataremos de dar respuesta a estos puntos importantes que son examinados día a día por nuestra judicatura y que en muchas ocasiones pueden generar ambigüedades y problemas en el proceso único de ejecución.

## **2. EL PAGO COMO SUPUESTO MECANISMO DE CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZADA**

Para que un proceso de ejecución concluya la pretensión ejecutiva tiene que ser satisfecha en su totalidad, en la pretensión ejecutiva de dar suma de dinero, la misma será satisfecha una vez que se pague el crédito impago, el mismo que está compuesto por el capital y sus intereses, además el ejecutado deberá pagar las costas y costos del proceso.

El pago es el medio natural de extinción de las obligaciones, por ello se ha dicho que “el pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 444).

Respecto al pago, el maestro francés POTHIER nos enseña que:

“(...) el pago real es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer. Cuando la obligación es de hacer alguna cosa, el pago real de esta obligación consiste en hacer la cosa que uno se ha obligado a hacer [...]. Cuando la obligación es de dar alguna cosa, el pago es la traslación de la propiedad de esta cosa [...]. Es evidente que aquel que ha satisfecho su obligación queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación, es la manera más natural de extinguir la obligación” (POTHIER, 1947: p. 325).

En virtud de ello, entendemos que el pago implica el cumplimiento de la prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer; en el supuesto de hecho de la norma objeto de comentario el pago implicaría la conducta del ejecutado de cumplir con cancelar el íntegro de la deuda como por ejemplo podría darse el caso en que en un título valor (título ejecutivo) se refleja la obligación de pagar una suma de dinero, en dicho caso el deudor al pagar el monto contenido en dicho título valor habrá extinguido su obligación; distinto es en el caso de una prestación de hacer si dicha obligación se encuentra en una escritura pública (título ejecutivo), imaginemos realizar una pintura con tales características, si el pintor realiza la pintura con las características pactadas habrá pagado su obligación y la misma como consecuencia se habrá extinguido, para el caso de las prestaciones de no hacer se

entiende el mismo fundamento solo que la prestación consistirá en no realizar un acto durante un tiempo determinado, obligación contenida también en una escritura pública (título ejecutivo), cumplido el plazo sin hacer dicho acto se habrá extinguido la obligación por pago.

Si esto es así, para la interpretación del presente artículo uno de los supuestos para concluir la ejecución forzada será que el ejecutado cumpla con cancelar la deuda dineraria –capital e intereses– que mantiene frente al ejecutante además de las costas y costos procesales.

El pago deberá ser realizado en la etapa de la ejecución forzada de obligaciones de dar suma de dinero, la misma que comienza con el nombramiento de los peritos o con la convocatoria a remate, esto se da luego que el auto que ordena llevar adelante la ejecución queda consentido o ejecutoriado.

Si el pago es realizado con anterioridad al comienzo de la etapa de ejecución forzada deberá declararse concluido el proceso sin declaración sobre el fondo por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional por satisfacción extraprocesal de la pretensión ejecutiva, donde no será de aplicación la norma materia de análisis.

### **3. OTROS SUPUESTOS DE CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZADA**

Si en los procesos de ejecución donde se ventilen pretensiones ejecutivas de dar suma de dinero, el pago íntegro de los créditos además de las costas y costos en la etapa de ejecución forzada hace que dicha etapa concluya, por ende, los otros supuestos de extinción de las obligaciones también pueden derivar en la conclusión de la ejecución forzada siempre y cuando se refieran a la pretensión ejecutiva en su totalidad y además se cancelen o dentro del medio de extinción de obligación acordado entre las partes se den por zanjados las costas y costos procesales, de lo contrario la ejecución forzada continuará.

Uno de los supuestos donde podría concluir la ejecución forzada en las pretensiones ejecutivas de dar sumas de dinero se daría con la *dación en pago* la cual implica que “el acreedor puede exigir o el deudor puede ofrecer una prestación que no sea la adecuada, cuando se les haya reconocido una facultad en ese sentido (...). Y lo mismo cuando el acreedor y el deudor, en el momento de hacerse efectiva la prestación, se pongan de acuerdo en que esta recaiga sobre un objeto no adeudado” (VON THUR, 2007: p. 269).

“Bajo esta perspectiva, la dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda (...). De este modo, la satisfacción del interés del acreedor podrá llevarse a cabo

mediante la *solutio* (exacto cumplimiento de lo pactado) o, de manera excepcional, a través de la *satisfactio* (cumplimiento de una prestación distinta a la debida que, por acuerdo de partes, satisface la acreencia y libera al deudor)” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 604).

Un ejemplo evidente de esta modalidad de extinción de obligaciones resultaría en el caso de que exista un mutuo de dinero contenido en una escritura pública (título ejecutivo), y el deudor le otorga la propiedad de su inmueble al acreedor para cancelarle la deuda previo a que el bien sea rematado judicialmente –en la etapa de ejecución forzada–, si ambas partes se ponen de acuerdo en ello resultará que estamos en presencia de una dación en pago en la etapa de ejecución forzada y este hecho deberá ser puesto a conocimiento del juez de ejecución, el mismo que deberá concluir la ejecución forzada.

El problema puede radicar debido a que la norma sustantiva permite una dación en pago que genera una cancelación parcial de obligaciones, es decir, estamos ante la figura de la extinción parcial de obligaciones, motivo por el cual en un Proceso Único de Ejecución donde se derive esta situación, el juez deberá proceder a continuar la ejecución forzada deduciéndose lo ya cancelado parcialmente.

Otra forma de extinción de obligaciones y que puede generar la conclusión de la ejecución forzada es la *novación*, mediante esta figura del Derecho Civil, se extingue una obligación creándose otra, es decir, “el acreedor adquiere en lugar de la prestación a que tenía un derecho un nuevo crédito contra el deudor y este se exime de su deuda sin cumplirla, mediante una nueva promesa al acreedor” (VON THUR, 2007: p. 378).

Además, “la novación es un modo de extinguir las obligaciones semejante a la dación en pago. Pero, mientras que en la *datio in solutum* el deudor se exime radicalmente de su obligación, en la novación sigue hallándose vinculado como deudor a su acreedor, aunque no sea por efecto de la obligación primitiva, sino de otra nueva” (VON THUR, 2007: p. 378).

Un ejemplo de novación dentro del Proceso Único de Ejecución se daría en el supuesto que el ejecutante pretenda el cumplimiento de la obligación primigenia producto de un préstamo dinerario y ya en la etapa de ejecución forzada ambas partes (ejecutante y ejecutado) acuerdan un nuevo préstamo mediante el cual se dará por cancelado la obligación objeto del proceso de ejecución y surtirá un nuevo crédito entre ellos, con lo cual dicho acuerdo –novación– será motivo suficiente para que la ejecución forzada concluya.

Otro supuesto para declarar la conclusión de la ejecución forzada sería la *compensación*, el cual es otro medio de extinción de las obligaciones y como tal

podría ser sustento para que un proceso de ejecución encontrándose en la etapa de ejecución forzada concluya.

“La compensación tal cual se encuentra regulada en el Código Civil Peruano, es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el propio Código Civil califica, adicionalmente, como homogéneas, cuyo valor puede ser idéntico o no” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 715).

En nuestro ámbito, entendemos que la compensación tanto convencional como unilateral dentro del proceso único de ejecución podrá ingresar durante la etapa de la ejecución forzada y el juez deberá verificar los requisitos legales para que pueda compensarse la obligación que se pretende ejecutar, esto es, obligaciones líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles. De concurrir los requisitos y siendo que la obligación dineraria objeto de cobro ha sido compensada en su totalidad deberá declararse la conclusión de la ejecución forzada.

Otro supuesto puede darse a través de la *condonación*, la misma que implica –en pocas palabras– la renuncia del acreedor a la obligación que el deudor mantenía para con él, siendo el elemento característico de esta forma de extinción de obligaciones la gratuidad, la misma que “implica un acto de liberalidad por parte del acreedor, quien se encuentra realizando un acto parecido a la donación, pero no respecto a un bien, sino en relación a un crédito, en favor de la misma persona que está obligada a satisfacerlo” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 755).

En este orden de ideas, si en un Proceso Único de Ejecución se pretende el cumplimiento de una obligación que consta en un título ejecutivo y que ya en la etapa de ejecución forzada el ejecutante la condona deberá declararse la conclusión de la ejecución forzada, debiendo ser la condonación total y no parcial, ya que en este último supuesto la ejecución forzada continuaría deduciéndose el importe condonado.

También tenemos a la *consolidación o confusión*, la cual es otra de las causas de extinción de obligaciones reguladas en el CC, la misma se refiere a que la calidad de acreedor y deudor se reúne en una misma persona, por ello:

“Para efectos de otorgar un concepto eficiente a esta figura, es necesario recalcar que tan importante como reunir en una sola persona las calidades de acreedor y deudor, lo es también establecer que ambas calidades deben estar referidas a una misma obligación. De lo contrario, estaríamos hablando de una elemental compensación” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 769).

Ahora bien, nuestra normativa procesal ha determinado que en caso de darse la consolidación una vez que hay proceso abierto, el proceso fenece sin declaración



sobre el fondo, empero si la misma se da en la etapa de la ejecución forzada deberá declararse la conclusión de la misma en virtud de la norma objeto de comentario, debiendo precisarse que dicha forma de extinción de la obligación debe ser íntegra, es decir, por toda la obligación, de lo contrario, deberá continuar la ejecución forzada.

Como vemos no solo el pago puede tener como consecuencia la conclusión de la ejecución forzada, sino también cualquiera de los otros medios de extinción de las obligaciones que se lleven a cabo cuando el proceso de ejecución se encuentra en la etapa de ejecución forzada.

#### **4. LA ADJUDICACIÓN Y EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN CON EL PRODUCTO DEL REMATE**

El legislador además de contemplar al pago –y las otras formas de extinción de las obligaciones– como mecanismos de conclusión de la ejecución forzada, señala también que la misma se puede dar si el ejecutante se adjudica el bien que es objeto inmediato de ejecución forzada o con el dinero producto del remate del bien.

Si el ejecutado paga la obligación, estamos ante un cumplimiento forzado pero al fin y al cabo voluntario, ello porque es el propio deudor quien realiza la prestación.

Si el ejecutante se adjudica el bien lo realiza contra su crédito, es decir, existe una compensación, ello porque el ejecutante es acreedor por la obligación que se pretende satisfacer a través del proceso de ejecución, pero al adjudicarse el bien del deudor se convierte en su deudor y es necesario que las deudas se compensen, entonces para que se dé la conclusión de la ejecución forzada el valor del bien adjudicado por el ejecutante debe cubrir la totalidad de la obligación objeto de cobro en el proceso de ejecución, de lo contrario existirá una compensación parcial y deberá continuar la ejecución forzada.

En cuanto al pago al ejecutante con el dinero obtenido producto del remate del bien del ejecutado (deudor), dicho pago también deberá cubrir la totalidad de la obligación que es cobrada a través del proceso de ejecución, de lo contrario la ejecución forzada deberá continuar.

Sobre este punto, queda claro que es en el proceso único de ejecución donde se realizarán todas las garantías a favor del acreedor ejecutante, por tanto, será en un único proceso donde se cobrará la totalidad del crédito (art. 724 del CPC) y no deberá recurrirse a un nuevo proceso lo que iría contra el texto expreso de la ley.

## 5. MOMENTO EN QUE OCURRE LA CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZADA

La norma bajo análisis señala que la ejecución forzada concluye una vez pagado íntegramente al ejecutante la obligación (capital e intereses), costas y costos procesales. Si esto es así, la ejecución forzada concluirá realizado el pago íntegro, o cuando se ha celebrado alguna otra forma de extinción de la obligación en su integridad.

Por ende, la resolución que declara la conclusión de la ejecución forzada será meramente declarativa porque la misma se da con el solo hecho de la extinción de la obligación objeto del proceso de ejecución y será hasta antes de dicho acto que el acreedor no ejecutante podrá intervenir en el proceso de ejecución a fin de salvaguardar su derecho de crédito y la prelación del mismo, posterior a ello, su apersonamiento solo le dará derecho al cobro del remanente (art. 726 del CPC).

## 6. CONCLUSIONES

- El proceso de ejecución encontrándose en la etapa de ejecución forzada concluirá si es que la pretensión ejecutiva es satisfecha en su totalidad, siendo que en la pretensión ejecutiva de dar suma de dinero, la misma será satisfecha una vez que se pague el crédito impago, el mismo que está compuesto por el capital y sus intereses, además el ejecutado deberá pagar las costas y costos del proceso
- Los otros medios de extinción de las obligaciones también son causales de la conclusión de la ejecución forzada, siempre y cuando se celebren cuando el proceso de ejecución se encuentre en dicha etapa.
- Para que la ejecución forzada concluya por adjudicación o pago al ejecutante con el producto del remate, tanto la adjudicación como el pago con el dinero obtenido en el remate deberán cubrir la totalidad de la obligación puesta a cobro en el proceso de ejecución, de lo contrario la ejecución forzada deberá proseguir.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2008): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra; POTHIER, R. J. (1947): *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya; VON THUR, Andreas (2007): *Tratados de las Obligaciones*. Granada: Comares.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No puede ampararse la conclusión de la ejecución forzada si solo el ejecutado ha consignado el íntegro de la obligación a que se contrae el mandato de ejecución, con cargo a abonar los intereses legales debidamente liquidados, así como los gastos procesales; caso contrario, se contraviene lo dispuesto en el artículo 727 del Código Procesal Civil. Si el saldo adeudado es consignado por una tercera y pide esta que se tenga por subrogada a la ejecutante de pleno derecho, dejando sin efecto el remate programado, procede luego amparar la petición de adjudicación en pago del inmueble materia de la subasta (*Exp. N° 63-2001*).

Si la recurrente adquirió la propiedad del bien hipotecado, cuando el proceso se encontraba en ejecución, no resulta válido pretender suspenderlo con el argumento de que previamente se liquide la suma que adeudan los ejecutados. La nueva dueña es ajena al origen del vínculo obligacional garantizado, por tanto, su derecho real se encuentra vinculado al presente proceso en razón del gravamen existente sobre el bien de su propiedad. Si la recurrente pretende liberar el predio del gravamen que pesa sobre él o impedir la subasta, puede cubrir la cantidad por la cual se ha constituido dicho gravamen, hasta antes de la subasta pública, sin afectar la marcha del proceso (*Exp. N° 1170-99-Lima*).

No puede el juez disponer que cumplidos los pagos se levante la hipoteca recaída en el inmueble materia de litis, en razón de que la ejecución concluye con el pago íntegro al ejecutante, el que comprende también los intereses y gastos procesales. No constituye objeto del proceso, el levantamiento de la hipoteca constituida por los ejecutados (*Exp. N° 46970-97-Lima*).

## SUBCAPÍTULO 2 REMATE

### Artículo 728

#### Tasación

*Una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados.*

*El auto que ordena la tasación contiene:*

- 1. El nombramiento de dos peritos; y*
- 2. El plazo dentro del cual, luego de su aceptación, deben presentar su dictamen, bajo apercibimiento de subrogación y multa, la que no será mayor de cuatro Unidades de Referencia Procesal.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 1149, 1150; C.P.C. arts. 34, 200, 269 a 271, 410, 528, 593, 716, 720, 731; C. de C. arts. 592, 597, 603; C.T. art. 121.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula propiamente el inicio de la etapa de ejecución forzada cuando se trate de prestaciones pecuniarias, es decir, obligaciones de dar suma de dinero, aunque también puede suceder en el caso de la etapa de ejecución de los procesos de división y partición donde a pedido del demandante se podría llegar al remate del bien y el producto (dinero) sería repartido entre los excopropietarios del bien.

Debemos tener siempre presente que pese a que esta norma se encuentra en el capítulo de ejecución forzada, la misma solo se estaría refiriendo a la ejecución forzada de prestaciones pecuniarias, pero la ejecución forzada no solo implica realización del derecho de crédito pecuniario, sino que implica además el cumplimiento de otras prestaciones como dar, hacer y no hacer que propiamente no llevarían consigo la posibilidad del remate.

En efecto, por ejemplo la ejecución forzada de un proceso de desalojo se lleva a cabo a través del lanzamiento (art. 593 del CPC), en el caso de prestaciones de hacer la ejecución forzada podría consistir en que el juez ordene la ejecución de la prestación por tercero (arts. 1149-1150 del CC).

Entonces, es claro que la tasación será un paso previo para el remate considerado como forma de ejecución forzada que servirá para el cumplimiento de las prestaciones dinerarias.

Al respecto, CARRERAS (1957) citado por MONTERO (2004: p. 391) nos enseña que:

*“(...) la actividad jurisdiccional ejecutiva es sustitutiva de la conducta que debiera haber realizado el ejecutado, si voluntariamente hubiera procedido a cumplir la prestación contenida en el título ejecutivo. Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el tribunal procederá a enajenar bienes de aquél y con su producto pagará al acreedor ejecutante. Ello es posible porque en nuestro Ordenamiento se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al tribunal” (énfasis nuestro).*

Teniendo clara la premisa de la cual se parte para esta forma de ejecución forzada, analizaremos la funcionalidad de la norma objeto de comentario.

## **2. INICIO DE LA EJECUCIÓN FORZADA DE LAS PRESTACIONES DINERARIAS**

Conforme a nuestra postura, la ejecución forzada implica sustitución de la voluntad del ejecutado para satisfacer el derecho del ejecutante, en este caso, satisfacer una prestación dineraria, o sea el pago de una deuda.

En nuestra opinión, si –conforme lo hemos señalado– la ejecución forzada tiene que ver con la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional a fin de que se le pague al ejecutante con el producto de la venta de los bienes del ejecutado, aun en contra de la voluntad de este, la misma comprende desde el primer acto de ejecución que se realiza y esto puede ser con la resolución que nombra los peritos para que tasen el bien a realizarse, o en su defecto, si no es necesario, con la primera convocatoria a remate de conformidad a la regulación de nuestro proceso de ejecución (art. 731 del CPC).

Por ende, podemos concluir que para poder dar inicio a la etapa de la ejecución forzada en el caso de prestaciones de dar suma de dinero, el ejecutante deberá tener afectado algún bien del ejecutado, ya sea con una garantía judicial (como por ejemplo, un embargo en forma de inscripción sobre un inmueble o mueble) o una garantía extrajudicial (como, por ejemplo, una hipoteca o una garantía mobiliaria), caso contrario la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional no podrá realizarse por cuanto no existe físicamente alguna forma de hacer posible el pago al acreedor ejecutante, salvo que el ejecutado pague voluntariamente.

Siendo esto así, se concluye que en el supuesto que no exista alguna tasación (actualizada) respecto del bien o los bienes afectados y que serán objeto de remate, el primer paso que dará inicio a esta etapa dentro del proceso de ejecución será el nombramiento de los peritos por parte del juez a fin de que estos elaboren su dictamen (tasación).

Por ello se dice que para las posibilidades de "enajenación forzosa existe algo común: La necesidad de dejar establecido cuál es el valor de los bienes embargados, actividad imprescindible para la enajenación (y también para la adjudicación), puesto que el valor del bien es, de entrada, desconocido" (MONTERO, 2004a: p. 1732).

### 3. EL NOMBRAMIENTO DE PERITOS

La norma objeto de comentario dispone que una vez firme el auto que ordena llevar adelante la ejecución y en caso de que no exista tasación (actualizada) del bien o bienes afectados y que serán el objeto del remate, el juez dispondrá la tasación de dichos bienes.

Con ello, el legislador nos está diciendo que solo se podrá acceder a la etapa de ejecución forzosa una vez firme el auto que ordena proseguir con la ejecución, ya sea que contra aquel auto no se haya interpuesto recurso impugnatorio alguno, se haya interpuesto extemporáneamente o, en su defecto, el mismo ha quedado ejecutoriado al haberse agotado las instancias respectivas.

Con ello debe entenderse que pese a que no exista contradicción (oposición), el auto que ordene llevar adelante la ejecución también puede ser apelado y dicha apelación será concedida con efecto suspensivo; de lo contrario, no se explicaría cómo podría acceder a la etapa de ejecución forzosa si la norma coloca como requisito que dicho auto debe quedar firme.

Entonces habiendo quedado firme el auto que ordena llevar adelante la ejecución –sea que existió o no contradicción (oposición)–, el juez ordenará que se realice una tasación a fin de determinar el valor comercial del bien o bienes afectados y que serán rematados.

Dicha resolución será un auto, en él nombrará dos peritos, además señalará el plazo para la presentación del dictamen (luego de su aceptación al cargo), bajo expreso apercibimiento de subrogación y multa.

En la práctica resulta toda una odisea que los peritos designados por el juez emitan su dictamen y no solo porque los ocupantes del bien no los dejen ingresar

(en el caso de inmuebles), sino porque los propios órganos de auxilio judicial –peritos– entorpecen el proceso.

La norma no señala el plazo para la aceptación del cargo y tampoco refiere algo acerca de sus honorarios profesionales, ello es así porque el plazo es el dispuesto en el artículo 269 del CPC, es decir, tienen tres días para aceptar el cargo, y, los honorarios son fijados por el juez conforme lo dispone el artículo 271 del CPC, y pese a que dicha norma señala que los honorarios serán pagados proporcionalmente por las partes cuando de oficio sea ordenada la pericia, en la etapa de ejecución forzada es el ejecutante quien debe asumir dicho gasto con cargo a que ello se imputarán como costas (art. 410 del CPC).

Ahora bien, nuestros jueces solo proceden a nombrar a los peritos pero –en la mayoría de los casos– no señalan el plazo para que procedan a emitir su dictamen, sino que esperan a luego de su aceptación al cargo para proceder a fijar los honorarios profesionales de dichos órganos de auxilio judicial y una vez que el ejecutante procede con el pago, emiten otra resolución teniendo por consignado el dinero y señalando el plazo que tienen los peritos para emitir su dictamen y en muchos casos omiten el requerimiento.

En síntesis, podemos decir que lo que la norma dispone se realice en un solo acto procesal –auto– en la práctica se lleva a cabo a través de –al menos– tres actos procesales, ello sin considerar que en muchos casos los peritos no están de acuerdo con los honorarios fijados por el juez y solicitan una reconsideración, esto en buena cuenta dilata el proceso.

Nosotros entendemos que en el auto en el que el juez dispone que se realice la tasación del bien o bienes afectados y que serán rematados debe contener el nombre de los peritos, además debe contener el plazo para su aceptación que no deberá exceder de tres días conforme lo dispone la normativa procesal (art. 271 del CPC), la fijación de los honorarios de los peritos que implica también determinar el plazo para que el ejecutante los consigne, el plazo para presentar el dictamen (tasación) que no deberá exceder de los diez días luego de notificados con esta resolución, el apercibimiento expreso de que ante el incumplimiento de la presentación del dictamen dentro del plazo otorgado se les subrogará y a su vez multará, y por último en el supuesto de que sean bienes inmuebles los que se tasarán, el apercibimiento a los ejecutados y/o ocupantes del bien para que presten las facilidades de acceso al interior del bien a los peritos a fin de que puedan realizar una tasación teniendo a la vista todas las características del bien, bajo apercibimiento de que la tasación sea realizada solamente con información documental (autovalúo, documentos municipales y registrales, etc.).

Esto que se propone no es novedad para nuestros jueces, quienes –pocos– emiten sus autos de nombramiento de peritos de dicha forma y con ello cumplen con sus roles de directores del proceso, asimismo, efectivizan los principios de concentración, economía y celeridad procesal.

En el supuesto que los peritos designados por el juez se encuentren indispuestos a realizar la labor encomendada –tasación– deben poner en conocimiento del juzgador su postura; de lo contrario, dicho actuar ameritará que el juez los sancione con una multa por cuanto pese a existir un requerimiento expreso en la resolución que los nombra, hacen caso omiso.

Debemos tener presente que los órganos de auxilio judicial están para coadyuvar al juez a que el proceso se lleve a cabo con agilidad e imparcialidad, y si estos son quienes colocan las trabas a que el proceso prosiga deben ser sancionados y su conducta debería ser puesta a conocimiento del órgano encargado de nombrarlos a fin de que no sean considerados en la lista del siguiente año.

#### 4. LA TASACIÓN

Los peritos ofrecen al juez “sus propios conocimientos profesionales, es decir, la información del valor de mercado del bien, de acuerdo con sus circunstancias externas o internas” (MORENO, 2009: p. 283).

El profesor CABANELLAS (1976: p. 283) enseña que:

“(…) *tasación* es tanto la operación o serie de operaciones avaluadoras como el resultado a que llega la persona competente a quien se encomienda que determine el valor justo que corresponde, dadas todas las circunstancias que para ello deban tenerse en cuenta: valor de adquisición, estado actual, uso, demanda, situación, aplicaciones e incluso afectación para las partes, en algunos supuestos”.

Entonces se puede decir que la palabra *tasación* designa a aquella *determinación* del precio o del valor que ostenta algo, ya sea un objeto, un bien inmueble, o cualquier otro bien material plausible de ostentar un valor.

Siendo esto así, con la *tasación* los peritos determinan el valor de mercado del bien o bienes afectados y que serán rematados con posterioridad, el valor de mercado lo debemos entender como el valor comercial del bien, el mismo que servirá para determinar la base del futuro remate, por tanto, la importancia de la *tasación* radica en que establecerá el valor de mercado o comercial del bien o bienes que serán objeto de remate judicial.

Además hay que tener en consideración que en la etapa de ejecución forzada:



“El informe del perito consiste en una actuación procesal que no tiene la naturaleza propia de una prueba pericial judicial; no puede decirse que en este supuesto del perito tasador su finalidad sea la de auxiliar al juez para la apreciación de los hechos. No se está ante una actividad probatoria”. (MONTERO, 2004a: p. 1742).

## 5. CONCLUSIONES

- El inicio de la etapa de ejecución forzada de las prestaciones dinerarias se da con el nombramiento de los peritos para que tasan los bienes a rematarse, y en caso de no ser necesario, con la convocatoria a remate público.
- Para dar inicio a la etapa de ejecución forzada, ya sea con el nombramiento de los peritos o la convocatoria a remate, el auto que ordena llevar adelante la ejecución –sin importar si hubo o no contradicción (oposición)– debe quedar firme.
- La tasación importa para obtener el valor de mercado o comercial de los bienes que serán objeto de remate.
- El auto en el que el juez dispone que se realice la tasación del bien o bienes afectados y que serán rematados, señalará los nombres de los peritos designados, además debe contener el plazo para su aceptación, la fijación de los honorarios de los peritos, el plazo para que el ejecutante los consigne, el plazo para presentar el dictamen (tasación), el apercibimiento expreso de que ante el incumplimiento de la presentación del dictamen dentro del plazo otorgado se les subrogará y a su vez multará, y por último en el supuesto que sean bienes inmuebles los que se tasarán, el apercibimiento a los ejecutados y/o ocupantes del bien para que presten las facilidades de acceso al interior del bien a los peritos a fin de que puedan realizar una tasación teniendo a la vista todas las características del bien, bajo apercibimiento de que la tasación sea realizada solamente con información documental.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*. vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*. vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEJA; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Respecto a la denuncia de la tasación, debe señalarse que todo lo relativo a la tasación debe verificarse en la etapa de ejecución conforme a lo dispuesto por el artículo setecientos veintiocho y setecientos veintinueve del Código Procesal Civil; por tanto la denuncia debe desestimarse (*Cas. N° 3438-2012-Tumbes*).

La tasación resulta ser un requisito indispensable para la realización del remate, por cuanto señala de modo técnico el precio a partir del cual se procedería a realizar las posturas y protege los intereses tanto del deudor como del acreedor ejecutante. La tasación es un informe técnico que implica un compromiso con lo sostenido en él, por parte de los profesionales que lo elaboran. Por lo tanto, un documento que contiene una información referencial de mercado, no puede ser considerado como tasación, máxime si en este mismo documento se menciona que se “deberá practicar una valoración cuando se adjudique el bien y se permita su inspección” (*Exp. N° 1411-2002-Lima*).

El hecho de haber consignado en la tasación como propietarios a personas distintas a los recurrentes, no la perjudica, toda vez que es evidente que se trata de un error material, que los inmuebles a que se refieren las tasaciones presentadas se identifican plenamente con los bienes sobre los cuales los apelantes constituyeron la hipoteca materia de ejecución (*Exp. N° 41925-1337*).

No resulta procedente tasar un bien conyugal que no puede rematarse, en tanto no se determine el porcentaje de cada cónyuge, o en su caso, si al liquidar dichos bienes, le corresponda al ejecutado el inmueble materia de tasación. No se puede disponer el remate de un bien social, en tanto no haya fenecido la sociedad legal, pues ello significaría liquidar un bien conyugal por causa no contemplada en la ley (*Exp. N° 98-22910-33337*).

**Artículo 729 | Tasación convencional**

*No es necesaria la tasación si las partes han convenido el valor del bien o su valor especial para el caso de ejecución forzada. Sin embargo, el juez puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la tasación si considera que el valor convenido está desactualizado. Su decisión es inimpugnable.*

*Tampoco es necesaria la tasación cuando el bien afectado es dinero o tiene cotización en el mercado de valores o equivalente. En este último caso, el juez nombrará a un agente de bolsa o corredor de valores para que los venda.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.B.C. arts. 34, 528, 716, 728.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la posibilidad que el juez prescinda del nombramiento de peritos para que tasen el bien o los bienes que serán rematados, en el supuesto de que las partes hayan convenido su valor comercial o de mercado, o hayan convenido un valor especial para el caso de ejecución forzada, valor este último que pueda diferir del valor comercial o de mercado pero que por una cuestión de conveniencia las partes se pusieron de acuerdo en establecerlo; como, por ejemplo, en valorizar el bien más alto que su valor de mercado y el acreedor estuvo totalmente de acuerdo porque considera que con ello podrá cobrar –en caso de incumplimiento– el íntegro de su acreencia.

Entendemos que la regla sería que si existe valorización convencional no será necesaria la tasación a través de peritos, y como excepción a dicha regla, el juez estará facultado para ordenar una tasación de considerar que el valor convencional se encuentra desactualizado, ello puede ser de oficio o a solicitud de parte.

Conforme a ello:

“En la línea seguida por el legislador de dar preeminencia a la libre voluntad de las partes en el procedimiento de ejecución, razón por la cual, producido tal concurso de voluntades en relación a la valoración, y aun cuando este no alcance a la enajenación, se entiende prioritario dar efectividad al acuerdo sobre la valoración pericial, haciéndose innecesaria la determinación pericial del mismo, de ahí que pueda pasarse directamente al trámite de la subasta” (HOYA, 2007: p. 2990).

Los problemas de esta norma son que no señala hasta qué momento puede presentarse la valoración convencional y tampoco existe un criterio uniforme acerca de cómo poder determinar cuando el valor convencional se encuentra desactualizado, además la norma omite hacer mención a los terceros intervinientes a los cuales sí les puede causar perjuicio el valor convencional pactado por las partes y deberían estar facultados para poder solicitar al juez que ordene la tasación del bien o bienes que serán rematados, y que también han sido afectados por ellos –acreedores no ejecutantes–.

En las siguientes líneas trataremos de absolver estas dudas, además interpretaremos esta norma en el sentido más favorable al proceso de ejecución, debido a que en la práctica puede ser utilizada como mecanismo para entorpecer el normal desarrollo de la etapa de ejecución forzada.

## 2. VALORACIÓN PACTADA O CONVENCIONAL

La valoración pactada o convencional de los bienes que van a ser rematados en la etapa de ejecución forzada de las prestaciones dinerarias puede ser definida como aquel acuerdo –convenio– entre acreedor y deudor mediante el cual fijan el valor comercial o de mercado, o, valor especial en el supuesto de que el bien tenga que ser rematado o vendido (en este caso judicialmente).

Esta valoración convencional se distingue de la que es obtenida producto de una tasación ordenada por el juez, debido a que la misma es por acuerdo de las partes, es decir, no interviene un tercero o terceros con conocimientos especializados, y la misma no tiene parámetros técnicos para su establecimiento sino solamente la voluntad manifestada entre acreedor y deudor.

Ahora bien, en nuestro actual proceso de ejecución –denominado por el legislador como proceso único de ejecución– para el caso de las pretensiones ejecutivas de dar suma de dinero que se encuentran respaldadas por garantías extrajudiciales (hipoteca o garantía mobiliaria) sobre bienes, denominadas informalmente como demanda de ejecución de garantías, se establece como requisitos de procedencia –debe entenderse como de admisibilidad– que el ejecutante adjunte la tasación del bien (art. 720 del CPC) y además se señala que no será necesaria la presentación de la tasación si las partes han convenido el valor actualizado del bien.

Se podría interpretar entonces que en dicho supuesto –ejecución de garantías– en la presentación de la demanda se tiene que adjuntar el documento donde consta la valoración pactada o convencional del bien que será rematado en la etapa de ejecución forzada, pero la norma no hace referencia a que con posterioridad se pueda adjuntar dicho acuerdo o que se celebre ya instaurado el proceso de ejecución.

Aunado a ello, en los procesos con pretensiones ejecutivas de dar suma de dinero que se encuentren respaldadas por garantías judiciales (embargo) sobre bienes, –comúnmente denominadas como procesos de ejecución de obligación de dar suma de dinero–, allí no se exige adjuntar tasación o documento donde conste el valor convenido por las partes porque aquí el acreedor tuvo que recurrir al órgano jurisdiccional a fin de afectar los bienes del deudor y no como en el supuesto de obtener garantías extrajudiciales donde por convención se da la afectación de los bienes, empero, iniciado el proceso de ejecución cabe la posibilidad que las partes se pongan de acuerdo en cuanto al valor del bien para su posterior remate.

Casi de manera uniforme nuestros jueces aplican la norma objeto de comentario solo para el caso del mal denominado “proceso de ejecución de garantías” porque entienden que como es un requisito adjuntar a la demanda la tasación o el documento donde conste el acuerdo del valor actualizado del bien o bienes, solo en dicho supuesto el juez podrá decidir si dicha valoración pactada es actualizada o si, en su defecto, debe ordenar que se realice una tasación a través de los peritos que este designe.

Ello es un error y una clara restricción al derecho de las partes –la autonomía privada– a poder acordar el valor de los bienes que van a ser rematados.

En efecto, la norma objeto de comentario se encuentra dentro del capítulo sobre ejecución forzada, en el subcapítulo de remate, los bienes que pueden ser rematados son aquellos que el acreedor tiene afectados a su favor ya sea extrajudicial como judicialmente, por tanto, de existir alguna valoración pactada o convencional sobre el bien que se encuentra afectado a favor del acreedor –sin importar la naturaleza de la afectación– la misma deberá ser tomada en consideración por el juez y solo que sea considerada desactualizada podrá el juez ordenar la tasación a través de los peritos que designe a fin de que establezcan el valor de mercado o comercial actualizado del bien.

Además debe entenderse que el acuerdo sobre la valoración del bien puede ser anterior a la ejecución o lograrse incluso en ella, y no solo señalarse que la misma debe ser anterior y debe ser adjuntado el acuerdo en la demanda –como sucede en el “proceso de ejecución de garantías”–, dicha interpretación sería inconsistente porque dejaría sin contenido la norma que comentamos, además para que se pueda restringir un derecho debe existir norma que señale tal prohibición.

En España la mejor doctrina se ha pronunciado al respecto –teniendo como fundamento el artículo 637 de la LEC– señalando que “salvo que *ejecutante y ejecutado se hubieran puesto de acuerdo en el valor del bien embargado, antes o durante la ejecución, será necesario proceder el avalúo de los bienes que se han de realizar*” (énfasis nuestro) (MORENO, 2009: p. 283).

### 3. VALORACIÓN CONVENCIONAL DESACTUALIZADA

Es una postura adoptada uniformemente por nuestros magistrados que la valoración de un bien –sea convencional o realizada por personal especializado– que tenga una antigüedad mayor a dos años hace que la misma sea desactualizada.

Entendemos que el juzgador ha pretendido fijar un criterio objetivo acerca de tener claro a partir de qué momento considerar una valoración sobre un bien como desactualizada.

El problema de fijar un criterio objetivo como este sería, por ejemplo, en el caso de que el mercado inmobiliario cayera y el valor de los inmuebles baje intempestivamente, en dicho supuesto, el juez ordenará la tasación a fin de que sea realizada por peritos y determinen el valor de mercado o comercial del bien al momento en que este va a ser realizado judicialmente (rematado), es decir, los peritos determinarán un valor menor al valor convenido por las partes lo que evidentemente causará perjuicio a los mismos –en especial al ejecutado– que verán cómo se remata un bien que ellos consideran que vale X vendido en Y.

Lo que pretende el legislador al señalar que es viable la valoración de los bienes de forma convencional, pero en caso de que el juez la considere desactualizada ordenará se realice una tasación para determinar el valor comercial o de mercado actualizado no es más que una manifestación del juez como director del proceso y garante de los intereses del Estado porque garantiza que el proceso se lleve a cabo con total imparcialidad, idoneidad y proporcionalidad, e indirectamente protege los intereses de las partes a fin de que el bien que será rematado lo sea a un precio adecuado.

Para aplicar el criterio objetivo fijado por la jurisprudencia, esto es, que el valor del bien es desactualizado cuando el mismo data de una antigüedad mayor a dos años, el juez deberá tener en cuenta que la nueva valoración realizada por los peritos no cause perjuicio a las partes, como en el supuesto que lo valoricen en menor precio, ante ello el juez en beneficio del proceso y protegiendo los intereses de las partes, deberá convocar a remate tomando como valor comercial el que es producto de la valoración convencional y descartar el obtenido producto de la tasación de los peritos.

### 4. DE OFICIO, A PEDIDO DE PARTE Y ¿LOS TERCEROS?

La norma objeto de comentario señala que el juez de oficio o a pedido de parte puede ordenar se practique la tasación del bien o bienes que van a ser rematados, a fin de que se determine el valor comercial o de mercado actualizado de los mismos, y con ello se dejaría de lado la valoración convencional realizada por las partes.

Como ya hemos hecho mención, el juez, de considerar que la valoración convencional está desactualizada, ordenará la tasación de los bienes a fin de obtener su valor actualizado, para tomar esta decisión el juez deberá motivar por qué considera que dicha valoración es desactualizada, es decir, no solo señalará que la misma es de una antigüedad mayor a dos años, sino que tendrá que señalar las razones que justifican que no tome en consideración la valoración convencional, como por ejemplo en el caso que el bien a rematarse sea inmueble señalar que resulta ser un hecho notorio (hecho que no necesita probarse) que el mercado inmobiliario en los últimos años ha sufrido un auge de grandes dimensiones, por ende, a fin de tener el valor actualizado del bien inmueble y con ello obtener con el producto del remate una suma de dinero que sea proporcional al bien objeto de remate se ordenará la tasación actualizada del bien.

Esta motivación es de suma importancia, máxime si la resolución (auto) que ordena esta tasación es inimpugnable.

Ahora bien, en el supuesto de que sea alguna de las partes la que solicite se realice una tasación, las mismas tendrán que sustentar su pedido adecuadamente, como por ejemplo adjuntando una tasación actualizada de parte donde se demuestre que el valor convenido está muy por debajo del valor actual del bien. En caso contrario, dicho pedido deberá ser desestimado por el juez en aplicación de la regla contenida en el artículo 200 del CPC, además, dicha tasación presentada de parte deberá ser puesta a conocimiento de la otra, y esta podrá allanarse a dicha tasación y así se podría evitar que el juez tenga que nombrar peritos, esta sería una forma de una valoración convencional dentro del proceso de ejecución, la misma que es perfectamente aplicable y debería ser utilizada por los jueces a fin de obtener una tutela ejecutiva rápida y respetando el derecho de las partes.

Por último, la norma objeto de comentario solo señala que el juez de oficio podrá ordenar la tasación de los bienes o alguna de las partes podrá solicitarlo en caso consideren que la valoración convencional se encuentra desactualizada, pero omite señalar si los terceros interesados también pueden solicitar al juez ello, de considerar que la valoración convencional está desactualizada y evidentemente les puede causar perjuicios.

En efecto, puede existir un tercero con legítimo interés como el caso del propietario que adquiere el bien con las afectaciones, pero considera que el valor convencional señalado por ejecutante y ejecutado es ínfimo al valor actual del bien, en dicho supuesto dicho tercero –ya apersonado como tal al proceso– tiene plena justificación e interés en solicitar al juez que se realice una tasación del bien porque, de lo contrario, dicho bien será rematado por un valor por debajo del normal, lo que no se condice con la finalidad del remate judicial.

Otro ejemplo donde un tercero tendría interés en solicitar al juez que se realice la tasación del bien a fin de obtener su valor actualizado sería en el caso de los acreedores no ejecutantes –ya apersonados como tales en el proceso–, en el supuesto de que tengan derecho inscrito sobre el bien posterior al derecho del ejecutante, querrán que el bien sea rematado tomando como referencia su valor actual a fin de que ellos puedan cobrar también su acreencia.

Siendo esto así, uno de los límites que tendrá que considerar el juez en el supuesto de la valoración convencional será el posible perjuicio a los terceros, por tanto, ellos sí estarán legitimados para poder solicitar al juez que ordene la tasación en caso de considerar que el valor pactado los perjudica (por debajo del valor actual del bien) o es desactualizado.

Por ello se dice que:

“(…) si la valoración convencional del bien puede realizarse entre ejecutante y ejecutado con claro perjuicio para terceros (v.gr. fijación de un precio adecuado con el que a la postre se permita cobrar solo al ejecutante y que impida la satisfacción de otros acreedores), situación perfectamente posible en la práctica (...), actuando también aquí el perjuicio del tercero como límite a la autonomía de la voluntad y debiendo recabarse previamente la conformidad de los sujetos, distintos del ejecutante o ejecutado, a quienes aquella valoración afectare” (MONTERO, 2004: p. 1733).

## 5. AFECTACIÓN DE BIENES NO PASIBLES DE TASACIÓN

En la norma objeto de estudio además se señala que no será necesaria la tasación en el supuesto que los bienes afectados sean dinero, tengan cotización en el mercado de valores o equivalente.

Esto resulta obvio porque en caso el bien afectado sea dinero, el mismo en la etapa de ejecución forzada deberá ser entregado al acreedor ejecutante directamente y en caso de que el dinero afectado sea en moneda distinta a la ordenada a pagar, pues la misma se convertirá a dicha moneda.

Y en el caso de que los bienes afectados sean cotizables en el mercado de valores o su equivalente, el juez nombrará a un agente de bolsa –denominado actualmente como Sociedad Agente de Bolsa según la Ley del Mercado de Valores– para que los venda. Esta Sociedad Agente de Bolsa deberá ceñirse a los parámetros establecidos en la ley de la materia para realizar la venta ordenada por el juez.



## 6. CONCLUSIONES

- La regla es que en caso de existir valoración convencional sobre el bien o bienes que serán rematados judicialmente, esta deberá ser aprobada por el juez prescindiéndose de la valoración por peritos, y la excepción a dicha regla la constituye que dicha valoración convencional se encuentre desactualizada, en dicho supuesto el juez se encontrará facultado para ordenar la tasación del bien a través de peritos.
- El acuerdo sobre la valoración del bien (valoración convencional) puede ser anterior a la ejecución o lograrse incluso en ella.
- En caso de que el juez considere –de oficio– que la valoración convencional es desactualizada deberá motivar por qué considera ello.
- Cuando sean las partes quienes solicitan al juez que ordene la tasación del bien por considerar que la valoración convencional está desactualizada tendrán que sustentar su pedido adecuadamente, como por ejemplo adjuntando una tasación actualizada de parte donde se demuestre que el valor convenido está muy por debajo del valor actual del bien.
- Los terceros ya apersonados al proceso de ejecución también están legitimados para poder solicitar al juez que ordene la tasación del bien a rematarse, siendo requisito que acrediten que tal valoración convencional los perjudica.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol. 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*. vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 730 | Observación y aprobación**

*La tasación será puesta en conocimiento de los interesados por tres días, plazo en el que pueden formular observaciones. Vencido el plazo, el juez aprueba o desaprueba la tasación. Si la desaprueba, ordenará se realice nuevamente, optando entre los mismos peritos u otros.*

*El auto que desaprueba la tasación es inimpugnable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 528, 716, 728.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el trámite que debe seguirse luego de que los peritos emiten su tasación y se la presentan al juez, es decir, la forma como debe ser aprobada la tasación emitida por los peritos designados por el juez, siendo que la misma debe ser puesta en conocimiento de los interesados previo a su aprobación o desaprobación.

Entendemos por *interesados a las partes –ejecutante y ejecutado– y terceros intervinientes que ya estén apersonados al proceso de ejecución*, como pueden ser los terceros con legítimos intereses o lo acreedores no ejecutantes.

Con esta norma el legislador pretende a través del juez:

“(...) Velar por la imparcialidad del tasador, pues de ese modo se defienden los intereses tanto del deudor como del ejecutante, evitando valoraciones excesivas (como querría el deudor para obtener el mayor producto posible de su bien subastado –o incluso para evitar así la enajenación–), porque de ese modo se llegaría a impedir la concurrencia de los interesados en adquirirlo. Pero también debe evitarse una tasación por debajo de su valor de mercado (como pretendería el acreedor para tener la certeza de su efectiva realización –cuando no otros fines jurídicamente impropetables–), porque el ordenamiento no puede amparar desde el principio un malbaratamiento de los bienes, por más que el interés del acreedor sea el más digno de protección” (MORENO, 2009: p. 284).

En efecto, a través de esta norma se posibilita a los interesados a que puedan cuestionar el dictamen (tasación) que emiten los peritos porque consideran que el mismo tiene diversos errores que imposibilitan su aprobación por parte del juez.

A continuación analizaremos qué implica la observación a la tasación –cuestión que no es desarrollado por el legislador– y qué implicancias puede tener en la apreciación del juez, a efectos de aprobar o desaprobar la tasación; además, consideramos que a pesar de no existir observación alguna por los interesados, el juez debe actuar de oficio y si considera que la misma (tasación) tiene defectos insubsanables debe proceder a desaprobarla.

## 2. LA OBSERVACIÓN A LA TASACIÓN

Conforme lo señala el dispositivo legal objeto de estudio, el plazo que tienen los interesados para observar la tasación que ha sido emitida por los peritos designados por el juez es de tres días, contados desde el día siguiente hábil de notificada la resolución que pone a conocimiento la tasación. Entendemos que a dicha cédula de notificación deberá adjuntarse copia de la resolución judicial y como anexo copia íntegra de la tasación, de lo contrario, el plazo no podría contabilizarse.

Transcurrido dicho plazo, ya no podrá formularse observación alguna contra la tasación, por ende precluye la posibilidad de cuestionarla y en el supuesto que alguno de los interesados la observe extemporáneamente, el juez deberá declarar inadmisión de plano dicha observación.

Ahora bien, la observación a la tasación podría definirse como aquel cuestionamiento que tiene por finalidad hacer ver en el juez los errores formales y sustanciales que pueden haber cometido los peritos al elaborar su tasación.

En este orden de ideas, tenemos que los errores formales pueden consistir en errores materiales como, por ejemplo, que en la tasación se consignó mal la dirección del inmueble que ha sido objeto de la valoración, o describirlo erróneamente (inclusive su detalle registral), etc.

Mientras que los errores sustanciales serían aquellos que repercuten directamente en la valoración del bien como, por ejemplo, el no tener a la vista el vehículo automotor que se tenía que tasar desconociendo si dicho bien funciona o no, no ingresar al bien inmueble a fin de evaluar su interior –salvo en el caso en que los ocupantes y/o ejecutados no le permitan el ingreso a los peritos–.

Inclusive podría darse el caso de que los peritos hayan tasado un bien distinto al encomendado, lo que evidentemente debe ser observado por los interesados a fin de que se desapruuebe dicha tasación.

En la práctica quien –por lo general– observa la tasación es el ejecutado señalando básicamente que los peritos han valorado el bien por debajo de su valor comercial actual, en el caso de los inmuebles alegan que al no haber los peritos

podido ingresar al bien no pueden emitir una tasación fidedigna ya que no conocen su interior, cómo son sus acabados, qué accesorios tiene, etc., en el caso de bienes muebles se señala que para la tasación no se ha tenido a la vista el bien y con ello no podrían valorarlo adecuadamente.

En el primer supuesto, esto es, en el caso de los inmuebles, si en el auto que nombra los peritos además se les ha requerido a los ejecutados y ocupantes del inmueble que otorguen las facilidades a los peritos para su ingreso al bien, y estos haciendo caso omiso al juez no permiten el ingreso, dicha conducta no puede ser luego usada como fundamento para observar la tasación, por tanto, en dicho supuesto deberá ser declarada improcedente la observación y aprobarse la valoración contenida en la tasación.

En el otro supuesto, queda claro que para que los peritos puedan valorar un bien mueble tienen que tenerlo a la vista y comprobar su estado de conservación, si funciona o no. Siendo esto así, el bien debe estar en posesión del ejecutante o un tercero (depositario) y no en posesión del ejecutado, para lo cual debió haberse solicitado el secuestro conservativo del bien y una vez estando el bien mueble en posesión del ejecutante o tercero (depositario) los peritos podrán realizar la tasación, si los peritos no tuviesen a la vista el bien mueble y así emiten su tasación la misma debería desaprobarse porque su valoración carece de sustento técnico.

Aunado a lo expuesto, creemos que en el supuesto que alguno de los interesados observe la tasación alegando que el valor adoptado por los peritos sobre el bien resulta ser diminuto, deberían adjuntar una tasación de parte, caso contrario la observación deberá ser declarada inadmisibles de plano.

En este supuesto y siendo que los interesados que observan la tasación si presentaron su tasación de parte, la misma deberá ser puesta en conocimiento de los demás interesados incluidos los peritos a fin de efectivizar el principio del contradictorio que impera en todo proceso jurisdiccional incluido el proceso de ejecución civil.

Los interesados podrán allanarse a dicha tasación de parte o cuestionarla y absuelto o no dicha tasación de parte, el juez deberá resolver si aprueba la tasación emitida por los peritos designados por este, aprueba la tasación presentada por alguno de los interesados y desaprueba la tasación emitida por los peritos, o, desaprueba la tasación emitida por los peritos y la presentada por alguno de los interesados y dispone se realice una nueva tasación con los mismos peritos u otros que él designe, teniendo en consideración que deberán corregir los errores que produjeron la desaprobación anterior.

Esto quiere decir que el juez deberá evaluar que la tasación no cause perjuicio a las partes, de lo contrario deberá desaprobarla. Así, por ejemplo, si tenemos

que el ejecutado observa la tasación emitida por los peritos, señalando que han valorado el bien muy por debajo de su valor comercial actual y para ello adjunta una tasación de parte, en la cual se valora el bien en mayor precio, esta tasación será puesta a conocimiento del ejecutante como de los peritos; si el ejecutante se allana a dicha tasación y considera que con ello lo que se busca será darle mayor valor al bien lo que originará que sea rematado en un mayor precio, dicho acto no causa perjuicio a ninguna de las partes; por el contrario, es una aceptación a la tasación de parte presentada por la ejecutada y debería considerarse como una valoración convencional. Aquí el juez deberá desaprobado la tasación emitida por los peritos y aprobar la tasación de parte (del ejecutado) aceptada por el ejecutante –valoración convencional dentro del proceso de ejecución–.

Como podemos apreciar, existen diferentes situaciones que se pueden dar en la práctica respecto de las observaciones a las tasaciones emitidas por los peritos, pero es el juez que deberá analizar caso por caso que se efectivice el principio del contradictorio y se respeten los derechos de las partes y terceros, si ello sucede deberá dejar de lado las formalidades en aras de un proceso civil de resultados.

### 3. DESAPROBACIÓN DE OFICIO DE LA TASACIÓN

Hemos señalado que los peritos al emitir su tasación pueden incurrir en errores formales como sustanciales, los errores formales no acarrearán vicio en cuanto a la finalidad del acto (valorar el bien a rematarse), pero los errores sustanciales sí, y ello no puede permitirse pese a que los interesados no hayan formulado observación alguna.

Por ejemplo, si –como dijimos anteriormente– los peritos tasan un bien que no es el que se les ordenó tasar, pese a que no exista observación contra la tasación el juez de oficio deberá desaprobado la tasación, o en el supuesto de que los peritos no tuvieron a la vista el bien mueble o no ingresaron al inmueble por desidia, en dichos supuestos y pese a que las partes no observan la tasación el juez procederá a desaprobado la.

Siendo así, de la propia norma objeto de comentario se infiere que el juez transcurrido el plazo para observar la tasación, habiéndose observado o no, procederá a aprobar o desaprobado la, por tanto, puede incluso de oficio desaprobado la tasación.

### 4. CONCLUSIONES

- La observación a la tasación es aquel cuestionamiento que tiene por finalidad hacer ver en el juez los errores formales y sustanciales que pueden haber cometido los peritos al elaborar su tasación.

- Los errores formales en la tasación no ameritan su desaprobación, mientras que los errores sustanciales sí.
- Aunque no existiere observación contra la tasación por alguno de los interesados dentro del término de ley, el juez puede de oficio desaprobala si considera que la misma tiene errores sustanciales que han ocasionado que la valoración del bien a rematarse este mal realizada.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La tasación resulta ser un requisito indispensable para la realización del remate, por cuanto señala de modo técnico el precio a partir del cual se procedería a realizar las posturas y protege los intereses tanto del deudor como del acreedor ejecutante. La tasación es un informe técnico que implica un compromiso con lo sostenido en él, por parte de los profesionales que lo elaboran. Por lo tanto, un documento que contiene una información referencial de mercado, no puede ser considerado como tasación, máxime si en este mismo documento se menciona que se “deberá practicar una valoración cuando se adjudique el bien y se permita su inspección (Exp. N° 1411-2002-Lima).

**Artículo 731****Convocatoria**

*Aprobada la tasación o siendo innecesaria esta, el juez convocará a remate. El remate o la subasta de bienes muebles e inmuebles se efectúan por medio del Remate Judicial Electrónico (REM@JU) si no existe oposición de ninguna de las partes o de terceros legitimados de ser el caso, conforme con la ley especial sobre la materia. En los demás casos, el remate público es realizado por martillero público hábil.*

*Excepcionalmente y a falta de martillero público hábil en la localidad donde se convoque la subasta, el juez puede efectuar la subasta de inmueble o mueble fijando el lugar de su realización. Si el bien mueble se encontrara fuera de su competencia territorial, puede comisionar al del lugar para tal efecto. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 7, 151, 176, 372, 528, 716, 728, 729, 730, 733, 734, 739 inc. 3;  
L.G.S. art. 292; LEY 27728 art. 1 y ss.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario nos hace referencia a la resolución –auto– que deberá emitir el juez luego de que se haya aprobado la tasación o la misma resulte ser innecesaria.

Aquí se determina el contenido de la convocatoria en la que se deberá nombrar al martillero público que se encargará de la venta de los bienes afectados a favor del ejecutante, además este martillero público deberá estar hábil para tal efecto.

Hacemos la precisión que no nos referimos al remate electrónico debido a que aún falta implementarse, y en la actualidad no es usada dicha modalidad del remate judicial, por ende, carece de sentido que nos pronunciemos por un tema que no es de aplicación práctica.

Como veremos más adelante, esta norma en muchas ocasiones no es aplicada en su totalidad por los jueces y ello podría ocasionar que la ejecución forzada se dilate innecesariamente.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30229 del 12/07/2014.

Además debemos analizar las repercusiones que tiene la convocatoria a remate dentro de la etapa de ejecución forzada de las prestaciones dinerarias.

A continuación desarrollaremos su análisis y la forma como –creemos– debe ser aplicada por los jueces, en aras de un proceso de ejecución rápido y efectivo.

## **2. ¿LA CONVOCATORIA A REMATE INICIA LA EJECUCIÓN FORZADA?**

Para la profesora LEDESMA el inicio de la ejecución forzada se da con la convocatoria a remate de los bienes afectados a favor del ejecutante, al respecto señala que:

“(…) el ingreso a la ejecución forzada presupone la ejecución del apercibimiento decretado en el mandato de ejecución (...) esta etapa comprende el remate y la adjudicación (...). *Dicha ejecución se inicia con la convocatoria del acto de remate* y concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o la adjudicación del bien, o si antes el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses puesto a cobro, si fuere el caso” (LEDESMA, 2008: pp. 562-563 - énfasis nuestro).

En nuestra opinión puede ser que la ejecución forzada de –prestaciones dinerarias– comience con la convocatoria a remate, pero ello no sucede en todos los casos.

En efecto, si tenemos en cuenta que la ejecución forzada se lleva a cabo a través de actos ejecutivos que lo que hacen es llevar adelante la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional a fin de que al ejecutante se le pague con el producto de la venta de los bienes del ejecutado o terceros, aun en contra de la voluntad de estos, *dicha actividad comprende entonces desde el primer acto de ejecución que se realiza y esto puede ser con la resolución que nombra los peritos para que tasen el bien a realizarse (art. 728 del CPC), o en todo caso, si la misma (tasación) no es necesaria porque ya el valor del bien ha sido pactado –convenido por las partes y es actualizado– con la primera convocatoria a remate, conclusión a la que se llega realizando una interpretación sistemática de las normas sobre la ejecución forzada de nuestra ley procesal.*

## **3. LA CONVOCATORIA A REMATE DEBE NOTIFICARSE TAMBIÉN A LOS TERCEROS**

En la práctica se da en muchas ocasiones que los jueces solo notifican con la resolución que convoca a remate a las partes del proceso, es decir, solo al ejecutante y ejecutado, y de ser el caso que exista algún tercero ya apersonado al proceso de ejecución también se le notifica este acto procesal.



Ahora bien, ¿qué pasa con aquellos terceros que tienen afectado el bien o bienes sobre los cuales versa la convocatoria a remate, como por ejemplo aquellos acreedores no ejecutantes que mantienen garantías judiciales (embargos) o extrajudiciales (garantías reales)? Pues obviamente el juez debe ordenar también que se les notifique la convocatoria a fin de que puedan intervenir en el proceso y salvaguardar sus derechos, además en caso de existir un nuevo propietario registral del bien, también deberá ser notificado con la convocatoria, así como también los ocupantes del bien (en caso sea inmueble) ya que una de las consecuencias del remate de inmuebles será que los ocupantes deberán entregar el bien en el plazo señalado por ley o serán lanzados (art. 739, inc. 3 del CPC).

Esto es importante no solo porque resulta ser una carga para el ejecutante solicitar que dicha convocatoria a remate sea notificada a los terceros que hemos mencionado (acreedores no ejecutantes, nuevos propietarios y ocupantes del bien en caso de ser inmuebles), sino porque también es un deber del juez el verificar que sean realizadas estas notificaciones pese a que el ejecutante no lo solicite, bajo la premisa que el juez es el garante de la protección de los derechos no solo de las partes, sino también de aquellos terceros que pueden verse afectados con sus decisiones.

Bajo esta línea de ideas, tanto el ejecutante como el juez estarán en la posibilidad de poder verificar la existencia de terceros que podrían ser afectados con la realización del bien o bienes a ser rematados, como por ejemplo en el supuesto de que se trate de bienes inscritos—inmuebles o muebles—, allí para que el juez pueda convocar a remate tendrá el ejecutante que anexar a su pedido la copia literal o certificado de gravamen del bien (en el caso de bienes inmuebles puede adjuntar el certificado registral inmobiliario que tiene una información completa sobre el bien, más detallada incluso que la copia literal), además del arancel judicial por concepto de solicitud de remate—el cual depende de la cuantía de lo pretendido pero que en verdad resulta ser elevado—.

Si esto es así, tanto el ejecutante como el juez están en plena posibilidad de conocer la existencia de estos terceros que pueden verse afectados con la ejecución forzada con la revisión de la documentación registral que hemos mencionado, por ende, tienen la carga (ejecutante) y deber (juez) de notificarlos con la convocatoria a remate.

La omisión de estas notificaciones podría acarrear la nulidad de los consiguientes actos procesales si se vulneran con ello derechos de terceros, o en su defecto, podría tornar en inviable la posibilidad de lanzamiento de los ocupantes del bien—en caso de ser inmueble— por parte del adjudicatario al no haber estos tenido conocimiento del proceso de ejecución.

Como habíamos hecho mención en otra ocasión:

“(…) No debe sancionarse con la nulidad de lo actuado en el proceso de ejecución si es que no se le notifica a los acreedores no ejecutantes con el mandato ejecutivo, dado que existe la oportunidad de notificárseles con las resoluciones que abarcan a la etapa de ejecución forzada, que puede ser desde el nombramiento de peritos para que tasen el bien a realizarse o desde la primera convocatoria a remate hasta producido el pago, ello con la finalidad que el acreedor no ejecutante tenga conocimiento de todos los actos procesales que se vienen realizando respecto del bien sobre el cual tiene derecho inscrito” (SEVILLA, 2014: p. 260).

Esta postura es perfectamente aplicable también al caso de los otros terceros distintos al acreedor no ejecutante como, por ejemplo, el nuevo propietario registral o los ocupantes del bien –inmueble– que nada tienen que discutir en el proceso de ejecución sobre la deuda, pero sí deberán tener pleno conocimiento de los actos procesales realizados en la etapa de ejecución forzada.

#### 4. EL NOMBRAMIENTO DEL MARTILLERO ¿HÁBIL?

La norma bajo análisis señala que en la convocatoria a remate el juez nombrará al martillero público en orden y número correlativo del Registro de Martilleros Judiciales de cada Corte, es decir, el martillero público designado o nombrado por el juez será escogido en virtud del alea (suerte) y no a dedo.

Ahora bien, puede que dicho martillero público se encuentre inhábil, ante tal suceso el juez deberá subrogarlo y nombrar uno nuevo, ello debido a que conforme también lo señala la norma, el martillero público que lleve a cabo la subasta de los bienes deberá ser un martillero hábil.

Incluso, el incumplimiento de este requisito –martillero hábil– para llevar a cabo el remate ha sido considerado como una violación del derecho al debido proceso, y como tal ha sido sancionado con nulidad por nuestro Tribunal Constitucional en un proceso de amparo (STC Exp. N° 05258-2011-PA/TC).

Por tanto, para el Tribunal Constitucional la habilidad del martillero público bajo estas premisas resultaría ser un requisito de orden público y que no admite convalidación (expresa o tácita).

En nuestra opinión ello no es así, porque si alguna de las partes o terceros apersonados al proceso conocen la inhabilidad del martillero público deben cuestionarla hasta antes que se lleva a cabo el remate, salvo que tomen conocimiento de dicha inhabilidad con posterioridad.

Es decir, este cuestionamiento deberá ser realizado en la primera oportunidad que se tenga dentro del proceso de ejecución (art. 176 del CPC), además en el caso de que ya se haya llevado el remate, y se pida la nulidad del mismo por este motivo, el juez deberá analizar si con el incumplimiento de este requisito el acto procesal –remate– no cumple su finalidad, es decir, para que se declare la nulidad del remate porque el martillero que lo llevó a cabo estaba inhábil para realizar esa función, se deberá analizar la trascendencia y el perjuicio que se les causa a las partes, de no existir ninguno de estos presupuestos para la declaración de nulidad, el juez deberá rechazar dicho pedido y dar por convalidado el remate atendiendo a que se cumplió con su finalidad que es vender el bien al postor que ofrece más por él (bien).

Siendo esto así, no coincidimos con lo resuelto por el Tribunal Constitucional ya que la sola falta de alguna formalidad no acarrea la nulidad de los actos procesales, sino que debe acreditarse la trascendencia y el perjuicio causado a las partes o terceros, máxime si el acto procesal cumple su finalidad, situación esta que no es analizada por el máximo intérprete de la Constitución.

## 5. FACULTADES OTORGADAS AL MARTILLERO PÚBLICO

El juez además de nombrar al martillero público, lo faculta –en la misma resolución– a fin de que fije lugar, día y hora del remate.

Es decir, en el auto de convocatoria a remate se nombra al martillero y se le faculta a señalar lugar, día y hora del remate, esto es importante porque en la práctica hay jueces que solo nombran al martillero público y le otorgan un plazo para que acepten el cargo, una vez que se apersonan al proceso y aceptan el cargo los jueces emiten una resolución autorizándolos a fijar el lugar, día y hora del remate, esto evidentemente transgrede los principios de legalidad –porque atenta contra el texto de la norma–, concentración, economía y celeridad procesal.

En consecuencia, siempre al emitirse el auto que convoca a remate el juez deberá nombrar al martillero público y facultarlo para que pueda señalar el lugar, día y hora de remate.

Además debe tenerse en consideración que el martillero tendrá que programar el día y la fecha del remate tomando en consideración la ubicación del bien (inmueble o mueble) y los actos que habrá que realizar para publicitar el remate (art. 733 del CPC).

En caso de bienes inmuebles el martillero público llevará a cabo el remate en un lugar habilitado dentro del establecimiento donde se encuentra el juzgado, por ejemplo en la sede de los juzgados civiles subespecialidad en lo comercial de

Lima se habilitó una sala de remates que sirve para la realización de las subastas de bienes inmuebles que estén dentro del distrito judicial de Lima, mientras que para los efectos del remate de bienes muebles, la subasta se llevará en el lugar donde se encuentran los mismos.

La pregunta que podemos hacernos es ¿qué sucede si el bien mueble se encuentra ubicado fuera de la competencia territorial del juez que convoca a remate? Dicho remate ¿será válido?

Entendemos que el martillero público sí podrá realizar válidamente el remate de los bienes muebles pese a que estos se encuentren en un lugar fuera de la competencia del juez que convoca a remate, ello porque los martilleros públicos sí tienen competencia a nivel nacional, mientras que los jueces no.

En concordancia con ello, la norma hace la distinción en el caso de que sea el juez quien realice el remate de los bienes (inmuebles o muebles) si es que no hay martillero público hábil en la localidad donde se ha realizado la convocatoria del remate, en dicho caso el juez podrá efectuar la subasta fijando el lugar de su realización (puede ser en el juzgado o en el lugar donde se encuentre el bien), pero si el bien mueble se encuentra fuera de su competencia territorial tendrá que librar exhorto a fin de comisionar al juez de dicho lugar para que realice el remate, se entiende que también sucedería lo mismo en el supuesto que los bienes a rematarse sean inmuebles.

## **6. CONTENIDO ADICIONAL DE LA CONVOCATORIA Y SU IMPUGNACIÓN**

Aunque la norma no lo señale, en el auto de convocatoria a remate el juez también deberá consignar la descripción y características del bien o bienes a rematarse (por ejemplo la dirección y la partida electrónica donde están inscritos), además de su valor de tasación o convencional y el precio base del remate.

Algunos consideran que también deben detallarse las afectaciones del bien, en nuestra opinión ello deberá realizarse únicamente en los avisos (art. 734 del CPC) que serán publicados y que efectivizarán la publicidad del remate, máxime si los avisos son elaborados por el martillero con posterioridad a la emisión del auto de convocatoria y en ese lapso de tiempo el bien puede tener más afectaciones.

Además el auto de convocatoria a remate puede ser impugnado, y contra él puede interponerse el recurso de apelación, la misma que de concederse tendrá la calidad de apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida (art. 372 del CPC).

## 7. CONCLUSIONES

- La convocatoria a remate puede dar inicio a la ejecución forzada solo en el supuesto de que exista valoración convencional actualizada de los bienes a rematarse, es decir, cuando se prescinda del nombramiento de peritos para tal valoración.
- La inhabilidad del martillero público que lleva a cabo el remate debe ser cuestionada en la primera oportunidad que se tiene para hacerlo y el pedido de nulidad del remate por esta causal deberá ser analizado por el juez teniendo en consideración la trascendencia y perjuicio que se causa a los interesados (partes y terceros apersonados al proceso), además de analizar si el acto procesal –remate– cumplió su finalidad.
- El auto que convoca a remate debe contener siempre: i) el nombramiento o designación del martillero público que realizará el remate, ii) la orden del juez facultando al martillero designado a señalar lugar, día y hora del remate, iii) la descripción y características del bien o bienes a rematarse (por ejemplo la dirección y la partida electrónica donde están inscritos), y; iv) el valor de tasación o convencional y el precio base de los bienes que serán rematados. El detalle de las afectaciones es requisito optativo, siendo este necesario para el aviso del remate.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordon Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley.

**Artículo 732**

**Retribución del martillero**

*El juez fijará los honorarios del martillero público de acuerdo al arancel establecido en el reglamento de la Ley del Martillero Público. En el caso de subastarse el bien, serán de cargo del comprador del bien.*

*Sin perjuicio de lo expuesto, el juez puede regular sus alcances atendiendo a su participación y/ o intervención en el remate del bien y demás incidencias de la ejecución, conforme al Título XV de este Código. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 34, 528, 716; LEY 27728 art. 1 y ss.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la forma como deben fijarse los honorarios del martillero público dentro del proceso de ejecución.

Como sabemos el martillero público es aquel órgano de auxilio judicial que se encargará de rematar (vender) judicialmente los bienes afectados –judicial como extrajudicialmente– a favor del ejecutante con el fin de que con el producto de dicho remate pueda ver satisfecha su pretensión ejecutiva que será siempre el cobro de una suma de dinero que se le adeuda.

Algunos pueden interpretar la norma afirmando que la regla es que el juez fijará los honorarios del martillero público tomando en consideración el arancel establecido en el Reglamento de la Ley del Martillero Público, pero dicha interpretación es errónea y no guarda relación con la función del martillero dentro del proceso de ejecución.

Como analizaremos –más adelante– el propósito de esta norma está en –efectivamente– retribuir al martillero por su labor como órgano de auxilio judicial, pero será el juez quien determine sus honorarios.

**2. EL ARANCEL DEL REGLAMENTO DE LA LEY DEL MARTILLERO PÚBLICO**

El artículo 18 del Reglamento de la Ley del Martillero Público, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2005-JUS (24/07/2005), establece el arancel a tomar en

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

consideración para determinar o fijar los honorarios de los martilleros, la misma establece que los honorarios del martillero público se determinarán de acuerdo al siguiente arancel:

“El 5 % más IGV, sobre el primer precio por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 25 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso.

El 3 % más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 25 UIT por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 50 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso.

El 2 % más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 50 UIT por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 100 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso.

El 0.5 % más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 100 UIT por el que se adjudicó el bien; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso.

El martillero público cobrará el Impuesto General a las Ventas solo en caso que corresponda de acuerdo a las normas tributarias.

En los remates judiciales, el juez fijará los honorarios en concordancia con el arancel antes consignado; en los remates administrativos, y privados o particulares se aplicará dicho arancel, solo cuando no se haya pactado previamente los honorarios entre el martillero público y la persona o entidad que solicitó su servicio”.

En resumidas cuentas, este arancel tiene como base para la determinación de los honorarios del martillero público, el valor de adjudicación del bien o bienes que este remata.

Es decir, contrario a la razón de que a cada persona se le retribuye en concordancia con la labor que presta, este reglamento utiliza un criterio evidentemente errado y desproporcional, provocando con ello que los martilleros públicos perciban honorarios exorbitantes que dependen no de su labor realizada, sino de factores externos como lo es el valor que consideran los postores que cuesta el bien o bienes objeto de remate y que pagan por ellos.

Debemos recordar que dicha norma reglamentaria data del año 2005, y la norma objeto de comentario de junio de 2008, por tanto, a los procesos de ejecución iniciados con anterioridad a junio de 2008 les será aplicable dicho reglamento, mientras que los procesos de ejecución iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma que se estudia, será de aplicación esta.

Además, en el caso que se tenga que aplicar la norma reglamentaria al ser un proceso de ejecución anterior a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1069, el juez a fin de determinar adecuadamente los honorarios del martillero público podrá aplicar control difuso e inaplicar este reglamento porque atenta contra lo que se desprende de la Constitución.

En efecto, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado señala que todo trabajador tiene derecho a una remuneración *equitativa y suficiente*, esto quiere decir que quien realiza una labor o prestación de servicios tiene derecho a ser remunerado, y dicha remuneración debe ser equitativa –proporcional– con la labor que se presta o realiza, cualquier otra interpretación del texto constitucional en sentido distinto sería contraria a los valores y principios constitucionales y podría ser un argumento para permitir el abuso del derecho, situación que está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico ya que atenta contra el principio de interdicción a la arbitrariedad.

Esta interpretación debe llevar a no admitir casos en los que el trabajador pretenda una remuneración que sobrepase la línea de la proporcionalidad con el trabajo realizado y que, como correlato de ello, lo ponga en una situación de desigualdad con otros que realizan labores similares o mayores y que sin embargo, son retribuidos en menor forma; por tanto, el artículo 18 del Reglamento de la Ley del Martillero Público constituye una norma que atenta contra el principio de igualdad de trato entre los ciudadanos trabajadores.

Aunado a ello, debe tenerse también en consideración que la labor del martillero público dentro del proceso de ejecución no requiere de la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, como sí les son exigidos por ejemplo, a los peritos quienes no obstante ejercer una labor con mayor desgaste intelectual e inclusive, en ciertos casos, con mayor esfuerzo físico y asumiendo algún riesgo físico (por ejemplo cuando realizan las inspecciones en los inmuebles objetos de pericias), no alcanzan el pago de honorarios profesionales que solicitan los martilleros públicos, amparados en una norma reglamentaria que como se viene explicando, contraviene el principio constitucional de la remuneración equitativa.

Para culminar esta idea y dejar sentada la posición de que el artículo 18 del Reglamento de Ley del Martillero Público es inconstitucional y debe inaplicarse en todos los casos –además del judicial–, se debe tener en consideración que estamos justamente en presencia de un proceso judicial donde los órganos de auxilio judicial no pueden pretender recibir honorarios como si se tratara de una actividad privada, ello acorde con el principio de gratuidad en el servicio de justicia.



### 3. LA RETRIBUCIÓN DEL MARTILLERO FIJADA POR EL JUEZ

Conforme a lo explicado anteriormente, el artículo 18 del Reglamento de la Ley del Martillero Público resulta a todas luces contrario a la Constitución y en virtud de ello, el legislador ordinario optó por facultar a los jueces para que ellos sean los que regulen o fijen los honorarios de los martilleros públicos en caso de que el adjudicatario (comprador) no haya pactado dichos honorarios con el martillero.

Hasta somos de la opinión que si el adjudicatario ya acordó con el martillero sus honorarios, pero aún no han sido pagados los mismos, tiene abierta la posibilidad de solicitar al juez la fijación de los mismos.

Por tanto, la norma objeto de comentario en consonancia con los valores y principios que emanan de la Constitución y en aras de retribuir al órgano de auxilio judicial encargado de llevar a cabo los remates judiciales, permite al juez fijar sus honorarios teniendo en consideración para tal efecto la labor que realizan en la etapa de ejecución forzada.

Por ello, resulta *irrazonable* que la labor del martillero —la cual es apoyar a la administración de justicia (órgano de auxilio judicial)—, se encuentre sujeta a una contraprestación en función del valor de venta del bien, como si la prestación de sus servicios implicara una obligación de resultado y no una obligación de medios, de lo cual se colige que los honorarios del martillero deben fijarse de acuerdo a la labor efectivamente prestada o realizada y no con relación al valor obtenido en el remate.

En concordancia con dichas ideas, debemos tener en cuenta cuáles son las labores del martillero público en la ejecución forzada, pues podemos resumirlas en las siguientes: i) escrito de apersonamiento, aceptación de cargo y señalamiento de fecha y hora de remate; ii) elaboración de edictos, los mismos que deben ser revisados por el secretario judicial a fin de que no se omitan los requisitos establecidos en el artículo 734 del CPC (en la mayoría de los casos se equivocan y los abogados de los ejecutantes tienen que revisar y hacerles ver sus errores); iii) pegado del aviso en la sala de remates, iv) llevar adelante la diligencia del remate judicial, y; v) en caso exista adjudicación consignar al juzgado el oblate y poner en su conocimiento el acta de remate.

Podemos señalar entonces que el honorario del martillero —en la mayoría de los casos— deberá ser fijado en función de las labores descritas en el párrafo anterior sin importar el monto de adjudicación del bien o bienes rematados, por ende, debe existir un criterio uniforme por parte de nuestros jueces en la fijación de los honorarios de los martilleros, el mismo que no deberá sobrepasar de las cuatro URP y no ser menores a dos URP.

Ahora bien, en el caso de que los remates sean declarados nulos –sin que el martillero tenga responsabilidad alguna– o desiertos, el juez deberá fijar sus honorarios en una URP como máximo, ello debido a que aún no concluye su labor y por las posteriores convocatorias a remate también percibirán honorarios.

#### 4. CONCLUSIONES

- Los martilleros públicos como órganos de auxilio judicial tienen el derecho a percibir un honorario por el servicio que prestan.
- En los procesos de ejecución que hayan comenzado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1069 (28/06/2008), a fin de que los jueces establezcan adecuadamente los honorarios de los martilleros públicos deberán inaplicar el artículo 18 del Reglamento de la Ley del Martillero Público, por ser contrario al principio de igualdad de trato, al derecho a percibir una remuneración equitativa y atentar contra el principio de gratuidad del servicio de justicia.
- La *ratio legis* de la norma objeto de comentario es que el legislador ordinario buscó armonizar la norma procesal con los principios y valores constitucionales para lo cual faculta al juez para que fije los honorarios de los martilleros públicos teniendo únicamente en consideración la labor efectivamente prestada o realizada y no con relación al valor obtenido en el remate.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHEL, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO, AROCA Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 733****Publicidad**

*La convocatoria se anuncia en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar del remate, por tres días tratándose de muebles y seis si son inmuebles. Esto se efectuará a través de un mandato del juez que comunicará mediante notificación electrónica a dicho diario para la publicación respectiva o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.*

*Si los bienes se encuentran fuera de la competencia territorial del juez de la ejecución, la publicación se hará, además, en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la localidad donde estos se encuentren. A falta de diario, la convocatoria se publicará a través de cualquier otro medio de notificación edictal, por igual tiempo.*

*Además de la publicación del anuncio, deben colocarse avisos del remate, tratándose de inmueble, en parte visible del mismo, así como en el local del juzgado, bajo responsabilidad del secretario de juzgado.*

*La publicidad del remate no puede omitirse, aunque medie renuncia del ejecutado, bajo sanción de nulidad. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 165, 167, 168, 169, 410, 731, 734; L.O.P.J. art. 127.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la publicidad del remate; es aquí donde el legislador del CPC ha intentado propagar su idea de que los remates judiciales deben tener la mayor publicidad posible.

Como analizaremos –más adelante– la idea del legislador tiene como principal virtud el pretender que los bienes que se rematan judicialmente sean adquiridos por las personas que los consideran de mayor valor, por ello, son los que pagan el mayor precio al adjudicárselos, pero para ello debe cumplirse con la publicidad en aras de que cualquier persona pueda tener conocimiento del remate y pueda participar en él.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

En ese sentido, siendo que:

“(…) La publicidad de la subasta es medio no solo para hacer factible su pasiva percepción, sino más aún, la activa intervención de toda persona que pudiese querer participar en la venta pública para adquirir el bien que se enajena. De este modo se alcanza asimismo una doble ventaja: de un lado, que al ser conocida por más personas, se hagan mayores y mejores ofertas, con el subsiguiente beneficio para el ejecutante y el ejecutado (y en su caso terceros) y, de otro, que con respeto del principio de igualdad se brinde a la mayoría posible de interesados ocasión de estar y licitar” (PEDRAZ, 2002: p. 100).

Siendo esto así, procederemos con el análisis exhaustivo de esta norma a fin de que cualquier operador jurídico (estudiantes, abogados, jueces, etc.) comprenda adecuadamente la razón de ser de la misma.

## 2. LA PUBLICIDAD DEL REMATE

En primer lugar debemos señalar que no es la convocatoria lo que se anunciará, sino será el aviso del remate denominado coloquialmente como edicto (art. 734 del CPC).

Ahora bien, lo que se publicita en sí es el remate judicial de los bienes que serán vendidos a fin de que con el producto de dicha venta se pague la suma de dinero que se le adeuda al ejecutante.

Como lo ha señalado la doctrina, las repercusiones que se generan por el hecho de que el legislador exija la publicidad del remate serían las siguientes:

“a) que para su logro es menester que antes de su celebración pueda llegar a ser conocida por el mayor número de personas que deseen estar y participar en calidad de postores en la subasta. De este modo habrá que acudir a los medios más aptos para su proporcionada difusión. Digo proporcionada porque si bien es indiscutible que un general conocimiento de la venta aseguraría por medio de anuncios en las diferentes cadenas de televisión, radio y prensa nacionales, regionales y locales, en internet, etc., también lo es que su coste económico sobrepasaría fácilmente el importe obtenible. De aquí que haya de buscarse la publicidad adecuada a la clase y valor del bien ofrecido y al público interesado en estar y participar en ella; b) que se tiene que ajustar la convocatoria al tiempo indispensable para su difusión y al día y hora que pudiese ser más idóneo para una adecuada presencia pública; pensemos en su convocatoria a la hora de comer, o de madrugada; c) que también ha de preverse un local o espacio apropiado que permita acoger a todos los que quisieran estar e intervenir en él” (PEDRAZ, 2002: pp. 100-101).

Entonces podemos afirmar que uno de los criterios que tuvo el legislador para optar por el sistema actual de publicidad del remate fue precisamente partir de “la premisa de evitar costes innecesarios que puedan frustrar el fin de la misma, que no es otro que la satisfacción del crédito del ejecutante” (HOYA, 2007: p. 3013).

Así, por lógica resultaría incoherente que los gastos en la publicidad del remate sean mayores al valor actual del bien, si la norma provocara ello sería inconstitucional porque atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, específicamente al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

### 3. DISTINCIÓN DE LA PUBLICIDAD ANTE DISTINTOS BIENES

El legislador ha optado por otorgarle mayor publicidad al remate de los bienes inmuebles respecto de los bienes muebles al señalar que el aviso de remate se publicará en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar del remate por tres días para los bienes muebles y seis para los bienes inmuebles, además para los inmuebles el aviso será colocado en parte visible del mismo y en el local del juzgado.

Ello tiene justificación en el hecho de que existe una presunción –generalizada– que los bienes inmuebles tienen un mayor valor económico que los muebles, y por tanto, amerita que la publicidad para su venta sea un poco más extendida en el tiempo.

Asimismo, la obligatoriedad del pegado del aviso del remate en parte visible del inmueble tiene como finalidad que las personas que viven alrededor del mismo tengan conocimiento que va a ser rematado y puedan participar en el remate como postores de estar interesados, además permite que las personas interesadas en el inmueble y que han tomado conocimiento del aviso del remate por el diario, puedan identificar el bien porque se presume que el aviso estará pegado en parte visible del mismo.

Al respecto, podemos decir que la idea del legislador no fue mala pero sí ingenua, porque en la práctica los ocupantes del bien inmueble –que pueden o no ser los ejecutados– quitan el aviso de remate que ha sido pegado, salvo que el bien esté desocupado –lo que se da en la realidad en pocos casos–.

### 4. VICISITUDES DE LA PUBLICIDAD DEL REMATE

De la práctica se puede advertir que el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales es el diario oficial *El Peruano*, el cual tiene el monopolio de las publicaciones de los avisos de remate, ergo, cualquier ejecutante deberá pagar

los precios fijados por este diario porque este se reparte a nivel nacional, y si el bien se encontrara en un lugar distinto a la competencia territorial del juez que convoca a remate –juez de ejecución– se deberá publicar adicionalmente el aviso del remate en el diario de dicha localidad (de no existir diario, la publicación deberá realizarse a través de cualquier otro medio edictal), publicidad en los diarios que inclusive puede realizarse en día inhábiles.

Es decir, los ejecutantes están sujetos a pagar lo que el diario oficial *El Peruano* establece cuestan las publicaciones de los avisos de remate en sus páginas (aproximadamente cobran a la fecha S/ 6.00 por palabra), y lo peor es que si el bien –inmueble o mueble– se encuentra ubicado fuera de la competencia territorial del juez que convoca a remate, se tendrá que publicar adicionalmente el aviso de remate en el diario de la localidad donde se encuentra el bien.

Esto es un despropósito y un atentado contra el bolsillo del ejecutante ya que mermará en lo que posiblemente recupere de lo que se le adeuda, y, aunque consideremos que dicho gasto será reembolsado, pues las publicaciones en los diarios del aviso del remate son consideradas como costas (art. 410 del CPC), en la mayoría de ocasiones las mismas no le son reintegradas al ejecutante porque el producto de la venta del bien no alcanza, o en su defecto, le son reintegrados dichos gastos después de haber transcurrido un considerable lapso de tiempo (hay que esperar que las costas sean aprobadas por el juez, previo traslado de su liquidación a la otra parte o tercero).

Siendo esto así, si el diario oficial *El Peruano* se reparte a nivel nacional ya no resulta ser necesario que se publiquen los avisos de remate en otro diario, salvo que el ejecutante asuma dicho gasto (también podría hacerlo el ejecutado o algún tercero) procurando una mayor difusión del remate judicial a fin de que el bien sea vendido en un mayor monto de dinero.

Por ende, los jueces no deberían considerar como un requisito de obligatorio cumplimiento la publicación adicional en el caso de que el bien se encuentre fuera de su competencia territorial.

Creemos que si el propio Poder Judicial crea una página web donde se publiquen estos avisos de remate, y adicionalmente la foto de los bienes –lo que no se realiza en el caso de la publicación en los diarios– será mejor en torno a la difusión del remate, dejando de lado la publicidad del aviso en el diario que corresponda, además, para la publicación en la página web se deberá cobrar un precio fijo que no varíe (según el aviso de remate) y el dinero obtenido irá a las arcas del propio Poder Judicial a fin de que pueda incrementar su presupuesto para sus gastos.

## 5. IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIA A LA PUBLICIDAD DEL REMATE

La norma objeto de comentario enfatiza que aunque el ejecutado renuncie a la publicidad del remate del bien afectado a favor del ejecutante, la misma no puede omitirse, bajo sanción de nulidad.

Esto quiere decir que, para la publicidad del remate judicial los intereses de las partes pasan a un segundo plano porque la actividad que se realizará (remate) es jurisdiccional, y el juez como garante de los derechos de todas las personas y como representante del Estado, debe buscar que el bien o bienes a ser rematados lo sean a favor de aquella persona que los valoriza en mayor medida, así se cumple con el principio de circulación de los bienes el cual implica que los bienes deben pertenecer a quien los valoriza más.

Es por ello que:

“(…) para difundir el conocimiento de las subastas, las leyes procesales utilizan los edictos o documentos procesales, a través de los que se busca dar notoriedad a la celebración de las subastas, (…), puesto que su objetivo es, entre otros, conseguir el mejor precio del bien subastado, beneficiándose con ello tanto al ejecutante –porque cuanto mayor sea el precio, mayor cantidad de dinero obtiene para satisfacer su derecho–, como el ejecutado –porque cuanto mayor sea el precio alcanzado, mayores serán las posibilidades de conseguir sobrante de la venta” (PEDRAZ, 2002: p. 101).

Siendo esto así, la única posibilidad de que existan postores es justamente que el remate sea publicitado a fin de que estos puedan tomar conocimiento de que se llevará a cabo la venta judicial de bienes y puedan participar en él, lo que en suma justifica la posición del legislador de sancionar con nulidad la omisión de la publicidad del remate.

## 6. CONCLUSIONES

- Lo que se anuncia en los diarios encargados de los avisos judiciales, es decir, lo que se publica será el aviso de remate y no la convocatoria a remate, buscando con ello publicitar el remate judicial.
- El legislador ha considerado que la publicidad del remate no genere costos que sobrepasen el producto que será obtenido a través del remate judicial.
- La publicidad del remate solo debe darse en el diario oficial *El Peruano*, a pesar de que el bien se encuentre en otra localidad distinta a la competencia territorial del juez que convoca a remate.

- Con la publicidad del remate se trata de efectivizar el principio de circulación de los bienes, el cual implica que los bienes deben pertenecer a quien los valoriza en mayor medida.
- La única forma que los bienes a ser rematados judicialmente sean adjudicados a favor de quien los valora en mayor medida, es través de la publicidad. Por ello se justifica que la omisión de la misma (publicidad) tenga como sanción la nulidad.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

HOYA, José (2007): "Art. 645". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Vallis Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MITCHEL, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El Tribunal Constitucional declara nulo el remate porque el juzgado emplazado abdicó de su función de controlar la regularidad de los actos del martillero público, pues a pesar de que este le informó que había colocado el aviso del remate en un inmueble diferente al que se iba a rematar, en vez de realizar nuevamente la publicidad del remate, prefirió proseguir con él (STC Exp. N° 00311-2010-PA/TC).

La ley no exige que la publicidad para la subasta pública de inmuebles sea en días hábiles. Tampoco establece el plazo que debe mediar entre la última publicación y la diligencia de remate. La invitación al público ofertando la venta del bien en ejecución, durante seis días, no puede constreñirse a un plum previsto en beneficio y garantía de los sujetos de una relación jurídico procesal, como es, la mediación de tres días, entre la notificación para una actuación procesal y su realización, pero respecto a las partes del proceso (Exp. N° 18757-98-Lima).



**Artículo 734****Contenido del aviso**

*En los avisos de remate se expresa:*

1. *Los nombres de las partes y terceros legitimados;*
2. *El bien a rematar y, de ser posible, su descripción y características;*
3. *Las afectaciones del bien;*
4. *El valor de tasación y el precio base;*
5. *El lugar, día y hora del remate;*
6. *El nombre del funcionario que efectuará el remate;*
7. *El porcentaje que debe depositarse para participar en el remate; y,*
8. *El nombre del juez y del secretario de juzgado, y la firma de este.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 147, 407, 731, 733, 735.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula los requisitos que deberá contener el aviso de remate del bien que se encuentra afectado a favor del ejecutante y que será rematado judicialmente.

Para que el legislador opte por colocar todos estos requisitos como partes del aviso de remate, ha tenido que analizar la importancia de cada uno de ellos a fin de procurar efectivizar en el plano práctico la publicidad del remate (art. 733 del CPC) y proteger el derecho de las partes, de los terceros apersonados al proceso y los terceros que pueden verse afectados con la omisión de cualquier información (los postores).

Debemos señalar que el encargado de elaborar los avisos de remate es el martillero público encargado de llevar a cabo el remate judicial, dicho aviso es presentado al secretario del juzgado y ambos suscriben el documento en señal de que cumple con los requisitos establecidos en la norma, luego de ello, el ejecutante ya puede proceder a tramitar su publicación en el diario encargado de los avisos judiciales, de ello se colige que el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados hace responsable tanto al martillero como al secretario de la causa.

Siendo esto así, a fin de establecer el criterio del legislador al regular el contenido del aviso del remate, analizaremos cada uno de los requisitos que debe contener el aviso de remate y que están contenidos en la norma que estudiamos.

## **2. NOMBRES DE LAS PARTES Y TERCEROS LEGITIMADOS**

El legislador ha señalado que el aviso de remate debe contener los nombres de las partes y de los terceros legitimados, es decir, en el aviso de remate se deberá colocar tanto el nombre de ejecutante como del ejecutado, además de los terceros que estén apersonados al proceso y el juez haya aceptado su intervención como tales, como por ejemplo los acreedores no ejecutantes, aquellos propietarios de los bienes a rematarse que lo adquirieron cuando el proceso de ejecución ya estaba instaurado, los ocupantes (en caso de tratarse de remate de bienes inmuebles), etc.

Esto se debe básicamente a que si se trata de un proceso judicial, quienes vayan a participar en él tienen que tener conocimiento de quiénes son las partes del mismo, y además que otras personas han intervenido en él, a fin de que con posterioridad no existan actos de estas partes o terceros que entorpezcan la posible adjudicación.

En nuestra opinión, la falta de colocar el o los nombres de los terceros apersonados al proceso no viciaría el remate judicial, y tampoco vulneraría su derecho de defensa, por cuanto, ellos conocen de las actuaciones del proceso porque ya están apersonados al mismo, y su intervención ha sido aceptada por el juez con lo cual su derecho de defensa estará plenamente protegido.

Además los postores no necesitan de los nombres de los terceros, para poder realizar los actos a fin de adjudicarse el bien o bienes objeto de remate judicial.

En efecto, en el caso de la subasta de bienes inmuebles se necesita conocer los nombres de las partes del proceso para poder realizar el pago del saldo del precio por el bien adjudicado, en el Banco de la Nación al llenar la solicitud del certificado de depósito solicitan dicho requisito a pesar de ser una formalidad absurda.

## **3. EL BIEN A REMATAR Y, DE SER POSIBLE, SU DESCRIPCIÓN Y CARACTERÍSTICAS**

Para realizar el aviso de remate, el martillero público ha tenido que –previamente– leer el expediente judicial, de lo que se colige que ha tenido a la vista la información del bien a rematarse judicialmente.

De dicha premisa, se extrae que es posible tener las características del bien (sea inmueble o mueble), además de su descripción.

En efecto, para que el ejecutante haya solicitado la convocatoria a remate de los bienes afectados a su favor, ha tenido que adjuntar a su escrito la copia literal o certificado registral inmobiliario en caso de bienes inmuebles y el certificado de gravamen en caso de bienes muebles.

En dichas documentaciones se detalla la descripción y características del bien a rematar, además se señala quién es el actual propietario registral de bienes, las cargas y gravámenes que tiene el bien, etc.

Siendo esto así, el martillero público al leer el expediente judicial tiene a la vista toda esta documentación, la que le permitirá consignar lo que exige la norma.

Aunado a ello, si el propósito del aviso de remate es efectivizar la publicidad del remate, a fin de que los postores puedan tener interés en los bienes a rematarse, el aviso deberá tratar de contener información actualizada y fidedigna sobre el bien, y esta información se extrae de los Registros Públicos.

Además, en el caso de no ser bienes registrables, puede extraerse la información de la tasación del bien o bienes.

En nuestra opinión, a fin de que la información contenida en el aviso de remate sea la más actualizada, los martilleros públicos deberían tramitar alguno de los documentos registrales señalados anteriormente a fin de elaborar los avisos con información actualizada, ello debido a que desde que se presentó el escrito solicitando la convocatoria a remate hasta que el martillero público realiza los avisos de remate pueden transcurrir meses y la información del bien puede variar, dicho gasto le será reembolsado conforme lo dispone el artículo 17 del Reglamento de la Ley del Martillero Público.

#### **4. EL VALOR DE TASACIÓN Y PRECIO BASE**

Acá se señala que el aviso de remate debe contener el valor de tasación y el precio base sobre el cual empezará la subasta judicial, la norma no señala que dichos montos deben ser colocados en números o en letras, por ello la mayoría de los martilleros públicos estila colocarlos tanto en números como en letras.

En nuestra opinión, dichos montos solo deben ser colocados en números –con el signo de la moneda respectiva– y no en letras, a fin de abaratar costos en la publicación del aviso en el diario encargado de los avisos judiciales, además que no vulnera ni transgrede ningún derecho el hecho de que no sean colocados en letras.

Ahora bien, cuando el legislador señala que se debe consignar el valor de tasación se coloca en el supuesto que existe una tasación en el expediente, y que el valor de la misma es el que se está utilizando como parámetro en la convocatoria a remate.

Pero se olvida que este valor puede ser obtenido convencionalmente por acuerdo de las partes, lo que originará que no exista valor de tasación, sino valor convencional, el mismo que deberá colocarse en el aviso de remate y las 2/3 partes de dicho monto será la base de remate.

Por ende, el valor actualizado del bien y su precio base son obtenidos del auto que convoca a remate judicial emitido por el juez de ejecución, por tanto, el martillero público tendrá que consignar estos datos transcribiendo los fijados en la convocatoria, y en caso de que exista algún error en dicha resolución judicial podrá solicitar su corrección (art. 407 del CPC).

Por último, es importante colocar en el aviso de remate el valor de tasación o convencional a fin de que los postores puedan presentar su oblaje adecuadamente; de lo contrario, no podrán participar en el remate judicial y el precio base es importante porque permite tener pleno conocimiento de cuál será el valor por el que se iniciará la puja en el remate judicial por el bien.

## **5. EL LUGAR, DÍA Y HORA DEL REMATE**

Como quiera que el remate judicial es una actuación judicial, la misma tiene el carácter de pública, la cual debe establecerse y realizarse en un lugar donde se llevará a cabo el mismo. Este lugar debe tener la logística suficiente para que se lleve a cabo el remate judicial sin contratiempos, como por ejemplo ser un lugar amplio a fin de que puedan entrar todos los postores o tener en dicho lugar equipo logístico como una computadora e impresora para la elaboración del acta de remate, etc.

Por ello, el remate judicial se llevará a cabo en un lugar físico previamente establecido, y como la participación en el remate es presencial, los postores tienen que tener conocimiento con antelación del lugar, el día y la hora en que se efectuará la subasta pública.

Algunos señalan que el aviso de remate que será publicado en el diario encargado de los avisos judiciales puede publicarse hasta en días inhábiles, pero entre la última publicación y la diligencia del remate debe –por lo menos– haber tres días hábiles de diferencia, conforme lo dispone el artículo 147 del CPC.

No concordamos con dicha postura, ello porque dicha norma regula el plazo entre la notificación de la realización de una actuación judicial y su efectiva realización, el aviso en el diario oficial encargado de los avisos judiciales no importa una notificación sino un medio de publicidad del remate, por tanto, dicha norma no le es aplicable.

## **6. EL NOMBRE DEL FUNCIONARIO QUE EFECTUARÁ EL REMATE**

Aquí la norma permite que todos –partes, terceros apersonados al proceso y terceros no apersonados al proceso– puedan tener conocimiento de quién es el funcionario que se encargará de la diligencia de remate.

Dicho funcionario es el martillero público designado por el juez que llevará a cabo la diligencia del remate, este debe ser un martillero hábil (art. 731 del CPC) y en todo caso cualquier postor al tener conocimiento de quién es el funcionario encargado puede cuestionar su habilidad para realizar la subasta, además de las partes y los terceros apersonados al proceso.

El martillero público es responsable como cualquier órgano de auxilio judicial en caso de incumplir las funciones que el juez le encomendó, por tanto, también es posible de ser sancionado con multa.

#### **7. EL PORCENTAJE QUE DEBE DEPOSITARSE PARA PARTICIPAR EN EL REMATE**

Atendiendo a que el remate judicial es una invitación a ofertar, el aviso de remate debe contener los requisitos que se les exigen a las personas para participar en dicho evento como postores (art. 735 del CPC).

Es por ello que el legislador establece que en el aviso de remate deberá colocarse el porcentaje que debe depositarse para poder participar en el remate; de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho de los posibles postores quienes no sabrían qué requisitos son los que se les pide para poder participar en el remate, y la falta de este requisito sí viciaría el remate pudiendo declararse nulo ante su incumplimiento.

En efecto, la falta de este requisito transgrede sobremanera la publicidad que debe existir del remate, no pudiéndose subsanarse dicha falta.

#### **8. EL NOMBRE DEL JUEZ Y DEL SECRETARIO DE JUZGADO, Y LA FIRMA DE ESTE**

En el aviso se colocará el nombre el juez y del secretario del juzgado, en la práctica en muchas ocasiones es un juez el que convoca a remate, pero es otro el que estará avocado al proceso cuando se elaboren los edictos judiciales.

Esto genera confusión, por ende, en el aviso de remate deberá colocarse el nombre del juez que está avocado al conocimiento del proceso de ejecución cuando el secretario suscribe el aviso, en todo caso, optar por una u otra solución no es un vicio que afecte del derecho de defensa de las partes, sino un mero formalismo inoperante.

Distinto es el requisito de la firma del secretario del juzgado en el aviso del remate, ello sí genera responsabilidades ya que este tendrá el deber de revisar el aviso de remate y verificar el fiel cumplimiento de sus requisitos.

## 9. CONCLUSIONES

- El legislador optó por colocar los requisitos que debe contener todo aviso de remate judicial procurando efectivizar en el plano práctico la publicidad de la subasta.
- El incumplimiento de alguno de los requisitos que deben estar contenidos en el aviso de remate, hace responsable al martillero público –por ser este quien los elabora– y al secretario del juzgado –por ser este quien los revisa y suscribe–.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DIEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales* 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO AROCA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es procedente declarar la nulidad de remate cuando el aviso publicado no guarda relación con el certificado de gravamen, consignando datos diferentes al título expedido por los Registros Públicos (*Exp. N° N-179-97-Lima*).

Es nulo el acto de remate celebrado con avisos imprecisos y que no cumple su rol principal cual es dar publicidad al acto. Resulta imprescindible expresar de manera indubitable el bien que se ofrece en remate (*Exp. N° 135-96-Lima*).

Es nulo el remate si los avisos del remate no expresan el lugar, día y hora de este (*Exp. N° 1646-95-Lima*).

**Artículo 735****Requisito para ser postor**

*Solo se admitirá como postor a quien antes del remate haya depositado, en efectivo o cheque de gerencia girado a su nombre, una cantidad no menor al diez por ciento del valor de tasación del bien o los bienes, según sea su interés. No está obligado a este depósito el ejecutante o el tercero legitimado. A los postores no beneficiados se les devolverá el íntegro de la suma depositada al terminar el remate.*

*El ejecutado no puede ser postor en el remate.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 736.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el requisito que debe presentar toda aquella persona que quiera participar en el remate judicial a excepción del ejecutante y del tercero legitimado.

Este requisito es que el postor deposite en efectivo o cheque de gerencia girado a su nombre una cantidad que no deberá ser menor al diez por ciento del valor actualizado (de tasación o convencional) del bien o bienes. Este depósito es comúnmente denominado como oblaje.

Otro requisito que será necesario para participar en remate judicial será el arancel judicial por concepto de derecho a participar en remate judicial, el mismo que es calculado sobre la base de la cuantía de la pretensión y además del DNI del postor.

Como veremos más adelante, habrá casos en que el ejecutante y los terceros legitimados deberán presentar su oblaje pese a que la norma los exonera de dicho requisito.

Además en la práctica se da que los postores llevan el cheque de gerencia o el efectivo directo a la diligencia de remate y se los entregan al martillero público a fin de que este los verifique, pero la norma no señala la forma de presentación de este requisito lo que —como se analizará— puede traer consigo la vulneración de derechos de postores que cumplieron con dicho requisito (oblaje) y pese a ello el martillero público les denegó su participación en el remate.

## 2. REQUISITO PARA SER POSTOR: ¡EL OBLAJE!

Como hemos señalado, el oblaje viene a ser el requisito que es exigido a los postores para que puedan participar en el remate judicial, esto es, que el postor deposite –previo al remate– en efectivo o cheque de gerencia girado a su nombre una cantidad que no deberá ser menor al diez por ciento del valor actualizado (de tasación o convencional) del bien o bienes.

Si el postor entrega en oblaje una suma mayor al diez por ciento del valor actualizado del bien, también deberá permitírsele su participación, porque la norma hace mención a lo mínimo que se puede ofrecer por tal concepto no al máximo que puede entregarse.

De una interpretación literal de la norma objeto de estudio se puede extraer que el oblaje debe ser entregado antes del inicio al remate judicial, en la práctica ello no es así, ya que el mismo es entregado –entiéndase depositado– al martillero público luego de que este da inicio al remate con la lectura de la relación de bienes, termina de leer el aviso de remate y los postores se presentan y entregan su oblaje al martillero, el mismo que puede ser con dinero en efectivo o con un cheque de gerencia girado a su nombre.

Lo que todos consideraban como una práctica normal fue trastocado en un caso donde un postor interpretó la norma al pie de la letra, y lo que hizo fue consignar a la orden del juzgado el oblaje antes de que se lleve a cabo el remate judicial, el juez proveyó dicho escrito con un téngase presente y al momento de la diligencia de remate el martillero público no dejó participar a dicho postor, ello ocasionó que dicho postor vea vulnerado su derecho a un debido proceso y opte por acudir a la jurisdicción constitucional.

Siendo esto así, nuestro Tribunal Constitucional declaró fundada su demanda de amparo y en consecuencia declaró nulo el remate judicial, al considerar que:

“(…), si bien el postor no es parte directa de la relación jurídica procesal principal, sin embargo, participa de las actuaciones en el acto de subasta, y de esta última surgen, para él, derechos y obligaciones que puede reclamar al órgano jurisdiccional, si es que en el desarrollo del acto de remate se infringen normas del propio procedimiento” (Exp. N° 05037-2011-AA/TC).

En nuestra opinión, el postor sí cumplió con lo señalado por la norma objeto de comentario pese a que la forma como cumplió con presentar el oblaje no fue la que comúnmente se da en la práctica, por ende, el martillero público debió permitirle su participación en el remate judicial y al no hacerlo se vulneró el derecho al debido proceso de dicho postor, por tal motivo, coincidimos con la posición del Tribunal Constitucional.



### 3. EXONERACIÓN DE OBLAJE A EJECUTANTE Y TERCERO LEGITIMADO

Entendemos que la norma exonera del oblaje al ejecutante al considerar que este al participar en el remate como postor, el pago del precio del bien en caso se lo adjudique se realizará con cargo a su deuda, es decir, existirá una compensación de obligaciones (art. 1288 del CC), no siendo necesario que el ejecutante presente oblaje.

Además, entendemos que cuando la norma se refiere a que el tercero legitimado también estará exento al pago de oblaje será en el caso de los acreedores ejecutantes (art. 726 del CPC), esto será en el supuesto de que el crédito del acreedor no ejecutante tenga preferencia respecto del crédito del ejecutante, de lo contrario, podría generarse una vulneración al derecho de crédito del ejecutante y viceversa.

Nos explicamos, si el ejecutante cuenta con hipoteca en primer rango por US\$ 80,000.00 y el mandato ejecutivo ordena el pago de US\$ 80,000.00, quiere decir que el ejecutante estará cubierto hasta US\$ 80,000.00 para cobrar en primer término que cualquier acreedor y si este participa como postor en el remate y se adjudica el bien en US\$ 100,000.00 tendrá que pagar la diferencia esto es, US\$ 20,000.00 (art. 744 del CPC).

Ahora bien, ¿qué sucedería si, bajo el mismo ejemplo, la hipoteca del ejecutante es de segundo rango y hay un acreedor no ejecutante que cuenta con hipoteca por US\$ 100,000.00 a su favor en primer rango y el crédito que le adeudan (reconocido judicialmente) asciende a US\$ 100,000.00? ¿El ejecutante estará exonerado de pagar su oblaje? Creemos que no, en este supuesto el ejecutante deberá pagar su oblaje como cualquier otro postor ya que el precio del bien adjudicado no será pagado con cargo a su crédito (compensación de obligaciones), sino que tendrá que cancelar el valor de adjudicación como cualquier otro postor, y en caso no lo haga deberá sancionársele perdiendo su oblaje (art. 741 del CPC).

Lo mismo sucedería en el supuesto en que el acreedor no ejecutante tenga hipoteca en segundo rango por US\$ 100,000.00 y se le adeude US\$ 100,000.00, pero al ejecutante se le adeuda US\$ 100,000.00 y tiene hipoteca en primer rango por US\$ 100,000.00, llevado a cabo el remate el acreedor no ejecutante se adjudica el bien, en este supuesto ¿el acreedor no ejecutante estará exonerado de pagar su oblaje? Creemos que aquí tampoco estará —el acreedor no ejecutante— exonerado del pago del oblaje y deberá pagar su oblaje como cualquier otro postor ya que el precio del bien adjudicado no será pagado con cargo a su crédito (compensación de obligaciones), sino que tendrá que cancelar el valor de adjudicación como cualquier otro postor, y en caso no lo haga deberá sancionársele perdiendo su oblaje (art. 741 del CPC).

Como podemos observar de los ejemplos propuestos, el juez deberá establecer adecuadamente en el auto de convocatoria si es que el ejecutante o acreedor no ejecutante estarán exonerados del pago del oblaje, ello para que el martillero público dé fiel cumplimiento a su orden al momento de realizar el remate.

#### **4. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE SER POSTOR: EL EJECUTADO**

La norma hace mención a que el ejecutado no puede ser postor en el remate judicial, entendemos que la norma se coloca en el supuesto de que los bienes a ser rematados sean de propiedad del ejecutado, entonces aquí existe una imposibilidad jurídica ya que hay norma que prohíbe la participación del ejecutado como postor del bien a rematarse.

¿Qué sucede en el supuesto de que los bienes no sean de propiedad del ejecutado?, el ejecutado tampoco podría participar como postor porque sería un contrasentido contra el propio proceso de ejecución que a quien es ejecutado se le permita comprar bienes, en vez de que pague el crédito que le adeuda al ejecutante.

Y ¿qué sucede con los terceros? ¿Pueden participar como postores? Como lo señalamos en el punto anterior, los acreedores no ejecutantes sí podrían participar como postores, pero otros terceros como, por ejemplo, los terceros con legítimo interés que adquirieron el bien a rematarse ya iniciado el proceso de ejecución con los gravámenes existentes no pueden participar como postores.

Entendemos que en dicho supuesto estos terceros tampoco podrían intervenir en calidad de postores, no por el hecho de ser ejecutados, sino porque ellos son propietarios de los bienes y sería jurídicamente imposible que el propietario de un bien que será rematado judicialmente lo compre en la subasta, además que también tendría la calidad de deudor hasta por el monto de los gravámenes (hipoteca, embargo o garantía mobiliaria).

Igual lógica apunta con los garantes hipotecarios o garantes mobiliarios que responden hasta por el monto del gravamen (aunque la normativa actual los tiene en el proceso como litisconsortes necesarios de los ejecutados, por tanto, se les consideraría como ejecutados).

#### **5. CONCLUSIONES**

- El oblaje constituye el depósito realizado por el postor en efectivo o cheque de gerencia girado a su nombre de una cantidad que no deberá ser menor al diez por ciento del valor actualizado (de tasación o convencional) del bien o bienes.

- Otro requisito que será necesario para participar en remate judicial como postor será el arancel judicial por concepto de derecho a participar en remate judicial el mismo que es calculado sobre la base de la cuantía de la pretensión y el DNI.
- El juez a través del auto de convocatoria deberá determinar si el ejecutante o acreedor no ejecutante están exonerados del oblaje.
- Resulta ser una imposibilidad jurídica que el ejecutado pueda participar como postor.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELÍ, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEJA; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien el ejecutante se presentó en el acto de remate acompañando la tasa judicial, dicha circunstancia no lo obligaba a actuar como postor. El ejecutante solo puede ostentar dicha calidad cuando otros postores concurren al mismo acto; además, que por imperio del artículo 735 del Código Procesal Civil, el ejecutante está exceptuado de efectuar el depósito del 10 % del valor de la tasación del bien sujeto a remate. Bajo ese contexto y ante la falta de postores no existía impedimento alguno para que el ejecutante pueda solicitar la adjudicación en pago del bien (*Exp. N° 1240-2002-Lima*).

**Artículo 736**

**Reglas comunes al remate**

*En el acto de remate se observarán las siguientes reglas:*

- 1. La base de la postura será el equivalente a las dos terceras partes del valor de tasación, no admitiéndose oferta inferior;*
- 2. Cuando el remate comprenda más de un bien, se debe preferir a quien ofrezca adquirirlos conjuntamente, siempre que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales; y*
- 3. Cuando se remate más de un bien, el acto se dará por concluido, bajo responsabilidad, cuando el producto de lo ya rematado, es suficiente para pagar todas las obligaciones exigibles en la ejecución y las costas y costos del proceso.*

CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 738.*

*Percy Howell Sevilla Agurto*

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario establece aquellas reglas que deberá cumplir el funcionario que se encarga de efectuar la diligencia del remate judicial, esto es, el martillero público.

Estas reglas son de obligatorio cumplimiento, y en caso de que se incumpla alguna de ellas, la sanción sería que el remate judicial sea declarado nulo.

Como analizaremos –más adelante– la idea del legislador al establecer estas reglas comunes a cualquier remate judicial tiene como principal virtud el pretender que los bienes que se rematan judicialmente sean adquiridos por las personas que los consideran de mayor valor, por ello, son los que pagan el mayor precio al adjudicárselos.

Además busca proteger que a través del remate judicial no se perjudique al propietario del bien objeto de remate –puede ser ejecutado y/o terceros– en demasía, al colocar como requisito que en el supuesto que con el producto de los bienes ya rematados sea suficiente para pagar las obligaciones exigibles en el proceso de ejecución, el martillero público deberá concluir la diligencia, lo que en la práctica no sucede como se analizará en su momento.

Siendo esto así, procederemos con el análisis exhaustivo de cada una de las reglas comunes para cualquier remate judicial establecido en esta norma, con la finalidad de que cualquier operador jurídico (estudiantes, abogados, jueces, etc.)

comprendan adecuadamente las razones de las mismas y observe que en la práctica alguna de estas reglas se torna de difícil cumplimiento.

## 2. BASE DE LA POSTURA DEL REMATE

La primera regla común en cualquier remate judicial es que la base de la postura será el equivalente a las dos terceras partes del valor de tasación (entiéndase también que puede ser al valor convencional), y no se podrá admitir oferta inferior.

Esta regla se aplica para el remate en primera convocatoria, debido a que si en esta primera convocatoria el remate es declarado desierto por falta de postores, se procederá a la segunda convocatoria a remate, donde la base de la postura será la base de la postura de la primera convocatoria –dos terceras partes del valor de tasación o convencional– reducida en un quince por ciento y así sucesivamente (art. 742 del CPC).

Siendo esto así, esta regla es aplicable al remate en primera convocatoria, por ello este es un requisito que debe contener el aviso de remate (art. 734 del CPC), ello con la finalidad de publicitar el remate y dar a conocer con anticipación a aquellos interesados en participar en la subasta el monto sobre el cual se iniciará la puja por la adquisición del bien o bienes objeto de remate.

Entendemos que en el supuesto –hipotético– que el martillero adjudique el bien a un postor en la primera convocatoria del remate por un monto menor a las dos terceras partes del valor de tasación o convencional del bien, dicho remate será nulo y no podrá subsanarse dicho vicio, por tanto, deberá nuevamente de llevarse a cabo el remate y el martillero público deberá ser sancionado conforme al Reglamento de la Ley del Martillero Público y las facultades que tiene el juez como, por ejemplo, subrogarlo y multarlo al no cumplir la labor para la cual fue nombrado.

Consideramos que el legislador estableció esta regla con la finalidad de que los bienes a ser rematados judicialmente no sean vendidos depreciando su valor en demasía, lo que originaría que los remates judiciales sean vistos como herramientas a fin de vender bienes muy por debajo de sus valores actualizados, es decir, el proceso de ejecución –en el caso de pretensiones ejecutivas de dar suma de dinero– sería visto como un mecanismo para rematar bienes a precios bajísimos.

Creemos que esto indujo al legislador a establecer esta regla, la cual es imperativa y debe ser interpretada de forma literal, debiendo el martillero público cumplirla en la diligencia del remate judicial.

### 3. SI EL REMATE COMPRENDE MÁS DE UN BIEN

El legislador ha establecido como segunda regla para cualquier remate judicial que cuando el mismo (remate) comprenda más de un bien, se debe preferir a quien ofrezca adquirirlos conjuntamente, siempre que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales.

En el caso de los bienes muebles no habría problema para aplicar esta regla, porque los mismos pueden ser rematados por lotes, el problema radica en el remate de inmuebles.

En efecto, cuando se lleva a cabo el remate judicial de varios inmuebles, estos remates se realizan por separado y en dicho supuesto no podría existir algún postor que ofrezca adjudicarse todos ellos en conjunto y menos aún existirían ofertas individuales por todos los bienes.

Ahora bien, en nuestra opinión sí podría ser factible la venta en conjunto de varios inmuebles, como por ejemplo si se remata un departamento y además el estacionamiento, en este caso se trata del remate de dos inmuebles, pero a pedido del ejecutante podría darse el caso de que el remate de ambos inmuebles se lleve a cabo en un solo acto y con ello sí sería factible que se aplique esta regla.

Dicha regla tiene justificación en el hecho de que el legislador busca que los bienes que se rematan judicialmente sean adquiridos por las personas que los consideran de mayor valor, por ello, son los que pagan el mayor precio al adjudicárselos, lo que se condice al establecer que debe preferirse al postor que ofrezca adquirir los bienes conjuntamente, siempre que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales.

Por ejemplo, si se trata del remate de un departamento y un estacionamiento y existen tres postores A, B y C, A ofrece adjudicarse los dos inmuebles por US\$ 100,000.00, mientras que B ofrece adjudicarse el departamento en US\$ 70,000.00 y C ofrece adjudicarse el estacionamiento en US\$ 25,000.00, en este supuesto deberá preferirse lo ofertado A ya que el monto que ofertó es mayor a la suma de lo ofertado por B y C respecto del departamento y estacionamiento respectivamente.

Como vemos, esta regla efectiviza el principio de circulación de los bienes y beneficia a las partes del proceso (inclusive a los terceros).

### 4. CONCLUSIÓN DEL REMATE

La última regla común para todos los remates judiciales que establece el legislador es aquella en la que cuando se remate más de un bien, el acto se dará por

concluido, bajo responsabilidad, cuando el producto de lo ya rematado es suficiente para pagar todas las obligaciones exigibles en la ejecución y las costas y costos del proceso.

El producto de los bienes rematados será entregado al ejecutante –o a los acreedores no ejecutantes de ser el caso– hasta por el monto de la afectación que tenga este sobre los mismos, es decir, si A –ejecutante– y tiene hipoteca a su favor por US\$ 80,000.00 sobre el bien de B –ejecutado–, en el proceso de ejecución se liquida la deuda la cual asciende a US\$ 100,000.00, y el bien es rematado en US\$ 120,000.00, dicho importe obtenido por la venta del bien (US\$ 120,000.00) no le será entregado al ejecutante sino solamente el monto de la afectación que tenía sobre el bien (US\$ 80,000.00) y el monto restante podrá ser embargado por el ejecutante para cobrar la totalidad de su crédito o en su defecto le será entregado al ejecutado.

Bajo estas premisas para la aplicación de la regla que comentamos, que se coloca en el supuesto que sean varios los bienes que se rematan, el martillero no podrá dar por concluido el remate cuando con el producto de los mismos se considere que podrá pagarse todas las obligaciones exigibles (capital, intereses, costas y costos), sino que se tendrá que verificar que los montos de las afectaciones estén cubiertas por el dinero obtenido en el remate y que con dicho monto se le pueda pagar al ejecutante la totalidad de su pretensión ejecutiva, así como las costas y los costos procesales.

Nos explicamos mejor con un ejemplo, A –ejecutante– tiene hipotecados cinco bienes inmuebles a su favor, cada uno por US\$ 20,000.00, dichos bienes son de propiedad de B –ejecutado–, liquidada la deuda en el proceso de ejecución se llega a establecer la misma en US\$ 100,000.00, al rematarse tres de los cinco inmuebles se obtiene la suma de US\$ 150,000.00 (US\$ 50,000.00 por cada uno), de una interpretación literal de la norma se podría llegar a concluir que solo con la venta de los dos primeros bienes inmuebles ya se podría pagar al ejecutante la integridad de su crédito, por tanto, el tercer remate sería nulo y el martillero debe concluir el remate.

Esto no es así, porque del producto obtenido por los tres bienes inmuebles rematados, A solo cobrará US\$ 60,000.00 (US\$ 20,000.00 por cada uno) porque los bienes solo responden hasta por el monto de las afectaciones, lo que origina que deben rematarse los cinco inmuebles a fin de que A cobre la totalidad de su crédito.

Siendo esto así, la interpretación de esta regla debe tener en cuenta este detalle que en la práctica se omite, máxime si tenemos en cuenta que los martilleros públicos no necesariamente tienen que ser abogados para tener conocimiento de este detalle, por ende, deberá ser el juez quien brinde estas pautas en el auto de

convocatoria a remate con la finalidad que el martillero público encargado del remate no resquebraje el derecho del ejecutado –al vender más de la cuenta– o del ejecutante –al dar por concluido el remate cuando aún no está satisfecha la pretensión ejecutiva en su integridad–.

## 5. CONCLUSIONES

- El legislador tuvo como finalidad al establecer la regla acerca de la base de la postura del remate que los bienes a ser rematados judicialmente no sean vendidos depreciando su valor en demasía.
- La regla por la cual el legislador estableció que cuando el remate comprenda más de un bien, se debe preferir a quien ofrezca adquirirlos conjuntamente, siempre que el precio no sea inferior a la suma de las ofertas individuales, tiene justificación en el hecho de que el legislador busca que los bienes que se rematan judicialmente sean adquiridos por las personas que los consideran de mayor valor, por ello, son los que pagan el mayor precio al adjudicárselos.
- Con la regla por la cual el legislador establece que cuando se remate más de un bien, el acto se dará por concluido, bajo responsabilidad, cuando el producto de lo ya rematado es suficiente para pagar todas las obligaciones exigibles en la ejecución y las costas y costos del proceso, tiene por finalidad proteger los derechos de los ejecutados y/o terceros que sean propietarios de los bienes objeto de remate.
- Para que el martillero público concluya el remate judicial considerando que el producto de lo ya rematado es suficiente para pagar todas las obligaciones exigibles en la ejecución y las costas y costos del proceso, deberá tener en cuenta que los montos de las afectaciones a favor del ejecutante sobre los bienes rematados estén cubiertas por el dinero obtenido en el remate y que con dicho monto se le pueda pagar al ejecutante la totalidad de su pretensión ejecutiva, así como las costas y los costos procesales, si ello no es así, deberá proseguir con la venta de los demás bienes.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordon Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José



(2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Victor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso Civil Práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No resulta válido pretender la venta judicial de una parte (cuota ideal) de un bien social por deuda de uno de los cónyuges, sin que fenezca y se liquide la sociedad de gananciales, pues no existe aún, determinado legalmente, que parte de ese bien le pertenece al ejecutado. Tampoco procede mantener subsistente la orden de remate del bien social, pues se contraviene el artículo 4 de la Constitución del Estado (*Exp. N° 287-99-Lima*).

No resulta jurídicamente posible afectar los derechos que le corresponde a la cónyuge del ejecutado sobre un bien de la sociedad conyugal, mandando rematar este, sin que antes se haya establecido la parte que le corresponde al ejecutado a título de gananciales, lo cual, solo será posible luego de fenecida y liquidada la sociedad de gananciales (*Exp. N° 295-99-Lima*).

Si el inmueble, ha sido transferido por el ejecutado y su cónyuge, con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar, los nuevos propietarios han adquirido el bien con afectación jurídica emanada del embargo anteriormente señalado, en consecuencia, responden solo con el bien afectado, hasta por el monto del gravamen existente con anterioridad a la fecha de adquisición. Los nuevos propietarios deben ser notificados con la convocatoria (*Exp. N° 1113-99-Lima*).

Si bien se ha declarado improcedente el pedido de remate de los derechos y acciones del demandado, en razón de no estar liquidada la sociedad de gananciales, ello en modo alguno impide que subsiste la medida de embargo trabada, pues lo contrario importaría desproteger los derechos del acreedor (*Exp. N° 2950-98-Lima*).

## Artículo 737

### Acto de remate

*El acto se inicia a la hora señalada con la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, prosiguiéndose con el anuncio del funcionario de las posturas a medida que se efectúen. El funcionario adjudicará el bien al que haya hecho la postura más alta, después de un doble anuncio del precio alcanzado sin que sea hecha una mejor, con lo que el remate del bien queda concluido.*

#### CONCORDANCIA:

*C.P.C. art. 734 inc. 5.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula escuetamente las incidencias que se realizarán en el acto de remate del remate judicial.

El remate o subasta judicial es:

“(…) una actividad procesal pública, afirmación de la que derivan consecuencias significativas. En primer lugar, que es un conjunto de actuaciones procesales concebidas para su percepción por *quibus ex populo*, como garantía de su legalidad y de la consiguiente exclusión de arbitrariedad; es decir, que desde la transparencia que aporta la publicidad a la Justicia, reforzando la confianza de los ciudadanos en ella, es medio de control popular de su estricto desarrollo normativo. En segundo lugar, que a través de la presencia del público en la subasta las partes e interesados en la ejecución se aseguran de su regular desenvolvimiento y de que se excluirán maniobras fuera de la ley (…)” (PEDRAZ, 2002: pp. 99-100).

Como quiera que el remate es una actividad pública, “su desarrollo podrá ser presenciado por cualquier persona que observe una conducta respetuosa del acto y de las personas intervinientes, y que no obstaculice su celebración” (PEDRAZ, 2002: p. 126).

El remate se llevará a cabo en el lugar previamente establecido, por lo general en la sala de remates que cada Corte Superior de nuestro país tiene, en la fecha y a la hora señala, la misma que dará inició con la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate por parte del martillero público.

A continuación detallaremos las incidencias que se dan en el acto de remate.

## **2. LA LECTURA DE LA RELACIÓN DE BIENES Y CONDICIONES DEL REMATE**

Como lo señala la norma objeto de estudio, el remate se inicia con la lectura que realizará el martillero público de la relación de los bienes a rematarse, así como las condiciones del remate.

En la práctica, lo que hacen los martilleros públicos es leer en su integridad el aviso de remate (art. 734 del CPC), ya que en el mismo está detallado el bien o bienes a rematarse, así como su descripción y características, el valor actualizado de tasación o convencional del bien, así como el precio base.

Además en dicho aviso también los martilleros públicos estilan colocar el requisito del oblaje (art. 735 del CPC), así como los requisitos de la identificación y el pago del arancel judicial por derecho de participación en el remate, es decir, los requisitos para poder intervenir en el remate como postores.

Terminado de leer el aviso, el martillero hace el llamado a los postores, quienes –en caso de haber– presentarán los requisitos anteriormente descritos, de lo contrario no serán aceptados como postores en el remate, en el supuesto de que no existan postores el remate será declarado desierto.

## **3. ANUNCIO DEL FUNCIONARIO DE LAS POSTURAS A MEDIDA QUE SE EFECTÚAN**

Una vez que las personas que quieren participar en el remate judicial presentaron los requisitos exigidos para ser considerados como postores al martillero público, este procede a verificarlos, realizado esto empieza la puja por el bien, el cual tiene como parámetro el precio base, es decir, las posturas no podrán ser menores al precio base.

El remate judicial es de oferta limitada, al alza y pública. Esto quiere decir que:

“El remate es de oferta limitada porque no se admitirán posturas que no cubran el precio base; también es un acto al alza porque solo se pueden admitir posturas que superen la anterior, de modo que los postores tendrán que ir ofreciendo cantidades superiores cada vez que intervengan. Es un acto público porque el martillero debe vocear las posturas y las mejoras que se vayan haciendo, de modo que los postores vayan teniendo conocimiento de toda postura o puja que se haga y se admita. La regla es que cada postor puede hacer todas las que estime oportunas, siempre que supere la anterior” (LEDESMA, 2008: p. 609).

#### **4. ADJUDICACIÓN DEL BIEN AL QUE HAYA HECHO LA POSTURA MÁS ALTA**

El martillero público adjudicará el bien al postor que realice la postura más alta, luego de un doble anuncio de la misma, es decir, el martillero público anunciará dos veces la postura ofertada por el postor y sin que exista oferta mejor procederá a adjudicarle el bien objeto de remate, quedando concluido el remate (art. 1389 del CC).

Ahora bien, si existiera alguna postura mayor realizada por otro postor luego que el martillero público declaró la adjudicación, la misma se tendrá como no realizada.

En la práctica se graban los actos de remate para evitar cualquier suspicacia que pueda generarse, como por ejemplo que el martillero no realice el doble anuncio de la postura y al primer anuncio declare la adjudicación a un postor.

En este orden de ideas, creemos que en el supuesto que exista solo un postor en el remate, no será necesaria la formalidad del doble anuncio que exige esta norma, ello porque es físicamente imposible que exista una mejor oferta de otro postor porque no hay otro postor.

#### **5. CONCLUSIONES**

- El remate judicial es una actividad procesal pública y como tal, debe permitirse el ingreso de cualquier persona que desee presenciar tal acto, siempre y cuando no obstaculice la celebración del acto.
- El remate se inicia con la lectura que realizará el martillero público de la relación de los bienes a rematarse, así como las condiciones del remate, ergo, la lectura del aviso de remate.
- Los requisitos para ser postor de un remate judicial son la presentación del oblate, del arancel judicial por derecho a participar en el remate y el documento de identidad (DNI).
- El remate judicial es de oferta limitada, al alza y pública.
- El martillero público adjudicará el bien al postor que realice la postura más alta, luego de un doble anuncio de la misma, concluyendo la diligencia de remate judicial.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645". En: *Proceso civil práctico*, vol. VII-A, Sendra Vicente (dir.). Madrid: La Ley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Vallis Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELL, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El remate constituye un acto formal por lo que el objeto del mismo debe ser expresamente indicado, caso contrario, deviene en nulo e inexistente el acto y el acto de remate (*Exp. N° 2290-98-Lima*).

La diligencia de remate, por su naturaleza formal debe efectuarse en un solo acto, no pudiendo suspenderse por ningún motivo a menos que las partes lo soliciten, resolviéndose en decisión motivada. Cualquier acto que lo perturbe debe constar en la misma acta, si la suspensión se deba a causa de fuerza mayor insuperable (*Exp. N° 98-20798-2466-Lima*).

La omisión de adjuntar la tasa judicial para participar en remate de bienes muebles o inmuebles no invalida el acto de remate. Pues no se encuentra previsto como tal. Dichas tasas no deben ser devueltas a los interesados y deben permanecer en el expediente (*Exp. N° 98-40283-3311-Lima*).

**Artículo 738**

**Acta de remate**

*Terminado el acto del remate, el secretario de juzgado o el martillero, según corresponda, extenderá acta del mismo, la que contendrá:*

- 1. Lugar, fecha y hora del acto;*
- 2. Nombre del ejecutante, del tercero legitimado y del ejecutado;*
- 3. Nombre del postor y las posturas efectuadas;*
- 4. Nombre del adjudicatario; y,*
- 5. La cantidad obtenida.*

*El acta será firmada por el juez, o, en su caso, por el martillero, por el secretario de juzgado, por el adjudicatario y por las partes, si están presentes.*

*El acta de remate se agregará al expediente.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 737.*

---

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario establece que deberá dejarse constancia del acto de remate a través de una acta –denominada acta de remate–, señalándose los requisitos que debe contener dicha acta.

Esta acta puede ser escrita a mano o tipeada a través algún medio electrónico (por computadora) ya que la norma no hace mención a la formalidad que debe seguirse al respecto.

La finalidad del acta de remate es garantizar que los términos en que se dio el remate y su resultado no sean cambiados o posteriormente corregidos con el fin de causar perjuicio a alguna de las partes –ejecutante o ejecutado–, terceros apercibidos al proceso –acreedores no ejecutantes o terceros con legítimo interés– o al adjudicatario, es decir, sirve el documento como garantía de respaldo de los acontecimientos sucedidos en el acto de remate.

En la actual regulación de nuestro proceso de ejecución –denominado proceso único de ejecución–, solo los martilleros públicos pueden llevar adelante los remates judiciales, y como excepción cabe la posibilidad que el juez lleve a cabo el remate en caso de que en dicha localidad no haya martillero público hábil (art. 731 del CPC).

Por ello, si no es el martillero público quien realiza el acta de remate, será el juez y no como señala la norma que será el secretario del juzgado.

A continuación, procederemos a señalar cada uno de los requisitos que debe contener el acta de remate y que están señalados en el artículo que comentamos.

## **2. EL LUGAR, FECHA Y HORA DEL ACTO**

El remate judicial es una actuación judicial de carácter público, el cual debe realizarse en un lugar físico, este lugar debe tener la logística suficiente para que se lleve a cabo el remate judicial sin contratiempos, como por ejemplo ser un lugar amplio a fin de que puedan entrar todos los postores o tener en dicho lugar equipo logístico como una computadora e impresora para la elaboración del acta de remate, etc.

Por ello, el remate judicial se llevará a cabo en un lugar físico previamente establecido, y como la participación en el remate es presencial (salvo el remate Judicial Electrónico), los postores y las partes (incluidos los terceros) tienen que tener conocimiento con antelación del lugar, el día y la hora en que se efectuará la subasta pública, dicho lugar, fecha y hora debe coincidir con el que se colocará en el acta de remate luego de celebrada la subasta judicial.

Entonces los datos contenidos en el aviso de remate acerca del lugar, la fecha y hora del remate deben coincidir con los datos que consignará el martillero público en el acta de remate, de lo contrario el remate deviene en nulo porque se vulneraría la publicidad de dicho acto, al cambiarse inesperadamente y sin el conocimiento –oportuno– de los postores.

Por ello, tanto el lugar, la fecha y hora del remate que estuvieron consignados en el aviso del remate deben de respetarse al momento de la celebración del mismo, de lo contrario, el juez deberá autorizar al martillero público para que re programe la diligencia y se cumpla con la publicidad del remate (art. 733 del CPC).

## **3. NOMBRE DEL EJECUTANTE, DEL TERCERO LEGITIMADO Y DEL EJECUTADO**

El legislador ha señalado que en el aviso de remate se deben colocar los nombres de las partes y de los terceros legitimados, es decir, en el aviso de remate se deberá colocar tanto el nombre de ejecutante como del ejecutado, además de los terceros que estén apersonados al proceso y el juez haya aceptado su intervención como tales, como por ejemplo los acreedores no ejecutantes, aquellos propietarios de los bienes a rematarse que lo adquirieron cuando el proceso de ejecución ya estaba instaurado, los ocupantes (en caso de tratarse de remate de bienes inmuebles), etc.

Así también lo estipula para el caso del acta del remate, ello se debe básicamente a que si se trata de un proceso judicial, quienes han participado en él debieron tener conocimiento de quiénes son las partes del mismo, y además que otras personas han intervenido en él.

En nuestra opinión, la falta de colocar el o los nombres de los terceros apersonados al proceso en el acta de remate (así como en el aviso de remate) no viciaría la subasta judicial porque no vulneraría su derecho de defensa, por cuanto, ellos conocen de las actuaciones del proceso porque ya están apersonados al mismo, y su intervención ha sido aceptada por el juez con lo cual su derecho de defensa estará plenamente protegido.

Además el acta de remate les será puesta a conocimiento por el juez una vez que dicho documento sea agregado al expediente, máxime si estos pueden ingresar y presenciar el remate al ser público.

#### **4. NOMBRE DEL POSTOR Y LAS POSTURAS EFECTUADAS**

El nombre de los postores y las posturas efectuadas son datos que no se encontrarán en el aviso de remate, ello es evidente porque se tendrá conocimiento de los postores y las posturas que estos efectúen una vez que se lleve a cabo el remate judicial y no antes.

Aquí el legislador pretende que el martillero público sea lo más transparente en su función, es decir, deberá consignar a todos los postores intervinientes en el remate y las posturas que efectúen a fin de verificar que fue la postura más alta que se ofreció por el bien la que dio mérito para que el martillero otorgue la adjudicación.

Es decir, a través de este requisito del acta de remate el legislador promueve que el martillero público tendrá el deber de adjudicar el bien objeto de remate al postor que efectúe la postura más alta, y la consignación de las posturas efectuadas por los otros postores será la garantía de tal hecho.

En caso de existir un solo postor, no será necesario este requisito y pensar lo contrario sería absurdo e ilógico, aunque han existido casos en que se ha declarado nulo algún remate por la falta de este requisito en caso de un solo postor.

#### **5. NOMBRE DEL ADJUDICATARIO Y LA CANTIDAD OBTENIDA**

Resulta un requisito esencial que en el acta de remate se consigne el nombre del adjudicatario y la cantidad por el cual se adjudicó el bien o bienes en el remate judicial.



Esto es así porque el juez tendrá que verificar que quien se haya adjudicado haya intervenido como postor, debiendo cumplir con los requisitos para ser considerado como tal en el remate, y además se podrá verificar que la postura efectuada que originó se le adjudique el bien, es la mayor respecto a las demás posturas efectuadas por los otros postores.

## 6. ACTA DE REMATE FORMARÁ PARTE DEL EXPEDIENTE

En el artículo bajo comentario también se señala que el acta de remate será suscrita por el juez o martillero, por el secretario del juzgado, por el adjudicatario, y por las partes si están presentes.

Entendemos que es el martillero público el único que suscribirá el acta de remate y no el juez ni el secretario del juzgado (salvo el juez solo en el caso que este haya llevado a cabo el remate), además la suscribirá el adjudicatario en señal de conformidad, las partes y terceros podrían firmar el acta si están presentes, pero en caso de estar presentes y no querer firmar el acta, dicha omisión no viciará el remate.

Dicha acta se insertará al expediente judicial y será puesta a conocimiento de los intervinientes en el proceso de ejecución, no como acto de notificación del remate, porque el remate ya fue llevado a cabo y fue público.

## 7. CONCLUSIONES

- La finalidad del acta de remate es garantizar que los términos en que se dio el remate y su resultado no sean cambiados o posteriormente corregidos con el fin de causar perjuicio a alguna de las partes –ejecutante o ejecutado–, terceros apersonados al proceso –acreedores no ejecutantes o terceros con legítimo interés– o al adjudicatario.
- Los datos contenidos en el aviso de remate acerca del lugar, la fecha y hora del remate deben coincidir con los datos que consignará el martillero público en el acta de remate, de lo contrario el remate deviene en nulo porque se vulneraría la publicidad de dicho acto.
- La falta de colocar el o los nombres de los terceros apersonados al proceso en el acta de remate (así como en el aviso de remate) no viciaría la subasta judicial porque no vulneraría su derecho de defensa.
- El martillero deberá consignar obligatoriamente en el acta de remate a todos los postores intervinientes en el remate y las posturas que efectúen a fin de verificar que fue la postura más alta que se ofreció por el bien la que dio mérito para que el martillero otorgue la adjudicación.

- Es un requisito esencial que en el acta de remate se consigne el nombre del adjudicatario y la cantidad por el cual se adjudicó el bien o bienes en el remate judicial porque el juez podrá que verificar que quien se haya adjudicado haya intervenido como postor, debiendo cumplir con los requisitos para ser considerado como tal en el remate, y además se podrá verificar que la postura efectuada que originó se le adjudique el bien, es la mayor respecto a las demás posturas efectuadas por los otros postores.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cor-dón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho Procesal Civil. Ejecución for-zosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecu-ción civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si en la diligencia de remate se ha consignado que dicha parcela se encuentra ubicada en la Rama de Vala, cuando en realidad se ubica en callejón de la Rama de Cala, debe tenerse pre-sente lo establecido en el artículo 209 del Código Civil. El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, objeto o el acto designado (*Exp. N° 883-2000-Lima*).

**Artículo 739****Transferencia de inmueble y destino del dinero obtenido**

*En el remate de inmueble el juez ordenará, antes de cerrar el acta, que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día.*

*Depositado el precio, el juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto que contendrá:*

- 1. La descripción del bien;*
- 2. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre este, salvo la medida cautelar de anotación de demanda; se cancelará además las cargas o derechos de uso y/o disfrute, que se hayan inscrito con posterioridad al embargo o hipoteca materia de ejecución.*
- 3. La orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento.*  
*Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución; y*
- 4. Que se expidan partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación (\*).*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 740, 744.*

***Percy Howell Sevilla Agurto*****1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula el contenido de lo que en la práctica denominamos auto de transferencia o de adjudicación.

Esta norma solo es aplicable para el caso de la adjudicación de bienes inmuebles, además parte del título de la misma resulta ser equivocado, ello porque aquí no se regula el destino del dinero obtenido con el remate judicial del inmueble afectado a favor del ejecutante, en esta norma solo se detalla el contenido del auto que emitirá el juez en caso de que el adjudicatario cumpla con cancelar la totalidad del precio del bien dentro del plazo establecido por la norma, de lo contrario el remate será nulo y se tendrá que convocar a uno nuevo.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069 del 28/06/2008.

A continuación analizaremos el artículo extensamente con la finalidad de que los operadores jurídicos puedan comprender la idea del legislador respecto a los remates judiciales de inmuebles y sus implicancias.

## 2. LA CANCELACIÓN DEL VALOR DE ADJUDICACIÓN

Para que el juez pueda emitir el auto de transferencia, previamente el adjudicatario tendrá que haber cancelado la totalidad del monto por el cual se adjudicó el inmueble.

Esto podría darse en el mismo remate, luego de que el postor entregue su oblaje (art. 735 del CPC) y una vez que el martillero lo declara como adjudicatario. En caso de tener el saldo podría entregárselo en dicho acto, y esto deberá ser consignado por el martillero público en el acta de remate.

Lo usual es que el adjudicatario de un inmueble a través del remate judicial, presente su oblaje y luego que es declarado adjudicatario al ser su postura efectuada la mayor con respecto de los otros postores, dentro del plazo de tres días posteriores al remate abone el saldo, es decir, lo consigne a nombre del juzgado en el Banco de la Nación.

Respecto a este punto había discusión acerca de si el plazo señalado en la norma se aplicaba respecto al escrito adjuntando la consignación del saldo por el monto adjudicado del inmueble, o si este plazo se refiere únicamente a cumplir dentro de los tres días posteriores al remate con la cancelación del saldo y comunicar al juzgado con posterioridad dicha cancelación.

En nuestra opinión, la segunda opción es la correcta, es decir, el plazo estipulado en este artículo se aplica para el cumplimiento de la cancelación del saldo del monto de adjudicación y no para la comunicación al juzgado de dicha cancelación, ergo, el adjudicatario podrá comunicar al juzgado al cuarto o quinto día de celebrado el remate que ha cumplido con la cancelación del monto por el cual se adjudicó el inmueble, pero dicha cancelación deberá ser dentro del tercer día hábil luego del remate, de lo contrario el remate será declarado nulo (art. 741 del CPC).

Ahora bien, podría darse el caso que el adjudicatario cancele el saldo en partes, por ejemplo que en el primer día posterior al remate deposite una cantidad, al segundo día otra cantidad y al tercer día complete lo que faltaba para cancelar el monto de adjudicación (incluido el oblaje), en dicho supuesto también habrá de entenderse que se ha dado cumplimiento al plazo establecido en el dispositivo legal objeto de estudio.

Además, debemos señalar que la regla es que el martillero público lleve a cabo los remates judiciales, por tanto, será este quien antes de cerrar el acta de remate ordenará al adjudicatario que deposite el saldo dentro del tercer día, y como excepción será el juez en aquellos casos donde este celebre el remate (art. 731 del CPC).

Por último, hay quienes señalan que recién con el auto de transferencia emitido por el juez se declara la adjudicación, al respecto se ha dicho lo siguiente:

“A pesar de que el remate se realizará por intervención del martillero, quien declara la adjudicación del bien, al mejor postor, la transferencia sigue siendo un acto judicial. Levantada el acta luego de terminado el remate, se remite al juez para que este declare la transferencia del inmueble, una vez consignado el saldo. Este es un momento preclusivo e importante porque la venta se convierte en irrevocable y el ejecutado ya no puede liberar el bien cancelando, la obligación principal y los gastos procesales” (LEDESMA, 2008: p. 616).

En nuestra opinión ello no es así, el martillero declara la adjudicación y el cumplimiento de la cancelación del saldo del monto de adjudicación podría considerarse como una condición resolutoria de la venta, en efecto, si consideráramos que solo después de pagado el saldo se da la adjudicación, entonces habría que preguntarnos ¿por qué el legislador sanciona con nulidad el remate?, evidentemente porque el remate existió y la adjudicación también por ser parte del mismo (remate).

Esto es de suma importancia, porque si optamos por la posición que la adjudicación recién se da cuando se cancela el saldo, entonces los ejecutados o terceros con legítimo interés podrían dejar sin efecto el remate (y adjudicación) del inmueble cancelando el monto de afectación hasta antes de la cancelación del saldo por parte del adjudicatario lo que originaría una suerte de inseguridad jurídica para aquellas personas que quieren participar en los remates judiciales como postores y posibles adjudicatarios.

La posibilidad de los ejecutados o terceros con legítimo interés de cancelar la totalidad del crédito (capital más intereses), las costas y costos procesales es hasta antes del remate, luego de celebrado el mismo y exista adjudicación del inmueble en dicho acto, habrá precluido la posibilidad de ellos de liberar al bien.

### 3. LEVANTAMIENTO DE GRAVÁMENES Y CARGAS

El dispositivo legal objeto de estudio señala que el juez al emitir el auto de transferencia en el caso de adjudicación de bienes inmuebles, ordenará que se deje sin efecto todo gravamen que pesa sobre el bien, salvo la medida cautelar de anotación de demanda; se cancelará además las cargas o derechos de uso y/o disfrute, que se hayan inscrito con posterioridad al embargo o hipoteca materia de ejecución.

Entendemos que el legislador al optar por esta solución ha pretendido promover e impulsar la participación de las personas en los remates judiciales, en especial en el remate judicial de inmuebles.

En efecto, quien adquiere un inmueble a través del remate judicial lo adquirirá sin gravámenes así estos sean de fecha anterior al gravamen por el cual se remata el bien –no decimos se ejecuta el bien, porque lo que se ejecuta en el proceso de ejecución es la obligación y no el bien–, además también serán levantadas las cargas y/o derecho de disfrute o uso, que sean posterior al gravamen por el cual se remata el bien.

En el supuesto que existe alguna carga, derecho de disfrute o derecho de uso inscrito sobre el inmueble anterior al gravamen por el cual se remata el bien, pues dicha anotación no será levantada y el adjudicatario deberá respetar dicho derecho o asumir la responsabilidad por la carga.

En ese orden de ideas, en caso de que se inscriba un arrendamiento con posterioridad al gravamen por el cual se remata el bien, el mismo será levantado por la orden del juez, si el arrendamiento fue inscrito con anterioridad, entonces no procederá su levantamiento y el adjudicatario deberá respetar el derecho del arrendatario.

Por otro lado, en el supuesto del levantamiento de gravámenes, si los acreedores no ejecutantes ya están apersonados al proceso, pese a que se levantan sus afectaciones (gravámenes) el juez deberá respetar su derecho de crédito de acuerdo al orden de preferencia (art. 747 del CPC), y en el supuesto que el acreedor no ejecutante no se haya apersonado se deberá respetar su derecho si su apersonamiento es anterior a la conclusión de la ejecución forzada –la que se da con la adjudicación en pago, el pago con el producto del remate al ejecutante o con las otras formas de extinción de las obligaciones– caso contrario habrá perdido la preferencia (en caso de tenerla) de su crédito.

#### **4. ENTREGA DE BIEN BAJO APERCIBIMIENTO DEL LANZAMIENTO**

El legislador posibilita que el adjudicatario pueda tomar posesión del bien que adquirió vía remate judicial, ya sea a través de la entrega por parte del ejecutado, administrador judicial o los terceros ocupantes del inmueble; o, a través del lanzamiento (art. 593 del CPC), es decir, a través de la fuerza pública.

Esto también indica que el legislador ha pretendido promover e impulsar la participación de las personas en los remates judiciales, en especial en el remate judicial de inmuebles, ya que posibilita al adjudicatario a que a través del mismo

proceso donde se remate el bien, el juez pueda ordenar la toma de posesión ya sea de forma pacífica (entrega) o a través de la fuerza pública (lanzamiento).

El plazo establecido para que se entregue el inmueble es de diez días, bajo el apercibimiento de procederse al lanzamiento, este plazo difiere del de un proceso de desalojo, en el cual se otorga seis días (art. 592 del CPC), esto se explica porque en el proceso de ejecución no se ha discutido el derecho del tercero poseedor cuestión que sí se puede discutir en el proceso de desalojo.

La complicación de esta norma radica en que señala que para que pueda ordenarse el lanzamiento contra los terceros ocupantes del inmueble deberán ser notificados con el mandato ejecutivo —prescindimos del mandato ejecución porque al ser proceso único de ejecución el juez solo expide mandato ejecutivo (art. 690-C del CPC).

En efecto, en los procesos de ejecución de prestaciones dinerarias donde se obtiene garantías judiciales (embargos) a través de medidas cautelares —anterior o dentro del proceso—, el mandato ejecutivo no es notificado a los terceros ocupantes del inmueble embargado, ya que únicamente se notifica dicho auto a los ejecutados en el domicilio consignado en el título ejecutivo y que puede o no coincidir la dirección con el del inmueble embargado, en dicho supuesto, ¿sería posible lanzar a los terceros ocupantes?

Aunado a ello, en los procesos de ejecución de prestaciones dinerarias donde se cuenta con garantías extrajudiciales (en este caso hipotecas) sobre inmuebles, la misma ley obliga a que el mandato ejecutivo se notifique a los ocupantes (art. 720 del CPC), pero sucede que en muchas ocasiones el asistente de notificaciones del juzgado omite elaborar la cédula de notificación del mandato ejecutivo para los terceros ocupantes, ¿sería posible lanzar a los terceros ocupantes?

En ambos casos consideramos que sí es posible que se ordene el lanzamiento contra los terceros ocupantes del inmueble pese a que no fueron notificados con el mandato ejecutivo, siempre y cuando sean notificados con los actos de la ejecución forzada, esto porque los terceros ocupantes no tienen nada que decir respecto del crédito impago y que origina el proceso de ejecución —no pueden cuestionar el crédito y/o el título ejecutivo—, pero sí tienen interés en la ejecución forzada, ya que la misma puede terminar en afectar sus derechos (específicamente posesión).

Siendo esto así, no debería considerarse que se deba notificar a los terceros ocupantes del inmueble con el mandato ejecutivo para que proceda el lanzamiento contra estos, sino con los actos de la ejecución forzada como, por ejemplo, el auto que nombra los peritos o convoca a remate, la fecha de remate, el auto de transferencia, etc.

## 5. EXPEDICIÓN DE PARTES JUDICIALES

Este artículo culmina señalando que el juez en el auto de transferencia además ordenará la emisión de los partes judiciales para la inscripción en el registro respectivo de la adjudicación, los que contendrán la transcripción del acta de remate y el auto de adjudicación.

De esta forma se formalizará la adquisición de la propiedad del inmueble a favor del adjudicatario, inscribiéndose en los Registros Públicos su propiedad, un requisito adicional que no señala la norma es que el adjudicatario debe pagar la tasa judicial por saneamiento y expedición de partes judiciales para inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble del bien rematado, la cual equivale al uno por ciento del valor de adjudicación –bastante alto el monto de la tasa judicial, diríamos hasta desproporcional–.

Pese a que las apelaciones en la etapa de ejecución forzada son concedidas sin efecto suspensivo, la mayoría de los jueces no expiden los partes judiciales si el auto de transferencia no ha quedado consentido o ejecutoriado, inclusive algunos jueces no expiden los partes judiciales –pese a que el auto de transferencia está consentido o ejecutoriado– si existe alguna apelación pendiente que podría hacer devenir en nulo el remate o exista algún pedido de nulidad (dilatorio) que ataca el remate judicial.

Entendemos que los jueces tienen el deber de salvaguardar los derechos de las partes y terceros que puedan verse afectados con sus decisiones, por ello, en el supuesto que no esté consentido o ejecutoriado el auto de transferencia la emisión de los partes se torna difícil, pero si dicho auto ya se encuentra firme –pese a que existan otras resoluciones apeladas o pedidos de nulidad– el juez debería emitir los partes judiciales porque, de lo contrario, no se podría establecer en que momento los podrá emitir (no existe plazo en nuestro ordenamiento para pedir nulidades sobre todo si el juez las puede declarar de oficio).

Por último debemos señalar que en el parte judicial para inscribir la adjudicación de un inmueble se estila adjuntar copia certificada de los siguientes actos procesales: auto de transferencia, resolución que declara consentida o tiene como ejecutoriada el auto de transferencia y el acta de remate, y el registrador debería proceder a la inscripción, aunque en la práctica exigen que se adjunte copia certificada del impuesto de alcabala y otros, lo que evidencia la renuncia por parte del Registrador Público a cumplir la orden del juez.

## 6. CONCLUSIONES

- En este artículo no se regula el destino del dinero obtenido con el remate judicial del inmueble afectado a favor del ejecutante.



- En el caso de bienes inmuebles, para que el juez pueda emitir el auto de transferencia, previamente el adjudicatario tendrá que haber cancelado la totalidad del monto de adjudicación en el plazo de tres días hábiles posteriores al remate, sin importar si la comunicación al juzgado es posterior.
- No debería considerarse que se deba notificar a los terceros ocupantes del inmueble con el mandato ejecutivo para que proceda el lanzamiento contra estos, sino con los actos de la ejecución forzada.
- Para inscribir la adjudicación de un inmueble rematado judicialmente se debe adjuntar copia certificada de los siguientes actos procesales: auto de transferencia, resolución que declara consentida o tiene como ejecutoriada el auto de transferencia y el acta de remate.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Gaceta Jurídica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DIEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): "Art. 637". En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol. 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La recurrente cuestiona la resolución de vista que ha confirmado la resolución número veinticinco, en el extremo que resuelve adjudicar el inmueble materia de ejecución al adjudicatario, y cursa los partes a Registros Públicos y notifica a los ejecutantes y ocupantes del bien adjudicado para que en el plazo de diez días desocupen el inmueble bajo apercibimiento de lanzamiento; resolución que evidentemente no pone fin al proceso; en consecuencia, la resolución cuestionada en casación no es susceptible de ser revisada en esta sede, por lo que debe ser rechazado el recurso de su propósito (*Cas. N° 2870-2012-Piura*).

**Artículo 740**

**Transferencia de mueble y destino del dinero obtenido**

*En el remate de mueble el pago se efectúa en dicho acto, debiendo entregarse de inmediato el bien al adjudicatario.*

*El importe del remate se depositará en el Banco de la Nación, a la orden del juzgado, a más tardar el día siguiente de realizado, bajo responsabilidad.*

*Tratándose de bien mueble registrado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 739 en lo que fuera pertinente.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 739.*

---

*Percy Howell Sevilla Agurto*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario regula la transferencia de los bienes muebles rematados judicialmente, en cuanto al destino del dinero obtenido producto del remate, el martillero deberá consignarlo en el Banco de la Nación a la orden del juzgado y será este quien determine el destino del dinero (art. 747 del CPC), por tanto, en esta norma solo se regula la formalización de la transferencia del bien mueble rematado judicialmente.

Como la misma norma señala el martillero público tiene el deber de consignar el dinero obtenido producto del remate judicial de los bienes muebles, máximo al día siguiente hábil de realizado la subasta, de hacerlo posteriormente podría ser sancionado por el juez por ejemplo con una multa o se oficie a la Sunarp a fin de poner en conocimiento la conducta del martillero público y sea sancionado por dicho organismo, pero el remate seguirá siendo válido.

A continuación analizaremos las diferencias de la transferencia de los bienes muebles con los inmuebles, así como las particularidades que tiene la transferencia de estos bienes (muebles) en el proceso de ejecución.

**2. LA TRANSFERENCIA DE LOS BIENES MUEBLES REMATADOS JUDICIALMENTE**

La norma objeto de comentario hace una distinción en cuanto a la transferencia de los bienes muebles registrados como no registrados, situación esta que no se da en el supuesto de la transferencia –vía remate judicial– de los bienes

inmuebles (art. 739 del CPC), donde el legislador –entendemos– considera que todos los inmuebles deben estar registrados, cuestión que en la realidad no es así.

Sea bien mueble registrado o no, dicho bien deberá ser entregado al adjudicatario al finalizar el remate judicial, ya que en ese momento deberá pagar la totalidad del monto de adjudicación, esto es otra diferencia con la transferencia de los bienes inmuebles rematados judicialmente donde el adjudicatario tendrá el plazo de tres días hábiles para consignar el saldo del monto por el cual se adjudicó el bien (art. 739 del CPC), además, aquí para tomar posesión existe un requerimiento previo, bajo el apercibimiento de tomar la posesión a través del lanzamiento.

Se explica que para el remate de los bienes muebles el legislador haya establecido que el pago por el bien se realiza en el acto de remate y no le otorga un plazo adicional luego del mismo (remate) –como sucede en el remate de bienes inmuebles– porque se aplica aquel criterio donde se señala que los bienes muebles tienen un menor costo que los bienes inmuebles, por tanto, es más accesible para los postores poder pagar el monto total en el acto de remate adjudicado que sea el bien mueble.

Adicionalmente a ello, se explica también que los bienes muebles (registrados o no), sean entregados al adjudicatario culminado el acto de remate, por cuanto, dichos bienes están ubicados en el lugar donde se realiza el remate (la anterior redacción del artículo 731 del CPC, así lo disponía y pese a que ahora no existe norma que señale ello, deberá llevarse a cabo el remate de bienes muebles tomando en consideración la norma derogada), mientras que en el caso de los bienes inmuebles, el bien no está en posesión del ejecutante sino que está en posesión del ejecutado o del administrados judicial o de los terceros ocupantes.

Por último, podemos afirmar que en el supuesto del remate de bienes muebles no registrados como, por ejemplo, joyas, relojes, computadoras, etc., su entrega será inmediata y no necesitará expedirse partes judiciales, es decir, no existirá un auto de transferencia emitido por el juez, sino que la sola acta de remate será el documento donde se acredite la transferencia del bien mueble.

### **3. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 739 DEL CPC PARA BIENES REGISTRADOS**

Este artículo culmina señalando que en el supuesto que el bien mueble rematado judicialmente sea uno registrado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 739 del CPC, en lo que sea aplicable. Es decir, ante dicho supuesto esta norma nos remite a otra con la cual debemos concordarla e interpretarla.

El juez entonces deberá emitir un auto –no es auto de transferencia o adjudicación– en el cual hará mención a que el bien mueble registrado (por ejemplo, un vehículo automotor) ha sido transferido vía remate judicial y dicho auto deberá contener la descripción del bien, la orden que deja sin efecto todo gravamen que recaiga sobre el bien mueble, además de las cargas o derechos de uso y/o disfrute que se hayan inscrito con posterioridad al embargo o garantía mobiliaria que afecta al bien mueble y ha originado que sea rematado judicialmente (no decimos embargo o garantía mobiliaria materia de ejecución porque los derechos reales no se ejecutan, lo que se ejecutan son las obligaciones o prestaciones), además ordenará la emisión de los partes judiciales para la inscripción en el registro respectivo de la adjudicación, los que contendrán la transcripción del acta de remate (auto de adjudicación no porque no será emitido para el caso de bienes muebles).

De esta forma se formalizará la adquisición de la propiedad del mueble a favor del adjudicatario, inscribiéndose en los Registros Públicos su propiedad, un requisito adicional que no señala la norma es que el adjudicatario deberá pagar la tasa judicial por expedición de partes judiciales para inscripción preventiva y definitiva de solicitudes en procesos contenciosos y no contenciosos, la misma que actualmente tiene como valor S/ 38.50, diferenciándose del supuesto de la expedición de partes para la inscripción de la adjudicación de bienes inmuebles donde se deberá pagar el arancel judicial por saneamiento y expedición de partes judiciales para inscripción en el registro de propiedad inmueble del bien rematado, la cual equivale al uno por ciento del valor de adjudicación –bastante alto el monto de la tasa judicial, diríamos hasta desproporcional–.

#### 4. CONCLUSIONES

- El martillero público tiene el deber de consignar el dinero obtenido producto del remate judicial de los bienes muebles, máximo al día siguiente hábil de realizado la subasta, de hacerlo posteriormente podría ser sancionado por el juez –por ejemplo con una multa– o se oficiará a la Sunarp a fin de poner en conocimiento la conducta del martillero público y sea sancionado por dicho organismo.
- Sea el bien mueble (objeto de remate judicial) registrado o no, dicho bien deberá ser entregado al adjudicatario al finalizar la subasta, ya que en ese momento deberá pagar la totalidad del monto de adjudicación.
- En el supuesto del remate judicial de bienes muebles no registrados como por ejemplo joyas, relojes, computadoras, etc., su entrega será inmediata y no necesitará expedirse partes judiciales, es decir, no existirá un auto de transferencia emitido por el juez, sino que la sola acta de remate será el documento donde se acredite la transferencia del bien mueble.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Si bien las cambiales se emitieron en razón de la compraventa del vehículo, el mismo que ha sido objeto de remate y adjudicación, el saldo impago existente, carece de sustento dado que el bien objeto de la venta ya no pertenece al comprador, pues no existe dentro de su esfera patrimonial (*Exp. N° 01-99-Lima*).

**Artículo 741 Incumplimiento del adjudicatario**

*Si el saldo de precio del remate del inmueble no es depositado dentro del plazo legal, el juez declarará la nulidad del remate y convocará a uno nuevo.*

*En este caso, el adjudicatario pierde la suma depositada, la que servirá para cubrir los gastos del remate frustrado y la diferencia, si la hubiere, será ingreso del Poder Judicial por concepto de multa.*

*Queda a salvo el derecho del acreedor para reclamarle el pago de los daños y perjuicios que se le hayan causado.*

*El adjudicatario queda impedido de participar en el nuevo remate que se convoque.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 34, 743.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula las consecuencias jurídicas (son varias) del incumplimiento por parte del adjudicatario de cancelar el saldo en los remates judiciales de bienes inmuebles.

Además refiere que el acreedor tiene el derecho para reclamarle al adjudicatario que no cumplió con cancelar el precio del bien, el pago de daños y perjuicios.

Siendo esto así, consideramos que a esta norma le falta precisión ya que, por ejemplo, al adjudicatario se le sanciona con la pérdida de su oblate, el mismo que servirá para cancelar los gastos del remate frustrado, habría que preguntarnos ¿qué conceptos abarcan los gastos del remate frustrado?, además la norma señala que en caso de existir diferencia, dicho monto será ingreso para el Poder Judicial por concepto de multa ¿acaso la multa no la debe fijar el juez atendiendo a la conducta contraria a derecho de las partes, terceros u órganos de auxilio judicial?, ¿por qué debe beneficiarse el Poder Judicial y mejor no se optó porque dicha diferencia sea entregada al ejecutante como intereses, costas o costos del proceso?

Otro punto que resulta ambiguo es aquel que señala que el acreedor puede reclamarle el pago de daños y perjuicios que se le haya causado el adjudicatario por no cancelar el precio del monto por el cual se adjudicó el bien inmueble, dicho reclamo será como una pretensión autónoma de indemnización por daños y perjuicios a través de un proceso de cognición o puede dicho reclamo conducirse como un incidente dentro del proceso de ejecución ya instaurado.

Por último, tenemos la sanción al adjudicatario que al incumplir con el pago del saldo del monto de la adjudicación del bien inmueble no podrá participar en el nuevo remate que se convoque.

Si esto así, la duda que tenemos es ¿el adjudicatario que incumplió podrá participar en el remate en segunda o tercera convocatoria en caso el nuevo remate en primera convocatoria sea declarado desierto por falta de postores?

Como podemos observar la norma es ambigua en varios puntos, a continuación procederemos a realizar el análisis de cada una de las interrogantes con la finalidad de absolverlas y puedan ser consideradas por cualquier operador jurídico.

## 2. LOS GASTOS CUBIERTOS POR EL OBLAJE

Una de las consecuencias jurídicas que establece la norma objeto de comentario radica en que el oblaje entregado se pierde y será aplicado a los gastos del remate frustrado, es decir, los gastos realizados en el remate que ha sido declarado nulo por el juez.

Estos gastos abarcan el pago de las publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales, el pago al martillero público que deberá ser fijado por el juez (máximo 1 URP), los gastos de aranceles judiciales (exhortos y diligencia fuera del local del juzgado) y cédulas de notificación luego del auto que convoca a remate hasta el remate, los gastos realizados en el pegado del aviso en el inmueble, y cualquier otro gasto desde el auto de convocatoria hasta el remate realizado por el ejecutante, y que estén directamente relacionados con la diligencia de remate.

No se aplicará a los gastos del arancel de convocatoria a remate y tampoco al pago de los honorarios de los peritos designados por el juez que tasaron el inmueble (en caso de ser valor de tasación y no convencional), debido a que estos gastos han sido realizados para el remate judicial, y este será nuevamente realizado, por tanto, son gastos que surtirán efectos prácticos ya que el remate se llevará a cabo nuevamente, mientras que los gastos por el remate frustrado ya no surtirán efectos porque el remate fue declarado nulo.

Se justifica esta sanción porque estos gastos deben ser asumidos por quien ocasionó la nulidad del remate, cuestión que hace devenir en inútiles dichos gastos, por ende, ejecutante ni ejecutado deben asumir los mismos.

Además debe tenerse presente que la norma hace mención a que se pierde el oblaje, siendo que dicho depósito (oblaje) puede ser como mínimo el diez por ciento del valor de tasación o convencional del inmueble (art. 735 del CPC), pudiendo ser mayor dicho depósito, por tanto, podría darse el caso de que el adjudicatario

que no cumplió con pagar el saldo del precio del inmueble dentro del plazo de ley deposite una suma mayor al diez por ciento del valor de tasación o convencional, y será dicho monto el que pierda debiendo aplicarse a los gastos del remate declarado nulo.

### **3. SALDO DE OBLAJE SE APLICA COMO MULTA**

Otra de las consecuencias jurídicas que establece la norma objeto de comentario es que el saldo del oblaje luego de reembolsados los gastos del remate frustrado serán ingreso del Poder Judicial por concepto de multa.

Entendemos que las multas son aquellas sanciones contra las partes, terceros y órganos de auxilio judicial que su conducta es contraria al principio de buena fe procesal (art. 109 del CPC), las mismas son fijadas por el juez, es decir, el monto de las multas las establece el juez bajo los parámetros otorgados por la ley procesal y en proporcionalidad la conducta que se sanciona.

Si esto así, aquí nos encontramos ante una multa objetiva originada por el hecho de que el adjudicatario incumplió con cancelar el saldo del bien inmueble rematado judicialmente dentro del plazo de ley (art. 739 del CPC).

Además el monto de la multa también está fijado por la ley, el mismo que será el saldo del oblaje una vez que se hayan reembolsado los gastos del remate judicial declarado nulo, entonces, esta multa no cumple con los criterios básicos para establecer este tipo de sanciones.

Somos de la opinión que este saldo debe ser aplicado al crédito del ejecutante (intereses, costas o costos del proceso) porque este es el que tiene la pretensión ejecutiva de pago de dinero y además él asume los gastos por impulsar el proceso de ejecución, por ende, merece que su crédito sea pagado.

Además no se entiende por qué el Poder Judicial debe beneficiarse con este saldo si ya tiene grandes ingresos con los abismales aranceles judiciales que establece cada año.

### **4. EL DERECHO DEL ACREEDOR A SER INDEMNIZADO**

La norma objeto de comentario dispone que quedará a salvo el derecho del ejecutante para reclamar por los daños y perjuicios que considere le haya causado el adjudicatario que no cumplió con cancelar el monto por el cual se adjudicó el inmueble en el término de ley.



Lo primero que habría que dilucidar es si este reclamo sería una pretensión autónoma de indemnización por daños y perjuicios tramitada en un proceso de cognición distinto, o si por el contrario dicho reclamo podrá ser tramitado en el mismo proceso de ejecución como un incidente.

Algunos dirán que es obvio que la primera opción es la correcta porque el proceso de ejecución no es el cauce procesal adecuado para tramitar una pretensión de indemnización por daños y perjuicios, pero ello no es tan cierto.

En efecto veamos por ejemplo el supuesto de la ejecución de la contracautela, la misma se da en el mismo proceso donde se concedió la medida cautelar y no se tramita en proceso aparte, por tanto, sí es perfectamente posible que un reclamo como el dispuesto aquí sea tramitado como un incidente.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, consideramos que la postura del legislador es precisamente conceder al ejecutante (acreedor) el derecho de poder interponer su pretensión de indemnización por daños y perjuicios en un proceso de cognición donde tendrá la carga de probar los hechos en que sustentará su pretensión (deberá probar su causa petendi), es decir, tendrá que acreditar que la conducta del adjudicatario –no cumplir con cancelar el monto por el cual se adjudicó el inmueble en el remate judicial dentro del término de ley– le ha causado daños y lo ha perjudicado, además de acreditar la cuantificación de dichos daños.

Creemos que esta posibilidad que otorga la ley procesal al ejecutante debería ser derogada, porque –aunque en la práctica no se da cotidianamente– podría ocasionar que las personas tengan mucho recelo en participar en los remates de los inmuebles, es decir, espantaría a los postores.

En efecto, imaginemos que un adjudicatario cumple con hacer el pago del saldo al cuarto día hábil luego del remate, ello porque su abogado no lo asesoró de la forma correcta, la sanción que tendrá será perder la propiedad del bien (remate nulo), perder su oblaje, y además no podrá participar nuevamente en el remate.

Aunado a esas sanciones, ¿es proporcional que pueda ser demandado por el ejecutante por indemnización por daños y perjuicios?, pues evidentemente no, máxime si el remate volverá a llevarse a cabo y los gastos incurridos por el ejecutante le serán reembolsados con el oblaje.

## **5. IMPOSIBILIDAD DEL ADJUDICATARIO A PARTICIPAR EN EL NUEVO REMATE**

Como última consecuencia jurídica del incumplimiento del pago del saldo del bien inmueble adjudicado en el remate judicial por parte del adjudicatario, la norma señala que no podrá participar en el nuevo remate que se convoque.

La sanción es drástica, pero tiene como finalidad que ya no se vuelva a frustrar el nuevo remate, si esto es así, ¿el adjudicatario podrá participar en las convocatorias posteriores al nuevo remate?

Nos explicamos con el siguiente ejemplo, se llevó a cabo el remate de un inmueble, se adjudicó un postor pero este no cumplió con pagar el saldo del precio por el bien, el juez declara nulo el remate con las demás consecuencias jurídicas que dispone el artículo bajo comentario —entre ellas la imposibilidad del adjudicatario en participar en el nuevo remate—, se lleva a cabo el nuevo remate y es declarado desierto por falta de postores, entonces se realiza la segunda convocatoria a remate del inmueble.

De una interpretación literal de esta norma, el adjudicatario sí podría participar en la segunda convocatoria a remate, ello porque solo se ha dispuesto que él no podrá participar en el nuevo remate que se convoque, no en las posteriores convocatorias.

Pero si como hemos dicho, la finalidad de la sanción es que ya no se vuelva a frustrar el nuevo remate, debe entenderse que el legislador pretende que no se frustre el nuevo remate y además las posteriores convocatorias, una interpretación contraria vaciará de contenido el pensamiento del legislador, por ello el adjudicatario no podrá participar en la nueva convocatoria a remate y tampoco en las demás convocatorias posteriores.

## 6. CONCLUSIONES

- La norma objeto de comentario regula las consecuencias jurídicas (son varias) del incumplimiento por parte del adjudicatario de cancelar el saldo en los remates judiciales de bienes inmuebles.
- Los gastos que deberán ser reembolsados con el oblate son el pago de las publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales, el pago al martillero público que deberá ser fijado por el juez (máximo 1 URP), los gastos de aranceles judiciales (exhortos y diligencia fuera del local del juzgado) y cédulas de notificación luego del auto que convoca a remate hasta el remate, los gastos realizados en el pegado del aviso en el inmueble, y cualquier otro gasto desde el auto de convocatoria hasta el remate realizado por el ejecutante, y que estén directamente relacionados con la diligencia de remate.
- El saldo del oblate no debe ser considerado como una multa porque no cumple con los parámetros para que sea considerada como tal.

- El legislador concede al ejecutante (acreedor) el derecho de poder interponer su pretensión de indemnización por daños y perjuicios en un proceso de cognición donde tendrá la carga de probar los hechos en los que sustentará su pretensión (deberá probar su causa petendi), es decir, tendrá que acreditar que la conducta del adjudicatario –no cumplir con cancelar el monto por el cual se adjudicó el inmueble en el remate judicial dentro del término de ley– le ha causado daños y lo ha perjudicado, además de acreditar la cuantificación de dichos daños.
- El adjudicatario que no cumplió con cancelar el saldo del precio del inmueble rematado judicialmente no podrá participar en la nueva convocatoria a remate y tampoco en las demás convocatorias posteriores.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No obstante que con el remate, el acreedor adjudicatario ha adquirido la propiedad del bien, ello no lo exime de cancelar el crédito sobre el cual se constituyó la garantía real preferente. Si no aparece que el acreedor ejecutante, quien adquirió el bien hubiere hecho depósito de dinero alguno con el cual se pueda pagar previamente al acreedor preferente, mal podría cancelarse un gravamen preferente que no ha sido pagado. Ante un conflicto entre el derecho personal y real, el primero cede ante el real (*Exp. N° 605 99-Lima*).

**Artículo 742**

**Nuevas convocatorias**

*Si en la primera convocatoria no se presentan postores, se convoca a una segunda en la que la base de la postura se reduce en un quince por ciento.*

*Si en la segunda convocatoria tampoco se presentan postores, se convoca a una tercera, reduciendo la base en un quince por ciento adicional.*

*Si en la tercera convocatoria no hay postores, a solicitud del ejecutante podrá adjudicársele directamente el bien, por el precio base de la postura que sirvió para la última convocatoria, pagando el exceso sobre el valor de su crédito, si hubiere.*

*Si el ejecutante no solicita su adjudicación en el plazo de diez días, el juez sin levantar el embargo, dispondrá nueva tasación y remate bajo las mismas normas.*

*La segunda y tercera convocatoria se anunciará únicamente por tres días, si se trata de bien inmueble y por un día si el bien es mueble. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 731, 733 a 735, 736 inc. 1, 737 a 743.*

***Percy Howell Sevilla Agurto***

**1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula escuetamente las nuevas convocatorias a remate judicial que podrían originarse en el proceso de ejecución de prestaciones dinerarias.

Ya no será necesario que se presente el arancel judicial por concepto de convocatoria a remate para las nuevas convocatorias; lo que sí deberá adjuntarse al escrito en que se solicita la nueva convocatoria a remate será la copia literal o certificado registral inmobiliario en caso de remate de inmuebles y el certificado de gravamen en caso de muebles registrados.

A continuación pasaremos al análisis de cada una de las implicancias de las nuevas convocatorias a remate judicial.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27740 del 29/05/2002.

## **2. PRESUPUESTO PARA LAS NUEVAS CONVOCATORIAS: FALTA DE POSTORES**

Para que exista la posibilidad que en el proceso de ejecución de prestaciones dinerarias existan nuevas convocatorias a remate judicial, es necesario que en el remate en primera convocatoria no haya postores y ante tal situación el martillero público declarará desierto el remate judicial, lo mismo sucede si se pasa al remate en segunda convocatoria y sucede que tampoco participa ningún postor, el remate en segunda convocatoria será declarado desierto y se tendrá que pasar al remate en tercera convocatoria.

Siendo esto así, podemos señalar que la diligencia de remate en la que no hay postores será declarada desierta por los martilleros públicos, para que así el juez pueda pasar a convocar el siguiente remate.

El remate en el que no concurren postores es perfectamente válido y surte efectos, pero el mismo no ha cumplido su finalidad, la cual es la venta del bien (mueble o inmueble), por ello se proseguirá con la siguiente convocatoria hasta que pueda venderse judicialmente el bien, hasta la tercera convocatoria a remate y en caso también sea declarada desierta, el ejecutante podrá adjudicarse el bien como pago de su crédito y si no opta por ello se volverá a tasar judicialmente el bien y se volverá a rematar el bien nuevamente en primera convocatoria.

## **3. EL PRECIO BASE EN LAS SIGUIENTES CONVOCATORIAS**

Para tomar como referencia en el remate judicial existen dos valores que deben considerarse siempre, uno es el valor actualizado de tasación o convencional del bien a rematarse y el precio base con el cual se dará inicio a la etapa de pujas dentro del acto de remate.

El precio base del remate en primera convocatoria siempre será las dos terceras partes del valor actualizado de tasación o convencional (art. 736 inciso 1 del CPC).

En el supuesto que este remate en primera convocatoria sea declarado desierto por falta de postores se procederá al remate en segunda convocatoria.

El legislador entiende que el remate en primera convocatoria fue declarado desierto porque el precio base del bien a rematarse no sedujo a las personas para que participen como postores, y como ese es el motivo, el precio base en la segunda convocatoria debe bajar, así como también en la tercera convocatoria.

Por ello es que, en el remate en segunda convocatoria el precio base se reducirá en un quince por ciento del precio base del remate en primera convocatoria, y en caso el remate en segunda convocatoria también sea declarado desierto, se

llevará a cabo el remate en tercera convocatoria donde se reducirá el precio base en un quince por ciento del precio base del remate en segunda convocatoria.

#### **4. POSIBILIDAD DEL EJECUTANTE DE ADJUDICACIÓN EN PAGO DEL BIEN**

La norma objeto de comentario se coloca en el supuesto que no haya postores en el remate judicial en tercera convocatoria, es decir, el remate en tercera convocatoria se declarado desierto por el martillero público ante la falta de postores.

Si sucede ello, el ejecutante tiene el derecho de adjudicarse el bien (mueble o inmueble) directamente (adjudicación en pago o compensación de obligaciones) por el precio base del remate en tercera convocatoria.

En caso el precio base del remate judicial en tercera convocatoria sea mayor a la obligación puesta a cobro en el proceso de ejecución, el ejecutante deberá pagar el exceso, la norma aquí no ha establecido plazo, pero entendemos que deberá ser no mayor a tres días hábiles conforme lo establece el artículo 739 del CPC para el remate de bienes inmuebles, aquí también será aplicable para los bienes muebles.

La norma solo otorga esta posibilidad al ejecutante y no a los acreedores no ejecutantes, además existe el problema que puede darse en el supuesto existan acreedores no ejecutantes que tengan preferencia respecto al cobro de lo que produzca el bien, en dicho supuesto no podrá operar la adjudicación en pago a favor del ejecutante, allí el ejecutante deberá pagar el crédito del acreedor no ejecutante teniendo como límite el monto de afectación sobre el bien a favor de dicho acreedor, solo así, podría adjudicárselo; de lo contrario, no será posible ello.

#### **5. EL REMATE DESPUÉS DE LA TERCERA CONVOCATORIA A REMATE**

El legislador ha dispuesto que el ejecutante puede adjudicarse directamente el bien si el remate en tercera convocatoria ha sido declarado desierto, pero este derecho tiene un plazo de caducidad el cual es de diez días hábiles posteriores al remate (entiéndase remate en tercera convocatoria).

Si en dicho plazo el ejecutante no ha solicitado al juez la adjudicación directa, este dispondrá una nueva tasación del bien a fin de obtener nuevamente su valor actualizado y realizado ello procederá a rematar el bien conforme a lo dispuesto en los artículos 731, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742 y 743 del CPC, es decir, se volverá a convocar el remate del bien en primera convocatoria y así sucesivamente hasta la tercera convocatoria en caso de no haber postores.

## 6. LA PUBLICIDAD EN LAS NUEVAS CONVOCATORIAS A REMATE

Por último, en la norma también se señala que en la segunda y tercera convocatoria a remate judicial, las publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales se realizarán por tres días de tratarse de remate de bien inmueble y un día si es bien mueble.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿En el caso de del remate en segunda y tercera convocatoria de bienes inmuebles será necesario el pegado del aviso de remate en los inmuebles? El legislador no señala nada al respecto y solo se pronuncia sobre las publicaciones del aviso del remate en el diario encargado de los avisos judiciales.

En nuestra opinión, no debe ser exigido el pegado de dicho aviso en el inmueble en las nuevas convocatorias, inclusive en la primera, al menos el incumplimiento de este requisito no debe ser considerado como causal de nulidad del remate.

Pero es factible que se realice el pegado también en las nuevas convocatorias porque la publicidad del remate debe darse en todas las convocatorias, reiterando que su falta no acarrea la nulidad del remate.

## 7. CONCLUSIONES

- En el supuesto de las nuevas convocatorias a remate judicial ya no será necesario que se presente el arancel judicial por concepto de convocatoria a remate para las nuevas convocatorias, lo que sí deberá adjuntarse al escrito en que se solicita la nueva convocatoria a remate será la copia literal o certificado registral inmobiliario en caso de remate de inmuebles y el certificado de gravamen en caso de muebles registrados.
- El presupuesto para las nuevas convocatorias a remate es que se haya declarado desierto el remate anterior por falta de postores.
- El precio base en las nuevas convocatorias se reduce porque el legislador entiende que el remate en primera convocatoria fue declarado desierto porque el precio base del bien a rematarse no sedujo a las personas para que participen como postores, y como ese es el motivo, el precio base en la segunda convocatoria debe bajar, así como también en la tercera convocatoria.
- En el supuesto que el remate en tercera convocatoria sea declarado desierto por falta de postores, el ejecutante tiene el derecho de adjudicarse el bien (mueble o inmueble) directamente (adjudicación en pago o compensación

de obligaciones) por el precio base del remate en tercera convocatoria, dicho derecho caduca transcurrido el plazo de diez días hábiles posteriores al remate en tercera convocatoria.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol 3. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): “Art. 645.- Publicidad”. En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): “La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Conforme a los hechos establecidos en autos, la incompatibilidad alegada por las instancias de mérito guardaría relación con el error material que procedió el acto de remate y posterior adjudicación del inmueble dado en garantía hipotecaria, específicamente en lo referente a la manzana en el que se encuentra ubicado. Sin embargo, la incompatibilidad no puede ser calificada atendiendo solo al error del juez si se advierte que la demanda de ejecución de garantía se refería al inmueble inscrito en determinada partida electrónica, cuyos propietarios eran los ejecutados; remate que se concretó en tercera convocatoria y que dio como resultado la cancelación de la hipoteca así como la adjudicación a favor del codemandado, de todo lo cual se colige que no se configura la incompatibilidad alegada (*Cas. Nº 2114-03-Ica*).

Debe ampararse la nulidad del remate si el demandado alega haber cancelado totalmente la obligación demandada, y ha presentado la liquidación que ha sido admitida a trámite pero que está pendiente de resolución y pronunciamiento del perito, no obstante lo cual, se ordena por lo tanto, no se debería haber ordenado un cuarto remate (*Exp. Nº 267-2002-Lima*).



**Artículo 743 | Nulidad del remate**

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 741, la nulidad del remate solo procede por los aspectos formales de este y se interpone dentro del tercer día de realizado el acto. No se puede sustentar la nulidad del remate en las disposiciones del Código Civil relativas a la invalidez e ineficacia del acto jurídico.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 171, 172, 739, 743.*

***Percy Howell Sevilla Agurto*****1. INTRODUCCIÓN**

La norma objeto de comentario regula la posibilidad de interposición de la nulidad del remate judicial señalando de forma genérica que solo procede por sus aspectos formales (debe entenderse por el incumplimiento de sus formalidades), así como el plazo que se tiene para interponer el recurso de nulidad, además dispone que el pedido de nulidad del remate judicial no podrá estar sustentado en las disposiciones del CC relativas a la invalidez e ineficacia del acto jurídico.

A continuación analizaremos, a *grosso modo*, la posibilidad de la nulidad del remate.

**2. LA NULIDAD DEL REMATE**

En la doctrina se dice que:

“(...) la nulidad es la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han observado las formas prescritas para ello; pero debemos advertir que este es un concepto provisorio, por la función de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a estas por el legislador, lo cual conviene destacarlo para evitar conclusiones inexactas” (ALSINA, 2006: p. 31).

Si esto es así, la nulidad de cualquier acto procesal –incluido el remate judicial– debe considerarse como de última ratio, ello en consonancia con el principio de conservación de los actos procesales.

En este orden de ideas, vemos que en el caso del acto del remate judicial, el mismo es pasible de ser nulo, pero solo en el supuesto en que no se hayan cumplido las formalidades prescritas en la ley procesal para este acto y que originen que el remate no cumpla su finalidad.

La finalidad del remate judicial es obtener dinero con la venta del bien para que el ejecutante vea satisfecha su pretensión ejecutiva, pero no solo implica obtener dinero con la venta del bien, sino obtener el mayor dinero posible con la venta del bien. Si esto no se cumple y ello se debió al incumplimiento de alguna formalidad que no se siguió, dicho remate será nulo, pero si pese al incumplimiento de la formalidad se logró la finalidad del remate, el juez deberá rechazar el pedido de nulidad.

Como regla, la nulidad solo se sanciona por alguna causa establecida en ley y como excepción el juez puede declarar la nulidad (incluso de oficio) de considerar que el acto procesal carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (art. 171 del CPC).

Para el primer supuesto podemos señalar, por ejemplo, que si el adjudicatario de un bien inmueble rematado judicialmente no cumplió con pagar el saldo de su precio dentro de los tres días hábiles siguientes al remate, el mismo deberá ser declarado nulo. Véase que aunque es una nulidad sancionada por ley (art. 739 del CPC), el legislador ha teniendo en consideración la finalidad del acto del remate y entiende que aquí no se está cumpliendo dicha finalidad.

Para el supuesto en que el acto procesal carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad puede darse el caso en que se lleve a cabo el acto de remate y no se ha cumplido con la publicación del aviso de remate en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales, aquí el acto de remate carece del requisito indispensable para lograr su finalidad, la publicidad del remate lo que hace devenir el remate en nulo.

Además, respecto a la nulidad de los actos procesales debe de considerarse los principios de convalidación, subsanación o integración y el de oportunidad (art. 172 del CPC), por ejemplo, no se le notificó al ejecutado con la fecha de remate, pero este estuvo presente en el acto de remate suscribiendo inclusive el acta de remate, evidentemente no podrá luego solicitar la nulidad del remate porque no se le notificó válidamente la resolución que tenía por fijada la fecha de remate ya que convalidó la falta de notificación al asistir y estar presente en el remate.

Ahora bien, debe también considerarse que los únicos facultados para solicitar la nulidad del remate judicial son aquellos que consideran (y prueban) se les ha perjudicado con el acto procesal viciado, por ejemplo, alguna persona (tercero) que el martillero público no le permitió participar en el remate pese a que cumplía con los requisitos para ser postor podrá pedir la nulidad del acto de remate, otro ejemplo sería en el caso que el bien sea rematado por debajo del precio base de la convocatoria que corresponde, tanto ejecutado como ejecutante podría solicitar la nulidad ya que dicho vicio perjudica a ambos.

En cuanto al principio de oportunidad para solicitar la nulidad del remate, la norma objeto de comentario señala que puede interponerse hasta tres días hábiles posteriores al acto de remate, es decir, cualquier cuestionamiento a la validez del remate deberá interponerse en ese plazo de lo contrario habrá caducado el derecho de quien considera debe ser declarado nulo el remate.

Comoquiera que el remate judicial es una actuación procesal, el pedido de nulidad del remate no podrá sustentarse en vicios del acto jurídico, de lo contrario se abriría la puerta para que en el propio proceso de ejecución se ventilen pretensiones impugnatorias de índole sustantivo.

### 3. CONCLUSIONES

- La nulidad de cualquier acto procesal –incluido el remate judicial– debe considerarse como de última ratio, ello en consonancia con el principio de conservación de los actos procesales.
- La finalidad del remate judicial es obtener dinero con la venta del bien para que el ejecutante vea satisfecha su pretensión ejecutiva, pero no solo implica obtener dinero con la venta del bien, sino obtener el mayor dinero posible con la venta del bien.
- Solo debe sancionarse con nulidad el remate judicial en el supuesto en que se hayan incumplido las formalidades prescritas en la ley procesal para este acto y que originen que el remate no cumpla su finalidad.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (2006): *Las nulidades en el proceso civil. Concepto y función de las formas procesales*. Lima: ARA.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coord.). Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; CABANELLAS, Guillermo (1976): *Diccionario de Derecho usual*, vol. IV, 9ª ed. Buenos Aires: Heliasta; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2002): *Derecho procesal civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, 2ª ed. Barcelona: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; HOYA, José (2007): “Art. 637”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, vol. 1. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler, José Francisco Valls Gombáu (coord.). Barcelona: Iurgium-Atelier; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de Derecho Procesal*, vol. 3. Buenos

Aires: EJE A; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch; MONTERO AROCA, Juan (2004a): *Tratado de proceso de ejecución civil*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch; MORENO CATENA, Víctor (2009): *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra; PEDRAZ, Ernesto (2002): "Art. 645.- Publicidad". En: *Proceso civil práctico*, vol. VIII-A. Vicente Gimeno Sendra (dir.). Madrid: La Ley; SEVILLA AGURTO, Percy (2014): "La tutela del acreedor no ejecutante en el proceso único de ejecución". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, vol. 9. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La omisión de adjuntar la tasa judicial para participar en remate de bienes muebles u inmuebles no invalida el acto de remate. Pues no se encuentra previsto como tal. Dichas tasas no deben ser devueltas a los interesados y deben permanecer en el expediente (*Exp. N° 98-40283-3311-Lima*).

Es nula la resolución, que bajo la invocación de la convalidación tácita, no expresa decisión alguna en torno a las formas del acto de remate incumplidas. El argumento de la convalidación tácita, porque el ejecutado no dedujo la nulidad en el acto mismo de remate, no es válido. Ella puede ser invocada, dentro del tercer día de realizado el acto de remate (*Exp. N° 13246-71-98-Lima*).

No habiéndose efectuado la compensación de deudas con el saldo deudor, la declaración de nulidad del remate expedida sin el pronunciamiento del expreso pedido de compensación, adolece de nulidad (*Exp. N° N-386-97-Lima*).

Es nulo el acto de remate celebrado con avisos imprecisos y que no cumple su rol principal cual es dar publicidad al acto. Resulta imprescindible expresar de manera indubitable el bien que se ofrece en remate (*Exp. N° 135-96-Lima*).

### SUBCAPÍTULO 3 ADJUDICACIÓN

#### Artículo 744 | Adjudicación en pago

*Si el adjudicatario no deposita el exceso dentro del tercer día de notificado con la liquidación prevista en el artículo 746, la adjudicación queda sin efecto.*

*Depositado el exceso, se entregará el bien mueble al adjudicatario y si se trata de inmueble, expedirá el auto de adjudicación conforme a lo dispuesto en el artículo 739. (\*)*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 739, 741, 742, 746.*

*Luis Alberto Liñán Arana(\*\*)*

## 1. INTRODUCCIÓN

La ejecución forzada es toda actividad que se desarrolla con el objeto de lograr el cumplimiento de una decisión judicial; comprende aquellas actuaciones del proceso de ejecución que tienen como objeto aquellos bienes previamente afectados a través de una garantía real o de un embargo. Todo ello con la finalidad de lograr la satisfacción del derecho del ejecutante (VEGAS; 2005: p. 224).

En esa línea, nuestro ordenamiento procesal civil, en su artículo 725, señala que la ejecución forzada de los bienes afectados se realiza a través del remate o de la adjudicación de los mismos. El artículo bajo comentario se refiere justamente a este segundo mecanismo: la adjudicación.

Este artículo incurre en un error de técnica legislativa. El artículo 744 se ubica en el Subcapítulo 3 del Capítulo V (“Ejecución forzada”); subcapítulo titulado “Adjudicación”. Sin embargo, de su redacción no resulta posible advertir qué es lo que se entiende por esta institución ni cuándo dicho mecanismo se activa a favor del ejecutante o tercero legitimado.

Es el artículo 742 del CPC, ubicado en el subcapítulo 2 (“Remate”) también del Capítulo V que, en su tercer párrafo, nos dice que en caso en la tercera

(\*) Texto del artículo según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27740 del 29/05/2002.

(\*\*) Este comentario fue realizado con la colaboración de Joel Campos Camargo.

convocatoria de remate del bien objeto de la ejecución forzada, no se presenten postores, “a solicitud del ejecutante podrá adjudicársele directamente el bien, por el precio base de la postura que sirvió para la última convocatoria, pagando el exceso sobre el valor del crédito, si hubiere”.

Somos de la opinión que la modificación hecha al texto original del artículo 744 del CPC, recogida por el entonces Decreto Legislativo N° 768, resultó innecesaria y poco coherente con la lógica sistémica a la que el actual Código aspira. Así, la redacción de este dispositivo normativo debió ser como sigue: “Frustrada la tercera convocatoria a remate por falta de postor, el ejecutante puede solicitar la adjudicación en pago del bien por la base de la última convocatoria, oblando el exceso sobre el valor de su crédito, si hubiere. Si el adjudicatario no deposita el exceso dentro del tercer día de notificado con la liquidación prevista en el artículo 746, la adjudicación queda sin efecto. Depositado el exceso, se entregará el bien mueble al adjudicatario y, si se trata de inmueble, expedirá el auto de adjudicación conforme a lo dispuesto en el artículo 739”.

## 2. LA ADJUDICACIÓN Y EL PAGO DEL “EXCESO”

Como ya dijimos, la adjudicación en pago de los bienes objeto de la ejecución, es un mecanismo que, subsidiariamente, permite satisfacer el derecho de crédito de los acreedores. Decimos que es un mecanismo subsidiario pues solo se puede hacer uso de él, luego que se frustre –por falta de postores– la tercera convocatoria a remate del bien objeto de la ejecución (ARIANO, 1996: p. 422).

El efecto práctico de que este mecanismo se active solo cuando no se pueda llevar a cabo el remate del bien y luego de la tercera convocatoria, es que el ejecutante o el tercero legitimado podrá adquirir la propiedad del bien a un precio mucho menor al que dicho bien tiene en el mercado. Conforme al artículo 736 del CPC, la base de la postura en primera convocatoria será el equivalente a las dos terceras partes del valor de tasación; monto que se verá reducido en un 15 % en segunda convocatoria y, en igual porcentaje, en la tercera convocatoria.

Pese a ello, el dispositivo normativo que ahora nos ocupa recoge el supuesto en el que el valor por el que el ejecutante o tercero legitimado se adjudica el bien, resulta mayor al crédito objeto de cobro y a otros conceptos de cargo de la parte ejecutada (como intereses, costas y costos del proceso). Es a razón de ello, que se activa la obligación del adjudicatario de depositar aquella suma de dinero que responda a la diferencia antes indicada: “el exceso”.

¿Cuándo debe depositarse “el exceso”? Este artículo indica que dicha obligación debe cumplirse dentro del tercer día en el que el adjudicatario es notificado con la liquidación a la que hace referencia el artículo 746 del CPC. Es más, indica también

que, una vez depositado el exceso, se entregará el bien mueble al adjudicatario y si se trata de inmueble, expedirá el auto de adjudicación correspondiente.

Nosotros consideramos que las reglas normativas señaladas anteriormente no toman en cuenta que, según el propio artículo 746 del CPC, la liquidación de intereses, costas y costos es observable –también– dentro del tercer día. Solo absuelto el traslado se resolverá aprobándola o modificándola y requiriendo su pago.

Siendo así, pueden reproducirse los siguientes supuestos: i) que el ejecutante adjudicatario observe la liquidación; o, ii) que el ejecutado observe la liquidación. Evidentemente, en el primer supuesto, el ejecutante adjudicatario observará la liquidación indicando que la misma no se ajusta a lo realmente adeudado; en otras palabras, indicará que liquidación del crédito, intereses, costas y costos debe arrojar un monto mayor. Como consecuencia de ello, el “exceso” que debe depositar resultará menor. En el segundo supuesto, el ejecutado alegará lo contrario, dirá que la suma adeudada debe ser menor por lo que, al mismo tiempo, el “exceso” que deberá depositar el adjudicatario es mayor.

Por otro lado, si solo realizáramos una interpretación literal del artículo en comentario, podríamos arribar a la siguiente conclusión: la entrega del bien mueble al adjudicatario o la expedición del auto de adjudicación debe efectuarse apenas el adjudicatario cumpla con depositar el exceso del valor del bien respecto a su crédito, independientemente de que dicha liquidación sea observada y posteriormente modificada.

Sobre la base de lo antes dicho, somos de la opinión que, el artículo 744 del CPC debe ser modificado en el sentido que el adjudicatario debe depositar el “exceso” en el plazo de tres días de notificado con la resolución que aprueba o modifica la liquidación a la que se refiere el artículo 746. Con esto no solo garantizamos la coherencia del sistema procesal, sino, además, favorecemos el principio de seguridad jurídica al hacer que la transferencia de la propiedad del bien se efectúe solo cuando se tenga certeza de cuánto es lo que el ejecutado debe pagar a favor del ejecutante o el tercero legitimado.

Finalmente, queremos referirnos a la consecuencia jurídica del no pago oportuno del “exceso”. Señala el primer párrafo de este artículo que de no cumplirse con esta obligación en el plazo de tres días de notificado con la liquidación, la adjudicación *queda sin efecto*.

¿Qué significa que “quede sin efecto”? ¿Existe esta categoría procesal? Entendemos que lo que quiere decir esta norma es que la adjudicación no desplegará efectos jurídicos por lo que tendría que convocarse nuevamente a remate el bien. Entonces, ¿la adjudicación debe declararse nula? De la redacción de este artículo no podría decirse que la adjudicación resultaría un acto procesal nulo, pues dicha consecuencia jurídica no se encuentra recogida en la norma procesal.

Por ello, dando a este supuesto de hecho un tratamiento similar al supuesto recogido en el artículo 741 del CPC –en el que el juez debe declarar nulo el remate siempre que el postor que quiere adquirir la propiedad del bien no cumpla con depositar el saldo del precio–, consideramos que debe establecerse de manera expresa que en caso el adjudicatario no deposite el “exceso” en la oportunidad ya señalada, la adjudicación debe declararse nula.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (1996): *El proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; VEGAS TORRES, Jaime (2005): “La realización forzada”. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzada, procesos especiales*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2005): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzada, procesos especiales*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; LIEBMAN, Enrico (1945): “Sobre el juicio ejecutivo”. En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II. Buenos Aires: EJEA.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el ejecutante se presentó como postor, a través de su representante legal, no habiéndose presentado otro postor a dicho remate, el juez ordenó que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro del tercer día; no puede ampararse el pedido del ejecutante para que se le adjudique en pago el inmueble de litis, señalando que no le es aplicable lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 739 del Código Procesal Civil, al ser el saldo deudor equivalente a la postura efectuada por su persona. La normativa aplicable a todo postor y posterior adjudicatario para que el juez realice la transferencia de propiedad del objeto materia de litis, es el artículo 739 del Código Procesal Civil, toda vez que la adjudicación en pago es una figura procesal que solo resulta aplicable cuando se hubiere frustrado el remate por falta de postor. Es nulo el mandato que ordena adjudicar y transferir al ejecutante-postor, el inmueble de litis (*Exp. N° 679-2002-Lima*).

El no reclamar la anulación del acto procesal en tiempo hábil precluye el derecho a solicitarla, pues de lo contrario lesionaría el orden y la estabilidad de los procedimientos. No cabe que se utilice el mismo argumento de la contradicción sobre el cual hubo pronunciamiento firme pues ha operado el principio de preclusión, el mismo que implica la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Si no se ha efectuado la liquidación de gastos correspondientes al tercer remate, no importa que se haya cometido vicio, toda vez que el importe de la deuda a la fecha en que se realizó el tercer acto de remate era mayor a la base de la última postura citada, por ende, no era susceptible de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 744 del Código Procesal Civil, al no existir exceso alguno que oblar. En el caso del acreedor no ejecutante, el artículo 726 del Código Procesal Civil prevé, que si su intervención es posterior a la ejecución forzada, solo tendrá derecho al remanente si lo hubiera (*Exp. N° 99-8425 (1719)-Lima*).



**Artículo 745****Concurrencia de adjudicatarios**

*Si son varios los interesados en ser adjudicatarios, la adjudicación procederá solo si hay acuerdo entre ellos.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 742, 744.*

*Luis Alberto Liñán Arana<sup>(\*)</sup>*

**1. INTRODUCCIÓN**

En el comentario anterior, señalamos que la adjudicación es un medio subsidiario del que solo puede hacer uso el ejecutante en caso se frustre el remate por falta de postores. Así lo establece el artículo 742 del CPC. Podríamos decir que la adjudicación es un acto procesal por el que el órgano jurisdiccional, en virtud de su potestad jurisdiccional, transmite al ejecutante un bien previamente embargado al deudor ejecutado, como un medio para lograr la satisfacción de aquel (MONTERO, 2004: p. 642).

La norma bajo comentario nos pone en un supuesto excepcional en el cual existen varios adjudicatarios; a continuación, vamos a intentar explicar cuándo se puede dar el supuesto del artículo materia de análisis.

**2. CONCURRENCIA DE ADJUDICATARIOS**

De acuerdo al principio de responsabilidad patrimonial, un deudor responde por sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Por lo tanto, en virtud de dicho principio, el acreedor solo tiene el derecho a gravar los bienes de su deudor y no otros.

El mecanismo que debe usar el acreedor para satisfacer su crédito con cargo a los bienes de su deudor, es el proceso judicial. Nuestro sistema procesal regula la “ejecución singular o cerrada”, según la cual se afectan uno o varios bienes del deudor para hacer efectivo el crédito de un acreedor. Por ello, en un proceso de ejecución siempre va existir un ejecutante y, por lo tanto, solo un interesado en ser adjudicatario.

(\*) Este comentario fue realizado con la colaboración de Joel Campos Camargo.

Entonces, ¿por qué el artículo 745 del CPC se refiere a la posibilidad que sean varios los interesados en ser adjudicatarios? Consideramos que la norma se refiere al “tercero legitimado” al que hacía referencia el texto original del artículo 744 del CPC: “Frustrado el remate por falta de postor, el ejecutante o el tercero legitimado pueden solicitar la adjudicación en pago del bien (...)”.

Sin embargo, el texto vigente del artículo 742 del CPC, solo recoge la posibilidad de que sea el ejecutante el que pida la adjudicación, excluyendo expresamente al “tercero legitimado”. Con ello, cuando se modificó el referido artículo 744, también se debió hacer la precisión en el artículo 745 del CPC.

Cuando pensamos acerca de un proceso en el que intervienen varias personas, lo primero que se nos viene a la mente es un supuesto de litisconsorcio. Sin embargo, cuando son varias las personas que ostentan la situación jurídica de acreedor, no estamos ante igual número de adjudicatarios; lo que ocurre es que todas las personas que ocupan la calidad de parte ejecutante al ser cotitulares del derecho que se busca satisfacer, podrían adjudicarse el bien, en calidad de copropietarios, si a través de él, se hace efectivo el cobro del crédito del cual son acreedores. Por lo tanto, de existir litisconsorcio, en sentido estricto, no se configuraría el supuesto de hecho recogido en este dispositivo: no se reproduciría un supuesto de concurrencia de acreedores.

Pese a lo antes dicho, y a efectos de dar sentido a la norma contenida en el dispositivo en comentario, debemos entender que la misma se refiere solo a aquel caso en el que son varias las personas que ocupan la posición de parte ejecutante. Entendemos que no existe otro supuesto al cual aplicar la consecuencia recogida en este artículo: si no hay acuerdo entre los ejecutantes, la adjudicación no será procedente y deberá continuarse con el remate del bien.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (1996): *El proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Themis; ARMENTA DEU, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Marcial Pons; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008). *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

## SUBCAPÍTULO 4 PAGO

### Artículo 746

#### Liquidación

*Al disponer el pago al ejecutante, el juez ordenará al secretario de juzgado liquidar los intereses, costas y costos del proceso, dentro del plazo que fije, bajo responsabilidad por la demora.*

*La liquidación es observable dentro de tercer día, debiendo proponerse en forma detallada. Absuelto el traslado de la observación o en rebeldía, se resolverá aprobándola o modificándola y requiriendo su pago.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 412, 414, 417, 418, 744, 746.*

*Luis Alberto Liñán Arana<sup>(\*)</sup>*

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo bajo comentario regula el procedimiento para la liquidación de los intereses, costas y costos y se encarga al secretario de juzgado a fin de que este proceda a realizar la liquidación, teniendo las partes el derecho de observarlas. Este procedimiento, no solo va en contra de lo señalado en el artículo 417 del CPC, según el cual en el caso de las costas el encargado de liquidarlas es la parte acreedora de ellas. Además, es un procedimiento que dilata en demasía la ejecución atendiendo a la carga procesal que tiene el secretario de juzgado hoy especialista legal.

### 2. LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES, COSTAS Y COSTOS

Si todo ha ido bien en la subasta, al final de la misma se habrá obtenido una cantidad de dinero en la cual estará interesado no solo el ejecutante, sino también otras personas, en lo que ahora importa el ejecutado y los titulares de cargas no preferentes (MONTERO, 2004: p. 639).

La liquidación de intereses, costas y costos, es fundamental para poder realizar el pago al ejecutante, demás acreedores de ser el caso y para poder poner fin a

(\*) Este comentario fue realizado con la colaboración de Joel Campos Camargo.

la ejecución forzada, pues según el artículo 727 del CPC, esta concluye cuando se entrega al ejecutante el íntegro del monto obtenido en el remate o adjudicación, o si antes se paga íntegramente la obligación intereses, costas y costos.

La norma en comentario crea un procedimiento de cognición sumaria para determinar el monto total adeudado, pues la liquidación que practique el secretario de juzgado es observable. No se establecen requisitos para la observación, solo se señala que sea “en forma detallada”, con lo que queda abierta la posibilidad de que la observación se sustente en cualquier argumento, e incluso que se formule sin un medio probatorio que la sustente, dejándose abierta la posibilidad de que se presenten observaciones sin sustento solo para dilatar el pago.

La norma señala que absuelto el traslado o en “rebeldía” se resolverá. Aunque parezca obvio, debemos precisar que la rebeldía a la que se refiere la norma no es la del artículo 458, pues esta se produce cuando el demandado no contesta la demanda y es una situación irrepetible. Por un tema de técnica legislativa, hubiera sido mejor no referirse a rebeldía, sino simplemente señalar “sin la absolución de la contraparte”.

No se señala si el auto que resuelve la observación es impugnabile, por lo tanto, al no regularse en forma expresa la inimpugnabilidad debemos concluir que estamos ante un auto apelable. La apelación será sin efecto suspensivo al estar frente a un auto que no pone fin al proceso, tal como lo dispone el artículo 371 del CPC.

Consideramos que debería modificarse la norma bajo comentario y establecerse que la liquidación de intereses la debe realizar la parte acreedora de ellas, para lo cual deberá presentar una liquidación de intereses suscrita por un contador colegiado, cumpliendo, además, con ciertos requisitos mínimos que la norma debe señalar (como, por ejemplo, precisar la deuda capital, la tasa de interés moratoria y compensatoria, el periodo calculado, entre otros).

En el caso de las costas, tal como lo señala el artículo 417 del CPC, modificado por la Ley N° 30293, estas deben ser liquidadas por la parte acreedora de ellas.

Los costos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 418 del CPC, no requieren ser liquidados, pues el juez los aprobará una vez que el vencedor presente un documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como el de los tributos que correspondan. Es importante precisar que el juez debe aprobar los costos con base en el documento presentado y no podría variar o regular el monto de los mismos, dado que el artículo 414 del CPC, que concedía al juez la facultad de regular los alcances de la condena en costas y costos respecto del monto, ha sido modificado por la Ley N° 30293. La nueva redacción del artículo 414 del CPC ya no regula esta facultad. Consideramos este debe ser un punto a revisar, pues en

muchas ocasiones se presentan recibos por costos excesivos que no guardan relación con lo actuado en el proceso, por ello estimamos que no obstante al cambio realizado en el artículo el artículo 414 del CPC, el juez en su calidad de director del proceso tiene la facultad de regular los costos, cuando considere que estos no guardan proporción con la actividad desarrollada por el abogado en el proceso.

Para el trámite de la liquidación de las costas debe seguirse el procedimiento regulado en el artículo 417 del CPC, modificado por la Ley N° 30293; trámite que también debe ser aplicado para la liquidación de intereses. De acuerdo a este procedimiento, la parte condenada tiene tres días para observar la liquidación (en el caso de intereses, realizada por un contador colegiado y, en el caso de las costas, por la parte acreedora de ella), sustentada en un medio probatorio idóneo.

Si transcurrido el plazo no se formula observación alguna, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable. Si se presenta observación, se confiere traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el juez resuelve. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho Jurisdiccional*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Themis; ARMENTA DEU, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Marcial Pons; MORA, Nelson (1973): *La ejecución forzada*. Bogotá: Themis.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los pagos a cuenta, serán descontados conforme a ley en la etapa de ejecución de sentencia; y sobre el cuestionamiento al monto a pagar en el mandato de ejecución, se tiene que dicha suma corresponde a la efectivamente consignada en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el cual acredita la obligación materia de ejecución (*Cas. N° 415-2008-Lima*).

La liquidación de los intereses compensatorios y moratorios que la demandada los estima excesivos, requería de una prueba pericial para establecer su monto; sin embargo, no obstante la naturaleza del problema, el juez no solo no admitió la prueba pericial ofrecida con tal objeto por la demandada sino que tampoco dispuso su actuación de oficio y prefirió dejar la liquidación para que se verifique en ejecución de sentencia, cuando (...) debió tener lugar durante la etapa de conocimiento para poder señalar en su fallo la suma a pagar, como además así lo había pedido la accionante en su demanda; de modo que bajo este aspecto es evidente que se han infringido las garantías de un debido proceso limitando el derecho que la demandada tiene para probar la razón de sus afirmaciones (*Cas. N° 388-99-Lima*).

**Artículo 747**

**Pago al ejecutante**

*Si el bien que asegura la ejecución es dinero, será entregado al ejecutante luego de aprobada la liquidación.*

*Si son varios los ejecutantes con derechos distintos, el producto del remate se distribuirá en atención a su respectivo derecho. Este será establecido por el juez en un auto que podrá ser observado dentro de tercer día. Si luego de la distribución hay un remanente, le será entregado al ejecutado.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 2016, C.P.C. arts. 100, 726.*

***Luis Alberto Liñán Arana<sup>(\*)</sup>***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario establece el procedimiento para realizarse el pago una vez aprobada la liquidación de intereses, costas y costos. La norma se pone en dos supuestos, si hay un solo ejecutante se le entrega el dinero hasta el monto de la liquidación aprobada; si existen varios ejecutantes con derechos distintos el producto del remate se debe distribuir de acuerdo al derecho de cada uno.

**2. EL PAGO AL EJECUTANTE Y OTROS ACREEDORES**

La masa pasiva es la determinación exacta del pasivo de la ejecución, que se distingue en masa pasiva simple cuando la ejecución la ha seguido un solo acreedor y en masa pasiva compleja cuando la ejecución se ha seguido por varios acreedores (por la acumulación de varios procesos) o por la intervención de varios acreedores. Frente a la masa pasiva se encuentra la masa activa que está constituida por todo el producto de la ejecución (ARIANO, 1996: p. 416).

Cuando estamos frente a una masa pasiva simple, el asunto es sencillo, pues basta que se entregue al acreedor ejecutante el monto de la liquidación aprobada. En el caso de la masa pasiva compleja, el juez debe determinar cómo se debe realizar el pago a los acreedores con el total obtenido en la ejecución. La distribución debe efectuarse de acuerdo a la prelación de cada acreedor.

Al regular nuestro CPC una ejecución singular, en el que un solo acreedor que busca el cobro de una o varias obligaciones frente a un deudor, siempre va

---

(\*) Este comentario fue realizado con la colaboración de Joel Campos Camargo.

existir un solo ejecutante, pues para que existan varios ejecutantes debería darse un supuesto de acumulación de procesos como consecuencia de una concurrencia de embargos o mediante la intervención de otro acreedor ejecutante, supuestos no regulados en nuestra norma procesal, por lo que la expresión “varios ejecutantes” es equívoca. No hay varios ejecutantes, hay varios acreedores que concurren para ser satisfechos en sus créditos con cargo a lo obtenido en la realización de los bienes (ARIANO, 1996: p. 418).

Es importante precisar que descartamos la figura de “acreedor no ejecutante” regulada en el artículo 726 del CPC, como una forma autónoma de intervención de acreedores en una ejecución singular. Dicha norma —que está fuera de contexto— permite a un acreedor que no tiene la calidad de ejecutante, pero que ha afectado el bien materia de ejecución, a presentarse a un proceso en el cual no es parte, para hacer valer su derecho de acreedor. Sin embargo, somos de la opinión que esta intervención debe efectuarse a través de una intervención de derecho preferente, según lo regula el artículo 100 del CPC. Al respecto, nos remitimos a lo expuesto en un trabajo anterior (LIÑÁN, 2003: p. 97 y ss.).

Señala la norma que el pago a los acreedores debe realizarse “de acuerdo a su derecho”. Es por ello que el juez debe analizar con detalle cuál es el derecho que cada acreedor invoca y si este tiene prioridad sobre otro. Así, el juez deberá tener en cuenta si los acreedores son acreedores laborales o tributarios o si están garantizadas con hipotecas, garantías mobiliaria o embargos, siempre teniendo en consideración, en el caso de bienes registrados, que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro, tal como lo establece el artículo 2016 del CC.

Además de la naturaleza del derecho de crédito, otro tema que debe tenerse en cuenta al momento de efectuarse el pago, es el estado de dicho derecho invocado. Para que un acreedor sea pagado debe demostrar la vigencia de su crédito y la exigibilidad del mismo, para lo cual debe presentar la respectiva resolución judicial firme. En caso el crédito del acreedor exista, pero aún no sea exigible o, siendo exigible, este no cuente con una resolución judicial firme, el juez deberá consignar el monto de la garantía de acreedor preferente en el Banco de la Nación.

Sobre el particular, la doctora LEDESMA señala que, dado que cuando se adjudica el bien se levantan todos los gravámenes, el derecho contenido en ellos debe tenerse en cuenta al momento del pago, para reservar el valor que le correspondiera a cada derecho. Para eso, se hace necesario que se demuestre la vigencia de dichos créditos dado que podría darse el caso de que no existiera ningún crédito que satisfacer y mal podría reservarse la entrega de un dinero sobre un crédito inexistente o que todavía no es exigible, como en el caso de títulos valores por vencer (LEDESMA, 2008: p. 445).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (1996): *El proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; LIÑÁN ARANA, Luis Alberto (2003): "La intervención de acreedores en el proceso de ejecución". En: *Libro de ponencias del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*. Lima: Universidad de Lima - Fondo de Desarrollo Editorial; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LIEBMAN, Enrico (1945): "Sobre el juicio ejecutivo". En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Themis; ARMENTA DEU, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Marcial Pons.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El remate es una forma de venta forzada de un bien y el pago a que se refieren los artículos 746 y 747 del CPC constituye la cancelación de su precio. El pago puede ser hecho por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación. Debe ampararse el reclamo de los fiadores del deudor para que se le entregue lo que constituyó precio base del inmueble, al margen de lo que se pagó por él (*Exp. N° 1072-98-Lima*).

No es legal la liquidación practicada desde la fecha del vencimiento de la obligación puesto que ello no ha sido demandado ni menos ordenado en la sentencia, razón por la cual solo debe computarse desde la fecha de la interposición de la demanda (*Exp. N° 367-98-Lima*).



**Artículo 748****Concurrencia de acreedores**

*Si concurren varios acreedores sin que ninguno tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcanzan a cubrir todas las obligaciones, el pago se hará a prorrata.*

*Igualmente se realizará el pago a prorrata, una vez pagado el acreedor con derecho preferente.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 724, 747, 749.*

***Luis Alberto Liñán Arana<sup>(\*)</sup>***

**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario asume el supuesto en el cual se presentan varios acreedores sin que ninguno tenga derecho preferente y el producto de la ejecución no alcanza para cubrir todas las obligaciones. Lo primero a analizar es: ¿cuándo se puede dar el supuesto que existan varios acreedores sin que ninguno de ellos tenga un derecho preferente? Y, de darse ese supuesto, ¿cómo debe actuar el juez?

**2. ACREEDORES EN IGUALDAD DE CONDICIONES**

Uno de los presupuestos de la ejecución es la existencia de patrimonio ejecutable, es decir, no es posible acceder a la ejecución si no hay un patrimonio que ejecutar. En tal sentido, cuando nos encontramos en la fase final de la ejecución –el pago– y ante varios acreedores del mismo deudor, lo propio sería que cada acreedor haya buscado garantizar su acreencia afectando bienes del deudor, ya sea mediante la traba de embargos o la constitución de garantías reales. En estos supuestos, el solo hecho de la existencia de un embargo o una garantía, determina la existencia de una prelación, ya sea por el momento en que se accedió al registro –en el caso de bienes registrados– o cuando se ejecutó el embargo, en el caso de bienes no registrados. Llegado a este punto, resulta de aplicación el artículo 747 del CPC, ya comentado.

Entonces estamos ante una situación excepcional en la que el producto de la ejecución no alcanza para satisfacer a todos los acreedores y entre ellos no existe prelación. En estricto, esta situación podría solucionarse en caso el deudor cuente

(\*) Este comentario fue realizado con la colaboración de Joel Campos Camargo.

con otros bienes, pues estando ante un proceso único de ejecución, en el supuesto que después del remate aún exista un saldo deudor, es posible continuar la ejecución afectando otros bienes del deudor, tal como lo establece el artículo 724 del CPC.

No obstante, si se ha ejecutado todo el patrimonio del deudor y existen varios acreedores en igualdad de condiciones, ante la imposibilidad de satisfacer a todos los acreedores al ser insuficiente el monto obtenido en la ejecución, lo que corresponde es realizar el pago a prorrata, es decir, distribuir el monto de la ejecución en partes iguales entre los acreedores.

Un punto importante es el referente al reembolso de las costas y costos al acreedor que inició el proceso, pues si bien este no podrá cobrar el íntegro de su deuda, no se debe ver perjudicado ya que su actividad procesal fue la que generó la liquidez que se repartirá entre todos los acreedores.

En tal sentido, corresponde que al acreedor que inició la ejecución se le reembolsen las costas y costos en forma preferente y sea el saldo el que se distribuya entre los acreedores. Sobre este tema la doctora LEDESMA señala que: “el artículo 748 del CPC, toma como solución el pago a prorrata, pero no dice nada en cuanto al reembolso de los gastos, para el acreedor que asumió las costas y costos de la ejecución materia de prorrata. En tales casos, la liquidación debe partir previamente por asumir el reembolso y luego, del saldo, proceder al reparto en la forma que lo señala el artículo 749 del CPC” (LEDESMA: 2008: p. 445).

#### BIBLIOGRAFIA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

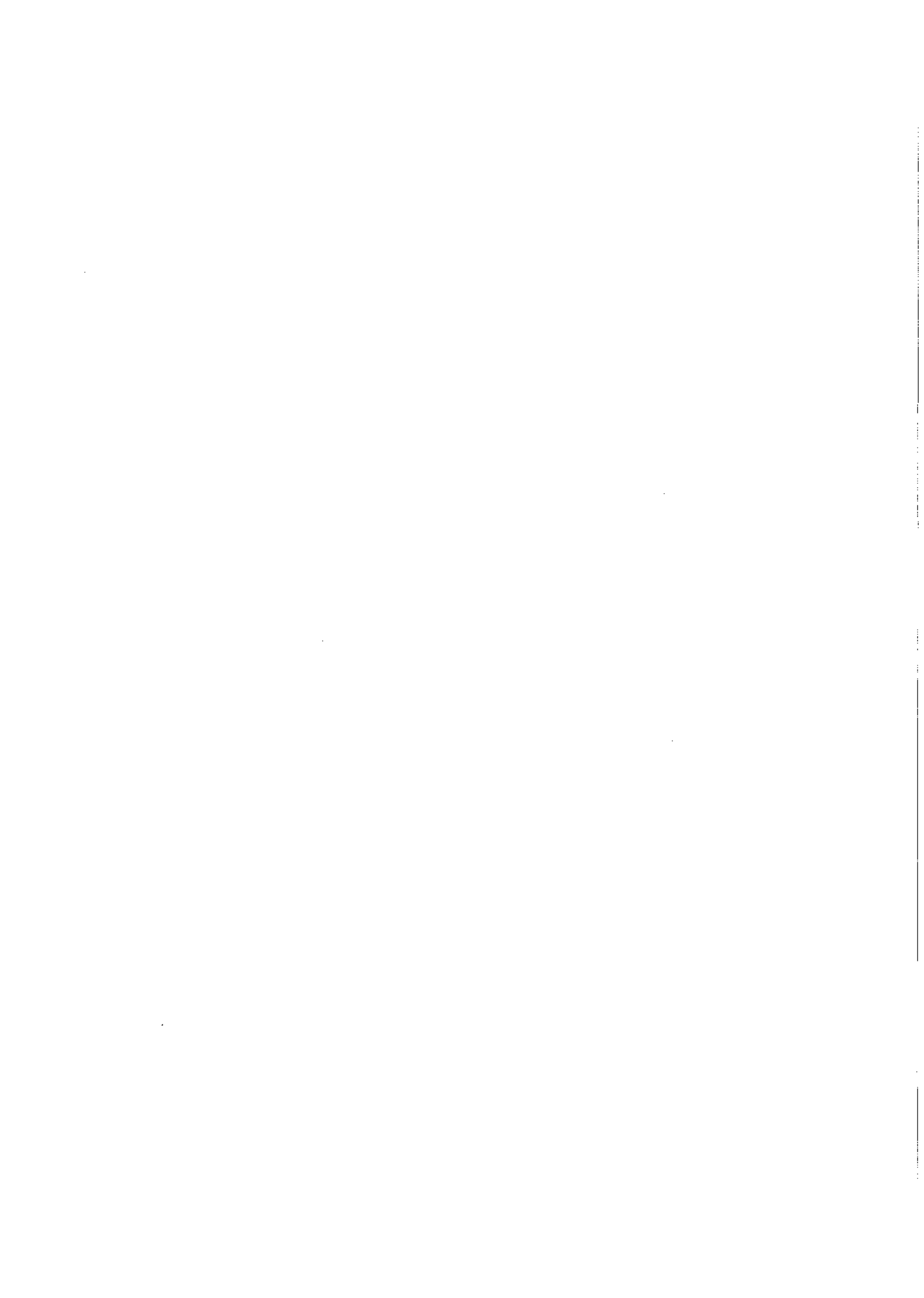
---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (1996): *El proceso de ejecución*. Lima: Rhodas; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2005): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; MONTERO AROCA, Juan (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.

---

**SECCIÓN SEXTA**  
**PROCESOS NO CONTENCIOSOS**



# SECCIÓN SEXTA

## PROCESOS NO CONTENCIOSOS

### TÍTULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

#### Artículo 749

#### Procedimiento

*Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:*

1. *Inventario;*
2. *Administración judicial de bienes;*
3. *Adopción;*
4. *Autorización para disponer derechos de incapaces;*
5. *Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta;*
6. *Patrimonio familiar;*
7. *Ofrecimiento de pago y consignación;*
8. *Comprobación de testamento;*
9. *Inscripción y rectificación de partida;*
10. *Sucesión intestada;*
11. *Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.*
12. *Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención; y,*
13. *Los que la ley señale.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 47, 60, 63, 67, 241 inc. 1, 242 inc. 2, 244, 249, 277, 426, 427, 428, 429, 433, 491, 496 inc. 4, 507, 732, 793, 796 inc. 3, 874, 987, 1006, 1144, 1253, 1576, 1736, 1861, 1862, 1876; C.P.C. arts. 297, 309 inc. 3, 763 a 840, 1 DF, 1 DM; C.T. art. 162; C.N.A. arts. 162, 163; L.G.S. arts. 96, 117, 119, 137; R.ADM. 049-99-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.*

*Elisban Dante Mamani Laurente*

---

#### 1. INTRODUCCIÓN

Esta Sección Sexta del CPC, regula los llamados procesos no contenciosos, es decir, procesos –en realidad procedimientos– que encierran un potencial conflicto de

intereses intersubjetivo, pero que no se configuran como tal al momento de acudir a la instancia, por tanto comienza como un interés subjetivo mas no intersubjetivo.

Los procesos contenciosos tienen una característica esencial, esto es, la existencia de dos partes que contienden y buscan una solución a su conflicto por intervención de un tercero, quien mediante un acto de autoridad los resuelve, pretendiente y resistente frente al tercero que además debe ser “imparcial sin ningún interés en el resultado del proceso” (CALAMANDREI, 2006: p. 53). “Dentro de ese sistema hay una situación jurídica necesitada de un fallo y, teleológicamente, la razón de ser del proceso es el mismo pronunciamiento. La sentencia es la que da una respuesta poniendo fin al conflicto en forma imperativa” (BRISEÑO, 1969: p. 13). Desde la más autorizada doctrina clásica se habla, por ejemplo, que las partes buscan la satisfacción de su conflicto, la composición de la litis o mejor “la justa composición de la litis” (CARNELUTTI, 1959: p. 43).

Ocurre lo contrario con el denominado proceso no contencioso. La nota característica de los procedimientos reglados en el CPC es que el elemento consustancial al proceso como es el conflicto de intereses se encuentra ausente, por lo menos, al momento de instar o iniciar el procedimiento solicitando la tutela de a algún interés al juzgador; sin embargo, siempre será latente la posibilidad de la intervención de un tercero con interés –la oposición u otro acto que ponga en tela de juicio lo pretendido en el procedimiento, por poner un ejemplo– con lo cual el procedimiento pasaría a convertirse en un proceso.

## 2. BREVÍSIMO APUNTE HISTÓRICO

Es necesario conocer el tratamiento que se le otorgó en los textos procesales. En el Perú, “descartando la vigencia efimera y meramente teórica del Código de Procederes de Santa Cruz, durante la Confederación Perú-Boliviana” (MONROY, 2010: p. 367), hemos tenido el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, “que sustituyó a las leyes españolas” y que rigió hasta el 28 de julio de 1912 en que se promulgó el Código de Procedimientos Civiles, antecedente inmediato del actual CPC de 1993.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, antecedente normativo más cercano que precede al texto del actual CPC de 1993, con el nombre de “Procedimientos no contenciosos” reguló las eventuales formas de acudir a la jurisdicción. Comprende una serie de diligencias o actuaciones de carácter judicial que sustancialmente no constituyen una controversia, por el contrario son formalidades que exige la ley para la validez y eficacia de determinados actos jurídicos. Tal es el caso, por ejemplo, de las formalidades con que debían solicitarse, lo que se conocía como la “declaratoria de herederos” o “declaración de herederos *ab intestato*”,

es decir, la manera de proceder a asegurar una herencia cuando aun no han sido declarados los herederos; la manera de practicarse el inventario; los requisitos para la administración judicial de bienes, las exigencias formales para la adopción, la declaración de patrimonio familiar, la autorización para disponer de derechos de incapaces, la declaración de ausencia por muerte presunta, etc.

Al parecer, los redactores del texto actual del CPC, guiados por el carácter pedagógico que pensaron debe cumplir el Código, realizaron una definición genérica de esta sección, denominando “procesos no contenciosos” a verdaderos “procedimientos”. Existen fundados cuestionamientos sobre la utilización del término procesos no contenciosos. Hubiera sido preferible y mucho mejor mantener la nomenclatura usada en el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

### 3. EL TRATAMIENTO DEL PROCESO NO CONTENCIOSO

Si bien es imposible desarrollar aquí, el cúmulo de conocimientos que subyacen del proceso como tal, haremos referencia al tratamiento que le ha otorgado autorizada doctrina del profesor uruguayo (TARIGO, 1998: p. 98) estableciendo una clarísima distinción entre ambos tipos de procedimiento:

#### 3.1. Proceso contencioso y proceso voluntario

Según que el proceso tenga o no como objeto una contienda o litigio estaremos en presencia de un *proceso contencioso* o de un *proceso voluntario* [proceso no contencioso]. La presencia o la ausencia de litigio –o contienda– determina la distinción, sin duda, fundamental entre proceso contencioso y proceso voluntario.

“(…) El litigio consiste en un conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión resistida o insatisfecha, que se plantea ante el juez o tribunal y que este debe resolver.

Así como la presencia del litigio configura al proceso contencioso, su ausencia nos enfrenta al proceso voluntario, permitiendo un deslinde negativo de este último: proceso voluntario es aquél en que no existe litigio o contienda.

En la doctrina se sigue discutiendo mucho sobre los actos llamados de jurisdicción voluntaria –símil del proceso no contencioso–, sobre cuya verdadera naturaleza jurídica han polemizado desde antaño los autores. La mayor parte de ellos afirman que “no son jurisdiccionales porque en realidad no resuelven un conflicto intersubjetivo de intereses, ni voluntarios porque no depende de la voluntad del particular el utilizar o no la instancia judicial” (LEDESMA, 2008: p. 262).

Qué duda cabe, este es un tema poco pacífico en el Derecho comparado, hay quienes como ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO niegan la existencia de una jurisdicción voluntaria; CARNELUTTI, quien la considera un caso de jurisdicción especial, una especie de proceso intermedio; o quienes consideran que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas como ALSINA, y hay quienes como ALAYZA Y PAZ-SOLDÁN lo consideran un procedimiento de carácter formal. Nótese que todos hacen referencia al término procedimiento.

Así las cosas, existe una interesante doctrina del jurista Ernesto J. LARRAÍN que considera que ese tipo de actos son “actos de competencia necesaria” “toda vez que, sin ostentar la esencia de la actividad jurisdiccional, encuadran en la competencia judicial por expresa atribución legal y son de tránsito imprescindible en ciertos y determinados casos” (ALVARADO, 2009: p. 267).

Señala el profesor Adolfo ALVARADO que: “la razón y la sinrazón” se halla en ambas posturas. “parece obvio aceptar que no todas las tareas que cumplen los jueces ostentan el carácter jurisdiccional, del mismo modo que no todas las que realiza el Poder Legislativo se concretan a la exclusiva sanción de la ley. Ambos pueden realizar y realizan actividad administrativa. Y esta es la esencia de la mayoría de actos en estudio, que generan *simples procedimientos*” (ALVARADO, 2009: p. 267). En esta misma línea de pensamiento con claridad inequívoca se señala que: “la principal misión de los jueces es resolver los casos litigiosos que se les sometan, y ese es, fuera de duda, el verdadero sentido de la jurisdicción; pero también ellos ejecutan actos que no suponen una controversia, sino que, por el contrario, se fundan en el acuerdo de las partes o en la inexistencia de un contradictor. De allí que la jurisdicción se distinga habitualmente en contenciosa o voluntaria, según que se ejerza en causa en que exista contradicción de partes o en que la intervención del juez solo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad; pero aunque en realidad en este segundo caso no puede hablarse con propiedad de función jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas, la doctrina ha mantenido esta clasificación, teniendo en cuenta la eficacia del pronunciamiento judicial en esos casos” (ALSINA, 1961: p. 415).

Entiéndase en concreto que el proceso importa la participación de un demandante y demandado, dos partes o pares en contienda y un tercero que viene a ser el juzgador encontrándonos propiamente frente a un proceso contencioso o de jurisdicción contenciosa; *a contrario sensu*, el procedimiento vincula a dos sujetos –quien insta y la autoridad–; es decir, se tiene la participación de un solicitante y el juzgador, como regla general, aquí estamos frente a un “proceso no contencioso” o de *jurisdicción voluntaria*.



“En este tipo de procesos corresponde remplazar el concepto de parte por el de peticionario, a quien se califica como la persona que en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica. El peticionario o pretensor no pide nada contra nadie, pues no hay adversarios, por tanto, no es parte porque no es contraparte de nadie, por lo cual uno de los efectos de estas declaraciones es que no generan cosa juzgada, ni aun por haber sido objeto de recurso de apelación y haya sido confirmada por los jueces superiores” (LEDESMA, 2012: p. 863).

La verdad es que estos actos –establecidos por la norma procesal como catálogo enumerado en su artículo 749– no son de carácter contencioso y así lo señala el texto; sin embargo, es muy frecuente que durante el desarrollo de los procedimientos judiciales que deben observarse, surja la controversia a mérito de contradicciones o derechos incompatibles invocados por terceras personas. Y entonces estos procedimientos que sustancialmente no son de carácter contencioso, se tornan en una especie de verdaderos pleitos judiciales que deben sustanciarse de acuerdo al trámite reglado y decidirse sobre los puntos que –esta vez– las partes o contrapartes controvierten.

De allí la paradoja de que estos procedimientos no contenciosos, constituyen a menudo largas y delicadas controversias y verdaderos pleitos judiciales donde las contrapartes se exhiben y agotan todos sus recursos en la defensa de sus intereses y exigen una resolución o sentencia que dirima el derecho controvertido.

### 3.2. Jurisdicción contenciosa y voluntaria

Se ha señalado que la doctrina distingue la jurisdicción en contenciosa o voluntaria, según que se ejerza una causa en que exista contradicción de partes o en que la intervención del juez solo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, en este segundo caso no puede hablarse propiamente de función jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas –posición doctrinal a la que adherimos–, clasificación que sigue manteniéndose, considerando la eficacia del pronunciamiento judicial en este tipo de casos.

La distinción es muy importante, en atención a sus efectos que no son los mismos.

En la jurisdicción contenciosa, la sentencia produce efecto de cosa juzgada, con todos los efectos que a su vez genera la cosa juzgada (art. 176 del CPC señala que le corresponde a aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución de la sentencia) como

son: la imposibilidad de una nueva decisión judicial de un caso que ya tiene sentencia, es decir, las partes no pueden someter nuevamente a la decisión judicial una cuestión ya resuelta; las partes no pueden cuestionar la validez del proceso donde existe sentencia, como regla general, salvo los procesos que pueden someterse a uno de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, siendo esta última la excepción a la regla; asimismo, el juez no puede modificar su sentencia, porque esta agota su jurisdicción; y, finalmente, el juez en ejecución de sentencia ordena el cumplimiento de lo decidido.

En la jurisdicción voluntaria, el pronunciamiento no tiene efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente, en la denominada jurisdicción voluntaria, el pronunciamiento del juez es un acto que solo tiene apariencia de sentencia, porque precisamente emana de la autoridad del juzgador, pero que tiene carácter judicial-administrativo desde que ordena para el futuro.

#### **4. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO**

El problema que aquí se plantea es el de decidir si la actividad que desarrollan los jueces al conocer un asunto no contencioso significa el ejercicio de la función jurisdiccional o si, por el contrario, se trata en tal caso de una actividad de distinta naturaleza. Frente a este problema existen cuatro posiciones:

- a) Quienes sostienen que se trata de una actividad jurisdiccional. Quienes así piensan dicen que el ejercicio de esta actividad importa la realización de actos judiciales sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, y que deben resolverse por medio de una sentencia, y que por ello se trata de una actividad jurisdiccional. En esta primera posición se atiende para decidir la naturaleza de la función, al órgano que la ejercita. Constituye así una expresión del criterio orgánico.
- b) Aquellos que sostienen que se trata de una función administrativa. Quienes sostienen esta tesis dicen que es evidente que la actividad que desarrollan los tribunales al conocer de un asunto no contencioso, no es una actividad legislativa, pero que tampoco significa el ejercicio de la actividad jurisdiccional porque esta tiene por finalidad exclusiva la de decidir conflictos jurídicos entre partes, lo que en estos casos no ocurre toda vez que en los asuntos voluntarios existe solo una parte.

Se concluye, por exclusión, que esta actividad es de carácter administrativo, puesto que las actividades del Estado son legislativas, son jurisdiccionales o son administrativas. Esta es la posición que cuenta con el apoyo de la mayoría de la doctrina, sobre todo de la italiana.

- c) Los que sostienen que se trata de una actividad *sui generis*. Quienes así piensan señalan que no se trata de una actividad jurisdiccional en razón de lo ya dicho. Pero tampoco es una actividad administrativa, porque el acto administrativo crea un vínculo jurídico directo entre la administración y el particular, lo que en los asuntos voluntarios no ocurre, ya que entre el particular y el juez no se crean derechos y obligaciones.
- d) Los que consideran que ese tipo de actos son “actos de competencia necesaria”. Interesantísima postura que sostiene que, sin ostentar la esencia de la actividad jurisdiccional, encuadran en la competencia judicial por expresa atribución legal y son de tránsito imprescindible en ciertos y determinados casos.

## 5. FINALIDAD Y CARACTERÍSTICA DEL PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

Los actos no contenciosos son muy numerosos, de allí que el numeral 12 del artículo 749 del CPC que es materia del presente comentario hace referencia a las solicitudes que por petición del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención, y, cada uno de ellos persigue una finalidad distinta, de manera que no es posible establecer un objetivo único.

Pero, sistematizando la finalidad perseguida por los diversos actos voluntarios, pueden señalarse las siguientes: declarativos patrimoniales como por ejemplo, el inventario de bienes, la administración judicial de bienes en caso de ausencia de padres, tutores o curadores, constitución de patrimonio familiar; constitutivo de estados jurídicos nuevos como por ejemplo: la adopción en determinados casos, la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta de la persona, la declaración de herederos previa apertura de la sucesión; de protección de los intereses como, por ejemplo: la autorización judicial para disponer de derechos de incapaces, etc.

Algunas características:

Señalamos algunas características que una mirada más práctica que teórica nos proporciona el texto normativo:

- Los jueces no pueden ejercerla, sino en aquellos casos en que una ley expresa así lo disponga.
- Son procedimientos donde no existe contienda entre partes, es decir, no existe alguien que pretenda algo en contra de otro, o para ser más preciso no existe contrapartes.

- Existe solo una parte, solo hay uno, que recibe el nombre de interesado, solicitante.
- La cosa juzgada está ausente, las sentencias que se emiten en estos procedimientos solo producen cosa juzgada en determinadas condiciones.
- Dándose ciertos requisitos, los asuntos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria pueden transformarse en procesos contenciosos.

Algunas diferencias:

- En el proceso contencioso, los jueces actúan necesariamente como tercero imparcial, es la autoridad que emite el fallo que resuelve el conflicto sometido a su competencia y jurisdicción. En cambio, en el no contencioso existen dos sujetos: el interesado y el juez ante quien se insta una petición.
- En el proceso contencioso existen siempre dos partes, demandante y demandado. En el no contencioso, solo existe una parte que recibe el nombre de interesado, no existe bilateralidad.
- El proceso contencioso importan la existencia de contienda entre partes. En el procedimiento no contencioso tal contienda no existe.
- Las sentencias dictadas en los procesos contenciosos producen normalmente cosa juzgada. En cambio, las sentencias pronunciadas en los no contenciosos solo la producen en forma excepcional.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

El inciso 13 del artículo en comentario, hace referencia a otras fuentes legales cuando dice en su texto: “(...) los que la ley señale”; es decir, que en la legislación existen supuestos de hecho regulados que tienen estas características. Así tenemos, por poner un ejemplo, la autorización judicial de menor para contraer matrimonio regulado institución contenida en el CC.

Uno de los aspectos que hacen sostenible la tesis del procedimiento –y, no proceso– no contencioso y todo lo que de ella subyace es que en nuestro país los notarios tienen competencia para conocer –como asuntos no contenciosos– una serie de actos como: inventarios, comprobación de testamentos, sucesión intestada, adopción de personas capaces, rectificación de partidas, constitución de patrimonio familiar, etc. Es decir, es en sede notarial donde precisamente no puede hablarse de proceso, sino de procedimiento.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil: Texto vigente y antecedentes*. Lima: Palestra; ALAYZA Y PAZ-SOLDÁN, Toribio (1963): *El procedimiento civil en el Perú*. Trujillo: Bolivariana; ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial II*. Buenos Aires: Ediar; ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2009): *Sistema procesal garantía de la libertad I*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores; BRISEÑO SIERRA, Humberto (1969): *Derecho Procesal II*. México: Cárdenas Editor; CARNELUTTI, Francesco (1959): *Instituciones del proceso civil I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América; CALAMANDREI, Piero (2006): *Proceso y democracia*. Lima: Ara; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil II*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (2010): *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Communitas; TARIGO E., Enrique (1998): *Leciones de Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

## JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa. Es insuficiente su alegación sin probar de modo alguno tal afirmación (*Exp. N° 986-98-Lima*).

La Ley N° 26662 confiere competencia para tramitar indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario, la comprobación de testamentos cerrados (*Exp. N° N-667-97-Lima*).

La vocación hereditaria es espectativa en la medida que se pruebe el entroncamiento familiar y se cumpla con las exigencias procesales debidas. El proceso sucesorio puede ser solicitado por cualquier interesado y mejor aún por quienes se atribuyen la condición de pretendientes (*Exp. N° 1280-95-Lima*).

**Artículo 750**

**Competencia**

*Son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los jueces civiles y los de paz letrados, salvo en los casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales o a notarios.*

*En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.*

*La competencia de los juzgados de paz letrados es exclusiva para los procesos de inscripción de partidas y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Los procesos de rectificación de partidas podrán ventilarse ante los juzgados de paz letrados o ante notario. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*LEY 26662 arts. 1, 2, 3.*

*Elisban Dante Mamani Laurente*

**1. A MODO DE INTRODUCCIÓN**

El artículo en comentario define claramente quiénes son los llamados a conocer los “procesos no contenciosos”; la norma señala como regla general que los jueces civiles y los jueces de paz letrado de acuerdo a su competencia son quienes asignarán el derecho que corresponda frente a la solicitud –instar o peticionar– de quien acude a la jurisdicción. La excepción la establece también el mismo articulado del CPC, estableciéndose la posibilidad de que este tipo de casos se conozcan en sede arbitral (que sería el otro órgano jurisdiccional constitucionalmente reconocido) o por ante el oficio notarial.

La competencia es una categoría procesal que organiza la actividad jurisdiccional; así tenemos que en el presente artículo se acoge la competencia por razón de materia y de cuantía, prohibiéndose la competencia por el turno. Se señala, además, la exclusividad del conocimiento de los procesos de inscripción de partidas y solicitudes con estimación patrimonial mayores a cincuenta unidades de referencia procesal para los jueces de paz letrado. También se contempla la posibilidad de que los procesos de rectificación de partidas pueden ventilarse indistintamente ante los juzgados de paz letrado o ante notario.

(\*) Texto del artículo según modificatoria efectuada por el artículo 3 de la Ley N° 27155 del 11/07/1999.

## 2. NOCIÓN DE COMPETENCIA

La competencia no es más que la atribución de funciones que efectúa la ley, dicha atribución de funciones puede hacerse de manera excluyente o concurrentemente. Así como hay una competencia legislativa para sancionar las leyes en sentido formal y otra para promulgarlas, hay una competencia administrativa para designar personal gubernativo, hay una competencia notarial para otorgar la fe pública, hay una competencia policial para resguardar la seguridad pública, hay una competencia arbitral para la emisión laudos, etc.

Es por ello que todo funcionario público tenga otorgada por la ley cierta competencia. Los jueces, por tanto, no pueden escapar a esta regla general, de tal modo que cada uno de ellos debe cumplir funciones que estén atribuidas por la ley en virtud de distintas pautas que operan algunas veces como reglas y otras veces como excepciones a esas reglas.

Es conocida la distinción que desde siempre se ha realizado sobre la competencia respecto de la jurisdicción, así se dice que la jurisdicción es única e idéntica, pero no todo órgano revestido de jurisdicción puede ejercerla indistintamente conociendo cualquier materia y en cualquier lugar. Salvo el caso del proceso constitucional de hábeas corpus frente al cual es competente para conocerlo cualquier juez penal de la República.

En este orden de ideas es necesario acudir a una delimitación que la doctrina ha establecido a efectos de mejor entender este aspecto que no es un tema menor.

En la doctrina encontramos varios tipos de competencia: i) competencia objetiva; ii) competencia funcional; y, iii) competencia territorial. En el primer caso el sustento de misma es la naturaleza y valor de la causa, en el segundo caso es la norma que de acuerdo a las funciones de los jueces delimita su competencia, así un juez civil no puede conocer lo que es competencia de un juez superior y este a su vez respecto de un juez supremo, por poner un ejemplo; y, en el tercer caso hablamos de la existencia de jueces de la misma jerarquía dentro de un espacio geográfico. La competencia objetiva y funcional no son ni pueden ser objeto de disposición por las partes, es decir, que las partes no tienen arbitrio sobre este tipo de competencia.

Así también, existe una clasificación de la competencia teniendo en cuenta el litigio mismo y una competencia muy congruente con la idea de quien está investido de autoridad, teniendo en cuenta a la persona del juez.

Así, existen circunstancias objetivas que generan competencias: por ejemplo, por el lugar donde se instaure la demanda tendremos la idea de una *competencia territorial*; por la materia demandada, pudiendo ser una acción civil, penal,

laboral, constitucional, tendremos la idea de una *competencia material*; por el grado de conocimiento judicial tendremos la idea de *competencia funcional*; por el valor económico en discusión tendremos la idea de una *competencia por cuantía*; por el hecho de haber prevenido un juez primero que otro, tendremos la idea de una *competencia prevencional*. Cuando varios jueces ostentan una idéntica suma de competencias, se hace necesario asegurar entre ellos un equitativo reparto de tareas, con lo cual aparece la idea del *turno judicial* que, sin ser pauta atributiva de competencia puede serlo cuando la ley le atribuye este carácter y aparece la *competencia por turno*.

Con excepción de la competencia territorial, que puede ser pactada por las partes, todas las demás son atribuidas por la ley.

Teniendo en cuenta la persona el juzgador, se entenderá la aptitud que tiene una autoridad (juez) para procesar, juzgar y, en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio y un particular (árbitro) para procesar y laudar.

### 3. LA LEY DEL NOTARIADO Y EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS

Mediante Ley N° 26662 se otorga competencia a los notarios para conocer casos que eran de exclusividad de la jurisdicción. Es a partir de la norma señalada que los usuarios o interesados pueden recurrir de manera indistinta (y en muchos casos paralelamente) al Poder Judicial o al notario para tramitar los siguientes asuntos: 1) rectificación de partidas; 2) adopción de personas capaces; 3) patrimonio familiar; 4) inventario; 5) comprobación de testamentos; y, 6) sucesión intestada. Un dato adicional es que a partir de la Ley N° 27333 se amplía la competencia del notariado en general para conocer procesos como prescripción adquisitiva de dominio; título supletorio; rectificación de áreas y linderos; además a través de la Ley N° 29560 se dispone que los notarios también serán competentes para conocer asuntos relacionados a reconocimiento de unión de hecho y a convocatorias a junta obligatoria anual y junta general.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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



**Artículo 751** | **Requisitos y anexos de la solicitud**

*La solicitud debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 424, 425, 782, 791, 796, 803, 818, 831; LEY 26662 arts. 17, 22, 25, 36, 39.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

Se hace remisión a los requisitos generales establecidos en los artículos 424 y 425 del CPC. Señala el texto que la solicitud debe cumplir dichos requisitos. El término solicitud es distinto del de demanda por una cuestión sistemática y, en congruencia, con el manejo del lenguaje propio de la jurisdicción.

MONROY en cita de LEDESMA señala que: “el derecho de acción ha sido caracterizado como abstracto, siendo así, requiere de una materialización para ser expresado dentro de un proceso, esta expresión concreta es la demanda (...)” (LEDESMA, 2012: p. 867).

Por lo tanto, al no ser demanda y sí solicitud, parece claro que estamos frente a un procedimiento y no ante un proceso donde no obstante la sanción normativa debe observarse los requisitos adicionales que se exijan, por tanto los artículos 424 y 425 operan como marco de referencia.

Otro aspecto es que al no existir contraparte, y por tratarse de una solicitud propia de un procedimiento, serán los requisitos especiales que la norma especial señale los que serán en algunos casos de ineludible cumplimiento.

** BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 752 | Inadmisibilidad o improcedencia**

*Es de aplicación a este proceso lo dispuesto en el artículo 551.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 426, 427, 551, 761.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

Nuevamente, en este artículo que se hace una remisión normativa al texto del artículo 551 del CPC que establece los supuestos de inadmisibilidad e improcedencia de –en este caso– la solicitud. Obviamente, ello implica el cumplimiento de exigencias que pueden ser subsanables o no. En el primer caso, el juez declarará la inadmisibilidad cuando, por ejemplo, se omite adjuntar los anexos exigidos por ley, el petitório sea impreciso o incompleto; y, en el segundo caso, el juez declara improcedente la solicitud cuando advierta que quien solicita no está facultado para hacerlo, en términos del CPC no tiene legitimidad ni interés para obrar o, el juez no fuese competente para conocer la petición o, en palabras de Devis ECHEANDÍA, sean peticiones “manifiestamente improponibles”.

En línea de principio, considerando que las peticiones de las partes deben merecer una calificación debida es necesario dar cuenta que dentro de una fuerte concepción publicista del proceso como se irradia –modelo publicístico sobre la cual tenemos nuestros reparos y que merece una explicación desde la teoría general del proceso y no es este ni el momento ni lugar adecuados para profundizar el tema, solo queda la incitación– en nuestro Código, es el juez el centro de referencia de proceso y procedimiento, por tanto resulta lógico que al calificar la demanda o petición pueda rechazar liminarmente la demanda o declarar su inadmisibilidad cuando se incumpla lo prescrito legalmente.

Un sector de la doctrina considera que el rechazo liminar de la demanda constituye un forma de indefensión y una clara limitación de acceso a la jurisdicción, esta aseveración encierra una profunda cuestión que tiene que ver con el carácter ideológico del Código, independientemente de que esta sea una posición contraria al establecido en nuestro CPC, existen razones para tal actividad y una de ellas es evitar la judicialización de casos improponibles.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 753****Contradicción**

*El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorio, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el artículo 754.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 2, 3, 754, 783 párr. 2, 799, 810 párr. 2, 834 párr. 2.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

No obstante de que el proceso-procedimiento no contencioso tiene la característica de no ser litigioso, es un procedimiento donde no existe contienda entre partes, es decir, no existe alguien que pretenda algo en contra de otro; o, para ser más preciso no existe contrapartes; en determinados casos el juez antes de emitir pronunciamiento debe escuchar a otras personas para formarse un juicio con toda la información que pueda proporcionársele.

En rigor de verdad el emplazado con la solicitud no tiene calidad de parte en el procedimiento, puesto que si fuera así se desnaturalizaría el no contencioso. El emplazado no puede ser denominado parte pues, como se señaló, esta es una noción que implica un enfrentamiento entre dos sujetos propios del proceso contencioso. Es por esta razón que el peticionario no puede ser considerado demandante según el lenguaje de nuestro CPC, siendo correcto el término de emplazado por el juzgador frente al peticionante.

Señala el mismo artículo que la contradicción puede ser formulada por el emplazado con la solicitud dentro de los cinco días posteriores a la notificación de la resolución admisorio. La contradicción, como no puede ser de otro modo, es el ejercicio de un derecho lo que implica la posibilidad de aportar pruebas o elementos de confirmación de las afirmaciones del emplazado, configurándose así el derecho de defensa, derecho a la prueba y, como no, el derecho a una tutela jurídica dentro de un debido procedimiento.

Por tanto de presentarse contradicción el juzgador ordena la actuación de los medios de prueba de quien contradice, las que se actuarán en la audiencia prevista en el artículo 754.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 754****Trámite**

*Admitida la solicitud, el juez fija fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes, bajo responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 758.*

*De haber contradicción, el juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia. Si no hubiera contradicción, el juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud.*

*Concluido el trámite, ordenará la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo esta inimpugnable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 208, 310 párr. 3, 755, 758, 783 párr. 2, 799, 810, 834 párr. 2.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

Tal como reza el texto del CPC, una vez que el juez admite la solicitud, lo primero que debe proceder a realizar es fijar fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, entendemos que se refiera a la actuación de los medios de prueba o elementos de confirmación procesal ofrecidos por el peticionante en su solicitud y, eventualmente, por quien formuló contradicción. Así también es expresa la norma en señalar que la declaración judicial debe realizarse dentro de los quince días siguientes, bajo responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 758.

Este tipo de procedimientos puede dar lugar a que entre los mismos peticionantes se generen desacuerdos que el juzgador debe evaluar cuidadosamente. “En el proceso no contencioso pueden aflorar disentimientos entre los interesados, que lo van expresar en el contradictorio, los que debe tener en cuenta el juez al momento de resolver, estos disentimientos no se califican propiamente como el contradictorio de un proceso” (LEDESMA: 2012, p. 871).

En el supuesto de presentarse contradicción, se ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan; es evidente que no existe en la audiencia una etapa de saneamiento procesal, fijación de puntos controvertidos ni de conciliación, pues estamos en un procedimiento no contencioso. Tampoco existe la

posibilidad de deducir excepciones o proponer defensas previas, no puede interponerse tachas u oposiciones. En esencia es una audiencia de actuación de medios de prueba de forma inmediata.

Luego, si quien ejerce contradicción solicita el uso de la palabra, el juez le concederá –solamente al oponente o a su apoderado– cinco minutos para sus alegaciones orales, procediendo luego a resolver. Se entiende que el acto resolutivo es en la misma audiencia en un solo acto, es por ello que la misma norma señala que excepcionalmente, el juez podrá reservar su decisión por un plazo que no excederá los tres días contados desde la conclusión de la audiencia. Resulta ocioso señalar que si en el procedimiento no se presentase contradicción el juez debe amparar la petición y, como dice el Código, proceder a actuar los medios probatorios. El juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud.

Finalmente, una vez que ha concluido el trámite, el juez debe ordenar la entrega de copias certificadas de lo actuado al interesado o peticionante, guardando los originales de los documentos anexados a la solicitud en el archivo del juzgado.

En caso que se declarase fundada la contradicción propuesta, el procedimiento se suspende, y no cabe la entrega de copia certificada alguna, lo mismo ocurrirá cuando se interpusiera recurso de apelación en el mismo acto de la audiencia como lo exige el artículo 755 del CPC.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012). *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 754 del CPC es claro y tajante al señalar que si no existe contradicción la resolución que pone fin al proceso es impugnabile. El hecho de que el juzgado confiera apelación en mérito al recurso presentado por el recurrente, deviene en nulidad insubsanable, que debe ser declarada de oficio por la corte (*Cas. N° 193-96-Lima*).

**Artículo 755****Procedencia de la apelación**

*La resolución que resuelve la contradicción es apelable solo durante la audiencia. La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada, lo es sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada. La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 364, 369, 371, 376, 755, 783, párr. 2, 799, 810, 834 párr. 2.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

Hemos dicho que en los procesos no contenciosos existe ausencia de litis. Es frecuente, sin embargo, que durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, surjan controversias o “disidencias”, en palabras del profesor MONROY GÁLVEZ, a mérito de contradicciones o derechos incompatibles invocados por terceras personas. Y, entonces, estos procedimientos que sustancialmente no son de carácter contencioso, se tornan en verdaderos pleitos judiciales que deben sustanciarse de acuerdo al trámite reglado y decidirse sobre los puntos que –esta vez– esta especie de contrapartes controvierten, presentándose una gran paradoja que consiste en que estos procedimientos no contenciosos constituyen a menudo largas y delicadas controversias y verdaderos pleitos judiciales donde las contrapartes se exhiben y agotan todos sus recursos en la defensa de sus intereses y exigen una resolución o sentencia que dirima el derecho controvertido.

Es precisamente por la vía de la contradicción que los interesados ingresan al procedimiento, y es en la audiencia y solo en la audiencia donde puede interponerse apelación, si es en este acto donde se emite la resolución, o dentro del término de tres días después de notificada la resolución, lo que implica que la resolución se emitió fuera de la audiencia, por tanto el momento para ejercitarse o interponer impugnaciones dependerá del acto resolutorio del juez. De este modo, la resolución que declara fundada la contradicción de quien ingresó al procedimiento, puede ser objeto de apelación por el peticionante originario y el juzgado le concederá el recurso con efecto suspensivo. Asimismo, si la resolución declara infundada la contradicción es apelable sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 756****Trámite de la apelación con efecto suspensivo**

*Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. En lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376. Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 376, 753, 783 párr. 2, 799, 810.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

La resolución que declara fundada la contradicción, si es que esta es impugnada vía apelación, suspende el procedimiento mas no lo concluye. La suspensión del proceso debe entenderse como paralización o inactividad procesal. “la suspensión puede ser judicial, convencional y legal, siendo el artículo en comento un ejemplo de suspensión legal” (LEDESMA, 2012: p. 874).

El artículo bajo comentario hace referencia al texto del artículo 376 del CPC, que regula el procedimiento de apelación con efecto suspensivo contra autos. En primer lugar debe observarse que la norma señala un término; es decir, acudimos al carácter temporal para ejercitar la impugnación, que en nuestro caso es tres días si el auto o resolución es emitida fuera de la audiencia, contados evidentemente a partir del acto de notificación. Sin embargo, si el pronunciamiento se pone en conocimiento del o los peticionantes y el contradictor en la audiencia, como señala el Código, es en la misma audiencia la oportunidad y el momento para interponer el recurso de apelación sin perjuicio de poder fundamentarlo dentro de los tres días que concede el artículo 376 antes referido.

El mismo trámite es aplicable a la resolución final cuando se la cuestione vía impugnación.

Una vez concedido el recurso de apelación, el juzgado tiene la responsabilidad de elevar o remitir los actuados contenidos en el expediente a la instancia superior, así como el deber de comunicar al peticionante.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 757**

**Trámite de la apelación sin efecto suspensivo**

*El trámite de esta apelación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 369.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 368, 369, 755, 783 párr. 2, 799, 810.*

---

***Elisban Dante Mamani Laurente***

---

La apelación sin efecto suspensivo al que alude el presente artículo se rige por las reglas contenidas en el artículo 369 del CPC. La eficacia de la resolución impugnada se mantiene por eso sin efecto suspensivo.

La concesión del recurso de apelación sin efecto suspensivo, impide al juzgador ejercer la jurisdicción hasta mientras no se tenga un pronunciamiento firme de la instancia superior.

Sin embargo, por razones de celeridad procesal y respeto a la tutela urgente de ciertos derechos como, por ejemplo, la asignación anticipada de alimentos hace que la apelación no impida la ejecución de lo resuelto, supuesto de excepción que siempre es importante considerar.

En este mismo orden de ideas la norma procesal establece, en su artículo 368, que el juez al conceder la apelación deberá precisar el efecto con el que se concede el recurso y si es diferida en su caso.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

---



**Artículo 758****Plazos especiales del emplazamiento**

*Para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435, los plazos son de quince y treinta días, respectivamente.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 435, 753, 834 párr. 2.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

El presente artículo trata de los plazos especiales para el emplazamiento, y el tercer párrafo del artículo 435 del CPC señala que: “el plazo de 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 días si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta”.

El aspecto realmente relevante es el termino “el plazo será fijado por cada procedimiento”.

Así, en el presente procedimiento no contencioso se determina que los plazos son de quince y treinta días, respectivamente.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 759**

**Intervención del Ministerio Público**

*Cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos regulados en el siguiente Título, este será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del artículo 250, inciso 2 de la Constitución(\*). No emite dictamen.*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 159 inc. 2; C.P.C. arts. 113 a 118, 798, 835.*

---

***Elisban Dante Mamani Laurente***

---

Este artículo establece la obligatoriedad de comunicar o notificar con las resoluciones que emita la jurisdicción al Ministerio Público. La intervención de este órgano autónomo del Estado es básicamente como garante y defensor de la legalidad y el interés colectivo, así también vela por los intereses de la sociedad fundamentalmente en los procedimientos donde puede estar en tela de juicio el derecho de menores.

Obviamente, al hacer referencia al artículo 250 inciso 2 de la Constitución se aludía al texto constitucional de 1979, actualmente es en el inciso 2 del artículo 159 de la Constitución de 1993 donde se contempla el símil de su antecedente, que establece como atribución del Ministerio Público el velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. “Como se recuerda esta atribución fue criticada desde el Poder Judicial; se argumentaba que eran la propia Constitución y las leyes las verdaderas garantes de la independencia de los órganos jurisdiccionales y no un órgano en especial” (BERNALES, 1999: p. 707). Ha pasado algún tiempo desde que se presentara esta polémica y a decir verdad el entusiasmo que generó el texto constitucional en algunos sectores y la reacción natural en otros, con una atribución asignada por la Constitución a juicio de algunos invasiva de un poder del Estado, guste o no respetarse el sentido del texto constitucional, por tanto la participación del Ministerio Público en los procesos civiles a los que sea llamado por ley es importantísimo.

El Ministerio Público en el proceso civil ejerce importantes atribuciones, fundamentalmente a la hora de actuar como ente dictaminador, como parte o como tercero con interés. No obstante ello, en el presente caso, el artículo en comentario hace referencia expresa a que en este tipo de procedimientos el Ministerio

---

(\*) La referencia debe entenderse al inciso 2 del artículo 159 de la Constitución de 1993.

---

Publico no emite dictamen, solo le es notificado las resoluciones que emita el órgano jurisdiccional.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Editora RAO.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III. 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° 0514-97-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° 923-97-Lima*).

**Artículo 760**

**Regulación supletoria**

*La audiencia de actuación y declaración judicial se regula, supletoriamente, por lo dispuesto en este Código para la audiencia de pruebas. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 202 y ss., 468, 472.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

El presente artículo hace referencia a la supletoriedad en su aplicación para la actuación y declaración judicial del procedimiento no contencioso, de las audiencias de conciliación y pruebas establecido en el CPC fundamentalmente después de la modificación establecida por Decreto Legislativo N° 1070.

Desde el plano de la aplicación sistemática del Código, es sin duda alguna, un aspecto resaltante, “la norma acoge la integración normativa para llenar los vacíos o lagunas de la ley procesal” (LEDESMA: 2012, p. 878).



**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012). *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.



**JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

La fijación de los puntos controvertidos es un acto procesal relevante y trascendente, pues define los asuntos o hechos cuya interpretación o entendimiento distancia a las partes y sobre las cuales se definirá la materia de prueba. La omisión de fijar los puntos controvertidos no puede ser convalidado por el silencio de partes, ya que, en todo caso, no habría litis (*Exp. N° 1474-01*).

La audiencia de pruebas tiene como finalidad la actuación de las pruebas admitidas, en el orden que señala el artículo doscientos ocho del Código Procesal Civil, de tal manera que si las pruebas no requieren de actuación, esta carece de objeto, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos setentitres inciso primero del mismo Código, no habiendo necesidad de actuar medio probatorio alguno, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia, sin admitir otro trámite (*Cas. N° 225-98-Cusco*).

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

**Artículo 761****Improcedencias**

*Son improcedentes:*

1. *La recusación del juez y del secretario de juzgado;*
2. *Las excepciones y las defensas previas;*
3. *Las cuestiones probatorias cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata;*
4. *La reconvencción;*
5. *El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y*
6. *Las disposiciones contenidas en los artículos 428 y 429.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 23, 289, 428, 429, 443, 446, 447.*

***Elisban Dante Mamani Laurente***

El artículo bajo comentario niega la posibilidad del ejercicio de la recusación del juez y del secretario, la interposición de las excepciones y las defensas previas, la reconvencción, el ofrecimiento de medio probatorios en segunda instancia, las cuestiones probatorias cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata; y, las disposiciones contenidas en los artículos 428 y 429 del CPC, que tienen que ver con la modificación y ampliación de la demanda antes que estas hayan sido notificadas, así como el ofrecimiento de medios probatorios después de interpuesta la demanda, siempre que se refieran a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte, al contestar la demanda o reconvenir.

Es decir, son improcedentes todos los actos procesales señalados por una sencilla razón: la naturaleza propia de los procedimientos no contenciosos. Se ha indicado que este tipo de procedimientos son distintos de los procesos contenciosos donde existen siempre dos partes, demandante y demandado, y donde por su naturaleza se puede ejercer todos los actos procesales que le son negados al procedimiento no contencioso.

Finalmente, debe tenerse presente que las sentencias dictadas en los procesos contenciosos, producen normalmente cosa juzgada. En cambio, las sentencias pronunciadas en los no contenciosos, solo la producen en forma excepcional.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 762**

**Ejecución**

*Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el juez, según corresponda.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 148, 836.*

---

***Elisban Dante Mamani Laurente***

---

El procedimiento no contencioso persigue el reconocimiento de una incertidumbre o de una situación preexistente, sobre la cual no hay *litis*, si bien puede presentarse la posibilidad del ejercicio de contradicción esto no lo convierte propiamente en un conflicto intersubjetivo de pares.

Por tal razón, es que estas resoluciones que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el juez, según corresponda, los que serán dirigidos a la autoridad pertinente.

El oficio, documento de suma importancia, propiamente muy usado en las oficinas públicas, revela además que nos encontramos frente a un verdadero *procedimiento* y no proceso.



**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

---



**JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Las sentencias recaídas en los procesos no contenciosos no tienen la calidad de cosa juzgada, máxime si del contenido de la sentencia recaída en el expediente acompañado sobre sucesión intestada se deja a salvo el derecho de los hijos para que lo hagan valer con arreglo a ley (*Cas. N° 68-99-Lima-Cono Norte*).

# TÍTULO II

## DISPOSICIONES ESPECIALES

### SUBCAPÍTULO 1

#### INVENTARIO

#### Artículo 763

#### Procedencia del inventario

*Cuando lo prescriba la ley o se sustente su necesidad, cualquier interesado puede solicitar facción de inventario con el fin de individualizar y establecer la existencia de los bienes que pretende asegurar.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art. 750, 770 párr. 2; LEY 26662 arts. 1 inc. 4, 29.*

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La intervención del juez al momento de realizarse no solamente el inventario de la totalidad de los bienes que pertenecen o pertenecieron a una determinada persona, sino también su estado real; constituye una garantía para todos los intervinientes, al no tergiversarse la realidad constatada.

El presente artículo en comento tiene como finalidad dejar plasmado en un documento válido, la existencia y el estado de los bienes sobre los que recae un especial interés al momento de realizarse el inventario respectivo por parte del órgano jurisdiccional.

### 2. CONCEPTO DE INVENTARIO JUDICIAL

El inventario judicial puede ser definido como aquella relación ordenada del universo de bienes (muebles e inmuebles) que se encuentran en un determinado lugar, mediando intervención del órgano jurisdiccional para dar validez a la constatación del estado y la existencia de los mencionados bienes o efectos, sobre los que recae un especial interés de los intervinientes.

### 3. CLASES DE INVENTARIO

Dentro de las clases de inventario tenemos: i) inventario simple, el cual se caracteriza por mantener una descripción o nómina sencilla que efectúan los interesados con asistencia de notario y testigos (si fuera el caso); ii) inventario *ad solemnitatem*, el cual requiere ineludiblemente la intervención del funcionario público y de los testigos, además de las formalidades legales, bajo sanción de nulidad; y, iii) inventario notarial, este se realiza a través de una solicitud señalando el lugar donde se realizará el inventario, realizándose con intervención del notario del lugar donde se encuentran los bienes a inventariarse (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: pp. 839-841).

### 4. INVENTARIO PRESCRITO POR LEY

El inventario es realizado por mandato imperativo legal, debido a un interés público que se debe proteger. Así, por ejemplo, se tiene el caso del usufructuario que antes de entrar en posesión del bien debe hacer el inventario y tasación de los bienes muebles, o la situación respecto a la posesión de los bienes del ausente.

### 5. INVENTARIO SUSTENTADO EN SU NECESIDAD

El inventario es realizado con motivo a las especiales circunstancias y a la urgencia con el que se solicita. Así se tiene, por ejemplo, en el caso de la repartición de la masa hereditaria, uno de los derechohabientes se percata del deterioro de uno de los bienes que conforman la herencia a ser repartida, por lo que solicita la inmediata intervención del órgano judicial.

### 6. COMPETENCIA DEL JUEZ PARA REALIZAR EL INVENTARIO

Uno de los criterios a tener en cuenta es la cuantía de los bienes para determinar si corresponde al juez de paz letrado o al juez de primera instancia, en concordancia con lo regulado por el artículo 750 del CPC.

Otro criterio es la competencia territorial, por lo que será competente el juez del lugar del domicilio del solicitante o en cuyo interés se promueve, protegiéndose el interés del solicitante que a futuro pudiera ingresar o no a una contienda.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

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



---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

PINO CARPIO, Remigio (1961): *Nociones de Derecho Procesal y comentario del Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Tipografía Peruana.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Para efectos de determinar la existencia de los bienes sujeto a un régimen de sociedad de gananciales, la Sala invoca el mérito de un acta notarial de inventario, la misma solo tiene por objeto individualizar y establecer la existencia de bienes que se pretende asegurar conforme al artículo 763 del Código Procesal Civil, pero no constituye título de propiedad ni de posesión para efectos de determinar si los mismos constituyen bienes propios o sujetos a un régimen de sociedad de gananciales (*Cas. N° 3015-2005-San Martín*).

El nombramiento de un administrador judicial de bienes resulta procedente en los casos de copropiedad de los mismos. Es nula la sentencia que precisa y enumera los bienes sobre los que recaería la administración cuando existe desacuerdo en la relación de los mismos. Se debe iniciar previamente un proceso de inventario judicial para determinar la real existencia de los bienes (*Exp. N° 21829-2002-Lima*).

## Artículo 764

### Audiencia de inventario

*La audiencia de inventario se realizará en el lugar, día y hora señalados, con la intervención de los interesados que concurran. En el acta se describirán ordenadamente los bienes que se encuentran en el lugar, su estado, las características que permitan individualizarlos, sin calificar la propiedad ni su situación jurídica, dejándose constancia de las observaciones e impugnaciones que se formulen.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. art. 754; LEY 26662 art. 31.*

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente dispositivo legal describe las características que debe contener el acta donde se verá plasmada la audiencia del inventario respectivo.

## 2. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA AUDIENCIA DE INVENTARIO

La audiencia de inventario se deberá realizar dentro de los quince días siguientes de haberse solicitado el inventario de bienes respectivos, en concordancia con el artículo 754 del CPC; además de las formalidades que toda acta debe contener: lugar, día y hora; con el apercibimiento de realizarse con las partes que concurran, por lo que no cabe reprogramación si ha existido un válido emplazamiento.

Esta actividad procesal conlleva a una descripción detallada de cada uno de los bienes donde se levantará el acta respectiva, a fin de identificar e individualizar cada uno de los bienes o caudales respectivos, sin realizar ninguna calificación jurídica sobre los mismos, pues no hay controversia sometida a debate en la realización del inventario. Cabe la posibilidad de la asistencia de un perito si es necesario para la descripción pormenorizada del bien (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: pp. 841-842).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

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

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS RAMOS, Manuel (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

**Artículo 765****Inclusión de bienes**

*Cualquier interesado puede pedir la inclusión de bienes no señalados en la solicitud de inventario inicial, acreditando el título respectivo. El plazo para pedir la inclusión vence el día de la audiencia y se resolverá en esta.*

CONCORDANCIA:  
LEY 26662 art. 32.

*A. Flavio Saavedra Dioses*

**1. INTRODUCCIÓN**

El presente dispositivo legal regula las circunstancias de inclusión de bienes con posterioridad a la solicitud de inventario que detalla los bienes y caudales iniciales.

**2. LEGITIMIDAD PARA SER SOLICITANTE**

El solicitante inicial no es el único legitimado para solicitar el inventario de bienes, sino también cualquier interviniente en la audiencia de inventario que solicita la inclusión de otro bien no señalado en la solicitud de inventario inicial, acreditando el título respectivo. Esto último no implica un pronunciamiento de la situación jurídica del bien que se acaba de incluir al inventario, sino tan solo acreditar con título fehaciente la nueva solicitud de inclusión de bienes.

**3. PLAZOS PROCESALES**

Los plazos procesales son el conjunto de lapsos destinados al cumplimiento de cada acto procesal en particular, siendo el caso que para incluir un bien omitido en la solicitud de inventario inicial vencería el mismo día en que se desarrolla la audiencia de inventario, lo cual determinará la caducidad automática de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concedió, sin que para lograr tal resultado, se requiera la petición de la otra parte o una declaración judicial. (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: p. 842).

** BIBLIOGRAFÍA CITADA**

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

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ORTELLS RAMOS, Manuel (Dir.); JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

**Artículo 766**

**Exclusión de bienes**

*Cualquier interesado puede solicitar la exclusión de bienes que se pretenda asegurar, acreditando el título con que lo pide. Se puede solicitar la exclusión dentro del plazo previsto en el artículo 768, la que se resolverá en una nueva audiencia fijada exclusivamente para tal efecto.*

*Vencido el plazo para solicitar la exclusión o denegada esta, puede ser demandada en proceso de conocimiento o abreviado, según la cuantía.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 475 inc. 2, 486 inc. 7, 765, 768; LEY 26662 art. 34.*

---

**A. Flavio Saavedra Dioses**

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Así como existe una oportunidad para incluir un bien que ha sido omitido en la solicitud inicial de inventario, también existe una oportunidad para solicitar la exclusión de un bien solicitado inicialmente en el inventario.

**2. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA EXCLUSIÓN DE BIENES**

Al igual que en el dispositivo legal anterior, cualquier interviniente en la audiencia podrá solicitar la exclusión de un bien que ha sido considerado en la solicitud inicial de inventario, acreditando el título respectivo, hasta antes de la aprobación del inventario por parte del juzgador. Sin embargo, a diferencia del artículo 765 del CPC, considero que en este supuesto de hecho, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse respecto a la situación jurídica del bien, pues hay un conflicto de intereses respecto a la propiedad o posesión del mismo para ser incluido en la relación de bienes inventariados, y he allí la razón de por qué el Código adjetivo regula una nueva oportunidad para que el solicitante de la exclusión de bienes pueda solicitar su pretensión en un proceso contencioso.

**3. OPORTUNIDAD PARA RESOLVER LA SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DE BIENES**

La exclusión puede ser planteada en la misma audiencia de inventario, por lo que el juez deberá programar una nueva audiencia destinada exclusivamente para resolver dicha exclusión. Si la exclusión fuese denegada, podrá ser demandada

---

en un proceso contencioso de conocimiento o abreviado dependiendo de la cuantía del bien por el que se solicita la exclusión (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: p. 843).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

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

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS RAMOS, Manuel (Dir.); JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

---

### Artículo 767

### Valorización

*Puede ordenarse que los bienes inventariados sean valorizados por peritos, siempre que se solicite antes de concluida la audiencia.*

*Pedida la valorización, el juez nombrará peritos y fijará fecha para la audiencia respectiva.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 262 a 271.*

*A. Flavio Saavedra Dioses*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El dispositivo legal en comento tiene por finalidad especificar el procedimiento para la designación de peritos en el procedimiento de inventario de bienes.

## 2. LABOR PERICIAL EN EL PROCEDIMIENTO DE INVENTARIO DE BIENES

Al ser los peritos especialistas técnicos y conocedores de una rama de las ciencias, se les pide emitir opinión autorizada sobre algún hecho, a fin de que el juzgador pueda tener una visión integral sobre la solicitud de inventario de bienes, posibilitando una distribución proporcional del valor de los bienes a inventariarse.

La solicitud para la intervención de peritos en la valorización de los bienes objeto de inventario tiene como plazo preclusivo hasta antes de concluida la audiencia, por lo que el juez nombrará peritos y fijará fecha para la audiencia respectiva, en una resolución judicial que programará nueva audiencia para que puedan intervenir los peritos solicitados (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: p. 844).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

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

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORTELLS RAMOS, Manuel (Dir.); JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

**Artículo 768****Protocolización y efectos**

*Terminado el inventario y la valorización, en su caso, se pondrá de manifiesto lo actuado por diez días en el local del juzgado. Si no se pide exclusión o resuelta esta, el juez aprobará el inventario y mandará que se protocolice notarialmente.*

*El inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 765, 766; LEY 26662 arts. 8, 10, 33.*

**A. Flavio Saavedra Dioses****1. INTRODUCCIÓN**

El presente dispositivo legal regula la etapa de conclusión del inventario y protocolización del documento que lo contiene, adquiriendo plena validez en el proceso contencioso a futuro por el que se resolverá la distribución proporcional de la masa hereditaria o la situación jurídica de los bienes inventariados.

**2. INVENTARIOS APROBADOS Y PROTOCOLIZADOS**

Una vez realizado el detalle de los bienes inventariados, con su respectiva individualización, identificación y valorización de ser el caso, el juez publica en el local de su juzgado todo lo actuado en el lapso de diez días, a fin de que se puedan realizar las observaciones respectivas y la solicitud de exclusión, de ser el caso.

En caso de no existir la exclusión o de resolverse la misma, el juez emite resolución judicial aprobando el inventario y protocolizando el mismo, esto es, calificará el acta de inventario, disponiendo su archivo ordenado en diversos tomos encuadernados para su conservación y archivo en el juzgado; convirtiendo de esta forma el acta protocolizada en documento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, con la consiguiente autenticidad y credibilidad *erga omnes* consustanciales (LEDESMA NARVÁEZ, 2009: pp. 844-845).

**3. EL INVENTARIO EN CUANTO TÍTULO**

La validez plena del inventario, ya protocolizado, es el de servir de título para acreditar la existencia y estado de conservación actual de los bienes que han de ser discutidos en un eventual proceso judicial, al cual podría recurrir el justiciable en cualquier momento, cumpliendo con este requisito de procedibilidad o de acuerdo

a las necesidades correspondientes para hacer valer sus derechos. Sin embargo, el Código adjetivo nuevamente deja en claro que el inventario no es título para solicitar posesión de bienes, pues no ha sido materia de un proceso contencioso.

#### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

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

---

#### **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ORTELLS RAMOS, Manuel (Dir.); JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

---



## SUBCAPÍTULO 2 ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BIENES

### Artículo 769

#### Procedencia

*A falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad, procede designar administrador judicial de bienes.*

#### CONCORDANCIAS:

*C. arts. 2 num. 16, 70; C.C. arts. 43, 44, 47, 49, 50, 54 a 57, 467, 468, 507, 508, 563, 565 inc. 2, 566, 568, 572, 589, 597, 598, 599, 604, 605, 608, 609, 787 inc. 4, 792, 885, 886, 923, 969, 972, 973.*

*Mario Diez Canseco Carranza*

### 1. INTRODUCCIÓN

Señala Luiz Guilherme MARINONI que “las transformaciones sociales y el Estado inciden sobre el nuevo proceso civil. Esta es la mejor forma de contribuir a que los cambios legislativos tengan efectiva repercusión sobre la realidad social, toda vez que el desconocimiento de las relaciones del texto legal con los valores que están sobre su base no solo genera una aplicación fría y descomprometida como todavía conduce una lectura reduccionista de lo nuevo, pues tiende a ver en la nueva ley lo que no existía en la antigua” (MARINONI, 2007: p. 110).

Es este acercamiento a la realidad social el que se aprecia en el artículo 769 del CPC y a lo largo de todo el subcapítulo en el que se encuentra, habida cuenta de que a través de él personas que no tengan capacidad de ejercicio o no cuenten con padres, tutor o curador, hayan sido declaradas ausentes o sean copropietarias, podrán disfrutar de su derecho de propiedad reconocido constitucionalmente.

### 2. BIENES Y DERECHO DE PROPIEDAD

Previamente, resulta conveniente tener una idea de qué se entiende por “bienes”. Así, para GONZALES BARRÓN (2005: p. 60) “los bienes hacen referencia a todas las entidades (corporales e incorpóreas) susceptibles de ser objeto de derechos reales”, y, siguiendo la clasificación de nuestro CC, pueden ser inmuebles (art. 885) y muebles (art. 886).

Tales bienes forman parte de un derecho: el derecho a la propiedad, contenido en el numeral 16 del artículo 2 de nuestra Constitución Política que establece

que toda persona tiene derecho “a la propiedad y a la herencia”, para más adelante, en su artículo 70, indicar que el mismo “es inviolable” y que se ejercerá “en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley”. Por su parte, el artículo 923 del CC lo conceptúa como el poder jurídico que permite *usar, disfrutar*, disponer y reivindicar *un bien*, debiendo ejercerse “en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Para GONZALES BARRÓN (2005: p. 278), “la propiedad es un *derecho subjetivo*, lo cual implica el reconocimiento normativo del interés de un sujeto sobre *un bien*, mientras que los terceros quedan colocados en situación de extraneidad total, ya que estos no tienen un deber concreto frente al titular del derecho”.

Pues bien, entendiendo que el derecho a la propiedad es un derecho constitucional y que el mismo se ejerce sobre uno o varios bienes, resulta importante tener en cuenta, a fin de que no se vea conculcado, ¿qué sucedería cuando los titulares de tal derecho no puedan realizar directamente algunos de sus componentes por diversas circunstancias? No olvidemos que nuestro Tribunal Constitucional, en cuanto al tema, en su STC Exp. N° 008-2003-AI, f.j. 26, ha señalado que “Así, la persona propietaria podrá *servirse* directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses (...) e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”. Es en esta situación en la que se ha colocado el artículo bajo comentario cuando prevé que ante la falta de padres, tutor o curador y en los casos de ausencia o copropiedad se podrá hacer uso, indirectamente, de este derecho, a través de la designación de un administrador judicial de bienes.

### 3. ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BIENES

Conforme a la redacción del artículo 769 del CPC, la administración judicial de bienes procederá en tres circunstancias: la primera, cuando los propietarios de los bienes no cuenten con capacidad de ejercicio, esto es, se encuentren inmersos dentro de alguno de los supuestos contenidos en los artículos 43 (incapacidad absoluta) y 44 (incapacidad relativa) del CC y no tengan quién los represente (sean padres, tutor o curador). La segunda, cuando el propietario haya sido declarado ausente, esto es, conforme al artículo 47 del CC, que no se encuentre en el lugar de su domicilio por más de sesenta días sin noticias de su paradero; y, finalmente, que exista copropiedad, lo cual ocurre según el artículo 969 del CC, “cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”.

Es así que se encontrará garantizado el derecho a la propiedad de estas personas, habida cuenta de que el administrador judicial, como se verá más adelante, tendrá no solo atribuciones, sino que estará sujeto a obligaciones y prohibiciones que respalden frente a los titulares de los bienes su desempeño.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

GONZALES BARRÓN, Günther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales;  
MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999): *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: RAO.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El nombramiento de un administrador judicial de bienes resulta procedente en los casos de copropiedad de los mismos. Es nula la sentencia que precisa y enumera los bienes sobre los que recaerá la administración cuando existe desacuerdo en la relación de los mismos. Se debe iniciar previamente un proceso de inventario judicial para determinar la real existencia de los bienes (*Exp. N° 21829-2002-Lima*).

Ante las discrepancias surgidas entre los integrantes de la sucesión, es válido que el juez designe a una tercera persona para que asuma la administración de la masa hereditaria del causante (*Exp. N° 16248-98-Lima*).

La división y partición de bienes de menores de edad, debe someterse a aprobación judicial. El juez del Niño y el Adolescente es competente para conocer de todos aquellos casos que la norma sustantiva prevea la aprobación jurisdiccional (*Exp. N° 257-96-Lima*).

## Artículo 770

### Objeto

*Es objeto de este proceso:*

1. *El nombramiento de administrador judicial; y,*
2. *La aprobación de la relación de bienes sobre los que se va a ejercer la administración.*

*Cuando haya desacuerdo sobre el segundo punto, se nombrará al administrador y este deberá iniciar proceso de inventario.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 52, 441, 520 inc. 1, 574, 602; C.P.C. arts. 469, 763, 770.*

***Mario Diez Canseco Carranza***

## 1. INTRODUCCIÓN

Previamente a precisar el objeto dentro del proceso de administración judicial de bienes, mencionaremos algunas de las concepciones que se han dado sobre el objeto de la pretensión.

Así tenemos las siguientes concepciones: “aquel bien jurídico cuya protección o concesión se solicita al juzgador”; “la prestación que se reclama o sea el derecho, la medida, la ventaja o la situación jurídica que se demanda y no la cosa corporal sobre la cual puede recaer la pretensión”; “el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad el pretensor quiere que sea una actuación de lo pretendido”; y, finalmente, “la realización de un pedido concreto, así como la solicitud de una consecuencia jurídica prevista en el ordenamiento, ya que dicha consecuencia deberá estar sustentada en la afirmación del supuesto de hecho de una norma” (APOLIN, 2009: pp. 133-134).

Hechas estas precisiones, pasaremos a analizar el objeto del procedimiento materia de estudio.

## 2. OBJETO DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BIENES

Teniendo en cuenta la última de las definiciones (pedido concreto y su consecuencia jurídica), conforme al artículo 770 del CPC, podemos encontrar en la solicitud de administración judicial de bienes los siguientes objetos:

- a) El nombramiento de administrador judicial y la aprobación de la relación de los bienes sobre los que se ejercerá la administración; o,

- b) El solo nombramiento del administrador judicial, cuando no exista acuerdo en cuanto a los bienes sobre los que se ejercerá.

Lo mencionado recalca la importancia no solo de la voluntad (o acuerdo) de los solicitantes, para el nombramiento de un administrador judicial, sino también para la elaboración de la relación de los bienes sobre los que versará la administración, con la cual se deberá contar en aras de una adecuada administración. Sin embargo, cabe la posibilidad de que no exista consenso en cuanto a esta última, por lo que deberá ser obtenida en otro procedimiento, en este caso el de inventario (regulado en el subcapítulo 1 de este mismo título y sección del CPC); ello, como se ha señalado al comentar el artículo anterior, con el fin de garantizar el derecho de propiedad de las personas cuyos bienes serán administrados, lo cual vendría a ser la consecuencia del pedido solicitado.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

APOLIN MEZA, Dante (2009): *Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo iura novit curia y la reconducción de pretensiones*. Lima: Jurista Editores.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

TAIPE CHÁVEZ, Sara (2002): "Algunas reflexiones sobre el *iura novit curia*". En: *Libro de Actas del Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El nombramiento de un administrador judicial de bienes resulta procedente en los casos de copropiedad de los mismos. Es nula la sentencia que precisa y enumera los bienes sobre los que recaería la administración cuando existe desacuerdo en la relación de los mismos. Se debe iniciar previamente un proceso de inventario judicial para determinar la real existencia de los bienes (*Exp. N° 21829-2002-Lima*).

**Artículo 771**

**Legitimidad activa**

*Pueden solicitar el nombramiento de administrador judicial de bienes aquellos a quienes la ley autorice y los que, a criterio del juez, tengan interés sustancial para pedirlo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. IV, 769, 776; C.C. arts. 54, 619, 851, 972.*

---

*Mario Diez Canseco Carranza*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

A través de la legitimidad “se trata de determinar quién debe hacer el proceso y con qué finalidad; para que la sentencia que se obtenga sea eficaz, es decir, para que esta realmente resuelva un conflicto” (MONTERO, 2009: p. 108).

Teniendo en cuenta que en el proceso de nombramiento del administrador judicial se busca proteger el derecho de propiedad de quienes no pueden ejercerlo directamente, resulta importante, pues, que se establezca a los legitimados para solicitar tal nombramiento, tal como lo hace el artículo bajo comentario.

**2. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BIENES**

Previo a analizar la legitimidad activa en el nombramiento del administrador judicial de bienes, conviene recordar lo establecido por el artículo 769 del CPC. Así, este dispositivo dispone que en aquellos casos que los propietarios *no tengan* padres, tutor o curador, así como en los supuestos de ausencia o de copropiedad procede la designación del administrador judicial de bienes.

Lo expuesto resulta importante, pues para los dos últimos supuestos (copropiedad o ausencia) el pedido podría ser efectuado directamente por el interesado: cualquier copropietario o quien posea los bienes del ausente, de ser el caso, lo cual no ocurre con el primero (incapaces que no cuenten con padres, tutores o curadores).

Es por ello que, el artículo 771 del CPC ha establecido que en este tipo de procesos los supuestos de legitimidad activa (poder solicitar el nombramiento) son dos: los autorizados por la ley y aquellos quienes a criterio del juez, tengan interés sustancial para pedirlo.

Así, en cuanto al primer criterio (legal) en lo concerniente a los dos últimos supuestos del artículo 769 del CPC, no encontramos mayor problema, pues es la ley la que establece quiénes pueden formular tal solicitud. Así, por ejemplo, el artículo 54 del CC señala, para el caso de los ausentes, que la solicitud puede ser presentada por quien posea temporalmente los bienes de aquel. Igual ocurre con el artículo 851 del CC, del cual se desprende que en caso de herencia indivisa (copropiedad hereditaria) tal nombramiento será solicitado por parte de los herederos, mientras que el 972 (copropiedad simple), dispone que por cualquier copropietario.

Pero, ¿qué ocurre en el caso de menores que no cuenten con padres o tutores, o en el de incapaces que no tengan tutor o curador nombrados? Es aquí donde pensamos que, en primer lugar, entraría a tallar el Consejo de Familia, el cual, a tenor del artículo 619 del CC, es el encargado de velar por las persona e intereses de los menores de edad y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre, lo cual se refuerza con lo señalado por el artículo 776 del CPC, que será analizado más adelante. En caso no existiera Consejo de Familia, quedaría el criterio judicial, para lo cual el solicitante deberá acreditar un interés sustancial en tal nombramiento.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO AROCA, Juan (2009): "Legitimidad para obrar y Derecho Jurisdiccional" (entrevista). En: *AA.VV. Derecho Procesal Civil. Estudios*. Lima: Jurista Editores.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es nula la resolución que no dilucida si la administración que se solicita responde al estado de copropiedad que se invoca en la demanda o a la testamentaria, en función del artículo 969 del Código Civil (*Exp. N° 2183-2002-Lima*).

Es infundado el pedido de administración judicial de bienes que pertenecen en su conjunto a la municipalidad, que ha otorgado su explotación en calidad de concesión y por tanto no pueden ser heredados por los sucesores de los concesionarios fallecidos. La explotación de la concesión no significa que sea un bien sujeto a administración judicial (*Exp. N° 142-99-Lima*).

**Artículo 772**

**Nombramiento**

*Si concurren quienes representen más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes y existe acuerdo unánime respecto de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujetará a lo acordado. A falta de acuerdo, el juez nombrará al cónyuge sobreviviente o al presunto heredero, prefiriéndose el más próximo al más remoto, y en igualdad de grado, al de mayor edad. Si ninguno de ellos reúne condiciones para el buen desempeño del cargo, el juez nombrará a un tercero.*

*Si son varios los bienes y el juez lo aprueba a pedido de interesado, puede nombrarse a dos o más administradores.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 44 num. 1, 54, 55; C.P.C. arts. 969, 970; L.G.S.F. art. 275 inc. 4.*

---

**Mario Diez Canseco Carranza**

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Según **PODETTI** “administrar implica regir o gobernar bienes ajenos o propios. Pero el vocablo se emplea en Derecho especialmente en cuanto a bienes total o parcialmente ajenos” (**ARIANO**, 2004: p. 74).

Lo expuesto se ajusta a lo que manifestamos hasta este momento, ya que en la administración judicial de bienes, quien resulte nombrado administrador tendrá a su cargo bienes que pertenecen a ausentes, incapaces o a varios copropietarios simples o hereditarios.

Como ocurre en el caso del artículo anterior (legitimidad activa), el dispositivo legal en comento presenta algunas vicisitudes, las que analizaremos a continuación.

**2. NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL**

Señala **Eugenia ARIANO** que “cuando se habla de administrador judicial se hace referencia la designación por parte del juez de aquel sujeto que estará encargado de, justamente, administrar los bienes o de llevar adelante todas o algunas de aquellas actividades necesarias (...) en el interés de determinadas categorías de sujetos” (**ARIANO**, 2004: p. 74).

Teniendo en cuenta la ajenidad (total o parcial) de los bienes, el artículo analizado otorga la primera posibilidad para el nombramiento de administrador judicial a los copropietarios, debiendo para ello concurrir más de la mitad de las cuotas en



el valor de los bienes, teniendo en cuenta que el CC señala que existirá copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas (art. 969), las mismas que se presumen iguales (art. 970), salvo prueba en contrario, así como el acuerdo entre los mismos.

Este primer supuesto resulta importante, habida cuenta que el CPC confiere a las copropietarios, en ejercicio de su autonomía privada, la capacidad de nombrar al administrador judicial, lo cual puede ser considerado como un negocio procesal, es decir, “el hecho jurídico voluntario en cuyo soporte fáctico le sea conferido al respectivo sujeto el poder de escoger la categoría jurídica o establecer, dentro de los límites fijados por el propio ordenamiento jurídico, ciertas situaciones jurídicas procesales” (DIDIER Jr.; NOGUEIRA, 2015: p. 72). Lo expuesto se podrá apreciar también al momento de aprobarse la relación de bienes que serán administrados, otorgar atribuciones al administrador judicial y establecer los plazos en los cuales este deba rendir cuentas.

De no existir acuerdo entre los copropietarios, el juez pasará a nombrar como administrador al cónyuge superviviente en primer lugar o al presunto heredero, prefiriendo al más próximo al más remoto y, de existir el mismo grado, al de mayor edad. Sin embargo, si dentro de los herederos no existe alguno que reúna condiciones para el buen desempeño del cargo, se faculta al juez a nombrar a un tercero.

Los supuestos de falta de condiciones son variados; así tenemos “si el cónyuge se encuentra sujeto a interdicción, carece de aptitudes físicas indispensables a raíz de su avanzada edad, o de una falta mínima de condiciones técnicas o cualquier otras causa debidamente comprobadas” (LEDESMA, 2011: p. 896).

Pero, al igual que en el caso de la legitimidad activa, el artículo comentado no dice nada con respecto a los supuestos distintos del de la copropiedad: la ausencia y la existencia de incapaces. Así, para el caso de estos, teniendo en cuenta al artículo 54 del CC, el administrador podría ser nombrado dentro de los poseedores de los bienes del ausente, si hubiese acuerdo dentro de ellos; y, de no existirlo, debería ser nombrado por el juez, con los derechos y obligaciones que señala el artículo 55 del citado cuerpo legal.

En el caso de los incapaces, en el de los absolutos, el administrador tendría que ser nombrado, obligatoriamente por parte del juez, lo cual resultaría aplicable para el caso de los relativos, salvo el supuesto contenido en el numeral 1 del artículo 44 del CC, en el cual estos podrían acordar el nombramiento del administrador.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2004): “La medida cautelar de administración judicial en materia societaria (estudio preliminar)”. En: *Docentia et investigatio*. Revista de Investigación Jurídica, vol. 6, N° 1. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique (2015): *Teoría de los hechos jurídicos procesales*. Renzo Cavani (traductor). Lima: Ara.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AA.VV (2015): *Convenciones procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani (coords.). Lima: Raguel; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis-Estudio de Belaunde & Monroy; VISALOT, Pablo (1999): “El acto jurídico en sentido estricto y los actos procesales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo III. Lima: Estudio de Belaunde & Monroy.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Pueden solicitar el nombramiento de administrador judicial aquellos a quienes la ley autoriza y a quienes a criterio del juez tengan interés sustancial para pedirlo. Si se advierte de autos que existe acuerdo mayoritario en el nombramiento de la administradora judicial, el juez de la causa ha debido advertir dicho acuerdo y glosarlo en la audiencia respectiva. Se incurre en nulidad, al no haber procedido el juez de conformidad con el artículo 772 del CPC (*Exp. N° 384-98-Lima*).

El expediente sobre nombramiento de administración judicial (...) es prueba fundamental para resolver esta controversia (sobre conclusión de administración judicial), por lo que de no ser posible contar con el original debe recomponerse (...), pues solo así se obtendrá la legalidad de esta prueba (*Exp. N° 326-98-Lima*).

Si no existe acuerdo unánime respecto de la persona que debe administrar los bienes de la masa hereditaria, debe nombrarse al cónyuge supérstite como administrador (*Exp. N° 241-1-97-Lima*).

**Artículo 773****Atribuciones**

*El administrador judicial de bienes tiene las atribuciones que le concede el Código Civil en cada caso, o las que acuerden los interesados con capacidad de ejercicio y que el juez apruebe. A falta de acuerdo, tendrá las que señale el juez.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 55, 423, 526, 602, 972; C.P.C. arts. 769, 780.*

**Mario Diez Canseco Carranza****1. INTRODUCCIÓN**

Como se viene sosteniendo, el objeto de la designación de un administrador judicial es que este pueda satisfacer el interés de determinadas categorías de sujetos.

Pues bien, efectuado el nombramiento del administrador judicial, y a fin de que su gestión sea eficiente, deberá contar con una serie de atribuciones que faciliten la misma, habida cuenta que, como se verá más adelante, aquella conlleva también una serie de obligaciones, dentro de las que se encuentran las de rendir cuentas e informar de su gestión. En tal sentido, de no otorgársele atribuciones adecuadas se estaría limitando desde un inicio su gestión.

**2. ATRIBUCIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL**

En cuanto a este extremo, el CPC, en primer lugar, nos remite al CC para cada uno de los casos que abarca la administración judicial de bienes (incapaces, copropiedad y ausentes). Luego, indica que serán los propios interesados con capacidad de ejercicio los que acuerden las mismas para su posterior aprobación por el juez; y, finalmente, de no existir acuerdo, dejar al juez el otorgamiento de las mismas.

Pues bien, salvo para el caso de los ausentes, en el cual el artículo 55 del CC establece los derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente (pudiendo entenderse derecho como atribución), para los otros supuestos el mencionado cuerpo legal no hace referencia alguna a las atribuciones del administrador judicial.

En efecto, para el caso de la copropiedad, el artículo 972 del CC nos señala que “la administración judicial de los bienes comunes se rige por el Código de Procedimiento Civiles”, hoy CPC. Por su parte, para el caso del administrador judicial de bienes de los incapaces tampoco existe alguna indicación expresa.

En este escenario, ¿si ni el CC ni el CPC (para los dos primeros supuestos del art. 769 de este último) tienen establecidas las atribuciones del administrador judicial de bienes, se podrían, realizando una aplicación sistemática de los mismos, determinar tales atribuciones?

Esta pregunta es respondida por Günther GONZALES BARRÓN (2005: pp. 503-504) para quien “de algunas normas sueltas podemos llegar a las siguientes conclusiones”:

- “El administrador judicial tiene facultades para celebrar los contratos que no excedan los límites de una razonable administración (art. 780 del CPC) Ello significa que puede arrendar el bien común, cobrar la renta y realizar los gastos necesarios para el mantenimiento de la fuente productora”; y si bien es cierto esta sería una facultad excepcional, no debe interpretarse como una restricción a su actividad gestora, ya que el administrador judicial debe contar con un mínimo de facultades para desarrollar su labor, más aún si el administrador de hecho cuenta con las facultades de explotación normal del bien.
- “El administrador judicial puede vender los frutos percibidos (art. 780 del CPC), lo cual incluye la facultad de ceder los créditos por las rentas a cobrar”.
- “El administrador judicial contará con las mismas facultades que su homólogo en los casos de embargo en forma de administración”, las que se encuentran contenidas en el artículo 671 del CPC.

Por otro lado, en los dos primeros incisos del citado artículo 55 del CC, encontramos dos atribuciones más que serían de competencia del administrador judicial de bienes:

- Percibir los frutos.
- Pagar las deudas y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.

Ello se desprende de la propia exposición de motivos del CC cuando señala que: “las facultades que se mencionan en los dos primeros incisos son las que regularmente competen a todo administrador”.

Estas mismas atribuciones pueden ser otorgadas por las partes, haciendo hincapié que no podrán ir más allá de lo previsto por el CPC (disposición del bien administrado, salvo que se cuente con autorización judicial), debiendo, posteriormente, ser aprobadas por el juez.

Por último, las atribuciones podrán ser otorgadas por el juez, en caso que no existiera acuerdo entre las partes.

Mención aparte merecen las facultades del administrador judicial de bienes de incapaces, ya que, dada la naturaleza de los titulares de los bienes, pensamos que las mismas deben ser otorgadas, necesariamente, por el juez.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GONZALES BARRÓN, Günther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales;  
GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*, tomo I. Lima: Editorial Científica.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008): *Derecho de las Personas*. Lima: Rhodas; VARI  
ROSPIGLIOSI, Enrique (2014): *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta  
Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No obstante que el documento de facción de inventarios no precise la denominación del cargo que se le otorga a los demandados, se puede colegir que dada la naturaleza de los bienes entregados y la aceptación de los mismos, el cargo que ostentan los demandados es de administradores judiciales. Cuando la naturaleza del bien lo exija, el depositario tiene la obligación de administrarlo. El artículo 1859 del Código Civil es de aplicación supletoria (*Exp. N° 2127-2003-Lima*).

**Artículo 774**

**Obligaciones**

*El administrador judicial de bienes está obligado a rendir cuenta e informar de su gestión en los plazos que acuerden los interesados que tienen capacidad de ejercicio o, en su defecto, en los establecidos en el Código Civil y, en todo caso, al cesar en el cargo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 55, 424, 526, 548, 576, 590; C.P.C. art. 769, 773.*

**Mario Diez Canseco Carranza**

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Habiendo indicado líneas arriba que la administración se ejerce sobre bienes ajenos, pudiéndose suscribir contratos sobre los mismos, vender los frutos que estos produzcan, entre otros, resulta necesario que, además de las atribuciones, pesen sobre el administrador judicial obligaciones que garanticen un cabal desempeño de su función.

Así, conviene tener en cuenta que obligación “constituye una relación jurídica por la que una persona, denominada acreedora, tiene el derecho a exigir a otra persona, denominada deudora, el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer, es decir, el cumplimiento de prestaciones positivas o negativas” (OSTERLING; CASTILLO, 2008: p. 56).

Una vez nombrado el administrador judicial este resultará, frente a los propietarios de los bienes, titular de ciertas obligaciones, en este caso positivas (de hacer), las mismas que buscan dar garantía de una eficaz gestión de parte del administrador, más aún si tenemos en cuenta que, en algunos casos, la administración se efectuará sobre bienes de incapaces.

**2. OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL**

En cuanto a las obligaciones positivas que le asiste al administrador judicial, el artículo en comento establece dos: rendir cuentas e informar de su gestión, en ambos casos en los plazos que acuerden los interesados que tienen capacidad de ejercicio o, en su defecto, en los establecidos en el CC o al cesar el cargo.

En efecto, tal como se ha mencionado, el ejercicio de las atribuciones correspondientes al administrador judicial traerá como consecuencia que los bienes administrados generen ingresos. He ahí la importancia de que se tenga la obligación de

rendir cuentas sobre estos. En cuanto al plazo en que esta rendición deberá realizarse, el Código, siguiendo el criterio existente para el nombramiento y otorgamiento de atribuciones del administrador, deja, en primer lugar, la posibilidad que los interesados en ejercicio de su autonomía privada, establezcan el mismo, remitiendo a lo normado por el CC; en segundo lugar, para, finalmente, señalar que tal rendición deberá realizarse cuando finalice el cargo.

En lo concerniente a la segunda obligación: informar sobre su gestión, la figura viene a ser la misma: serán los interesados o el Código los que determinen, en ese orden, el plazo dentro del cual se efectúe tal informe, caso contrario, deberá presentarse al culminar la administración. Sin embargo, habida cuenta que los informes darán luces del desempeño (positivo o negativo) del administrador judicial, concordando este dispositivo con el artículo precedente, tales informes podrían ser solicitados, inclusive por el juez, más aún si nos encontramos frente a bienes de menores o incapaces.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario (2009): *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011): *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No procede amparar la remoción del administrador judicial si quien lo solicita ha contribuido a imposibilitar el cabal cumplimiento de sus funciones; caso contrario, se propiciaría un abuso del derecho. La omisión de rendir tutoras mensualmente e informar sobre su gestión no significa que no haya efectuado las gestiones como administradora (*Exp. N° 236-99-Lima*).

## Artículo 775

## Prohibiciones

*El administrador judicial de bienes está sujeto a las prohibiciones que prescribe el Código Civil, y a las que especialmente pueda imponer el juez en atención a las circunstancias.*

### CONCORDANCIAS:

*C.C. art. 538, 602; C.P.C. art. 769.*

**Mario Diez Canseco Carranza**

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Con las prohibiciones, se cierra lo concerniente a la aseguración de la correcta administración de los bienes por parte del administrador judicial, pues además de las facultades, así como de aquello que estará obligado a hacer, finalmente existirán impedimentos para el ejercicio de su función.

## 2. PROHIBICIONES

En cuanto a las prohibiciones, el CPC nos remite nuevamente al CC.

En nuestra norma material, las prohibiciones se encuentran dispersas, siendo el artículo 538, el cual regula los actos prohibidos al tutor, el que nos da mayores luces acerca de las prohibiciones que, extensivamente, le corresponderían al administrador judicial de bienes: comprar o tomar en arrendamiento los bienes administrados, adquirir cualquier derecho o acción contra los administrados (menores, incapaces o copropietarios), disponer de los bienes administrados a título gratuito y arrendar por más de tres años los bienes de los administrados.

Esta norma resulta más específica que el artículo 602 del acotado Código, el cual, de una manera genérica, nos dice que los actos prohibidos al curador (sin mencionar cuáles) serán válidos siempre que se justifique su necesidad o utilidad, siendo autorizados por el juez previa audiencia del Consejo de Familia.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008): *Derecho de las Personas*. Lima: Rhodas; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011): *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2014): *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica.



**Artículo 776****Autorización judicial**

*El administrador judicial de bienes requiere autorización del juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil. Esta le será concedida oyendo al Consejo de Familia, cuando así lo disponga la ley.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 55 num. 6, 56, 447, 448, 449, 452, 453, 531, 532, 534, 537, 602;  
C.R.C. arts. 769, 786.*

**Mario Diez Canseco Carranza****1. INTRODUCCIÓN**

Como se ha señalado al comentar el artículo precedente (prohibiciones), para el caso de los actos que les estén prohibidos a los curadores, estos podrán ser efectuados, previa audiencia del consejo de familia y posterior autorización del juez, siempre y cuando los mismos sean útiles y necesarios para las personas sujetas a curatela. Igualmente, el artículo 55 del CC, en su numeral 6 señala que el administrador judicial de bienes de personas ausentes podrá “ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial”, para posteriormente en el artículo 56 agregar, al igual que en el caso de los curadores, que: “en caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable”.

Hechas estas precisiones, se pasará a comentar la autorización judicial.

**2. AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

Señala Marianella LEDESMA que “la actividad del administrador judicial debe estar orientada a la conservación y administración de estos [bienes]. Cualquier otro acto de liberalidad debe ser autorizado previamente por el juez” (2011, p. 901). Es precisamente dentro de estos actos de liberalidad, en los que se encontrarían los de arrendamiento y disposición de los bienes administrados, por lo cual el administrador deberá contar con autorización previa.

Dicha autorización deberá ser otorgada por el juez. Para ello, el CPC ha destinado otro procedimiento regulado en otro subcapítulo de este mismo título para obtenerla. Así, de la revisión del artículo 786 del CPC se aprecia que los representantes de incapaces que requieran de autorización judicial para celebrar o realizar

determinados actos respecto de bienes o derechos de sus representados deberán solicitar la autorización para disponer de los derechos de incapaces, vía proceso no contencioso.

Pues bien, dada la redacción del artículo, se puede colegir que el mismo resulta aplicable solo para el caso de bienes administrados que pertenezcan a incapaces, ya que establece que tal autorización será concedida por el juez previa audiencia del consejo de familia, más aún si el último artículo de este subcapítulo establece la autorización judicial que será necesaria para disponer de bienes en los casos de copropiedad.

Al requerir esta autorización se sigue la línea del CC, el cual requiere de autorizaciones judiciales previas en caso de disposición de los bienes de los hijos por parte de los padres (art. 448), así como de los menores tutelados por parte de sus tutores (art. 532).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011): *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El nombramiento de un administrador judicial de bienes resulta procedente en los casos de copropiedad de los mismos. Es nula la sentencia que precisa y enumera los bienes sobre los que recaería la administración cuando existe desacuerdo en la relación de los mismos. Se debe iniciar previamente un proceso de inventario judicial para determinar la real existencia de los bienes (*Exp. N° 21829-2002-Lima*).

**Artículo 777****Subrogación**

*La renuncia del administrador judicial de bienes produce efecto solo desde que sea notificada su aceptación por el juez. A pedido de interesado, se puede nombrar un nuevo administrador judicial.*

*El administrador puede ser removido siguiendo el proceso establecido para su nombramiento. Si el juez decide la remoción, en la misma resolución nombrará al nuevo administrador judicial de bienes.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 772.*

***Mario Diez Canseco Carranza*****1. INTRODUCCIÓN**

El título de este artículo hace referencia a la subrogación del administrador judicial, la que consiste en “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”.

En esta línea, el artículo analizado contempla dos supuestos en los cuales será colocado como administrador judicial otra persona distinta a la nombrada anteriormente: la renuncia y la remoción, supuestos que serán analizados a continuación.

**2. SUBROGACIÓN DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL**

En cuanto al primero de los supuestos contemplados en el artículo analizado, la renuncia obligaría a que se nombre a otro administrador judicial, es decir, una de las formas de extinción de la administración judicial de bienes vendría ser la propia voluntad del administrador judicial, quien tendrá que comunicar tal decisión a los titulares de los bienes y al juez.

Sin embargo, el CPC ha tomado las precauciones del caso a fin de que los derechos de los administrados no se vean conculcados. Así, se aprecia del primer párrafo del artículo comentado que nos dice que tal renuncia, previamente, tendrá que ser aceptada para que pueda surtir efectos.

En efecto, como se ha visto líneas arriba, el administrador judicial tiene una serie de obligaciones que deberá cumplir, especialmente la de rendir cuentas, además de las prohibiciones que tanto el CC como el CPC le imponen, por lo que corresponderá al juez verificar el cumplimiento y observación de las mismas. Solo

dentro de este escenario es que sería aprobada su renuncia, la que para que surta efectos deberá ser notificada a las partes. Solo recién después los interesados podrán solicitar el nombramiento de un nuevo administrador judicial.

En lo concerniente al segundo de los supuestos, la subrogación del administrador judicial también es procedente a pedido de las partes, las que deberán contar con causales pertinentes para realizar tal pedido. Así, podría ser que los interesados hayan tomado conocimiento que el administrador no hubiese desempeñado el cargo de manera eficiente (razonable administración) o que el mismo hubiese ejecutado algún acto que se le encontrase prohibido.

Sobre el particular, Marianella LEDESMA nos dice que: “El administrador deberá limitarse a las medidas estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función, que no comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas, ni que puedan producirles daño o menoscabo, de manera que es pasible de remoción si se extralimita en las atribuciones que se le confirieron o no guarda con las partes una adecuada equidistancia” (LEDESMA, 2013: p. 326).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2010): *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 106 del Código Civil disciplina que el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones pueda iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anual de la fundación o si estas fueran desaprobadas y en otros casos de incumplimiento de sus deberes. Para solicitar la remoción de los administradores no es necesario se declare judicialmente la responsabilidad en el incumplimiento de sus deberes (*Exp. N° 997-2001-Lima*).

**Artículo 778****Retribución**

*La retribución del administrador es determinada por el juez, atendiendo a la naturaleza de la labor que deba realizar.*

**CONCORDANCIAS:**

*C. arts. 23, 24; C.C. arts. 539, 793, 973; C.P.C. arts. 769, 770 num. 2.*

---

**Mario Diez Canseco Carranza**

---

**1. INTRODUCCIÓN**

A lo largo del análisis de los dispositivos de este subcapítulo se ha mencionado que el administrador judicial tendrá una serie de atribuciones, obligaciones y prohibiciones, que sus labores deberán efectuarse dentro del marco de una razonable administración y que deberá llevar a cabo una serie de actividades en beneficio de los intereses de las personas mencionadas en el artículo 769 del CPC.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que en retribución a los servicios que preste, el administrador judicial deberá percibir una remuneración, no solo porque así lo establece el artículo bajo comentario, sino también nuestra Constitución Política cuando en la parte *in fine* de su artículo 23 establece que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

**2. RETRIBUCIÓN DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL**

En cuanto a este punto, el CPC se limita a señalar que la retribución será determinada por el juez conforme a la labor que el administrador deba realizar.

Pues bien, en este orden de ideas, algunos criterios que se deberían tener en cuenta para fijar tal retribución es la cantidad de bienes sobre los que se va a ejercer la administración (art. 770 num. 2 del CPC), las labores que se tenga que desempeñar para que se puedan conservar los bienes y satisfacer las necesidades de sus propietarios, el tiempo que dure la administración judicial, de tal manera que su retribución resulte equitativa y suficiente, como lo tiene establecido el artículo 24 de la Constitución (sin que esto implique que entre el administrador judicial y los titulares de los bienes exista una relación laboral).

Por su parte, Marianella LEDESMA nos dice que el monto de los honorarios del interventor en administración nombrado a través de medida cautelar, debe ser establecido teniendo en cuenta “el tiempo que duró la intervención, el trabajo y responsabilidad del interventor y aunque no como elemento decisivo, la naturaleza

e importancia económica de los bienes administrados, incluso las rentas producidas mientras duró la vigilancia de quien los administró” (LEDESMA, 2013: p. 320), criterios que también podrían ser extensivos al administrador judicial de bienes.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**Artículo 779****Conclusión de la administración**

*Concluye la administración judicial de bienes cuando todos los interesados tengan capacidad de ejercicio y así lo decidan, y en los casos previstos en el Código Civil.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 42, 44 incs. 2 a 7, 59, 60, 445, 446, 549, 550, 551, 552, 554, 610, 611, 615, 616, 617, 618, 787 num. 3, 795, 796, 972, 973, 992 incs. 1, 2, 4, 5; C.P.C. art. 769.*

***Mario Diez Canseco Carranza***

**1. INTRODUCCIÓN**

Como se vio en un inicio (art. 769 del CPC), la administración judicial de bienes procederá en cinco supuestos: falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad. En tal sentido, al culminar estas condiciones, la administración judicial de los bienes deberá correr la misma suerte.

**2. CONCLUSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**

El artículo analizado señala los supuestos en que concluirá la administración judicial de bienes y son los dos siguientes: cuando todos los interesados cuenten con capacidad de ejercicio y así lo decidan, y en los casos previstos en el CC.

Así, en el primero la incapacidad a la que hace mención es la relativa: artículo 44 del CC, de tal manera que para el inciso 1 esta incapacidad culmina cuando los menores hayan cumplido los 18 años de edad (art. 42 del CC), mientras que para los incisos 2 a 7, la misma, de conformidad con el artículo 610 del CC, cesa por declaración judicial que levante la interdicción, la misma que podrá ser solicitada por cualquier interesado.

En cuanto al segundo supuesto, esto es, los casos previstos por el CC para los ausentes, resulta aplicable el artículo 59 del mismo cuerpo normativo. En tal sentido, la administración judicial concluiría cuando regrese el ausente, este designe apoderados con facultades suficientes, hecha con posterioridad a su declaración como ausente, muerte comprobada del ausente y declaración judicial de muerte presunta. Obsérvese que el artículo 60 del CC dispone que en los dos primeros supuestos “se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre”, mientras que para el caso de los dos últimos “se procede a la apertura de la sucesión”.

Por último, en cuanto al supuesto de copropiedad, tendríamos que remitirnos al artículo 992 del CC, de la cual serían aplicables los incisos 1, 2, 4 y 5: división y partición del bien común, reunión de todas la cuotas partes en un solo propietario, enajenación del bien a un tercero y pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios, habida cuenta que el administrador judicial habría sido nombrado para evitar el contenido en el numeral 3: destrucción total o pérdida total del bien, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor.

#### **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (1998): *La capacidad civil de las personas naturales*. Lima: Grijley.

---



**Artículo 780****Norma especial**

*El administrador judicial de bienes sujetos a régimen de copropiedad puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración.*

*Si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del juez, quien podrá concederla de plano o con audiencia de los interesados.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 972, 973, 974; C.P.C. art. 776.*

---

**Mario Diez Canseco Carranza**

---

**1. INTRODUCCIÓN**

A diferencia de lo establecido en el artículo 776 del CPC, el cual dispone que se requerirá de autorización judicial para que el administrador judicial realice los actos señalados en el CC, el dispositivo bajo análisis solo resulta aplicable para el caso de bienes sujetos al régimen de copropiedad (simple o hereditaria), mas no a los de ausentes ni de incapaces, de los cuales se ocupa el artículo mencionado, con lo cual queda despejada cualquier redundancia que pudiera existir en nuestro CPC.

**2. AUTORIZACIÓN ESPECIAL**

En cuanto al primer párrafo del artículo 780 del CPC, como se ha señalado al referirnos sobre las facultades que tendrá el administrador judicial para realizar sus funciones, estas pueden comprender las de vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, es decir, *prima facie*, excluye aquellos contratos que impliquen la disposición de tales bienes, así como los actos que superen los límites de una razonable administración. Tal excepcionalidad va de acuerdo con que estas decisiones no superen una razonable administración, la misma que, como señala GONZALES BARRÓN (Cfr. 2005: p. 847), implica que “el administrador judicial exprese los motivos que sustenten tal decisión, pues de no contar con estas facultades, aunque sean de manera excepcional, se limitarían sus funciones”.

El segundo supuesto refuerza la posición de que la celebración de contratos que implique la disposición de los bienes no se encuentra dentro de las facultades

del administrador judicial, tan es así que tanto para el caso de la copropiedad como de los incapaces y ausentes necesariamente se deberá contar con la autorización del juez. Resulta conveniente tener en cuenta que tal autorización puede ser otorgada incluso sin el acuerdo de los copropietarios, como no ocurre cuando se solicita su nombramiento o para el otorgamiento de sus atribuciones, ya que el dispositivo bajo comentario establece que podrá ser concedida de plano o con audiencia de los interesados.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### SUBCAPÍTULO 3 ADOPCIÓN

#### Artículo 781 | Procedencia de la adopción

*En este proceso se tramita la adopción de personas mayores de edad.*

*Si el presunto adoptado es incapaz, se requiere la intervención de su representante. Si es este el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 43, 44, 143 a 146, 379; C.R.C. arts. 23, 749 inc. 3, 750; C.N.A. art. 182; LEY 26662 arts. 1 inc. 2, 31.*

*Juan Carlos del Aguila Llanos*

#### 1. INTRODUCCIÓN

La adopción es un mecanismo legal a través del cual se logra que surja entre dos personas que no tenían vínculo legal alguno el *status* familiar de “padre” y el *status* familiar de “hijo”, pues se genera la institución que es conocida en el ámbito del Derecho de Familia como filiación.

Respecto de la filiación, Gustavo BOSSERT y Eduardo ZANNONI nos indican que “es el vínculo jurídico determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos. Si bien es idéntica por naturaleza, el plano jurídico admite diversas clasificaciones” (BOSSERT y ZANNONI, 1989: p. 359). Por su parte, Enrique VARSÍ señala que “los lazos de parentesco son variados y múltiples, teniendo diverso origen e intensidad. Se extienden, como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas, en virtud de su naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de un estado). De entre todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía, es la filiación y se entiende esta como la relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo” (VARSI, 2004: p. 87).

Conforme lo señala Enrique VARSÍ, en el caso de la adopción es la propia voluntad del hombre la que permite el surgimiento de la filiación porque dependerá de la inicial voluntad de realizar el acto jurídico de la adopción, el que luego esta sea evaluada para que pueda producir los efectos que se desean.

Héctor CORNEJO CHÁVEZ señala que “[conforme a la] tesis general, todas las definiciones coinciden en atribuir a la adopción: i) la índole de un acto voluntario que sanciona una ficción consistente en reputar padre e hijo a quienes no lo son; ii) el carácter de un acto jurídico solemne, esto es, que exige la intervención del Estado a través de un funcionario público; y, iii) efectos análogos a los que produce la relación consanguínea paterno - filial” (CORNEJO, 1999: p. 396).

La adopción puede realizarse sobre personas menores y mayores de edad y los requisitos a ser cumplidos para que esta proceda dependerá, precisamente, de la edad de la persona que se procederá a adoptar.

En el caso de la adopción de personas menores de edad, su regulación se encontrará prevista en el CNA y de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del mencionado Código se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el CC y en el CPC. Por su parte, en los casos de la adopción de personas mayores de edad, la adopción se encuentra regulada por el CPC.

El presente comentario constituye el primero de diversos comentarios que harán referencia a la adopción de personas mayores de edad y que procederemos a analizar en las líneas siguientes.

## **2. JUEZ ANTE EL QUE SE INTERPONE LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN**

Conforme a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 749 del CPC, la adopción de personas mayores incapaces será tramitada bajo la vía procedimental de los procesos no contenciosos.

Ante esta precisión, surge la interrogante, ¿qué juez observará el presente proceso? Como es de conocimiento, la competencia puede ser analizada desde cuatro perspectivas: materia, cuantía, jerarquía y territorialidad.

Respecto de la *competencia por materia*, en este caso nos encontramos en el marco de la normativa del Derecho de Familia. Sobre la *competencia por cuantía*, teniendo en cuenta que se trata de la adopción y que, por lo tanto, no posee una naturaleza cuantificable, no podrá tenerse en cuenta la competencia por esta característica.

En lo referente a la *competencia por jerarquía*, debe observarse lo dispuesto en el artículo 750 del CPC, el cual para el caso de los procesos no contenciosos establece que: “son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los jueces civiles y los de paz letrados” siendo que “la competencia de los juzgados de paz letrado es exclusiva para los procesos de inscripción de partidas y para los

que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal”; por lo tanto, la adopción, al no encontrarse dentro de los supuestos establecidos para la competencia del juzgado de paz letrado, deberá ser tramitada ante el juzgado especializado de familia o ante el juzgado mixto correspondiente.

Finalmente, respecto a la *competencia por territorialidad*, debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 23 del CPC, el cual señala que “en el proceso no contencioso es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal en contrario”; por tanto, teniendo en cuenta que la adopción de personas mayores de edad se realiza en interés de la persona que va a ser adoptada, el juez competente territorialmente será el del domicilio de la persona a adoptar.

### **3. CALIDAD DE LA PERSONA QUE PROCEDERÁ A SER ADOPTADA**

La persona mayor de edad que procederá a ser adoptada podrá ser:

- a) *Una persona con plena capacidad de goce y ejercicio.*
- b) *Una persona con incapacidad relativa* que, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del CC, lo son los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
- c) *Una persona con incapacidad absoluta* que, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del CC, serán los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.

Es necesario precisar que en caso de que el adoptado sea mayor de edad e incapaz, será necesaria la intervención de su representante, el cual será la persona que luego de un proceso judicial de interdicción haya sido declarada como su curadora.

### **4. PERSONAS QUE SERÁN EMPLAZADAS CON LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN**

El nacimiento de las personas usualmente se registra en una partida de nacimiento ante la Municipalidad correspondiente o ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil—Reniec—, precisándose los nombres tanto del padre como de la madre del nacido.

Precisamente, serán los padres y la persona a ser adoptada aquellos que se emplazarán con la solicitud de adopción a efectos de que procedan a indicar lo que consideren pertinente, manifestando su conformidad u oposición para que sea valorada por el juez.

En el *caso especial en el que el adoptante sea el representante del mayor de edad incapaz que será adoptado*, conforme lo señala el artículo materia de comentario, deberá también emplazarse al Ministerio Público a efectos de que sea este el que proceda a salvaguardar los intereses de la persona mayor de edad que se procederá a adoptar, a efectos de evitar nulidades futuras que perjudiquen el trámite del proceso.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2004): *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1999): *Derecho familiar peruano*, 10ª ed. Lima: Gaceta jurídica.

---

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GALLEGOS CANALES, Yolanda; JARA QUISPE, Rebecca (2008): *Manual de Derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*, 1ª ed. Lima: Jurista editores; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (2008): *Derecho de Familia en el Código Civil*, 4ª ed. Lima: Idemsa.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Con la vigencia del nuevo Código Procesal Civil el proceso de adopción de mayores de edad se tramitaba única e imperativamente en el proceso no contencioso, sin que se admita excepción alguna, quedando derogado tácitamente el literal e) del artículo 58 de la Ley del Notariado, que admitía que el notario podía ejercer función notarial de adopciones en la materia indicada, por resultar incompatible con la norma adjetiva primeramente citada (...). Actualmente, con la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, vigente desde el 22 de noviembre de 1996, los notarios también están facultados para tramitar la adopción de personas capaces (...) (*Cas. N° 393-98-Ica*).

**Artículo 782****Admisibilidad**

*Adicionalmente a lo previsto en el artículo 751, la persona que quiera adoptar a otra acompañará:*

- 1. Copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio, si es casado;*
- 2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado;*
- 3. Los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral;*
- 4. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado;*
- 5. Copia certificada del inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado; y,*
- 6. Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del juez, si el adoptado fuera incapaz.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 140, 378 inc. 2, 379, 424, 425; C.P.C. arts. 188, 190, 192, 751; LEY 26662 art. 22.*

**Juan Carlos del Aguila Llanos**

**1. INTRODUCCIÓN**

Las solicitudes que se realicen bajo la vía procedimental deben cumplir los requisitos que se fijaron para todas las demandas que generan procesos contenciosos. Así lo establece el artículo 751 del CPC al señalar que “la solicitud debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425”.

Sin embargo, estos requisitos no son los únicos que deben cumplirse, sino que existen otros requisitos especiales que deberán ser cumplidos para que la solicitud de adopción de personas mayores de edad sea procedente.

En el presente artículo analizaremos cada uno de ellos, a fin de que los lectores puedan conocer los documentos que deberán presentar para evitar observaciones a sus solicitudes que generen demoras innecesarias en la tramitación.

**2. LOS MEDIOS PROBATORIOS**

El ordenamiento jurídico de un Estado surge con la finalidad de regular las relaciones jurídicas que puedan darse entre los diferentes sujetos de derecho.

A partir de esta finalidad es necesario que las disposiciones del ordenamiento jurídico sean respetadas para evitar un desquebrajamiento del orden establecido, perjudicando a las diversas relaciones jurídicas constituidas y por constituirse.

En el caso peruano, el ordenamiento jurídico establece diferentes medios probatorios que la ley permite sean empleados en los procesos judiciales a efectos 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 jurídico en típicos y atípicos. Entre los medios probatorios típicos encontramos los siguientes:

- 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 son los siguientes:

- a) Que no se refieran a hechos no controvertidos, imposibles o que sean notorios 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 reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.
- c) Que pretendan acreditar los hechos que la ley presume 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. MEDIOS PROBATORIOS ESPECIALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD**

La voluntad de las personas de celebrar determinados actos jurídicos es vital para que estos puedan ser considerados válidos, de ahí que la manifestación de voluntad es un presupuesto esencial para la validez de todo acto jurídico conforme lo establece el numeral 1 del artículo 140 del CC.

Rómulo MORALES señala, precisamente sobre las reglas para la validez del acto jurídico, que “cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos que la ley prevé como necesarios, porque tal tipo de acto puede valer como fuente de autodisciplina, se afirma que aquel acto es válido o que es en sí, idóneo para producir sus específicos actos jurídicos” (MORALES, 2006: p. 527).

Sin embargo, en el ámbito del Derecho de Familia no todo se encuentra sujeto a una simple declaración de voluntad por parte del interesado, sino que se necesita que se cumplan determinados requisitos especiales para que se logre la efectividad de lo deseado.

Precisamente, es lo que sucede en el caso de la adopción de personas mayores de edad, debido a que esta generará el surgimiento de filiación entre el adoptante y el adoptado, por lo que deberá analizarse detenidamente la solicitud de adopción. Así también lo comparte Claudia MORÁN DE VICENZI, al precisar que “el legislador enumera, expresa y taxativamente, los medios de determinación que son los instrumentos jurídicos a través de los cuales se comprueba la existencia de la relación biológica de filiación. Por lo mismo, en línea de principio, la determinación de la filiación no constituye una materia librada al mero arbitrio de la voluntad de las partes, pues supone la determinación del *status familiae* de la persona” (MORÁN, 2004: p. 67).

Por lo tanto, para lograr la adopción, más allá de la declaración de querer realizarla, los requisitos especiales que deben cumplirse son los siguientes:

- a) *Copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio, si es casado*: la partida de nacimiento del solicitante es necesario debido a que se procederá a evaluar la relación que existe entre la persona que procederá a adoptar y el futuro adoptado, así como la diferencia de edades entre ambos que deberá ser un mínimo de dieciocho años más la edad de la persona a adoptarse conforme lo establece el inciso 2 del artículo 378 del CC. Por otro lado, la partida de matrimonio también se requerirá, pues permitirá determinar si será necesario o no que se escuche el asentimiento de la cónyuge del solicitante antes de resolver.
- b) *Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado*: la partida de nacimiento de la persona mayor a adoptarse será necesaria debido a que se procederá a evaluar la relación que existe entre la persona que procederá a adoptar y el futuro adoptado, así como la diferencia de edades entre ambos que deberá ser un mínimo de dieciocho años más la edad de la persona a adoptarse conforme lo establece el inciso 2 del artículo 378 del CC. Respecto de la partida de matrimonio del adoptado, será necesaria porque se evaluará los efectos que pueda generarse sobre la vida de la persona cuya adopción se solicita si llegara a proceder precisamente tal adopción.
- c) *Los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral*: la solvencia moral, que tiene su origen en el “buen nombre o comportamiento” que tiene una persona ante la sociedad, es también un requisito importante para que la adopción solicitada sea procedente. En tal sentido, una persona, por ejemplo, que posee antecedentes penales o que haya sido condenado a pena privativa de la libertad, tendrá menos posibilidades de acceder a una adopción que otra que nunca se ha visto inmersa en situaciones como las mencionadas y demuestre tener una conducta intachable.
- d) *Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado*: el caso que se presenta es, por ejemplo, la del curador del incapaz mayor de edad o aquel donde en el tiempo en que el adoptado era menor edad, se le había nombrado un tutor. Si este curador o tutor, en su calidad de representante legal, desea adoptar a su protegido, deberá previamente presentar las cuentas de su administración y acreditar que estas han sido aprobadas por el Consejo de Familia correspondiente. Caso contrario, la solicitud de adopción no procederá.

- e) *Copia certificada de inventario y valorización judicial de los bienes que tuviera el adoptado*: lo que se pretende es que el juez pueda observar si los intereses del solicitante se encuentran ligados a los bienes del adoptado, o si realmente desea protegerlo y cuidarlo como corresponde. En caso de no existir bienes a nombre del adoptado, el solicitante deberá presentar el correspondiente certificado negativo de propiedad vehicular e inmueble expedido por los Registros Públicos a efectos de acreditar su dicho.
- f) *Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del juez, si el adoptado fuera incapaz*: la garantía que se señala tiene el carácter de personal y pecuniaria, y cumple la finalidad de velar por la estabilidad económica y social del adoptado incapaz.

Como es posible observar, la adopción más que responder a un interés del solicitante, tiene su base en el principal interés del adoptado, a quien se le protegerá y se le brindará los apoyos legales correspondientes para que sus intereses no se vean perjudicados por “intereses ocultos” de quienes desean adoptarlos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

MORALES HERVIAS, Rómulo (2006): *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley; MORÁN DE VICENZI, Claudia (2004): *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: Ara.

#### 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.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La demanda es un acto procesal postulatorio que contiene la pretensión procesal, y aun cuando dicho acto requiere como requisito de admisibilidad que el petitorio debe comprender la determinación clara y concreta de lo que se pide, y como tal, las peticiones que se reclaman deben expresarse en el requisito acotado, ocurre que la demanda y la pretensión principal constituyen un todo, que deben ser interpretados en conjunto, ya que básicamente esta última categoría procesal se compone de los siguientes elementos: sujetos (actor y demandado), objeto (petitorio) y causa (fundamentación fáctica y jurídica); de ahí que el juzgador debe examinar la existencia de la pretensión desde el contexto de sus elementos afirmados en la demanda a efecto de fallar congruentemente con ella (*Cas. N° 379-99-Lima-Cono Norte*).

Para calificar la demanda es necesario verificar la capacidad para intervenir en el proceso, la competencia del juez, como presupuestos procesales, siendo necesario determinar la existencia del derecho sustantivo, el interés y la legitimidad para obrar que son las condiciones de la acción, que van a generar una relación procesal válida (*Exp. N° 18413-99-Lima*).

**Artículo 783**

**Audiencia**

*Si no hay oposición, el solicitante, y su cónyuge si es casado, ratificarán su voluntad de adoptar. El adoptado y su cónyuge prestarán su asentimiento. A continuación, el juez resolverá atendiendo a lo dispuesto en el artículo 378 del Código Civil en lo que corresponda.*

*Si hay oposición, se sigue el trámite previsto en los artículos 753, 754, 755, 756 y 757.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 378, 379; G.R.C. arts. 188, 189, 197, 753 a 757, 782 incs. 1 a 3, 784.*

*Juan Carlos del Aguila Llanos*

**1. INTRODUCCIÓN**

Los padres de la persona mayor de edad que será adoptada, así como esta, serán los principales emplazados con la solicitud de adopción. No obstante, existe el caso especial ya analizado que cuando el representante del mayor de edad incapaz a adoptar sea el que pretende precisamente la adopción, será necesario que también se proceda al emplazamiento con la solicitud al Ministerio Público.

¿Qué plazo tienen las personas señaladas para interponer alguna contradicción a la solicitud de adopción que les fue notificada? ¿Qué sucede si no se interpone contradicción? ¿Cuál es el trámite que se le brindará a la contradicción? Las respuestas a tales interrogantes nos la brindará el análisis que se realiza en el presente comentario.

**2. LA CONTRADICCIÓN QUE PUEDEN PRESENTAR LOS EMLAZADOS ANTE LA SOLICITUD DE ADOPCIÓN DE UNA PERSONA MAYOR DE EDAD**

A fin de analizar todo lo referente a la contradicción u oposición que puedan interponer los emplazados con la solicitud de adopción de una persona mayor de edad, nos preguntaremos: ¿qué plazo tienen para hacerlo? Conforme lo establece el artículo 753 del CPC, podrán formular contradicción dentro de los cinco días de notificados con la resolución que admite a trámite la referida solicitud.

Una vez interpuesta la contradicción u oposición, ¿qué documentos deben presentarse para fundamentar tal decisión? Nuestra normativa no especifica casos especiales de oposición para el caso de la adopción de personas mayores de edad, por lo que no existen medios probatorios que estos puedan presentar. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188

del CPC, las partes deberán presentar los medios probatorios que puedan producir certeza sobre sus dichos y le permitan al juez fundamentar sus futuras decisiones, medios probatorios que deberán ser presentadas, precisamente, en esta etapa postulatoria del procedimiento conforme lo establece el artículo 189 del CPC, que expresamente señala que “los medios probatorios deberán ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios (...)”.

### **3. LAS CONSECUENCIAS DE NO FORMULAR CONTRADICCIÓN**

¿Qué sucede si transcurre el plazo de cinco días sin que los emplazados hayan interpuesto ninguna oposición? En caso de no existir oposición, en el acto mismo de la audiencia, de conformidad con el artículo 754 del CPC, el juez deberá actuar los medios probatorios anexados a la solicitud y conforme el artículo 784 del CPC que venimos comentando, el solicitante así como su cónyuge, de ser el caso deberán ratificar ante el juez su voluntad de que se realice la adopción solicitada, y así también el adoptado como su cónyuge, de ser el caso, deberán prestar su asentimiento para que la adopción proceda.

Por su parte, dentro de la audiencia, luego de estas ratificaciones y asentimientos, el juez deberá proceder a resolver en el acto.

### **4. LAS CONSECUENCIAS DE FORMULAR CONTRADICCIÓN**

¿Qué sucede si se llegara a interponer una oposición a la solicitud de adopción de una persona mayor de edad? De conformidad con lo dispuesto en el artículo 754 del CPC, en el día de la audiencia, el juez deberá ordenar la actuación de los medios probatorios que sustentan la oposición y, de ser el caso que lo haya solicitado, le otorgará al oponente o a su apoderado cinco minutos para que sustente las razones de la oposición.

A diferencia de lo que sucede cuando no se presenta contradicción u oposición, en donde el juez tiene el deber de emitir resolución en la audiencia, cuando se presenta esta oposición el juez, conforme a las facultades señaladas en el artículo 754 antes citado, puede reservar su decisión final por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.

### **5. CRITERIOS QUE DEBERÁ TENER EN CUENTA EL JUEZ AL EMITIR LA DECISIÓN FINAL**

Los jueces tienen plena libertad para interpretar los medios probatorios, así como las situaciones que pueden observar directamente al momento de la audiencia; realizando, de conformidad con el artículo 197 del CPC, una valoración

conjunta de todos los medios probatorios luego de una apreciación razonada de cada uno de ellos.

Sin embargo, nuestra normativa no pretende que los jueces no tengan una guía clara sobre lo que deben observar y tener principalmente en cuenta. Por ello es que los aspectos vitales a tener en cuenta se encuentran recogidos en el artículo 378 del CC, el cual establece que para que la adopción proceda se requerirá que se haya brindado certeza al juez del cumplimiento de los siguientes aspectos:

- a) *Que el adoptante goce de solvencia moral*; precisamente, por esta razón el inciso 3 del artículo 782 del CPC, señala que es necesario presentar los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral.
- b) *Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar*; esto podrá verificarlo el juez de la presentación de las partidas de nacimiento tanto del solicitante de la adopción como de la persona que se desea adoptar, las cuales son requeridas por los incisos 1 y 2, respectivamente, del artículo 782 del CPC.
- c) *Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge*; de ahí radica la necesidad de presentar la partida de matrimonio o documento que acredite la soltería del solicitante de la adopción que es requerida por el inciso 1 del artículo 782 del CPC.

Debemos precisar que el citado asentimiento del cónyuge no involucra que este proceda también a ser partícipe como sujeto activo de la adopción adquiriendo la calidad de adoptante, sino sencillamente que manifiesta su posición respecto de la adopción que desarrollará su cónyuge. Así lo resalta Benjamín AGUILAR al señalar que “con respecto del adoptante, es un requisito indispensable el consentimiento y debe manifestarse en el petitorio y en la ratificación ante la autoridad que conoce el proceso de adopción. Ahora bien, si el adoptante es casado se exige el asentimiento de su cónyuge, lo que no implica que tal asentimiento convierta igualmente al cónyuge del adoptante en otro adoptante” (AGUILAR, 2012: p. 255).

- d) *Que asientan los padres del adoptado si estuviere bajo su patria potestad o bajo su curatela y que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz*; teniendo en cuenta que estamos tratando de la adopción de personas mayores de edad incapaces, este criterio estaría dirigido a evaluar si el representante legal del incapaz se encuentra conforme o no con la adopción que se pretende realizar, y de

ser el caso que este sea el adoptante deberá apreciarse la opinión previa emitida por el Ministerio Público, que será el emplazado en tales casos.

Sin perjuicio de esta serie de aspectos, quedará a criterio del juez el determinar si procederá o no la adopción que se solicita.

Como se observa, si bien es cierto que la voluntad de las personas que desean adoptar es importante, se requiere cumplir una serie de aspectos que luego serán valorados por el juez al momento de resolver. Estas condiciones no pueden dejar de apreciarse al momento de interponer la solicitud de adopción; caso contrario, no se lograrán los fines que se esperan. En similar sentido lo destaca Lizardo TABOADA al señalar que “los requisitos del acto jurídico son todas aquellas condiciones que deben cumplir tanto los elementos (entre los que se encuentra la manifestación de voluntad) como los presupuestos para que el acto jurídico formado por la concurrencia de los mismos, pueda producir válidamente sus efectos jurídicos (...) esto significa, en consecuencia, que mientras los elementos y presupuestos son necesarios para la formación del acto jurídico, los requisitos son necesarios para que el acto jurídico correctamente formado pueda producir válidamente sus efectos jurídicos” (TABOADA, 2002: p. 39).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2002): *La familia en el Código Civil peruano*, 3ª ed. Lima: Ediciones Legales; TABOADA CÓRDOBA, Lizardo (2002): *Nulidad del acto jurídico*, 2ª ed. Lima: Grijley.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2000): *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque en el estudio del Derecho de Familia*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; TABOADA CÓRDOBA, Lizardo (2002): *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, 1ª ed. Lima: Grijley.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El derecho a la defensa garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza, no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos (*Exp. N° 2559-2006*).

**Artículo 784**

**Ejecución**

*Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la adopción, el juez oficiará al Registro del Estado Civil respectivo para que extienda nueva partida de nacimiento del adoptado y anote la adopción al margen de la partida original.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 242, 377, 379; LEY 26662 art. 23.*

---

*Juan Carlos del Aguila Llanos*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Los procesos judiciales en el ámbito civil tienen el carácter de ser privados debido a que responden solo a intereses de las partes intervinientes. Sin embargo, muchas veces el interés de las partes del proceso es que el resultado de lo acontecido durante el proceso judicial sea conocido por las personas que poco o nada tuvieron de participación e interés en él.

Precisamente, el proceso judicial de adopción es uno de tales procesos donde a las partes intervinientes sí les interesa que la colectividad conozca lo resuelto por el juez y no puedan alegar desconocimiento.

Luego de todo el esfuerzo en tiempo y en dinero que pueda haberse efectuado durante el proceso para lograr que se acceda a la solicitud de adopción de una persona mayor de edad, es necesario que la resolución que se haya expedido cumpla su finalidad. Precisamente para que se logre culminar satisfactoriamente el proceso judicial es necesario que luego de la etapa decisoria se acuda a la respectiva etapa de ejecución, la cual analizaremos a propósito del artículo materia de comentario.

**2. LOS OFICIOS QUE SE DEBEN REMITIR EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN**

Conforme lo señala Elvito RODRÍGUEZ, “el proceso judicial es el conjunto de actos que se realiza en forma ordenada y concatenada, por el órgano jurisdiccional y las partes y eventualmente por terceros (...) El orden y concatenamiento implican la limitación en el tiempo para la realización de los actos y para la culminación del proceso. Por eso los actos procesales deben realizarse dentro de un tiempo determinado” (RODRÍGUEZ, 2005: p. 101).



Precisamente, una de las etapas ordenadas del proceso es la conocida como etapa de la ejecución, en la cual, dentro del marco del proceso judicial de adopción de personas mayores de edad, el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil –Reniec– así como el Registro Civil de las diversas municipalidades del Perú son elementos claves.

Afirmamos esta importancia debido a que el Reniec y el Registro Civil de las diversas municipalidades del Perú son los encargados de registrar los diversos nacimientos que acontezcan en territorio peruano. De ahí la importante participación de estas entidades para brindarle publicidad a lo que haya acontecido dentro del proceso judicial de adopción de personas mayores de edad, tal como lo veremos en las siguientes líneas.

Conforme lo establece el artículo 377 del CC, el cual trata de definir los efectos que genera precisamente la adopción realizada, queda claro que “por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

Precisamente, por esta repercusión en la vida de la persona adoptada y el adoptante, si todo el procedimiento culminara con la sola emisión de la resolución que resuelve lo solicitado, ningún tercero ajeno al proceso judicial podría conocer que el adoptando ya no es hijo de sus padres iniciales, sino que ahora lo será el adoptante.

Para evitar este desconocimiento y otorgarle publicidad a lo resuelto en el proceso judicial de adopción, el artículo materia de comentario señala la necesidad de que el juez proceda a oficiar al Reniec o, de ser el caso, a una municipalidad a fin de que proceda a registrar la adopción aceptada.

Ante esta situación surgen las siguientes interrogantes:

- a) ¿De qué dependerá que se deba oficiar al Reniec o a una municipalidad determinada?

Conforme lo establece el artículo 379 del CC, esto dependerá del lugar donde se encuentre inscrito el nacimiento de la persona adoptada; si su partida se encuentra registrada ante el Reniec se deberá oficiar a dicha entidad, caso contrario, deberá oficiarse a la municipalidad donde obre inscrito el nacimiento.

- b) ¿Qué deberá realizar el registrador luego de haber recibido los oficios expedidos por el juzgado?

De acuerdo al trámite señalado por el citado artículo 379 del CC y nuevamente mencionado por este artículo materia de comentario, el registrador deberá realizar los siguientes actos en concreto:

b.1) Extender una nueva partida de nacimiento en sustitución de la original.

En esta partida se consignarán como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida de nacimiento. No se consignará ninguna mención o alusión a la adopción realizada; caso contrario, se procederá a sancionar al registrador.

b.2) Consignar en la anterior partida de nacimiento la adopción realizada y conservar en sus registros la anterior partida de nacimiento que es reemplazada por la nueva partida de nacimiento señalada en el primer punto.

### 3. LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN

Con la finalidad de que se comprenda la repercusión y consecuencias que genera la adopción sobre la vida del adoptante y del adoptado, procederemos a efectuar una breve precisión de los principales efectos sobre ellos:

a) *Del adoptado frente al adoptante*

Conforme ya lo hemos indicado, por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, lo cual provocará que el adoptado ingrese a ser parte de la familia del adoptante.

b) *Del adoptado frente a su "anterior familia" a la cual dejó de pertenecer*

Si bien es cierto el adoptado deja de formar parte de su familia consanguínea, de conformidad con lo que establece la parte final del artículo 379 del CC, aún mantendrá vigente sus anteriores relaciones consanguíneas solamente para lo referente a los impedimentos matrimoniales.

¿A qué impedimentos matrimoniales nos estamos refiriendo? A los señalados en el artículo 242 del CC, que precisa que no pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Los consanguíneos en línea recta.
2. Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grado.
3. Los afines en línea recta.
4. Los afines en el segundo grado de línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive.

---

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 6ª ed. Lima: Grijley.

---

 **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**

Con la sentencia de adopción el juez oficia al Registro del Estado Civil para que extienda la nueva partida de nacimiento del adoptado, en sustitución de la original; esta última, conserva vigencia solo para los efectos de los impedimentos matrimoniales, no siendo procedente anular la partida original (*Exp. N° 1937-98-Lima*).

**Artículo 785**

**Ineficacia de la adopción**

*Dentro del año siguiente de cesada su incapacidad, el adoptado puede solicitar se deje sin efecto la adopción, siguiendo el mismo trámite establecido en este Sub-Capítulo, en lo que sea aplicable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 379, 385, 610, 612, 613; C.R.C. art. 584.*

*Juan Carlos del Aguila Llanos*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Hemos venido tratando lo referente a la adopción de personas mayores de edad y habíamos precisado que estas podrían ser personas que gocen de su capacidad de goce y ejercicio, así como personas que se encuentren sujetos a una incapacidad relativa o una incapacidad absoluta. Asimismo, en el caso de que las personas incapaces sean adoptadas por sus representantes legales, se le deberá citar al Ministerio Público para que sea este quien sea el principal defensor de sus intereses.

Sin embargo, ante la situación de la adopción específicamente sobre las personas mayores de edad incapaces, ¿qué sucederá cuándo estas personas incapaces recuperen su plena capacidad? ¿Deberán respetar lo anteriormente decidido por el juez y no podrán hacer nada contra lo resuelto? ¿Se verán obligados a abandonar su familia consanguínea porque diversas personas decidieron algo que en realidad estas personas adoptadas no hubiesen aceptado en caso de estar en pleno uso de sus facultades?

El artículo materia de comentario nos permite analizar estas interrogantes y ver la importancia de los actos que desarrolle el incapaz, una vez que recupere plenamente su capacidad de goce y ejercicio.

**2. DE LA FORMA COMO UNA PERSONA INCAPAZ PUEDE LOGRAR RECUPERAR SU CAPACIDAD**

Las personas con incapacidad relativa o absoluta no pueden valerse por sí mismas y necesitan del apoyo de otros para subsistir. Por esta razón es que muchas veces son sujetos de un proceso judicial de interdicción en el que, una vez acreditada su incapacidad, se procederá a nombrar a un curador quien actuará como su representante, velando por la subsistencia del incapaz en todos los aspectos.

Gracias al avance de la ciencia, luego de diversos tratamientos médicos, estas personas incapaces pueden llegar a recuperar su plena capacidad. Ante esta situación nos preguntamos, ¿qué puede hacer una persona que fue declarada interdicto debido a su incapacidad y que se ha recuperado plenamente?

En tal caso la persona podría realizar el trámite judicial correspondiente para solicitar su rehabilitación. Así lo establece el artículo 584 del CPC al señalar que 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 señalar también 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).

¿Quiénes 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.

¿Qué documentos deben presentarse para acreditar 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 artículos 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 el juez en forma directa puede observar la existencia de tal rehabilitación, pero 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.

Finalmente, ¿en qué momento deberá solicitarse la declaración de rehabilitación? 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, incurria 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 en el artículo 612 del CC.*

### **3. POSIBILIDAD DE QUE EL INCAPAZ REHABILITADO PUEDA DEJAR SIN EFECTO LA ADOPCIÓN ACONTECIDA DURANTE EL PERIODO QUE DURÓ SU INCAPACIDAD**

Una situación interesante se podría presentar luego de que el incapaz recupere el pleno uso de sus facultades. Así, ¿qué sucede si cuando recupera su incapacidad, observa que fue adoptado? Existen dos posibilidades frente a tal situación:

- a) *Que el adoptado se encuentre de acuerdo con la adopción; ante esta situación, no será necesario que realice algún acto jurídico de ratificación para mencionar su asentimiento o conformidad con la adopción realizada, sino simplemente dejar que los efectos de la adopción acontecida durante su periodo de incapacidad perduren en el tiempo.*

- b) *Que no se encuentre de acuerdo con la adopción*; frente a esta situación, se le brinda la posibilidad de que el adoptado tenga la facultad de solicitar que se deje sin efecto la adopción, siempre que lo realice dentro del plazo de un año desde que cesó su incapacidad, conforme lo señala el artículo materia de comentario.

#### 4. CONSECUENCIAS DE QUE EL REHABILITADO DEJE SIN EFECTO LA ADOPCIÓN ACONTECIDA

Conforme lo señala Yolanda GALLEGOS CANALES y Rebeca JARA QUISPE, “en el caso del cese de la adopción por solicitud del interesado, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente, debiendo el registro de estado civil respectivo, proceder a la inscripción por mandato judicial” (GALLEGOS y JARA, 2008: p. 277).

Lo señalado se encuentra regulado en el artículo 385 del CC, el cual establece que cuando el mayor incapaz solicite que se deje sin efecto la adopción, nuevamente obtendrá vigencia y eficacia la filiación consanguínea que se perdió y la partida de nacimiento correspondiente, que recordemos tenía solo efectos para temas referentes a los impedimentos para contraer matrimonio.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2009): *Derecho de las Personas: Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 11ª ed. Lima: Grijley; GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebecca S. (2008): *Manual de Derecho de Familia. Doctrina, jurisprudencia y práctica*. Lima: Juristas editores.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): *Derecho de las Personas*, 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; PLÁCIDO Vilcachagua, Alex F. (2002): *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque del Derecho de Familia*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

## SUBCAPÍTULO 4

### AUTORIZACIÓN PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

**Artículo 786****Procedencia**

*Se tramitan conforme a lo dispuesto en este Subcapítulo las solicitudes de los representantes de incapaces que, por disposición legal, requieran de autorización judicial para celebrar o realizar determinados actos respecto de bienes o derechos de sus representados.*

*La solicitud debe estar anexada, cuando corresponda, del documento que contiene el acto para el cual se solicita autorización.*

**CONCORDANCIAS:**

*C. arts. 4, 7; C.C. arts. 3, 43 a 45, 379, 418, 447 a 449, 452, 453, 526, 527, 529, 531, 532, 539, 568, 576; C.N.A. arts. 9, 74, 109, 110; LEY 29973 art. 1.*

*María Isabel Sokolich Alva*

**1. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL INCAPAZ**

La norma materia de comentario parte de una premisa importante: el juez es el llamado a tutelar el buen manejo de los bienes y derechos de las personas reputadas por la ley nacional como “incapaces”. Al respecto, debemos considerar, en principio, que los artículos 4 y 7 de la norma fundamental establecen la obligación que tienen la comunidad y el Estado de proteger especialmente a los niños, niñas y adolescentes, así como a la persona incapacitada para valerse por sí misma; ello ha sido recogido por el Tercer Pleno Casatorio Civil que consagra como “precedente judicial vinculante” el carácter “tuitivo” del rol del juez que conoce procesos de familia, lo cual se materializa ofreciendo protección a la parte más vulnerable de la relación familiar (en el caso en comento el “incapaz”).

Es importante destacar, que los artículos 43 y 44 del CC, establecen quiénes son “absoluta o relativamente incapaces”, para luego señalar (art. 45) que los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

En efecto, el legislador delega el cuidado de la persona y bienes del incapaz, según el caso, a los padres (arts. 418 del CC y 74 del CNA), al tutor (arts. 526, 527 y 529 del CC) y al curador (art. 576 del CC), respectivamente.



Ahora bien, se debe acotar, que la ley confiere a las personas mayores de 14 años de edad capacidad para realizar determinados actos por el nacimiento de un hijo, en tanto que la incapacidad de las personas mayores de 16 años cesa por matrimonio o título oficial que los autorice a ejercer una profesión u oficio.

Estando a que la norma en examen, alude a los llamados “incapaces”, resulta relevante mencionar el trabajo de la “Comisión Especial encargada de revisar el CC en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad” (Cedis), por cuyo anteproyecto, entre otros, se resalta que todos los seres humanos tienen capacidad de goce desde su nacimiento; que, el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio; que, “toda persona humana” mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio; que, los menores de 18 años pero mayores de 12 años tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el CC o las leyes especiales; y, que solo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona humana, pues la “discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio”.

Esto último es necesario relevar, pues la sola “discapacidad “de una persona muchas veces ha sido asumida como una excusa válida para el no reconocimiento o ejercicio limitado de sus derechos, sin tenerse en cuenta que la capacidad de ejercicio está ligada con los derechos fundamentales de “autodeterminación y dignidad de toda persona humana”.

La “autodeterminación” tiene como elementos la libertad, la autoridad para asumir decisiones y la responsabilidad que estas determinaciones puedan generar; en tanto que la “dignidad humana” constituye “(...) *tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana*” (Fundamento jurídico 10 de la STC Exp. N° 02273-2005-PHC/TC). Por tanto, la “discapacidad” de una persona en modo alguno puede suponer desconocer su derecho a la autodeterminación y dignidad.

Sobre el tema, y específicamente en relación a la “discapacidad mental”, el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 2313-2009-HC/TC-Lima. Caso Luz Margarita Bustamante Candiotti) ha señalado lo siguiente:

“(...) 6. La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las persona que adolecen de enfermedades

mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad. Ahora bien, el que las decisiones de las personas con discapacidad mental tengan que ser tomadas en cuenta, no implica la desaparición o la caducidad de la figura de la curatela. De acuerdo al artículo 576 del CC, el curador protege al incapaz, procurando su restablecimiento y lo representa y asiste en sus negocios, **según el grado de la incapacidad**. Esto –que no es más que una concretización del principio de respeto de la dignidad del ser humano– implica que el curador no debe prescindir de la voluntad del interdictado, sino protegerle en todos aquellos aspectos en donde este no se puede valorar adecuadamente la toma de decisiones. 7. Así, la referencia a la ausencia de discernimiento estipulada en el artículo 43, inciso 2, del CC, que constituye la causa de la aparición de la curatela, no debe ser comprendida de manera absoluta. Debe interpretarse en cambio, sobre la base de dos aspectos esenciales, como son: i) la relevancia que la decisión a tomar tiene en la vida de la persona que adolece de una enfermedad mental; y, ii) el grado de dificultad que tiene la persona que padece de la referida dolencia para evaluar y transmitir su decisión. Estos elementos tendrán que ser tomados en consideración por el curador, así como por el juez encargado de resolver una controversia sobre estas cuestiones. Precisamente la vulnerabilidad de estas personas y la especial protección que se le reconoce obligan a ello. 8. Estas consideraciones ya han sido advertidas en un primer momento por este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 03081-2007-PA/TC (fundamento 32), cuando recuerda que la Organización Mundial de la Salud/División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias estableció Diez Principios Básicos de las Normas para la atención de la Salud Mental. En el punto 5 de este documento, se reconoce directamente la autodeterminación de las personas con enfermedades mentales. Explícitamente se establece que debe suponerse que ‘los pacientes son capaces de tomar sus propias decisiones, a menos que se pruebe lo contrario’. De igual forma indica que debe ‘*Asegurarse de que los prestadores de atención de salud mental no consideren sistemáticamente que los pacientes con trastorno mental son incapaces de tomar sus propias decisiones*’ (énfasis agregado) y también establece que no debe considerarse ‘sistemáticamente que un paciente es incapaz de ejercer su autodeterminación con respecto a todos los componentes (ej. integridad, libertad) por el hecho de que se lo haya encontrado incapaz con respecto a uno de ellos (ej. la autoridad para una hospitalización involuntaria no implica automáticamente una autoridad para un tratamiento involuntario sobre todo si ese tratamiento es invasivo)’ [ver también la STC Exp. N° 05842-2006-HC/TC, fundamento 70]”.

Como es de advertir, se reconoce que incluso la persona con discapacidad mental tiene el derecho de expresar su opinión en todos aquellos asuntos que le afecten; su voluntad no puede ser prescindida, siendo deber del curador y del juez, de ser el caso, tener en cuenta dicha decisión.

Resulta interesante mencionar que el distinguido y brillante jurista nacional, Dr. Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, quien fuera invitado a una de las sesiones de la “Comisión Especial encargada de revisar el CC en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad” (Cedis), sostuvo que el CC de 1984, a diferencia del CC de 1936, tiene una orientación humanista-personalista. El CC de 1936 tenía una mentalidad “patrimonialista”, pues la finalidad era defender la propiedad de las personas, mas no al ser humano.

No obstante, sostuvo que el libro inherente a la “capacidad” del actual CC evidencia un gran atraso, más aún en lo referido a la “capacidad de ejercicio”, pues la “capacidad jurídica” no es clara; sostuvo que la “capacidad” es “una”, no hay dos; “todos somos capaces porque de lo contrario no podríamos expresar nuestra libertad en actos”. Todos, sin excepción, tenemos “capacidad”, desde el concebido hasta el que está en coma tienen capacidad, la capacidad nunca se pierde; se pierde con la muerte; porque son todos los derechos que tenemos llamados “derechos naturales”. La “capacidad” es la aptitud para actuar y para ejercerla. La ley no puede establecer ninguna excepción a un derecho inherente al ser humano tal y cual se menciona en el artículo 3 del CC actual, el cual debe ser modificado. Asimismo, enfatizó que resulta impropio hablar de “incapaz”, pues este es un término impropio y a veces ofensivo, pues lo correcto es hablar de “seres humanos con capacidad restringida de ejercicio”, pues lo único que se limita es el ejercicio.

En consonancia con lo expresado, por el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (2006) se resalta que las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo. Asimismo, reconoce la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones; de otro lado, se muestra preocupación por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición.

De allí que, a nivel nacional, el artículo 1 de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, establezca en forma taxativa que la finalidad de la norma es “establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica”, compromiso normativo que guarda concordancia

con el instrumento jurídico internacional antes mencionado y el artículo 7 de la Norma Fundamental.

## **2. DE LOS REPRESENTANTES DE LOS INCAPACES Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA CELEBRAR O REALIZAR DETERMINADOS ACTOS RESPECTO DE BIENES O DERECHOS DE SUS REPRESENTADOS**

Son tres los aspectos sustanciales a tener en cuenta en caso de solicitudes para disponer de los derechos de incapaces:

- a) La existencia de una causa justificada de necesidad o utilidad.
- b) La decisión beneficiará los intereses del incapaz.
- c) El “incapaz” debe ser oído por el juez antes de expedirse la autorización

La primera consideración es que los padres, tutores o curadores no pueden enajenar, gravar, ni contraer en nombre de sus representados obligaciones que excedan de los límites de la administración, cuando no medie una razón de “necesidad” o “utilidad”, conforme así lo establecen los artículos 447, 531 y 568 del CC y el artículo 109 del CNA, respectivamente.

Por “necesidad”, acorde al diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse “aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir; la carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida”, en tanto que la “utilidad” alude al “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”; en consecuencia, la decisión judicial tendrá que evaluar la pertinencia e implicancias positivas de la solicitud en atención a los intereses y bienestar del representado, lo cual alude al segundo aspecto sustancial identificado en forma precedente.

Es oportuno señalar que por el voto singular del señor juez supremo Castañeda Serrano, materia de la Casación N° 3320-2011-Cajamarca (autorización para disponer del derecho de menor), se desarrolla lo siguiente:

“(…) debe distinguirse entre las causas de utilidad y necesidad que sustenta la autorización de disposición de los bienes del menor sujeto a patria potestad, lo que no es óbice para aplicar por extensión aquellos supuestos para la disposición de bienes respecto de las demás clases de incapaces. En tal sentido según Reverte Navarro, citado por Marín García de Leonardo, ‘Son diferentes los conceptos de utilidad y necesidad. La utilidad hace referencia al objeto que se pretende enajenar; utilidad contrapuesta a perjuicio económico irreparable que produciría la no enajenación solicitada. La necesidad va referida a un concepto vital, es decir, a la subsistencia, física o moral del ser humano. Esta obedece a un concepto sociológico, mientras que la utilidad lo es económico (...)’” (f. j. sexto).

Acorde a lo expresado, el legislador delega al juez la obligación de determinar en qué medida la autorización peticionada incidirá directamente y en forma positiva en la satisfacción de los intereses del incapaz; el operador jurídico asume el rol protector de los derechos e intereses de este último, siendo el caudal probatorio aportado al proceso el que determinará la decisión. En ese sentido, el artículo 110 del CNA, prevé en forma taxativa que “el administrador presentará al juez, conjuntamente con la demanda, las pruebas que acrediten la necesidad o utilidad del contrato. Asimismo indicará los bienes que pretende enajenar o gravar”.

La probanza de la “necesidad y utilidad” conforme al CC y CNA, exclusivamente opera cuando se pretende enajenar, gravar, o contraer obligaciones que exceden los límites de la administración, pues normas como las contenidas en los artículos 448, 452, 453, 532 del CC, por ejemplo, no lo exigen expresamente.

En relación al tema, la Corte Suprema de Justicia de la República, por diversas sentencias casatorias, ha señalado que constituye una aplicación indebida del artículo 447 del CC considerar que la tramitación de la solicitud de autorización para “transigir”, contemplada en el artículo 448 inciso 3) del mismo cuerpo normativo, exige acreditar las causas de “necesidad y utilidad” requeridas expresamente por el citado artículo 447 del CC para el caso de los actos de enajenación o gravamen de bienes de los hijos, pues en dicho supuesto la única exigencia legal es la autorización judicial (ver Cas. N° 3598-2011-Cajamarca; Cas. N° 3320 -2011-Cajamarca).

Finalmente, es de resaltar que si bien los artículos 449 y 539 del CC, establecen que el juez antes de prestar autorización debe oír al adolescente que tuviere 16 años cumplidos, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que el artículo 9 del CNA, cuyo referente es el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho de todo niño, niña y adolescente a “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan”; por ende, en procesos como estos, debe garantizarse el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a manifestar ante la autoridad judicial su parecer respecto de la pretensión de sus padres o del tutor; para tal efecto, es menester traer a colación parte del desarrollo efectuado por el Comité de los Derechos del Niño al analizar por la Observación General N° 12 (2009), referente al “derecho del niño a ser escuchado”:

“(…) 21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está firmemente asentado en la vida diaria del niño desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.
- En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.
- En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.
- Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

(...) 26. Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones 'en todos los asuntos' que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.

27. El grupo de trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la Convención rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño o un grupo de niños. Por el contrario, se decidió que el derecho del niño a ser escuchado debía referirse a 'todos los asuntos que afectan al niño'. El Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto. Aunque el Comité apoya una

definición amplia del término ‘asuntos’, que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos ‘que afectan al niño’, que se añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general. Sin embargo, la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones”.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Resulta atendible autorizar la venta del inmueble, cuya tercera parte corresponde a la hija menor del solicitante, por tratarse de un bien indiviso, cuyo porcentaje mayor le corresponde al accionante. El producto de la venta que le corresponde a la menor, debe ser depositado a su nombre, en una cuenta de ahorros de moneda de mayor solidez. Los padres están limitados de disponer de los bienes de los hijos, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial (*Exp. N° 877-98-Lima*).

Procede declarar la autorización para disponer los bienes del menor, cuando la necesidad o utilidad que invocan, resultan justificables (*Exp. N° 725-97-Lima*).

Para autorizar judicialmente la disposición de bienes de incapaces, se requiere pruebas que sustenten la necesidad o utilidad de tal disposición (*Exp. N° 1891-96-Lima*).

**Artículo 787**

**Ministerio Público**

*El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo solo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.R.C. arts. 113 inc. 1, 115, 117, 118; C.N.A. arts. 138, 144 lit. b); L.O.M.P. art. 1.*

---

***María Isabel Sokolich Alva***

---

Para efectos de establecer la *ratio legis* de la norma es importante resaltar que conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, una de las prerrogativas de este Organismo Constitucional Autónomo es la defensa, en todo proceso, de los derechos de los niños, niñas, adolescentes e incapaces.

La expresión, “defender sus derechos” supone velar por sus intereses; es decir, por la conveniencia del pedido de sus representantes y la correcta administración de sus bienes. En ese sentido, corresponderá al representante del Ministerio Público analizar, en los casos previstos por ley, la “necesidad y la utilidad” de la solicitud, pronunciándose al respecto.

El CNA ratifica esta misión, cuando por el artículo 138 establece que el fiscal de familia tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes, norma que resulta concordante con el artículo 144 literal b) del mismo cuerpo normativo.

La intervención del Ministerio Público como “parte”, conforme al texto de la norma, procede exclusivamente cuando no existe Consejo de Familia constituido con anterioridad a la petición. Como sabemos, el Consejo de Familia conforme a ley, es el primer llamado a cautelar por la seguridad e intereses tanto de los niños, niñas y adolescentes, como de los incapaces mayores de edad que no tienen padre ni madre; de tal forma que le corresponde, entre otros, determinar los bienes que deben ser vendidos en caso de necesidad o por causa de utilidad manifiesta.



**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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



**Artículo 788****Medios probatorios**

*De proponerse como medio probatorio la declaración testimonial, los testigos serán no menos de tres ni más de cinco y mayores de veinticinco años.*

*Cuando se trate de actos de disposición sobre bienes o derechos cuyo valor esté determinado por criterios objetivos, tales como avalúos que tengan carácter de declaración jurada, cotización de bolsa o medios análogos, deberán anexarse a la solicitud los documentos que lo acrediten o, en su defecto, certificación oficial de su valor o pericia de parte.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 188, 192, 193, 222 y ss., 786 párr. 2.*

***María Isabel Sokolich Alva***

En esencia, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juez, de tal forma que este los valorará al momento de resolver. La norma procesal destaca, de un lado, que los medios probatorios deben ser pertinentes, esto es, deben estar referidos a los hechos, y, de otro, que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, son idóneos para lograr la finalidad prevista por el artículo 188 del CPC. De allí que, tratándose de solicitudes de autorización judicial para celebrar o realizar determinados actos respecto de bienes o derechos de incapaces, resulta factible el ofrecimiento de los medios probatorios típicos o atípicos previstos por los artículos 192 y 193 del CPC.

La norma delimita que en caso de ofrecerse testigos, no pueden ser menos de 3 ni más de 5 y todos mayores de 25 años, quienes prestarán declaración en relación a la solicitud del representante, y, de ser el caso, en la necesidad y utilidad invocada.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 789**

**Formalización de la autorización**

*Cuando el acto cuya autorización se solicita deba formalizarse documentalmente, el juez firmará y sellará cada una de las hojas.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 786.*

*María Isabel Sokolich Alva*

---

El término “formalizar” conforme al Diccionario de la Real Academia Española, significa “dar forma a algo; revestir algo de los requisitos legales; dar carácter de seriedad a lo que no la tenía”. En el caso en concreto, la norma materia de comentario alude a la necesidad de que la autorización judicial expresada en una resolución se materialice en el documento que contiene el acto para el cual se solicitó la autorización, por lo cual corresponderá al juez firmar y sellar cada uno de los documentos en señal de conformidad.



**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

---

## SUBCAPÍTULO 5 DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN, AUSENCIA O MUERTE PRESUNTA

### Artículo 790

#### Procedencia

*A pedido de interesado o del Ministerio Público, se puede solicitar la declaración de desaparición, ausencia o de muerte presunta, sustentada en los casos previstos en el Código Civil.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. VI, 47, 49 a 51, 53, 54, 63, 326, 2012, 2030 inc. 2; C.P.C. art. 113;  
LEY 28413 art. 1 y ss.*

*Yuri Vega Mere  
Elizabeth Narváez Alor*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La declaración de desaparición, ausencia o de muerte presunta, se caracteriza por un estado de incertidumbre acerca del paradero, localización y/o la existencia de una determinada persona. Incertidumbre que puede presentarse en distintos grados y traducirse, según los casos, en una simple *posibilidad* de muerte (este es el caso de la “desaparición”) o bien en una *probabilidad* de muerte (que es el caso de la ausencia) o, en fin, en la *presumibilidad* de que ocurrió un deceso (que ya es el caso de la “declaración de muerte presunta”).

Ahora bien, el proceso para solicitar la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta es uno de naturaleza no contenciosa, al encontrarse regulado en la Sección Sexta del CPC. En virtud de este proceso, los interesados y/o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración de desaparición, ausencia o de muerte presunta, aportando los medios probatorios idóneos para acreditar dicha situación de acuerdo a lo establecido en el CC.

### 2. DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN

De acuerdo con el artículo 47 del CC, la desaparición es un hecho jurídico que se configura por dos (2) presupuestos: i) cuando la persona no se halla en el lugar de su domicilio; y, ii) ha transcurrido más de sesenta (60) días sin noticias sobre su paradero.

De la definición establecida en el CC, podemos percatarnos que efectivamente el factor determinante para declarar la desaparición de una persona es que no se tenga una certeza de su último paradero. BRECCIA, BIGGLIAZI, NATOLI y BUSNELLI califican a la desaparición como una situación de hecho que se presenta cuando quiera que concurren los dos presupuestos siguientes: que una persona no esté presente más “en el lugar de su último domicilio o de su última residencia suya, y que no tengan de ella más noticias” (1992: p. 122).

Sin perjuicio de ello, la desaparición no se configura si la persona tiene representantes con facultades suficientes, entiéndase, representantes o mandatarios, pues podría eventualmente entenderse que el presunto desaparecido en realidad solo quiso ausentarse por un tiempo de manera voluntaria. En tal contexto, debe quedar claro que la solicitud de declaración de desaparición no busca modificar el estado civil de la persona, sino que tiene como objetivo que el juez correspondiente, designe a un curador interino a fin de resguardar el patrimonio de la persona desaparecida.

Con el cuidado de los bienes del desaparecido lo que se busca tutelar –con la declaración de desaparición– es el interés de aquellos que dependen económicamente del desaparecido, para lo cual se designa a una persona para que administre el patrimonio del mismo (ESPINOZA, 2006: p. 671).

Resulta interesante traer a colación lo expuesto por Juan ESPINOZA (2006: p. 670), quien manifiesta que existe una contradicción cuando el artículo 44, inciso e) de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) - Ley N° 26497, establece que se inscriben en dicho registro las resoluciones que declaren la desaparición, lo cual implica una gravísima contradicción con la naturaleza de la desaparición, pues en la medida que ella no implica un pronunciamiento sobre el estatus de la persona la inscripción exigida podría implicar una extralimitación.

Todo parece indicar que el autor de la referida ley se inspiró en el artículo 2030 del CC, cuyo inciso 2 señala que son inscribibles en el Registro Personal (que forma parte del Registro Público) las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas. Sin embargo, la inscripción en este registro tiene mayor sentido dado que: i) es de acceso a cualquier persona y resulta de aplicación para cualquier tercero la presunción establecida en el artículo 2012 del mismo CC; ii) es el mismo registro en el cual se podrá verificar si el declarado desaparecido cuenta con un apoderado; y, iii) de no tener representante, el juez designará uno y se anotará en el Registro Público, cuestión que no es posible legalmente en el Reniec.

Finalmente, en relación a la *legitimidad* para solicitar la declaración de desaparición, ni el CC ni el CPC establecen cuáles son las personas para solicitar la declaración de desaparición, sino la del curador interino, aunque el juez deberá pronunciarse sobre lo primero. En efecto, el artículo 47 del CC alude a la designación del curador interino que puede ser solicitada por cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad o por quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido con citación a los familiares y al Ministerio Público. Aun cuando no se mencione al conviviente, consideramos que su legitimidad se sustenta en el artículo VI del Título Preliminar del CC (“para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral”). Es claro que debería tratarse del denominado concubinato llamado perfecto, es decir, aquel que satisface los requisitos del artículo 326 del CC y los que señala la doctrina (esto es, que se trata de la unión de varón y mujer con dos años de convivencia al menos, libres de impedimento matrimonial, que sea una pareja monogámica, etc.: VEGA MERE, 2009: pp. 76-80), y que hubiere sido objeto de reconocimiento judicial o bien de un reconocimiento notarial.

La duda surge en el caso de la legitimación de los miembros de las “convivencias imperfectas” (esto es, de las uniones de hecho en los que uno o ambos tienen un impedimento matrimonial o no conviven al menos dos años, entre otras hipótesis.) e, inclusive, de las denominadas “familias paralelas” que son, a no dudarlo, conformaciones familiares hoy en día no consideradas en la legislación como parte del concepto de familia y entre las que se encuentran no solo la unión de hecho anómala porque uno o ambos miembros de la pareja carecen de libertad para contraer nupcias; también que puede ser el caso de dos matrimonios ya sea uno civil y el otro religioso o dos civiles de los cuales uno será nulo por impedimento matrimonial, etc., que generan relaciones no solo a nivel de las parejas sino también a nivel de descendientes dependientes de la persona que puede encontrarse en situación de desaparecido.

### 3. DECLARACIÓN DE AUSENCIA

Conforme al artículo 49 del CC “transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia”.

De tal norma se colige que la declaración de ausencia requiere de dos (2) requisitos indispensables: el transcurso de dos años y además (en realidad basada en) la situación de hecho de la desaparición. Al respecto, cabe señalar que el plazo deberá computarse a partir de la última noticia del desaparecido, lo cual en ningún supuesto implica que deba computarse luego de los sesenta (60) días requeridos para declarar la desaparición referidos en la primera parte del presente apartado.

Ahora bien, como señala Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, a diferencia de la desaparición que responde a una circunstancia de hecho, la ausencia debe estar precedida de una expresa declaración judicial. En el primer caso, o sea en el de la desaparición, el juez solo comprueba que la persona no se halla más en el lugar de domicilio y que se carece de noticia en torno a su paradero, así como verificar que no tiene representante con facultades suficientes. *La desaparición no se trata, por ende, del caso de alguien que simplemente está lejos, en otro lugar, sino de una persona cuya ubicación es incierta, desconocida* (FERNÁNDEZ, 2012: p. 265).

En concordancia con lo expuesto en el párrafo anterior y de la gravedad que implica la declaración de ausencia en comparación de la declaración de la desaparición, es que el legislador ha previsto que en la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla (art. 50 del CC).

En tal sentido, BRECCIA, BIGGLIAZI, NATOLLY y BUSNELLI (1992: p. 124) señalan que:

“Dado que es probable que el ausente haya muerto, la ley provee a una protección provisoria en favor de tres categorías de terceros interesados. Aquellos a quienes corresponderían derechos dependientes de la muerte del ausente pueden demandar que se les acepte el ejercicio oportuno de estos derechos. Aquellos que por efecto de la muerte del ausente quedarían liberados de obligaciones, pueden ser declarados temporalmente exonerados del pago de estas. En fin —y esta es la disposición más significativa— quienes, en el caso de que el ausente hubiera muerto el día en el que se tuvo de él la última noticia, habrían sido sus herederos legítimos o testamentarios”.

Es preciso señalar que esta “posesión temporal de los bienes” no importa un anticipo de una sucesión hereditaria; sino que con ello se les otorga la facultad de administración de los bienes de ausente, limitando de alguna manera la posesión de los herederos. Es por ello que, inclusive el artículo 51 del CC establece que la posesión temporal de los bienes debe ser precedida por la formación de un inventario y que además el poseedor gozará de los frutos de los bienes con la limitación de reservar de estos una parte igual a la cuota de libre disposición. Como es claro, no se autoriza la disposición de los bienes pues no hay un proceso de transferencia sino únicamente de entrega bajo posesión.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 53 del CC, la declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el Registro de Mandatos y Poderes a efectos de extinguir los poderes otorgados por el ausente, pues de acuerdo al artículo 54 del CC se procederá a la designación de un administrador judicial.

Es importante resaltar la reflexión efectuada por Juan ESPINOZA ESPINOZA, en el sentido de que, a la fecha, el CC solo se ha preocupado por aspectos netamente patrimoniales, dejando de lado la protección que merece el ausente como persona (ESPINOZA, 2006: p. 675). Así, el mencionado autor dice:

“Resulta realmente sorprendente que el Libro I, del CC peruano de 1984, el cual es muestra plena de la profunda visión humanista del Derecho, considerando a la persona como un valor en sí misma que, en materia de ausencia, solo regule los aspectos patrimoniales del desaparecido, dejando de lado la protección que merece su persona en cuanto tal. Me estoy refiriendo a la búsqueda de desaparecido, que debe recaer en sus representantes y/o familiares”.

En relación a la *legitimidad* para solicitar la declaración de ausencia, puede ser cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público y será competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.

#### 4. DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

La muerte presunta, comúnmente conocida como declaración de fallecimiento, se distingue de la muerte natural por tratarse de una situación jurídica distinta. La muerte presunta parte de un hecho del que se tiene incertidumbre, frente al cual el ordenamiento legal opta por una solución (ESPINOZA, 2006: p. 686). En efecto, como señalara en un principio, las declaraciones de desaparición, ausencia o muerte presunta dependen de la incertidumbre que se tiene sobre el estado de la persona. En el caso en concreto por el transcurso del tiempo de incertidumbre respecto al paradero de la persona ausente, el orden jurídico opta por presumir que pudo haber acaecido su deceso.

En tal sentido, de acuerdo al artículo 63 del CC la muerte presunta puede ocurrir en tres (3) escenarios distintos:

- 1) Posibilidad de declarar la muerte presunta de una persona por el transcurso de diez años desde que se tuvo las últimas noticias de su desaparición o cinco si este tuviere más de 80 años, esto es, que dicha persona no se encuentre en su domicilio y que no se tenga noticias sobre su paradero. Cabe recalcar que no es necesario que previamente exista una declaración de ausencia.
- 2) El segundo supuesto posibilita la declaración de muerte presunta por el transcurso de solo dos años si el hecho de la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso (por ejemplo: casos de guerra, hundimiento de barcos, caída de aviones).
- 3) El tercer supuesto se refiere al supuesto que exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. Ello se explica en tanto pueden presentarse situaciones en las que, a través de testimonio indubitable, se llegue a la racional evidencia tanto del hecho que originó la muerte de la persona, como que, de tal acontecimiento no podía salirse con vida (FERNÁNDEZ, 2012: p. 287).

Además de los supuestos señalados, es necesario referirse a la Ley N° 28413, “Ley que regula la ausencia por desaparición forzada durante el periodo de 1980 - 2000” del 7 de diciembre de 2004, pues este también es un supuesto de declaración de muerte presunta.

En efecto, aunque la denominación de la mencionada ley es de “ausencia por desaparición forzada” este es un supuesto especial de muerte presunta, en la medida en que los efectos directos son la declaración de muerte presunta a través de un proceso judicial específico de acuerdo con el artículo 13 de la referida ley.

Como institución, no es una modalidad de la ausencia en sí. Por el contrario, es un supuesto adicional consagrado en la ley a través del cual se decide judicialmente la muerte presunta. Por el mismo mérito de su naturaleza, el hecho jurídico creado precisa ser inscrito, no de acuerdo con su construcción legal de la ausencia en sí, sino –por el contrario– a su consecuencia directa que es la muerte judicialmente declarada de la persona (VARSI, 2009: p. 52).

La sentencia fija como fecha presunta de la desaparición forzada la que aparece en la constancia expedida por el Registro Especial de Ausencia por Desaparición Forzada de la Defensoría del Pueblo. Esta sentencia debe inscribirse en el Registro de Defunciones del Registro del Estado Civil al tratarse de una declaración de muerte presunta.

En relación a la *legitimidad* para solicitar la muerte presunta, se requiere una solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRECCIA, Umberto; BIGLIAZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco (1992): *Derecho Civil*, tomo I, vol. I, trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Derecho de las Personas*, 5ª ed. Lima: Rodhas; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2012): *Derecho de las Personas*, 12ª ed. Lima: Motivensa; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2009): “Declaración de muerte presunta por desaparición forzada en el periodo 1980 - 2000”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 188. Lima: Gaceta Jurídica; VEGA MERE, Yuri (2009): *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, 3ª ed. Lima: Motivensa.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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



**Artículo 791** | **Requisitos especiales**

*Además de los requisitos señalados en el artículo 751, la solicitud debe indicar la relación de bienes y deudas que se conozcan del desaparecido, del ausente o del muerto presunto y, en estos dos últimos casos, el nombre de sus probables sucesores.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 424, 425, 751; LEY 28413 art. 1 y ss.*

*Yuri Vega Mere  
Elizabeth Narváez Alor*

El artículo 751 del CPC establece que la solicitud de los procesos no contenciosos debe cumplir con los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425 del CPC. No obstante, además de ello, para los procesos no contenciosos en donde se busca la declaración de desaparición (recordando que con este proceso se busca principalmente nombrar a un curador interino), ausencia o muerte presunta, es necesario la precisión de los bienes y deudas de estas personas. Sobre el particular, cabe señalar que la ausencia o desaparición extinguirá los derechos personalísimos y vitalicios, lo demás conformará la masa hereditaria que será transferida a sus sucesores.

Asimismo, la norma materia de comentario no establece y/o limita que los sucesores sean aquellas personas a la cuales se les transfiere a título de heredero, por lo tanto, debe entenderse que cuando la norma hace referencia a los sucesores, deben quedar comprendidos tanto legatarios como herederos.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 792** | **Notificación**

*La resolución que admite a trámite la solicitud será notificada al desaparecido, ausente o al muerto presunto mediante los edictos más idóneos al cumplimiento de su fin. A quienes puedan tener derechos sucesorios, se les notificará por edicto si se desconociera su dirección domiciliaria.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 165 a 167, 169.*

*Yuri Vega Mere  
Elizabeth Narváez Alor*

---

Sobre el particular, cabe recordar que las notificaciones tienen por objeto poner en conocimiento el contenido de las resoluciones judiciales. Esta notificación es importante para que las resoluciones judiciales sean válidas, pues de lo contrario se estaría transgrediendo el derecho de los interesados. Esta norma contempla dos tipos de notificaciones: la cédula y el edicto.

Notificar por edicto implica dar a conocimiento público una información determinada, para lo cual se puede utilizar las publicaciones en periódicos de la localidad y los carteles que se fijan en ciertos lugares públicos o transitados (LEDESMA, 2011: p. 926). Mediante los edictos se notifican a los desaparecidos, ausente o muerte presunto así como a aquellas personas de las que no se conozca su dirección domiciliaria, es decir, que tengan un domicilio incierto.

La notificación por cédula se utilizará para los sucesores cuyos domicilios no sean desconocidos. La notificación por cédula es expresa, pues existe un acto real de transmisión practicada en el domicilio del sujeto pasivo, destinatario de la notificación, al margen que este lo reciba personalmente (LEDESMA, 2011: p. 926).

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 793****Sentencia fundada**

*La sentencia que ampara la solicitud, establece la fecha probable de la desaparición, ausencia o muerte presunta y, en su caso, designa al curador.*

*La sentencia es inscribible en los registros en donde deba producir efectos jurídicos.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 65; C.P.C. arts. 61, 66, 120; LEY 28413 art. 1 y ss.*

*Yuri Vega Mere  
Elizabeth Narváez Alor*

Como hemos señalado, al comentar los artículos anteriores, en el caso de desaparición, la sentencia debe designar a un curador, por ende, para dicho caso la fecha se fijará cuando se justifique el nombramiento del curador interino. En tal sentido, cuando el desaparecido ya tenga un representante o mandatario con facultades inscritas en el registro, no se requerirá una designación posterior. El nombramiento deberá ser inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes.

En cambio, para el caso de ausencia, una vez declarado a la persona como ausente, todos sus bienes son transferidos a sus herederos, por eso no es necesario el nombramiento de un representante, pues los bienes serán administrados por sus propios herederos. Por el contrario, la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes se hace con la intención de cancelar cualquier tipo de inscripción previa.

Cabe mencionar que Javier PAZOS HAYASHIDA (2003: p. 331), señala que queda una duda respecto a la extinción de aquellos poderes otorgados para efectuar actos no patrimoniales, como la defensa de un proceso judicial relativo a la esfera extramatrimonial del declarado ausente. Considera dicho autor que este tipo de poderes debería mantener su vigencia. Lamentablemente la legislación civil ha prestado demasiada atención al ámbito patrimonial, dejando de lado otros aspectos de la vida de la persona.

Para el caso de la declaración de muerte presunta se indica la fecha probable y, de ser posible, la muerte del desaparecido (art. 65 del CC). Si el juez declara improcedente, cabe la posibilidad de declararlo como ausente.

Finalmente, el artículo bajo comentario establece que la sentencia debe inscribirse en los registros correspondientes, entre los cuales pueden considerarse el de mandatos y poderes, propiedad inmueble, etc.

** BIBLIOGRAFÍA CITADA**

PAZOS HAYASHIDA, Javier (2003): "Comentario al artículo 47 del Código Civil". En: *Código Civil comentado*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 794****Reconocimiento de presencia y existencia**

*La solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la desaparición, ausencia o muerte presunta, se tramita conforme a este Subcapítulo, en cuanto sea aplicable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 60, 67, 68, 69; LEY 28413.*

*Yuri Vega Mere  
Elizabeth Narváez Alor*

De acuerdo al artículo 67 del CC, el *reconocimiento de la existencia* de la persona puede ser solicitada por ella misma, el Ministerio Público o en todo caso por cualquier interesado, bajo las reglas de un proceso no contencioso. Esta declaración no debe hacerse sin un mayor trámite que la prueba de supervivencia.

El reconocimiento de presencia se puede efectuar a partir de dos hechos jurídicos: a) confirmando el regreso de la persona. Aquí el hecho jurídico de la desaparición se extingue. A partir de esto se hace necesario que la persona solicite judicialmente que, por haber regresado, cesen los efectos de la declaración judicial; y, b) cuando exista la declaración de voluntad de la persona declarada ausente, efectuada con posterioridad a la fecha en que se declaró su desaparición (LEDESMA, 2011: p. 928). Cabe señalar que el cese de los efectos de la declaración de ausencia y el consecuente reconocimiento de presencia, requiere necesariamente una sentencia.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, el artículo 67 del CC no exige el retorno físico de la persona al lugar de su domicilio por lo que será suficiente, como lo dispone el indicado artículo, que pruebe su supervivencia (FERNÁNDEZ, 2012: p. 293).

Finalmente, cabe señalar que, de acuerdo al artículo 60 del CC, al *cesar los efectos de la declaración judicial de ausencia*, se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentra, mientras que en el caso de muerte presunta, el reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes conforme a ley. El trámite, como mencionamos, se sigue por un proceso no contencioso, con citación a quiénes solicitaron la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta. Debemos resaltar que solo se requiere la citación, no la presencia de quiénes presentaron la solicitud de declaración de ausencia, desaparición o muerte presunta.

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2012): *Derecho de las Personas*, 12ª ed. Lima: Motivensa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

## SUBCAPÍTULO 6 PATRIMONIO FAMILIAR

### Artículo 795

#### Legitimación activa y beneficiarios

*Pueden solicitar la constitución de patrimonio familiar las personas señaladas en el artículo 493 del Código Civil y solo en beneficio de las citadas en el artículo 495 del mismo Código.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 305, 310, 313 a 315, 317, 488, 491, 493, 495, 1629; C.R.C. arts. 759, 762, 796 a 801; LEY 26662 arts. 1 inc. 3, 2ª.*

*Benjamín Aguilar Llanos*

### 1. INTRODUCCIÓN

El patrimonio familiar es una institución jurídica de gran importancia pero poco difundida. En el CC de 1936 se le llamó bien de familia, y fue tratado en la Sección Cuarta, Título VIII, y se reguló como figura complementaria a los alimentos, porque se afirmaba que tenían por objeto asegurar el sustento y bienestar de los miembros de la familia; esta sección comprendió a su vez tres figuras, la fundación familiar, la indivisión de la herencia, y el hogar de familia, las dos primeras ya no figuran en el Libro de Familia del CC de 1984, y la tercera viene ahora con el nombre de patrimonio familiar.

Antes de entrar al tema del patrimonio familiar, resulta relevante comprobar como algunos derechos reales sufren algunas restricciones o modificaciones en el Derecho de Familia. Así, por ejemplo, la propiedad en un régimen de sociedad de gananciales, en el que un bien propio del cónyuge no necesariamente es administrado por su titular sino por el cónyuge no titular (art. 305 del CC), los frutos de esos bienes propios no son exclusivamente del titular del bien sino también de su consorte (art. 310), e incluso el bien propio puede responder por deudas que no son propias sino sociales (art. 317); el usufructo legal regulada en la institución de la patria potestad, difiere tanto del usufructo ordinario, por ejemplo no hay derecho de persecución, no hay garantía, y otras diferencias más que hacen del usufructo legal una figura casi diferente del ordinario, a tal punto que debería cambiársele de nombre, quizás goce legal como le llama la legislación francesa; ahora bien, por qué sucede ello, entendemos que en la familia debe desarrollarse los principios de solidaridad antes que los intereses individuales, en la familia hay una suerte de interés común, en el que todos sus integrantes participan de él, pues bien en este contexto es que se ubica el patrimonio familiar.

## 2. CONCEPTO DE PATRIMONIO FAMILIAR

En el tema de patrimonio familiar, lo primero que llama la atención es el nombre que puede conducirnos a confundir la figura como ya ha sucedido, al identificarlo con la sociedad de gananciales. La doctrina en forma unánime reconoce que el patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, ni copropiedad familiar de los cónyuges e hijos, ni una persona autónoma como si fuese una fundación; constituye, en cambio, un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos y se distingue del resto de su patrimonio por su función y las normas que la ley dicta en su protección.

La Constitución de 1979 dio rango constitucional a la institución del patrimonio familiar (art. 5) desarrollado luego por el CC. El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia; sin embargo, la Constitución de 1993 no lo consideró dentro de sus normas, entendemos ello por la orientación individualista que la inspira, todo lo contrario con la Constitución de 1979 que, como sabemos, dedicó todo un capítulo para regular la institución familiar

## 3. ¿QUÉ ES EL PATRIMONIO FAMILIAR?

A la luz de nuestro CC, el patrimonio familiar es una institución jurídica por medio de la cual se afecta una casa habitación para que sirva de morada de la familia, o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria o comercio para que sirva como fuente de ingreso al grupo familiar, y a mérito de un procedimiento judicial o notarial, dichos bienes gozan del beneficio de ser inembargables, limitándose su enajenación, todo ello en protección a la familia.

## 4. ANTECEDENTES Y NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO FAMILIAR

A mediados del siglo XIX, y principios del XX, el derecho de propiedad y la institución de la familia se compenetraron en una institución de gran importancia, en la que la propiedad servirá de base a la familia para permitir su desarrollo, por cuanto las necesidades más elementales del ser humano, como son la alimentación y habitación, van a ser garantizados con la existencia del bien de familia llamado patrimonio familiar. Por medio del patrimonio familiar se consigue mantener unida a la familia, se da estabilidad y seguridad al grupo familiar, tratando de liberarla de los riesgos y peligros del porvenir, en atención a los privilegios de que goza la institución como la de ser inembargable.

Sara MONTERO DUHALT, en su texto de Derecho de Familia mejicano, refiere que "el fundamento del patrimonio familiar radica en la protección judicial que

al jefe de familia se le presta para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio, esencial para la subsistencia de la familia” (MONTERO, 1992: p. 397).

Repárese que la legislación peruana permite afectar no solo un predio destinado a la casa habitación, sino también un predio destinado a la agricultura, industria, artesanía o comercio, en tanto que constituyen fuentes de ingreso familiar. Observemos esta segunda forma como se presenta el patrimonio familiar, pues bien, aquí se está considerando a la familia como una unidad socioeconómica, productora de bienes y servicios para el mercado, entonces ya no solo es vista como unidad de consumo, y ello nos parece acertado pues no debe perderse de vista que en la familia se da el trabajo doméstico, el que se realiza en la unidad de vivienda, pero también el trabajo productivo. Sin embargo, en esta segunda forma como aparece el patrimonio familiar nos parece que faltan normas para una mejor comprensión de la institución, y así nos podemos preguntar si el patrimonio familiar comprende solo el predio o también sus accesorios; sobre el particular la legislación se limita a decir que el patrimonio familiar no debe exceder lo necesario para la morada o el sustento de la familia.

Sobre la naturaleza jurídica de la institución es sabido que algunos le niegan sustantividad propia, señalando que no viene a ser sino un matiz del derecho de habitación, al menos cuando el patrimonio familiar aparece bajo la forma de casa habitación. Ahora bien, si es cierto que el patrimonio familiar reúne algunas características del derecho real de goce de usufructo o habitación, también lo es que tiene particularidades propias que se ubican en el ámbito de familia, y por ello los privilegios y limitaciones que conlleva la institución le dan una autonomía propia, y porque se separa una parte del patrimonio del titular del bien para afectarlo a favor de la familia y en tanto estén afectos a ellos, ingresan a una suerte de isla legislativa sobre la que no puede recaer ningún acto jurídico que recorte o sustraiga el patrimonio a la familia (AGUILAR, 2010: pp. 481-482); el patrimonio familiar vendría a ser un patrimonio afectación.

## 5. CUESTIONAMIENTOS AL PATRIMONIO FAMILIAR

Los críticos del patrimonio familiar ven algunos inconvenientes que presenta la institución; sostienen que esta institución restringe el acceso al crédito, pues el propietario del bien afectado no puede con la garantía que le podría proporcionar el bien, tener acceso al crédito. Sobre el particular debemos recordar que el bien objeto del patrimonio familiar no puede ser dado en hipoteca ni anticresis.

Por otro lado, la institución más que estar dirigida a las personas con recursos, lo está para aquellas que si lo tienen, son insuficientes, a quienes por las exigencias de la constitución del patrimonio familiar no podrían acceder a ella. En

efecto, existen muchos casos de personas que compran un inmueble para destinarlo como casa habitación, y lo compran bajo la forma de alquiler venta, que lleva implícito la hipoteca legal por el saldo del precio, en este supuesto no podría constituirse la institución, por la existencia de una deuda cuyo pago se vea afectado por la constitución del patrimonio familiar, a la par de la exigencia de que el bien no se encuentre gravado, ni hipotecado ni embargado.

Estos casos son los que más requieren de protección que lo podría dar la institución bajo comentario; sin embargo, existen antecedentes que sí contemplaban estos casos dentro del hogar de familia hoy patrimonio familiar. Así, la Ley N° 13500 de enero de 1961 estableció un régimen sobre asociaciones para la construcción y adquisición de viviendas, y así los inmuebles adquiridos o construidos conforme a las condiciones establecidas en esta ley gozaban de los beneficios propios del hogar de familia sin exigirse a los propietarios el requisito de no tener deudas que para constituir el hogar de familia exigía el artículo 462 del CC de 1936.

## **6. PRIVILEGIOS, LIMITACIONES Y RESTRICCIONES DEL PATRIMONIO FAMILIAR**

La institución familiar que estamos comentando, otorga una serie de *privilegios pero también limitaciones*. Una vez constituido el patrimonio familiar, el bien o los bienes que lo constituyen entran, como ya se dijo, a una suerte de isla legal sobre el cual no puede recaer ningún acto que tienda a limitarlo, restringirlo o privarlo, y todo ello en resguardo y seguridad de los beneficiarios de la institución. Veamos estos privilegios y limitaciones que conlleva la figura.

Constituido el patrimonio familiar se crea un régimen especial de amparo del bien o bienes que lo comprenden, es así que se produce la *inembargabilidad* de estos, empero y por excepción sí podrán ser embargados los frutos del patrimonio familiar y solo hasta las dos terceras partes por deudas provenientes de alimentos, condenas penales y tributos referentes al bien. Al respecto resulta grave la resolución Casatoria N° 2150-98 cuando refiere que el acreedor que tiene un derecho de crédito frente a uno de los miembros de la sociedad conyugal, puede solicitar la declaración de ineficacia de la constitución del patrimonio familiar respecto de un bien social, pues se puede trabar embargo sobre los derechos expectatícios de un cónyuge en la sociedad de gananciales a la espera de su liquidación que puede producirse, entre otros casos, por declaración de insolvencia. Por cierto, no estamos de acuerdo con tal resolución que afecta en forma directa a los beneficiarios del patrimonio familiar, constituyendo una suerte de causal judicial para extinguir la institución.



En cuanto a las restricciones, se justifican en tanto se dirigen a proteger a los beneficiarios del patrimonio familiar. Constituido el patrimonio familiar, nace la obligación legal de habitar la casa y explotar directamente el predio, ello implica que no se puede realizar ningún acto jurídico que atente contra el cumplimiento de la obligación citada. Es así que el patrimonio familiar es inalienable, en general se dice inalienable cuando no resulta posible enajenar por obstáculo natural o por prohibición convencional o legal, lo que significa que los bienes afectos al patrimonio familiar no pueden ser enajenados mientras subsista la afectación, lo que constituye una garantía fundamental para los beneficiarios, quienes tendrán la certeza de que el patrimonio siempre estará a su uso y disfrute, independientemente de que el constituyente haya variado su voluntad y pretendiera unilateralmente revocar la constitución, lo que no es posible si no existe una razón justificada a criterio del juez. Con este mismo criterio se restringe la facultad de constituir gravámenes sobre los bienes afectados, en tal mérito no pueden ser hipotecados ni dados en anticresis, porque de lo contrario surgiría en el primer caso el riesgo de la pérdida del bien y en el segundo se desnaturalizaría la figura por cuanto la anticresis exige la entrega del bien al acreedor, no olvidemos que el patrimonio familiar persigue fundamentalmente asegurar la permanencia y estabilidad de la familia.

Como una suerte de excepción a la inalienabilidad del bien afecto al patrimonio familiar, el CC en su artículo 491 prevé el arriendo del bien o bienes afectados.

El referido artículo señala que los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados solo en situaciones de urgente necesidad, arriendo transitorio y con autorización del juez, también es posible arrendar una parte del predio, siempre con autorización judicial y sea indispensable para asegurar el sustento de la familia.

La Constitución de 1979 señaló que la ley regulará la constitución del patrimonio familiar, que será inembargable, inalienable y transmisible por herencia; el mismo texto es repetido en el artículo 488 del CC. Ahora bien, cuando la norma señala que el patrimonio familiar es transmisible por herencia, en primer lugar la transmisión hereditaria no se refiere al bien que está afecto al patrimonio familiar, el cual en su momento y con las normas del Derecho Sucesorio se producirá a favor de los herederos, la transmisión está referida a la condición legal que recae sobre el bien, objeto del patrimonio familiar, por lo tanto pese a la muerte del constituyente, el bien seguirá afecto a favor de los familiares quienes podrán seguir usándolo y disfrutando del mismo sin el riesgo y temor de que pueda ser embargado, rematado o dispuesto, entonces sigue siendo inalienable en tanto los beneficiarios continúen siéndolo.

Luego de esta presentación de la institución, pasaremos a analizar propiamente los artículos 795 al 801 del CPC que regulan la constitución del patrimonio familiar, dejándose expresa constancia que existe otro trámite como opción

de constituir patrimonio familiar, pero ahora por la vía notarial de conformidad con la Ley N° 26662, la que otorga competencia a los notarios para intervenir en la constitución de esta institución fundamentalmente familiar.

## 7. ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO

El presente artículo nos deriva a desentrañar a los titulares del ejercicio de este derecho y a los beneficiarios de estos. Sobre el particular algo que ya hemos comentado en la presentación del tema es el hecho de que esta institución es netamente familiar, por lo tanto quienes tienen el derecho de solicitarla son integrantes del núcleo familiar y que resultan propietarios del bien, que mañana más tarde se afectará, y asimismo los beneficiarios del patrimonio familiar, igualmente guardan con el constituyente lazos parentales entre sí, empero estos beneficiarios deben tener con el constituyente una relación de dependencia, en tanto que la naturaleza de la institución (instituciones de amparo familiar) es dar protección, asistencia a los beneficiarios por parte del constituyente, o constituyentes.

En lo que atañe al *constituyente*, el artículo 493 del CC se pone en cinco supuestos, algunos innecesarios por ser obvios, y otros muy generales que han requerido comentarios y análisis respecto a los que podrían constituir el patrimonio familiar. Veamos:

- a) *Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad.* Indudablemente se está refiriendo a los bienes propios del cónyuge constituyente; sobre el particular cabe recordar que un bien propio tiene debidamente identificado a su titular, y las facultades que otorga el CC a los titulares de los bienes propios son las de la propiedad, esto es, usar, disfrutar, disponer y reivindicar, y para ello no necesita autorización de su consorte. Ahora bien, si dentro de esos bienes propios se encuentra un inmueble destinado a casa habitación, o predio que puede ser destinado a un comercio, industria, artesanía, agricultura, en consecuencia dicho bien puede ser objeto de constitución de patrimonio familiar y, reiteramos, para ello no necesitaría del consentimiento del otro cónyuge.
- b) *Los cónyuges de común acuerdo sobre los bienes de la sociedad.* Nos estamos refiriendo a los bienes sociales, y partimos de la premisa de que estamos ante un matrimonio sometido al régimen de sociedad de gananciales, en esa circunstancia encontramos a los bienes sociales que, como estipulan los artículos 313, 314 y 315 del CC, la administración, representación y disposición de los bienes sociales corresponde a ambos cónyuges, en esa circunstancia si dentro del patrimonio social existe un bien pasible de ser afectado en patrimonio familiar, puede afectarse como tal,

pero necesariamente tienen que intervenir los dos consortes. En ese sentido, la constitución de patrimonio familiar, por ejemplo sobre el inmueble que está siendo destinado a casa habitación de la familiar requiere de la intervención de los dos consortes, empero no hay que olvidar que es posible el otorgamiento de poderes entre los cónyuges, en esa medida si uno de ellos hubiera otorgado poder al otro, el apoderado podría constituir patrimonio familiar sobre el referido bien, en la medida en que dentro de las facultades se encuentre este mandato específico, por cuanto el poder general para administrar los bienes sociales, se limita solo a la administración que implica guardar, proteger y cuidar los bienes de la sociedad. En consecuencia, el poder tiene que ser especial, precisando que no solo otorga las facultades de administración, sino igualmente la capacidad para afectar el bien en patrimonio familiar.

- c) *El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado sobre sus bienes propios.* Innecesaria la norma en tanto que, como ya se ha expuesto, las facultades de que goza el titular de un bien propio son las de la propiedad, y en esa medida lo que dijimos a propósito del primer supuesto, es aplicable para el presente caso. En consecuencia, este inciso resulta ocioso y fácilmente prescindible, en tanto que al haber concluido el matrimonio, igualmente ha terminado la sociedad de gananciales y, en esa medida, cada uno de ellos, si fuera el caso del divorcio, ahora resulta propietario del bien o bienes que se les adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, y en esa medida, sobre esos bienes, tiene la libre disposición de estos, y por lo tanto con absoluta facultad para, si lo desea, afectar el bien en patrimonio familiar.
- d) *El padre o madre soltera sobre bienes de su propiedad.* Para el comentario de este supuesto nos remitimos a lo señalado en el inciso c), el cual reitera un concepto ya trabajado: que solo pueden destinar bienes para afectarlos como patrimonio familiar, los que gozan de las facultades de propiedad sobre el bien o bienes. Ante el supuesto comentado, nos referimos a los solteros, es decir, no existe matrimonio y en esa medida no hay régimen económico alguno que seguir respecto de los bienes de que uno dispone; por ello, el supuesto es obvio ya que los de estado civil solteros, son propietarios de los bienes que poseen y, en esa medida, gozan de todas las facultades que le otorga la propiedad.
- e) *Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.* Norma que necesariamente tenemos que concordarla con el artículo 1629 del CC que alude a que nadie puede donar más allá de lo que puede disponer por testamento si es que tiene herederos

forzosos. Esta disposición protege las cuotas legitimarias de los llamados herederos forzosos, en esa medida se limita los actos de liberalidad cuando existen descendientes del causante, cónyuge o concubina, e incluso ascendientes. Ahora bien, la redacción de la norma lleva a confusión, en tanto que dejaría entrever que la persona constituyente puede ser ajena a los beneficiarios, siempre que respete los límites del artículo 1629; sin embargo, ello no es así, en la medida en que los beneficiarios del patrimonio familiar, tal como lo señala el artículo 495 del CC que textualmente reproducimos dice “solo pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar los cónyuges, los hijos u otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente”. Como es de observar el término “solo” es excluyente, en esa medida solo esos familiares pueden ser beneficiarios del constituyente, por lo tanto cuando el supuesto que estamos comentando alude a cualquier persona como constituyente, necesariamente tenemos que concluir que personas ajenas al entorno familiar, no pueden afectar un bien como patrimonio familiar. Repárese que incluso dentro de los familiares del constituyente no todos los parientes han sido considerados dentro de los beneficiarios, en tanto que como es de verse no aparecen como beneficiarios los parientes colaterales del tercero y cuarto grado con respecto al constituyente, es decir, los sobrinos, tíos, primos hermanos, sobrinos nietos o tíos abuelos del constituyente no podrían beneficiarse con el patrimonio familiar.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Derecho de Familia*. México DF: Porrúa.

---

**Artículo 796****Admisibilidad**

*Además de lo previsto en el artículo 751, se acompañará e indicará en la solicitud:*

- 1. Certificado de gravamen del predio a ser afectado;*
- 2. Minuta de constitución del patrimonio familiar;*
- 3. Documentos públicos que acrediten la relación familiar invocada;*
- 4. Los datos que permitan individualizar el predio; y,*
- 5. Los nombres de los beneficiarios y el vínculo que los une con el solicitante.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 140, 496; C.P.C. art. 751; LEY 26662 art. 25.*

*Benjamín Aguilar Llanos*

**1. INTRODUCCIÓN**

Tratándose de una institución netamente familiar, los requisitos a cumplir para posibilitar la afectación de un bien en patrimonio familiar giran en torno a la probanza de la propiedad del bien por el futuro constituyente, y acreditar que el bien no está sujeto a gravamen o carga alguna. Asimismo deberá verificarse el lazo parental del constituyente con los beneficiarios, lo cual se hará a través de las partidas pertinentes.

**2. REQUISITOS****2.1. Certificado de gravamen del predio a ser afectado**

El patrimonio familiar es una institución que busca proteger a los integrantes de un grupo familiar otorgándoles tranquilidad, sosiego y seguridad respecto del bien que les sirva de morada o bien que es fuente generadora de los ingresos familiares. En esa medida dicho bien es inembargable, la constitución del patrimonio familiar no puede servir de refugio de deudores que a través de esta institución pretendan imposibilitar que sus acreedores puedan verificar su crédito a través del embargo y remate, por ello quien pretenda constituir un bien en patrimonio familiar deberá demostrar que el bien se encuentra libre de cualquier carga o gravamen.

## **2.2. Minuta de constitución del patrimonio familiar**

La afectación de un bien en patrimonio familiar es un acto jurídico que requiere como todo acto jurídico (art. 140 del CC) de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y forma prescrita por la ley. Dentro de este contexto es que la constitución del patrimonio familiar debe estar contenido en un contrato (minuta) que debe reunir todas las exigencias legales referidas al constituyente como al bien a afectar. Así, en la minuta se deben consignar los datos del constituyente, la relación parental que guarde con los beneficiarios, y con respecto al bien, su ubicación y la afirmación que dicho bien se encuentra libre de todo gravamen.

## **2.3. Documentos públicos que acrediten la relación familiar invocada**

Se ha señalado que el patrimonio familiar es una institución netamente familiar, y por ello es que la ley exige que los beneficiarios tengan parentesco con el constituyente, y no cualquier clase de parentesco, sino los que prevé la norma, esto es cónyuges, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el segundo grado. Por ello la constitución del patrimonio familiar, implica una serie de pasos a seguir, dentro de los cuales se encuentra la de acreditar con instrumentos públicos (partidas de nacimiento o matrimonio, en su caso) el parentesco con el constituyente.

## **2.4. Los datos que permitan individualizar el predio**

Siguiendo con la probanza respecto de la titularidad del bien, por aquel que desea afectar el bien en patrimonio familiar, la minuta a la que se ha aludido debe consignar los datos sobre la ubicación del predio, con la precisión de la dirección, distrito, provincia y departamento, así como los datos registrales respecto del bien, lo que nos lleva a señalar que si el bien no está inscrito en Registros Públicos no será posible la constitución del patrimonio familiar. El patrimonio familiar se inscribirá en el Registro de Predios, en la partida registral donde figura el inmueble, y esta inscripción es constitutiva porque con la inscripción nace el derecho y, por ende, los beneficios que conlleva a favor del constituyente y beneficiarios, como el de la inembargabilidad; es así que los créditos posteriores a la inscripción del bien como patrimonio familiar no podrán tener como garantía dicho bien. En tal sentido, es necesario que los datos del bien que se va afectar como patrimonio familiar estén debidamente consignados en la minuta para garantía del constituyente, beneficiarios y terceros.

### **2.5. Los nombres de los beneficiarios y el vínculo que los une con el constituyente**

Reiterando el carácter de la institución netamente familiar es que se solicita el nombre y apellidos de cada uno de los beneficiarios y su relación parental con el constituyente. Este requisito nos demuestra una vez más que no es posible que una persona pueda constituir patrimonio familiar para terceros ajenos al constituyente, sino que este debe guardar conexión familiar, dentro de los grados ya señalados con cada uno de los que van a gozar del patrimonio familiar. Resulta importante señalar que los beneficiarios tienen derecho al uso y disfrute del bien, empero la constitución del patrimonio familiar de ninguna manera transmite propiedad a los beneficiarios.

### **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Devecho de Familia*. México DF: Porrúa.

**Artículo 797**

**Notificación por diario o, en su defecto, edictal**

*En la solicitud se pedirá la publicación de un extracto de esta por dos días interdiarios en el diario de los avisos judiciales. Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del juez. La constancia de esta notificación se acompañará a la audiencia.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. II, 494; C.P.C. arts. 165, 166, 167, 168; LEY 26662 art. 26.*

---

*Benjamín Aguilar Llanos*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

En general, las instituciones jurídicas no pueden ser interpretadas y aplicadas en perjuicio de terceros, por ello existe en el Título Preliminar del CC una norma como el artículo II, referido al abuso del derecho. En esa medida la institución del patrimonio familiar no puede ser usada por personas inescrupulosas para perjudicar a terceros, y por ello se ha previsto como requisito indispensable para la constitución del patrimonio familiar, la publicidad de esta pretensión a fin de que los que se sientan con derecho a oponerse a la mencionada constitución tengan la oportunidad de contradecirlo.

**2. ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO**

El patrimonio familiar otorga una serie de privilegios para el constituyente y los beneficiarios que hubiere designado, entre las prerrogativas encontramos que el bien afecto al patrimonio familiar no puede ser embargado ni mucho menos rematado. Constituido el patrimonio familiar el bien afecto entra en una suerte de isla legal, en tanto que sobre ese bien no puede recaer ningún acto jurídico que lo recorte, restrinja o elimine.

Por otro lado, y como ya se ha señalado, la institución del patrimonio familiar no puede ser utilizado para enervar legítimos derechos de acreedores, y por ello la publicidad que se da al pedido de constitución del patrimonio familiar: la finalidad es una, la de noticiar a toda la sociedad que un determinado bien se afectará en patrimonio familiar con todas las prerrogativas ya señaladas, y por ello cualquier acreedor que se sienta afectado con la solicitud de constitución de patrimonio familiar, puede oponerse a fin de que no prospere el citado pedido.



Aquí podemos contar a acreedores con garantías reales no inscritas, o simplemente acreedores quirografarios, es decir sin garantías, empero con crédito documentado. Se debe tener en cuenta que no necesariamente la existencia de un crédito puede impedir la constitución del patrimonio familiar, en tanto que el mismo CC señala expresamente lo siguiente: “Para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución” (art. 494); repárese que el Código no alude a la no existencia de deuda alguna, sino que la existencia de la deuda se verá perjudicada si es que el bien, que era garantía del pago de esa deuda, termina siendo afectado como patrimonio familiar; sobre el particular se puede dar el caso, y de hecho se da, que el constituyente tenga deuda o deudas, pero con suficiente patrimonio como para responder por ellas, sin necesidad de que se toque para nada, el bien que está afectando en patrimonio familiar. En otros términos, si se trata de una persona, que solo tiene un bien (casa habitación) y pretende afectarlo en patrimonio familiar, empero tiene deudas insolutas, en ese caso sí cabe la oposición, por cuanto si procediera la constitución del patrimonio familiar la deuda quedaría sin garantía alguna, y eso trata de evitar la publicación que ordena el artículo 797 del CPC.

Diferente es el trato dado por la ley notarial cuando alude a la constitución del patrimonio familiar, porque en ese caso según la Ley N° 26662, en la solicitud de constitución de patrimonio familiar el interesado deberá declarar expresamente la no existencia de deudas pendientes, es decir que en esta vía, la exigencia es mayor, por cuanto el peticionante no debe tener deuda alguna, muy diferente a lo que señala el CC, al mencionar la no existencia de deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución del patrimonio familiar; por ello si iniciado un trámite en la vía notarial de patrimonio familiar, y luego de la publicación, alguien se apercibe al despacho del notario con documentos referidos a deuda o deudas del solicitante, el notario debe inhibirse de seguir conociendo el pedido y lo judicializa.

A criterio del juez, la notificación puede hacerse, en defecto de un diario de la localidad, al noticiar a través de la radio local, empero la exigencia de la constancia de la notificación debe quedar en el expediente, y por ello la norma alude que dicha constancia debe acompañarse en el acto de la audiencia, se entiende que a través de un escrito se cumple con ello.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Derecho de Familia*. México DF: Porrúa.

**Artículo 798**

**Ministerio Público**

*La intervención del Ministerio Público se sujeta a lo dispuesto en el artículo 759.*

**CONCORDANCIAS:**

*C. art. 159 inc. 2; C.P.C. art. 759.*

*Benjamín Aguilar Llanos*

---

**I. INTRODUCCIÓN**

El patrimonio familiar se ubica dentro de las instituciones de amparo del incapaz, y ello se entiende porque los beneficiarios en su gran mayoría son incapaces. Para proteger a ellos existe el Ministerio Público, cuya labor principal está referida a la protección de los derechos de los incapaces, y es esta la razón por la que la norma contenida en el artículo 798 del CPC alude al Ministerio Público.

**2. ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO**

El artículo 798 del CPC es una norma de remisión a lo dispuesto en el artículo 759 del mismo cuerpo normativo, el que alude a las notificaciones que deben hacerse al Ministerio Público para los efectos del artículo 250 inciso 2 de la Constitución, haciéndose la precisión que la Constitución vigente al momento que se promulga el actual CPC, es la Constitución de 1979 y cuyo artículo 250 inciso 2, señalaba lo siguiente:

“El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado y le corresponde:

(...)

2. ‘Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia.

(...)”.

Prácticamente la fórmula se repite en la vigente Constitución de 1993 que ahora contenida en el artículo 159 en su inciso 2 señala que corresponde al Ministerio Público: ‘Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia’.

En consecuencia, a nuestro entender la resolución que admite a trámite una pretensión de constitución de patrimonio familiar, así como lo resuelto en este

---

proceso no contencioso debe ser notificado al fiscal, empero este no emite dictamen alguno.

El artículo pretende garantizar que en el proceso no contencioso se respeten los derechos de los justiciables; e, igualmente vela por los derechos de los terceros que se puedan ver perjudicados por la afectación de un bien en patrimonio familiar, empero creemos que fundamentalmente la notificación al fiscal se va a dar para posibilitar que ellos puedan defender los derechos de los beneficiarios, que en su gran mayoría son incapaces, y en esa medida, por ejemplo, tendrían el derecho de contradecir un pedido de extinción del patrimonio familiar solicitada por el constituyente, que terminaría perjudicando a estos beneficiarios.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Derecho de Familia*. México DF: Porrúa.

---

**Artículo 799**

**Audiencia**

*Si no hay contradicción, el juez resolverá atendiendo a lo probado.  
Si la hay, se seguirá el trámite establecido en los artículos 753,  
754, 755, 756 y 757.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 2, 3, 753, 754, 755, 756, 757.*

***Benjamín Aguilar Llanos***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

El patrimonio familiar está regulado en la Sección Sexta del CPC, bajo la denominación de “procesos no contenciosos”, lo que implica que no se trata de resolver un conflicto, una *litis*, sino de una pretensión que se supone se lleva al juez para que declare el derecho y por ello merece un proceso especial, empero todos estos procesos pueden ser pasibles de contradicción, cuando alguien se sienta afectado con el derecho que se pretende declarar, y por ello se explica lo dispuesto en el artículo 799 del CPC.

**2. ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO**

Como en todo proceso no contencioso, si notificada la resolución que admite la pretensión, en este caso de constitución de patrimonio familiar, y no hay un pedido de contradicción, en consecuencia se dictará la resolución de constitución ordenándose que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble al bien afecto a patrimonio familiar. Se debe tener presente, como ya se ha mencionado, la publicidad del proceso para los efectos de noticiar a la sociedad de que una determinada persona, sobre un bien de su propiedad pretende afectarlo en patrimonio familiar, y esta publicidad se hace a fin de que los que se sientan con algún interés sobre el bien o patrimonio del solicitante, y que teman que su legítimo crédito se vea perjudicado por la constitución de tal institución familiar, entonces puedan formular su oposición presentando las pruebas de su crédito.

En el supuesto de la existencia de oposición, esto es, formulando contradicción a la pretensión de afectación del bien en patrimonio familiar, entonces el proceso que es no contencioso, en el sentido que no hay *litis*, en puridad se vuelve un proceso contencioso, empero las normas que se aplican para la tramitación del mismo son las que el artículo bajo comentario nos señala, y que en forma resumida se puede describir de la siguiente manera: la contradicción se formula dentro

de los cinco días de notificado con la resolución admisorio, adjuntando los medios probatorios, que en este caso serán los documentos que prueben fehacientemente la existencia de un crédito insoluto.

El juzgado, ordenará la actuación de los medios probatorios y alegato oral, si las partes lo solicitan, y luego resuelve la contradicción o reserva su decisión (que es lo más frecuente) para dentro de tres días. La resolución que resuelve la contradicción es apelable solo durante la audiencia, si es fundada se concede con efectos suspensivos y si es infundada se concede sin efectos suspensivos y con la calidad de diferida. Si la contradicción se resuelve fuera de la audiencia, la apelación procede dentro de los tres días de notificada.

La resolución que pone fin al proceso es apelable con efectos suspensivos, pues declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. Y si ha habido recurso impugnatorio, el expediente se eleva a la instancia superior, la que dentro de cinco días de recibido el expediente, comunicará a las partes que los autos están expeditos para ser resueltos y señalará día y hora para la vista de la causa. Es inadmisibile la alegación de hechos nuevos. También se señala que la resolución que emita la instancia superior crea cosa juzgada y, por lo tanto, no es posible ir en casación a la Corte Suprema.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Derecho de Familia*. México DF: Porrúa.

**Artículo 800**

**Modificación y extinción**

*La modificación y extinción del patrimonio familiar se solicitará ante el juez que lo constituyó, conforme al trámite previsto en este Subcapítulo en lo que fuese aplicable.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 499, 501.*

---

*Benjamín Aguilar Llanos*

---

**1. INTRODUCCIÓN**

La institución llamada patrimonio familiar no es perpetua, sino que tiene un carácter temporal, en tanto que la misma ley prevé no solo su modificación, sino igualmente su extinción.

En cuanto a la modificación del patrimonio familiar puede darse en varios supuestos, desde la inclusión de nuevo o nuevos beneficiarios, o la exclusión de estos, e incluso para hacer presente que el inmueble sobre el cual recae, ha sido ampliado.

En todos estos supuestos es posible solicitar la modificación del patrimonio familiar, porque ya no responde a lo declarado en la solicitud primigenia que dio lugar al proceso.

Otro tanto ocurre con la extinción, la que no puede ser viable con la sola petición del constituyente, sino que se ha previsto causales determinadas para que el bien afecto deje de estarlo, e ingrese nuevamente al comercio totalmente libre de carga alguna.

En todos estos casos, el artículo 800 del CPC expresamente refiere que el trámite a seguir será el que se siguió con la constitución, evidentemente en lo que sea pertinente.

**2. ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO**

El patrimonio familiar como institución familiar dirigida a proteger la casa habitación donde vive el grupo familiar, o el predio que sirve de fuente de ingresos de la familia, es rodeado de medidas dirigidas a proteger a los beneficiarios del grupo familiar, y en esa medida no es posible dejar al libre albedrío del constituyente para modificarlo o extinguir la institución, empero la ley prevé situaciones

extraordinarias que posibilitan su modificación (puede ser para ampliar a los beneficiarios) o extinguir la institución. El artículo 501 del CC nos señala las causales de modificación estableciendo que el mismo procedimiento que se siguió a propósito de la constitución será el que guíe esta modificación.

Por otro lado, el artículo 499 del CC consigna las causales de extinción. Así tenemos, por ejemplo, cuando todos los beneficiarios dejan de serlo, cuando los cónyuges dejan de serlo (cualquiera de los supuestos de extinción del matrimonio, divorcio, nulidad de matrimonio o muerte de alguno de los cónyuges), cuando los hijos menores o incapaces dejan de serlo o mueren; o, cuando los padres u otros ascendientes mueren o desaparece el estado de necesidad.

Se extingue también el patrimonio familiar cuando la casa habitación sobre la que recae deja de ser habitada por todo un año sin autorización judicial, lo que demuestra que no existió necesidad de habitabilidad y, por ende, la institución no cumplió su fin, cual es brindar habitación al grupo familiar que supuestamente lo necesitaba, o el predio destinado como fuente de ingreso familiar no es trabajado por el grupo familiar durante un año y sin autorización judicial, lo que igualmente está demostrando que no había necesidad de afectar ese predio, rodeándolo de garantías, en tanto que el grupo familiar se infiere tiene otra u otras fuentes de ingreso.

Igualmente, se extingue el patrimonio familiar cuando a pedido del constituyente debido a una necesidad urgente o mediando causa grave, el juez lo declara extinguido. En este caso debe probarse la necesidad urgente de desprenderse del bien afecto para generar recursos que se van a destinar a cubrir esa necesidad imperiosa, o atender esa causa grave. Recordemos que en tanto el bien está afecto, no es posible darlo en garantía ni mucho menos disponer de él; en esa medida, libre de estas limitaciones por el patrimonio familiar, extinguido este, ya se podrá dar en garantía o vender el bien y agenciarse del dinero para destinarlo a superar la emergencia que embarga al grupo familiar o a uno de ellos.

Otro supuesto de extinción del patrimonio familiar se da cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. Ahora bien, como es de conocimiento público, al producirse una expropiación se paga al titular del bien expropiado un justiprecio, pues bien ese dinero se deposita en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar, se entiende que con ese dinero se comprará otro bien, el que termina siendo afectado en patrimonio familiar.

El dinero depositado no podrá ser embargado por nadie durante un año y cualquiera de los beneficiarios dentro de los primeros seis meses puede solicitar la constitución del nuevo patrimonio familiar; y si al término de un año no se hubiera constituido o promovido la constitución del patrimonio familiar, el dinero será entregado al propietario del bien, que viene a ser el constituyente.

En todos estos casos de extinción del patrimonio familiar, el trámite a seguir es el que ya se ha comentado a propósito de la constitución de un patrimonio familiar, reiterando un concepto importante como es el de la publicidad y su inscripción en los Registros Públicos.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Derecho de Familia*. México DF: Porrúa.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El hecho de que los emplazados hayan constituido a su favor un patrimonio familiar, implica que dichos demandados no puedan disponer de su patrimonio, situación fáctica que perjudica el cobro del crédito del acreedor demandante; más aún cuando dicha constitución patrimonial atenta contra el principio de la buena fe contractual, previsto en el artículo 1362 del Código Civil demostrándose así un ejercicio abusivo del derecho. Debe ampararse la ineficacia del acto jurídico constituido a fin de que no produzca sus efectos, bien porque el acto ha sido mal constituido o porque ciertas circunstancias exteriores a él impiden tales efectos; más aún si en el decurso del proceso no se ha probado la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción de la obligación (*Exp. N° 38184-2000 (5322)-Lima*).



**Artículo 801** | **Formalización**

*Consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez ordenará que la minuta sea elevada a escritura pública y que se inscriba en el registro respectivo.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 499, 500; LEY 26662 art. 28.*

***Benjamín Aguilar Llanos***

**1. INTRODUCCIÓN**

La institución del patrimonio familiar no solo termina beneficiando a los familiares del constituyente, quienes podrán usar y disfrutar el bien, sino igualmente tiene efectos respecto de terceros. En efecto, ellos estarán noticiados que ese bien no podrá servir de garantía alguna, y por ello cualquier acto jurídico que pretendan realizar con el titular del bien afecto a patrimonio familiar no contará con la garantía de ese bien, en función de que no podrá ser embargado ni rematado, y en esa medida llevarán adelante el acto jurídico sin haberse informado a la luz de los registros la situación del bien, asumen su propia responsabilidad y no habría conducta ilícita por parte del propietario del bien. Por todo ello adquiere una importancia trascendente la inscripción registral.

**2. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 801 DEL CPC**

Curioso el trámite dividido en dos etapas, la primera que corresponde a la expedición de la resolución que aprueba la constitución, modificación o extinción, la que debe quedar consentida; y la segunda, que a su vez se subdivide en la orden del juzgado de que la minuta que se anexó con la demanda sea elevada a escritura pública, se entiende ante un notario que el juez designa, y luego de ello, el trámite termina siendo notarial; en tanto que ahora es el notario el que se encarga de remitir partes al Registro de la Propiedad Inmueble donde está inscrito el bien, para la anotación de esta suerte de carga, o afectación del bien con la institución familiar en estudio.

Como ya se ha señalado, la inscripción en el Registro es constitutiva, en tanto que si no se cumple con la inscripción no se puede oponer a los terceros el patrimonio familiar, más aún pensamos que si no hay inscripción cuando haya resolución de constitución de patrimonio familiar e incluso escritura pública no habrá nacido la referida institución.

Como ya se ha señalado, la institución del patrimonio familiar concede una serie de privilegios, todos ellos en beneficio del grupo familiar, entiéndase beneficiarios dentro de los cuales se encuentra el mismo constituyente, y como parte de esos privilegios, encontramos que el bien afecto no puede embargarse ni mucho menos rematarse. Asimismo, el bien no puede ser dispuesto, en otras palabras y con términos de la Constitución reproducida por el CC, el bien es inembargable e inalienable, esto último implica que sobre el bien afecto a patrimonio familiar no puede recaer ningún acto jurídico que lo limite, restrinja o desconozca, aun cuando el artículo 491 del CC dispone que, en forma excepcional y en situaciones de urgente necesidad y con autorización judicial, el o bienes afectos a patrimonio familiar pueden ser dados en arriendo.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

AGUILAR LLANOS, Benjamín (2010): *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Legales; MONTERO DUHALT, Sara (1992): *Derecho de Familia*. México DF: Porrúa.

---

## SUBCAPÍTULO 7 OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN

### Artículo 802 | Procedencia

*En los casos que establece el Código Civil, quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso, que se le autorice a consignarlo con propósito de pago. Cuando hay un proceso contencioso en que se discute la relación material que originó o que esté conectada a la obligación debida, el ofrecimiento y eventual consignación, deben realizarse en dicho proceso siguiéndose el trámite que corresponde al mismo.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 1251 a 1253; C.P.C. arts. 23, 566, 811; L.P.T. art. 64; R.ADM. 049-99-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.*

*Marianella Ledesma Narváez*

### 1. CONCEPTO DE PAGO

La norma presupone la existencia de una relación jurídica en la que aparecen definidas las prestaciones que se buscarán satisfacer con el propósito de pago. De manera general, se define el pago como el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho que es debido. Según RIPERT y BOULANGER (1956), pagar es cumplir su obligación, cualquiera sea su objeto. Para PLANIOL y RIPERT (1945: p. 406) el pago es el modo normal de extinción de las obligaciones, ya que consiste en el hecho de cumplir la prestación prometida, sea cual fuere, entrega de una suma de dinero, entrega de un objeto, realización de un trabajo, etc.

El pago es una operación jurídica que se realiza normalmente con el acuerdo del acreedor que acepta el pago y con eso lo reconoce como válido. Sin embargo, ese acuerdo no es indispensable y el deudor puede obligar al acreedor a recibir el pago. En este último extremo se enmarca el pago por consignación.

### 2. PAGO POR CONSIGNACIÓN

El pago por consignación es el que satisface el deudor, o quien está legitimado para sustituirlo, con intervención judicial, esto último es la característica fundamental de esta forma de pago. Se parte de la idea que el acreedor no quiere

recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, en cuanto al objeto, modo y tiempo de satisfacerlo; o bien que él no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor. En cualquiera de estos supuestos, el deudor o quien tenga derecho de pagar, no puede quedar bloqueado en el ejercicio de ese derecho. De ahí que la ley haya establecido este mecanismo, el pago por consignación, al cual puede recurrir el deudor para lograr su liberación judicial.

Como ya se ha señalado, el pago por consignación es un pago efectuado con intervención judicial. Se busca poner el objeto debido ante el juez para que este, a su vez, lo atribuya al acreedor dando fuerza de pago, de tal forma, que el deudor queda liberado. En ese sentido, apreciamos de la redacción del artículo 1251 del CC, que dice: “el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida (...)”.

La consignación produce todos los efectos generales del pago y da lugar a dos consecuencias importantes: detiene el curso de los intereses y opera la traslación de los riesgos relativos a la prestación consignada que pasan a ser soportadas por el acreedor.

### **3. REQUISITOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN**

El ofrecimiento de pago es la “declaración de voluntad del deudor, dirigido a su acreedor, de estar dispuesto al cumplimiento inmediato de lo debido y exigible”. Como señala el artículo en comentario, “quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso, que se le autorice a consignarlo con propósito de pago”. Según FERRERO (1987: p. 174) para que la consignación surta a plenitud los efectos que la ley le asigna es necesario que se den los siguientes requisitos: un ofrecimiento de pago; negativa del acreedor a admitir el pago; depósito judicial de la prestación que deba realizarse. Naturalmente, el ofrecimiento deberá reunir todas las formas sustanciales del pago, vale decir, que debe ser hecho por quien puede pagar, a quien pueda recibirlo, en el tiempo y lugar debido y ser completo, libre y real.

### **4. LUGAR Y OPORTUNIDAD PARA REALIZAR EL PAGO POR CONSIGNACIÓN**

El ofrecimiento debe realizarse en el lugar convenido para el pago y si no hubiese mediado pacto especial es competente “el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario” tal como lo señala el artículo 23 del CPC.

El artículo 1253 del CC señala que el ofrecimiento judicial y consignación se tramita como proceso no contencioso; sin embargo, debemos precisar que puede darse el caso que “cuando hay un proceso contencioso en que se discute la relación material que originó o que esté conectada a la obligación debida, el ofrecimiento y eventual consignación deben realizarse en dicho proceso siguiéndose el trámite que le corresponde al mismo”. Véase el caso de la pretensión de desalojo por falta de pago. Las rentas que se devenguen en el futuro, mientras se discute si hubo mora, podrán ser consignadas en el mismo proceso de desalojo pues no es necesario promover un nuevo proceso para ese fin, porque el pago está conectado a la obligación debida en discusión.

## 5. PAGO POR CONSIGNACIÓN COMO PAGO EXCEPCIONAL

Algunos autores consideran que el pago por consignación es un recurso excepcional. Lo normal es que el pago se efectúe en el plano de la actividad privada y con la sola actuación de las partes interesadas. Solo cuando el deudor resulta coartado en el ejercicio de su derecho de pagar, está autorizado a recurrir a la consignación judicial. De ahí que, el actor antes que nada tiene que justificar el motivo por el cual recurre a esa forma de pago excepcional. Esta exigencia aparece recogida en nuestro ordenamiento jurídico al referirse a los efectos del ofrecimiento extrajudicial. Señala el artículo 811 del CPC: “si el acreedor a quien se ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha negado a admitirlo, el deudor puede consignar judicialmente la prestación debida (...) El solicitante debe cumplir con los requisitos del artículo 803 del CPC acompañando los medios de prueba del ofrecimiento y negativa”.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

FERRERO COSTA, Raúl (1987): *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean (1956): *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, 2ª parte. Buenos Aires: La Ley; PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge (1945): *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, tomo VII. La Habana: Cultural.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La consignación es un ofrecimiento de pago del cual el deudor puede desistirse, en virtud a lo que dispone el artículo 1255 inc. 1 del Código Civil, por lo tanto, la petición del apelante debe ser atendida sin perjuicio de que el acreedor haga valer su derecho en la forma de ley (*Exp. N° 306-2000*).

**Artículo 803****Requisitos y anexos del ofrecimiento judicial**

*Además de lo dispuesto en el artículo 751, en lo que corresponda, el solicitante deberá precisar con el mayor detalle posible la naturaleza y cuantía de la obligación, anexando los medios probatorios que acrediten:*

1. *Que la obligación le es exigible; y,*
2. *Que en el pago que pretenda realizar concurren los requisitos establecidos en el Código Civil.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 1251; C.P.C. arts. 566, 751, 811.*

***Marianella Ledesma Narvárez***

## 1. REQUISITOS ESPECÍFICOS DEL PAGO Y EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

La norma regula los requisitos específicos para el ofrecimiento de pago. Al margen de las exigencias generales que refiere el artículo 751 del CPC, el solicitante deberá precisar con el mayor detalle posible la naturaleza y cuantía de la obligación, anexando los medios probatorios que acrediten: que la obligación le es exigible; y que en el pago que pretenda realizar concurren los requisitos establecidos en el CC.

La obligación es exigible por razón de tiempo, lugar y modo. Esto implica, para VELASCO (1987: p. 16), que no se puede exigir el cumplimiento de una obligación sin que haya vencido el plazo estipulado para cumplirlo. Asimismo, si se ha pactado que el cumplimiento se haga en un lugar, no puede ejercitarse en otro distinto. Con relación al modo, son las condiciones estipuladas en el contrato; si se ha pactado el pago por armadas, no puede exigirse el pago total; al que se ha obligado a pagar en especie, no se le puede exigir el pago en dinero.

En lo que respecta a los requisitos del pago, FERRERO (1987: p. 144) señala que pueden ser cinco: una obligación preexistente, ya que no podría darse cumplimiento a una obligación inexistente; el ánimo *solvendi*, es decir, la intención de extinguir la obligación; que se realice la misma prestación que se debe; el *solvens* o persona que cumple con la prestación; el *accipiens* o persona que recibe la prestación.

## 2. ADMISIBILIDAD DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

Algunos autores consideran que para que el pago sea admisible tiene que ser cumplido en tiempo propio, es decir, no ser prematuro ni tardío. La consignación

es prematura cuando el pagador pretende imponer al acreedor la recepción del pago antes del tiempo oportuno para el cumplimiento de la obligación. La consignación es tardía si al tiempo de hacerse, el pagador ya carece de derecho.

La obligación no subsiste por haber quedado resuelta en razón del incumplimiento del deudor. Es igualmente tardía la consignación si, a causa de la demora en el pago, la prestación ya no tiene utilidad para el acreedor.

Como sostienen algunos autores, no es tardía la consignación intentada después de estar en mora el deudor. El hecho de la mora, no hace caducar el *ius solvendi* del deudor; por tanto, si tiene derecho de pagar, se sigue; de ahí que puede consignar el pago apropiado que no quiera recibir el acreedor. Si este no tiene motivo legítimo para rechazar el pago, la consignación tendrá que ser aceptada.

Para LLAMBIÁS (1982: p. 286), la consignación que intente el deudor moroso tendrá que ser suficiente, debiendo comprender no solo la prestación debida sino también el complemento referente a la reparación del daño moratorio. Por ejemplo, si existiera una cláusula penal moratoria la consignación debe cubrir la prestación originaria y además el importe de la pena, pudiendo el acreedor rechazarla, no por provenir de un deudor moroso sino por no concurrir el requisito relativo a la integridad del objeto del pago. En suma, la mora del deudor no es un hecho que contradiga a la admisión del pago por consignación.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

FERRERO COSTA, Raúl (1987): *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco; LLAMBIÁS, Jorge Joaquín (1982): *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, tomo II-B, 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; VELASCO GALLO, Francisco (1987): *Derecho Procesal Civil*, 6ª ed. Lima: Cultural Cuzco.

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las consignaciones efectuadas por montos inferiores a la renta que corresponde, no surten los efectos de pago, por ser totalmente diminutas (*Exp. N° 563-94-Lima*).

**Artículo 804** | **Forma del ofrecimiento judicial de pago**

*El ofrecimiento debe consistir en cumplir la prestación en la audiencia.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 566, 806.*

---

***Marianella Ledesma Narváez***

---

El ofrecimiento de pago es la declaración de voluntad del deudor, dirigido a su acreedor, de estar dispuesto al cumplimiento inmediato de lo debido y exigible; y puede ser extrajudicial y judicial. La norma hace referencia a este último caso y es aquel en el que media la figura del juez, quien debe autorizar dicho pago, de acuerdo al cumplimiento de ciertos requisitos.

El artículo en comentario especifica que dicho ofrecimiento judicial consiste en el cumplimiento de la prestación, en la audiencia; sin embargo, debemos tener en cuenta que lo regulado en el artículo 806 del CPC constituye un caso excepcional al mandato general establecido en el presente artículo. Así, el artículo 806 señala que si por la naturaleza de la prestación, el pago no pueda efectuarse en el acto de la audiencia, el juez dispondrá en la misma, atendiendo al título de la obligación o, en su defecto, a la propuesta de las partes, la oportunidad y manera de hacerlo.

Eso quiere decir que, de primera intención, debe realizarse el cumplimiento de la obligación en la audiencia, sin embargo, también es factible que, por excepción, se realice en la oportunidad que el juez disponga.

Formulado el ofrecimiento judicial, el acreedor podrá aceptarlo o el juez declarar que está bien hecho. Si el acreedor acepta la suma ofrecida como pago, el juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata, previa entrega del recibo.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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



**Artículo 805****Falta de contradicción y audiencia**

*Si el acreedor no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento, en la audiencia el juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 807.*

*En caso de incomparecencia del emplazado, se procederá en la forma establecida en el párrafo anterior.*

*Si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres Unidades de Referencia Procesal. Esta decisión es inimpugnable.*

*Si el emplazado acepta el ofrecimiento, el juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 53 inc. 1, 421, 566, 807.*

***Marianella Ledesma Narváez***

**1. OFRECIMIENTO DE PAGO Y PAGO POR CONSIGNACIÓN**

Como regla general, la consignación debe ir precedida del ofrecimiento de pago y ser comunicada previamente a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. Ambos actos se tienen que acreditar ante la autoridad judicial; sin embargo, y de manera excepcional, puede el deudor consignar, sin previa oferta real, como es el caso del pago en la adjudicación de bienes provenientes de remate judicial y en el caso de expropiación por causa de utilidad pública. La consignación consiste en depositar la cosa bajo el poder de la autoridad judicial y a disposición del acreedor. Con ello queremos decir que no es indispensable su entrega material al juzgado, sino que aun custodiada en distinto lugar al juzgado, el juez la tenga bajo el poder de su voluntad. Para PLANIOL y RIPERT (1945: p. 548) la consignación es algo más que un simple depósito. Va acompañada de la oferta de pago hecha al acreedor y de la puesta a su disposición de la cosa debida. La consignación pone término a las demandas del acreedor, pone fin a los intereses futuros y traslada los riesgos de la cosa o la suma consignada sobre el acreedor.

**2. ACEPTACIÓN DEL OFRECIMIENTO DE PAGO**

Formulado el ofrecimiento judicial, el acreedor puede aceptarlo de manera expresa o de manera tácita, si no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco

días del emplazamiento. Bajo estos supuestos, el juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 807 del CPC.

Si el acreedor acepta la suma ofrecida como pago, el juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata, previa entrega del recibo.

En ambos casos, de aceptación expresa o tácita, se cierra el ciclo del procedimiento entablado, y, comoquiera que sustituye el pago, la obligación se extingue y el deudor queda liberado; por el contrario, sigue subsistente la deuda si, por falta de cualquier requisito, la consignación no fue válida, ya que lo que extingue aquella es la consignación, y no el ofrecimiento de pago.

Como se ha señalado, la oferta real, seguida de la consignación libera al deudor, lo que permite creer a varios tratadistas que el efecto liberatorio depende de la oferta, bajo la condición de que la consignación se efectúe a continuación, con efectos retroactivos, después de cumplirse esa condición (se produce solo en la consignación y no a partir de la oferta). Es preciso que la operación que hasta ese momento solamente ocupa el lugar del pago, se transforme finalmente en pago verdadero y produzca la transmisión de la propiedad a favor del acreedor, si al menos lo consignado es conforme a lo debido.

### **3. INCONCURRENCIA DEL ACREEDOR O DEL DEUDOR A LA AUDIENCIA**

La norma hace referencia a los efectos de la inconcurrencia del acreedor y deudor a la audiencia.

En caso del acreedor emplazado, que ha aceptado el ofrecimiento de manera expresa, el juez ordena que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata, siempre y cuando asista el acreedor a la audiencia; en cambio, si el acreedor no contradice y tampoco concurre a la audiencia, se procederá a la consignación de lo ofrecido en los términos que regula el artículo 807 del CPC. Este proceder también debe ser extensivo para el acreedor que habiendo aceptado expresamente el ofrecimiento no ha concurrido a la audiencia.

La inconcurrencia del deudor solicitante a la audiencia tiene un tratamiento distinto al del acreedor. Señala la norma "si el solicitante no concurre a la audiencia, el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa (...)". El efecto descrito no puede ser extensivo a la inconcurrencia del deudor, si este ha procedido a consignar la prestación del pago, conjuntamente con el ofrecimiento judicial. Ahora bien, la sola concurrencia del solicitante tampoco es suficiente, pues se requiere que este materialice el pago en la forma ofrecida, caso contrario, el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una sanción pecuniaria.

#### **4. OBLIGACIÓN DEL ACREEDOR DE PRONUNCIARSE SOBRE LA PRETENSIÓN DEL DEUDOR**

El momento a partir del cual se producen las consecuencias del ofrecimiento de pago está determinado por la aceptación o rechazo del acreedor. En el primer supuesto, la consignación hecha por depósito judicial que no fuese impugnada por el acreedor surte todos los efectos del pago válido; ello porque el demandado está obligado a pronunciarse sobre la pretensión del actor, pues habiendo “obligación legal de explicarse” su silencio equivale a conformidad.

Otra de las interrogantes se orienta a determinar si puede el acreedor hacer una aceptación condicionada. Según LLAMBIAS (1982: p. 286), “no hay inconveniente en admitirlo, pues esa actitud tiene correspondencia con la posibilidad que el deudor pague con salvedades o reparos. Así sería factible que el acreedor aceptara el pago pero impugnando el procedimiento, por no haberse negado a recibir el pago directo: en ese supuesto sería viable el retiro de la prestación consignada, por parte del acreedor, sin perjuicio de proseguir el pleito para determinar quién debe cargar con las cosas”.

#### **5. MULTAS**

Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. Es una manifestación de la autoridad del magistrado, indispensable para asegurar la ejecución de las resoluciones judiciales. La actividad que se exige realizar debe depender de la voluntad del resistente y además debe ser posible su cumplimiento. No sería razonable exigir a una persona de quien no depende el cumplimiento o que el hecho se ha tornado en imposible.

Según el artículo en comentario, “si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres Unidades de Referencia Procesal”. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que, asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. No repara el perjuicio que el incumplimiento o cumplimiento tardío causa en el proceso. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en la Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ del 12/07/2014 - Reglamento de Cobranza de Multas Impuestas por el Poder Judicial).

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez.

Como la Unidad de Referencia Procesal está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, el artículo 421 del CPC, precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín (1982): *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, tomo II-B, 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge (1945): *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, tomo VII. La Habana: Cultural.

---

**Artículo 806 | Caso excepcional**

*Si por la naturaleza de la prestación el pago no puede efectuarse en el acto de la audiencia, el juez dispondrá en la misma, atendiendo al título de la obligación o, en su defecto, a la propuesta de las partes, la oportunidad y manera de hacerlo. El cumplimiento, del que se levantará acta, se llevará a cabo en presencia del secretario de juzgado o del propio juez, si este lo estima necesario.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 566, 804, 805.*

***Marianella Ledesma Narváez*****1. PAGO POSTERIOR A LA AUDIENCIA**

Lo señalado en el presente artículo constituye un caso excepcional al mandato general establecido en el artículo 804 del CPC.

A pesar de que el cumplimiento de la obligación debe realizarse en la audiencia, como señala el artículo 804 del CPC; sin embargo, es factible que, por excepción, se realice en la oportunidad que el juez disponga, en atención a la naturaleza de la prestación, véase el caso de la entrega de bienes perecibles o la entrega de una estatua de grandes dimensiones. En atención a la naturaleza de la prestación, no pueden efectuarse en el acto de la audiencia, por lo que el juez dispondrá en esta la oportunidad y la manera de hacerlo. Dicho cumplimiento, se llevará a cabo en presencia del secretario del juzgado o del propio juez, si este lo estima necesario.

**2. LIBERACIÓN DEL DEUDOR EN CASO DE OBLIGACIÓN DE HACER**

Si bien el deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa, ALBALADEJO (1997: p. 164) se pregunta cómo se libera si se trata de obligación de hacer. Sin duda puede ofrecer el cumplimiento al acreedor y ponerlo en mora, mas ¿podrá liberarse?, ¿es posible consignar una conducta? En su opinión hay que acoger la tesis que “el deudor se libera por la no aceptación de su ofrecimiento a realizar la prestación, o bien, a lo más, obteniendo de la autoridad judicial la declaración que estuvo dispuesto a realizar la prestación”. Esta afirmación la apoya en tres argumentos: i) el deudor quedaría obligado mientras le viniese en gana al acreedor, lo cual es contrario al principio de *favor debitoris* y contrario al precepto que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes; ii) no es injusto sancionar la negativa del acreedor, haciéndole producir, en cuanto

es arbitraria, los efectos del perdón de la deuda; y, iii), hay una imposibilidad (por causa del acreedor) de la que el deudor no es responsable.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALBALADEJO, Manuel (1997): *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. 1, 10ª ed. Barcelona: Bosch.

---

**Artículo 807****Consignación**

*Para la consignación de la prestación se procede de la siguiente manera:*

1. *El pago de dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga interés legal.*
2. *Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.*
3. *Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 1338; C.P.C. arts. 566, 805; C. de C. arts. 270, 681; L.T.V. art. 67; R.ADM. 049-99-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.*

---

## *Jorge Alberto Beltrán Pacheco*

---

**1. IDEAS PRELIMINARES SOBRE EL PAGO**

El pago es el modo natural de extinción de las obligaciones que implica la ejecución de la prestación por parte del deudor para la satisfacción plena del interés del acreedor. Este pago requiere cumplir con los principios de *identidad* (debe ejecutarse con el mismo bien con el que se comprometió el sujeto deudor o con un bien que cumpla con las características previstas por las partes al determinar su objeto); *integridad* (el pago debe efectuarse de modo integral, es decir, no en partes) y la *indivisibilidad* (el pago debe realizarse en el plazo y modo convenidos).

Además, el pago requiere de: i) *la intervención de un sujeto capaz y legítimo*; ii) *un vínculo jurídico vigente*; iii) *un deber jurídico (y derecho subjetivo) eficaz*; y, iv) *que el objeto de la prestación sea posible*.

Finalmente, debe señalarse que el pago cumple determinadas funciones: *extintiva* (su ejecución elimina la existencia del vínculo jurídico), *cancelatoria* (priva de eficacia al derecho subjetivo del acreedor respecto del deudor) y *satisfactoria* (cubre íntegramente el interés del acreedor).

## 2. ANOMALÍAS EN LA EJECUCIÓN DEL PAGO: LA MORA DEL ACREEDOR Y LA CONSIGNACIÓN

En algunas oportunidades no se puede ejecutar el pago por una causa imputable al acreedor, quien no recibe el objeto de la prestación incumpliendo, así, su carga de recepción lo que determina un supuesto de mora del acreedor.

El artículo 1338 del CC establece que:

“El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

Tal como lo dispone el citado artículo, el acreedor puede negarse a aceptar la prestación ofrecida siempre que exista un motivo legítimo. Debe entenderse por “motivo legítimo” cuando existe “una razón que el propio sistema jurídico le atribuye al acreedor para negarse a la ejecución del deudor”, como lo es la ejecución defectuosa, parcial o tardía. De tal modo, si el deudor entrega un bien distinto a aquel que es objeto de la prestación o si entrega parte del bien (sin autorización del acreedor) o ejecuta la entrega en un plazo diverso al comprometido, entonces existe “motivo legítimo” (justificado por el ordenamiento jurídico) para negarse a aceptar la prestación.

Pero, si no ocurre alguno de los supuestos citados entonces ¿qué puede hacer el sujeto deudor si ofrece el cumplimiento y este es rechazado?

En este caso, debe reconocerse la existencia del derecho del deudor a la liberación. Al respecto, es importante señalar que es derecho del deudor “*desembarrarse de la cosa debida, porque su custodia le es incómoda*” (MEDICUS, 1995: p. 125). Del mismo modo, LAURENT (1875-1893: p. 172) señala: “El deudor obligado a pagar, también tiene el derecho de pagar, además, hay un interés. Un viejo proverbio dice: quien debe y paga no debe nada”.

La razón de ello es que “no puede estar atado el deudor a una obligación de modo permanente” (en efecto, “el deudor está interesado en pagar para aumentar su crédito, ya que toda obligación atenta contra el crédito del deudor, pues la afectación directa o indirecta de sus bienes disminuye su solvencia”: LAURENT, 1875-1893: p. 172).

Lo expuesto demuestra que el sujeto deudor no solo es titular de situaciones jurídicas subjetivas de desventaja (deberes), sino, además, es titular de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja (derechos) como: el derecho a enervar toda pretensión abusiva del acreedor o el derecho a la liberación. Así queda demostrado que



el sujeto deudor también está interesado en la ejecución de la deuda y no solo es el acreedor quien persigue el logro de la plena satisfacción de su interés.

Así procede la consignación como forma de liberación del sujeto deudor ante la negativa del acreedor a recibir la prestación convenida.

Conforme lo señalan CASTILLO FREYRE y OSTERLING PARODI (2001, p. 2), “a entender de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas, el pago por consignación es un modo de realización coactiva del interés del deudor en liberarse, dúplica de la ejecución forzada que constituye el medio coactivo de realización del interés del acreedor en cobrar”. Así, se aprecia que la consignación es un modo de ejecución forzada de la carga del acreedor (como situación jurídica subjetiva de desventaja). Debe entenderse que el sistema jurídico debe proveer los mecanismos necesarios para que las situaciones de desventaja (sometimiento) como el deber, la carga o la sujeción sean cumplidas por los titulares de estas.

De otro lado, téngase en cuenta que como requisitos de la consignación es necesario: i) *La existencia de una obligación*; ii) *La voluntad de pago por parte del deudor*; iii) *La imposibilidad de efectuar un pago directo por negativa del acreedor o por otros supuestos asimilables a ello* (como son la negativa del acreedor a otorgar recibo; el rechazo a las reservas que se formulen al pago; la negativa del deudor a la remisión de la deuda; la incapacidad del acreedor para recibir el pago; la ausencia del acreedor; incertidumbre en el derecho del acreedor; el desconocimiento de la persona del acreedor; la existencia de un crédito embargado; la existencia de una deuda pignorada y la redención de hipotecas).

El artículo materia de estudio señala que la liberación del deudor (mediante la consignación) puede llevarse a cabo a través de la entrega del certificado de depósito de dinero o valores que expide el Banco de la Nación, la designación del depositario de los bienes adeudados o con aquellas formas previstas por el juez.

*“1 (...) El pago de dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga interés legal”.*

La liberación del deudor no es automática puesto que no se produce desde el mismo momento del depósito del dinero o de los valores en el Banco de la Nación. En tal sentido, el deudor ha efectuado un depósito “*pro solvendo*” (en apoyo del deudor) en tanto es una “*puesta a disposición del dinero o valores*” para que el acreedor evalúe recibirlos o no (en caso de negativa debe justificar las razones de su rechazo). Si el acreedor no se opone a la consignación y decide recibir lo consignado se entiende que el pago es *pro solutio* (se aplica a la deuda y cumple las funciones del pago).

Conforme lo señalado por el dispositivo legal, el *depósito genera intereses legales*. Cabe indicar que conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico el obligado a dar una suma de dinero debe intereses legales, salvo pacto en contrario. Cabe en este extremo preguntarse: ¿los intereses legales favorecen al acreedor o al deudor? No hay pronunciamiento alguno en la doctrina nacional respecto de ello; por lo que desde mi perspectiva considero que los intereses legales favorecen al beneficiario del depósito, por lo que este es el acreedor quien podrá requerir tanto el capital o valor depositado como el interés legal devengado. Esta suma de dinero adicional (por el interés legal) se imputará a la deuda (capital) y, en su caso, a los intereses moratorios que se hayan podido devengar por el retraso en el cumplimiento del deudor.

*“2. (...) Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido, subsidiariamente, lo expuesto por las partes”.*

El juez actúa en el procedimiento de consignación no como un órgano resolutor de un conflicto (*litis*) sino como un tercero facilitador del cumplimiento de la deuda. Esto quiere decir, que el juez no ejerce su función jurisdiccional sino su rol o papel de arbitrador (quien complementa la labor de las partes de un contrato y, por ende, de la obligación surgida). Así, el juez determina (*debe ser el verbo que sustituya a “decidir”, inapropiado en este escenario*) la *manera, lugar y forma del depósito* para lo cual deberá tener en cuenta lo previsto por los sujetos en el documento contractual (que expresa las reglas derivadas de la autonomía privada) y de no ser explícita la voluntad de estas, acudirá a las partes para que expongan su punto de vista al respecto.

*“3. (...) Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes”.*

Habitualmente es objeto de pregunta si es que se puede consignar un bien que no es susceptible de depósito (por ser un bien incorpóreo) como por ejemplo: la “entrega” de una marca o de derechos de autor. En este caso, debería efectuarse un “depósito abstracto” o “simbólico” del bien quedando en acta lo que es objeto de consignación. Para ello debe tenerse en consideración lo previsto por las partes en el título de la obligación (contrato) y de no haberse previsto en este alguna regla sobre la puesta a disposición del bien, se procederá a convocar a los sujetos para que expongan sus respectivos puntos de vista.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASTILLO FREYRE, Mario; OSTERLING PARODI, Felipe (2001): “Algunos conceptos generales sobre el pago por consignación”. En: *Folio Real - Revista Peruana en*

---

*Derecho Registral y Notarial*, N° 5 (disponible en: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)); LAURENT, François (1875-1893): *Principes de droit civil français*, tomo XVIII. París: Librairie A. Maresq Ainé; MEDICUS, Dieter (1995): *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch.

---

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es procedente admitir la consignación del inmueble si con ello pretende cumplir con su obligación de devolver el predio al arrendador, conforme aparece del contrato de alquiler. No resulta aplicable el artículo 802 del Código Procesal Civil si el proceso contencioso se refiere a la obligación de dar suma de dinero, como consecuencia del incumplimiento de pago de la renta por parte del solicitante. Se tratan de obligaciones distintas (*Exp. N° 33784-2000-Lima*).

Desde el momento en que el demandado en un proceso de desalojo consigna al juzgado las llaves del inmueble materia de litis, se encuentra exento de la obligación de pagar la renta, en razón que la consignación que no ha sido objeto de oposición da por cumplida la prestación debida (*Cas. N° 2232-97-Lima*).

Procede amparar la devolución del certificado del depósito judicial expedido por el Banco de la Nación, si el accionante ha desistido del pago ofrecido, en atención a que el acreedor no aceptó la consignación efectuada porque esta ya había sido cancelada por un tercero (*Exp. N° 26-99-Lima*).

**Artículo 808****Venta**

*En cualquier estado del proceso, a solicitud del deudor, bajo su responsabilidad y con citación del acreedor, el juez puede autorizarlo, en decisión motivada e inimpugnable, que proceda a la venta inmediata del objeto de la prestación cuando esta sea susceptible de deterioro o perecimiento. La decisión que rechaza la solicitud es apelable con efecto suspensivo.*

*Efectuada la venta se consigna el importe del precio deducidos los gastos realizados.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 1137; C.P.C. art. 566.*

**Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

Resulta de especial interés del sujeto deudor que el objeto de la prestación sea conservado para que pueda ser objeto del cumplimiento de la deuda. Cabe indicar que la consignación del bien no determina el traslado del riesgo puesto que ello dependerá de la aceptación u oposición del acreedor. Así, si es que se pierde el bien o deteriora gravemente, entonces el perjudicado por ello será el deudor (quien soporta las consecuencias de la pérdida).

Al respecto, en opinión de MEDICUS (1995: p. 126):

“La consignación requiere una cosa idónea para consignarse y una causa para la consignación.

1. *Como aptos para la consignación refiere (...) al dinero, títulos de crédito, demás documentos y objetos valiosos. Que sean valiosos, se determina con arreglo a los que puede custodiar convenientemente el juzgado de primera instancia: el valor debe considerarse en relación con el peso y el volumen; las cosas deben ser no perecederas y que no se necesite prodigarles cuidados (...).*
2. *Como causas de la consignación se mencionan (...) las tres siguientes:*
  - (i) *Mora del acreedor (...)*
  - (ii) *El deudor no puede cumplir o no lo puede con seguridad en la persona del acreedor*
  - (iii) *(...) Incertidumbre acerca de la persona del acreedor (...)*”.

No obstante, existe (en el dispositivo legal) una ligera contradicción entre la asunción del costo de la pérdida por parte del deudor y aquella que le correspondería al depositario del bien puesto que al existir un depósito (en el Banco de la

Nación u otra institución o persona según lo determine el juez) el deber de conservación es asumido por dicho sujeto.

A fin de evitar que el deterioro del bien conlleve a una pérdida y de este modo se frustré la satisfacción del sujeto acreedor, se le permite al deudor solicitar al juez que autorice la venta del bien (objeto de la consignación). El artículo en análisis señala que el deudor (al solicitar la venta) actúa *bajo su responsabilidad*, lo que significa que cualquier afectación en el bien durante el proceso de venta debe ser soportada por el deudor (asunción del riesgo de pérdida) no obstante que el acto de venta se realice *con citación del acreedor*, quien podrá intervenir o no en el acto de venta. Al respecto debo indicar que el artículo es impreciso respecto del rol del acreedor puesto que no regula si este deberá prestar su asentimiento o autorización para el acto de venta o simplemente bastará que conozca la realización de la venta.

Respecto de la labor del juez se indica que ello será potestativo del magistrado quien *puede autorizar, en decisión motivada e inimpugnable, que proceda a la venta inmediata del objeto de la prestación cuando esta sea susceptible de deterioro o perecimiento*. La motivación de la autorización (judicial) refiere a la demostración de cualquiera de los dos escenarios para que proceda la venta: i) *La prestación puede ser susceptible de deterioro*; o, ii) *La prestación puede ser objeto de perecimiento*.

Al respecto, cabe indicar algunas ideas respecto de lo previsto en esta parte del dispositivo legal: i) *no se precisa la noción de "deterioro" que valora el ordenamiento jurídico; presumimos que esta refiere a la afectación en la estructura del bien que resulta trascendente para el acreedor, quien puede considerarse perjudicado y, por ende, resolver la obligación*; ii) *no se define la palabra "perecimiento" (cabe indicar que el CC regula la noción de pérdida en su artículo 1137 incluyendo como uno de sus supuestos (numeral primero) el perecimiento) pudiendo entender ello como la total destrucción del bien determinando su inexistencia sobreviniente; y, iii) no precisa el dispositivo legal cuál es el valor que se tendrá en consideración para determinar el precio del bien*.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

MEDICUS, Dieter (1995): *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch.

**Artículo 809**

**Contradicción y audiencia**

*Tramitada la contradicción y su absolución, si la hay, el juez autoriza la consignación sin pronunciarse sobre sus efectos y declarará concluido el proceso sin resolver la contradicción, quedando a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en el proceso contencioso que corresponda.*

*Iniciado el proceso contencioso, cuando se trate de prestaciones de cumplimiento periódico, los ofrecimientos y consignaciones siguientes se realizarán en dicho proceso.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. art. 566; L.P.T. art. 65.*

**Artículo 810**

**Contradicción parcial**

*Si el acreedor formula contradicción parcial al ofrecimiento de pago, este surte efectos en aquella parte no afectada por la contradicción.*

*En estos casos son de aplicación, en lo pertinente, los artículos 753, 754, 755, 756 y 757.*

*Es improcedente la negativa del deudor a la aceptación parcial del acreedor.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 2, 3, 566, 753 a 757, 760, 805, 809.*

---

***Jorge Alberto Beltrán Pacheco***

---

**1. ALCANCES GENERALES DE LA CONTRADICCIÓN**

La contradicción es la declaración de voluntad procesal por la que un sujeto (afectado por la ejecución de un acto) expone las razones o fundamentos por las que no debe realizarse tal ejecución. En este caso, el artículo (objeto de comentario) se refiere a los siguientes escenarios:

- “a) El juez recibe el ofrecimiento de pago (consignación); hay contradicción de la parte acreedora (quien se opone al ofrecimiento) y eventualmente se absuelve la misma. El juez resuelve autorizando la ejecución mas no resuelve la contradicción (queda a las partes llevarlo a un proceso contencioso).

- b) El juez recibe el ofrecimiento de pago (consignación) y hay contradicción de la parte acreedora resolviendo el juez 'no autorizar la consignación' lo cual puede ser impugnado".

## 2. LA CONTRADICCIÓN PARCIAL

El artículo 810 del CPC refiere a la contradicción parcial, que es la oposición que el acreedor realiza respecto de parte del ofrecimiento efectuado. En este caso, sostiene el dispositivo legal, que solo surtirá efecto aquella parte del ofrecimiento no contradicho. No obstante, es importante indicar que el dispositivo legal (objeto de análisis) no precisa los alcances de la actuación del juez quien puede optar por desautorizar la consignación.



### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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



### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el ofrecimiento de pago, el juez no puede pronunciarse sobre los derechos que sustenta la contradicción. Las partes deben ventilarlo en el proceso contencioso que corresponda (*Exp. N° 37163-2000-Lima*).

Cuando las consignaciones son impugnadas solo tienen efecto de pago cuando se declaran judicialmente infundadas. El juez ha incurrido en "petición de principio" al declarar como pago válido las consignaciones efectuadas sin haber resuelto previamente si las impugnaciones son fundadas o no (*Exp. N° 1644-94-Lima*).

## Artículo 811

### Ofrecimiento extrajudicial

*Si el acreedor a quien se ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha negado a admitirlo, el deudor puede consignar judicialmente la prestación debida. Para este efecto, el silencio importa manifestación de voluntad negativa.*

*El solicitante debe cumplir con los requisitos del artículo 803, acompañando los medios de prueba del ofrecimiento y negativa.*

*En el auto admisorio, el juez emplaza al acreedor para que en la audiencia exprese o no su aceptación al pago, bajo apercibimiento de disponer su consignación.*

*Son de aplicación supletoria las demás disposiciones de este Subcapítulo.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 1251, 1252, 1338; C.P.C. arts. 566, 803.*

***Jorge Alberto Beltrán Pacheco***

---

El presente dispositivo legal debe ser leído de modo conjunto con el artículo 1251 del CC peruano que establece:

*“El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o la hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.*
- 2. Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de incomparecencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas”.*

Cabe indicar que el texto del referido artículo del CC es el resultado de una modificación introducida por el CPC (vale indicar que la versión original del artículo 1251 del CC establecía: “Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago. Procede también la consignación en los casos en los que el deudor no puede hacer un pago válido”). Al respecto debemos destacar algunos puntos en común y algunas discrepancias que deben ser revisadas para una eventual reforma.



Respecto de *los puntos en común*: i) Cabe indicar que ambos artículos refieren a un ofrecimiento por parte del deudor (el que se denomina “ofrecimiento extrajudicial”) de pago de la prestación convenida; ii) en ambos dispositivos legales se hace referencia a la negativa del acreedor en el caso del artículo 811 del CPC la referencia es general e incluso se considera al silencio como manifestación de voluntad negativa; en el caso del artículo 1251 del CC se remite al artículo 1338 del CC (ya estudiado) y a la negativa injustificada de recibir el pago considerándose como “negativa tácita” las respuestas evasivas, la incomparecencia al lugar pactado en el día y hora señalados, que el acreedor rehúse entregar recibos o conductas análogas pero no refiere al silencio como manifestación de voluntad.

Respecto de *los puntos distintos*: i) El artículo 1251 del CC no solo se refiere al ofrecimiento de pago sino también indica que “*la hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación*”; por ejemplo si es que el acreedor convino con el deudor que este debería entregarle el dinero en un sobre cerrado y lacrado, el cual tenía que ser entregado a la secretaria; y todo ello lo cumple el deudor (de modo literal) no obstante luego se entera, mediante un correo electrónico enviado por la secretaria, que el acreedor ha rechazado la entrega del dinero y que debe recoger el sobre; entonces, se cumplió con haber puesto a disposición el pago conforme lo convenido; mientras que el artículo 811 del CPC solo se refiere a “la negativa de admitirlo”; ii) El artículo 811 del CPC valora el silencio como negativa de aceptar el cumplimiento de la prestación mientras que el artículo 1251 del CC solo se refiere a la negativa expresa o tácita; y, iii) En el artículo 811 del CPC se hace referencia al artículo 803 del mismo cuerpo de leyes que requiere: a) se precise con el mayor detalle posible la naturaleza y cuantía de la obligación; y, b) se anexasen los siguientes medios probatorios: que la obligación le es exigible y que en el pago que pretenda realizar concurren los requisitos establecidos en el CC; en el artículo 1251 del CC no se alude expresamente a dichos requisitos pero se entiende que al ser una conducta de pago debe cumplir con los requisitos, elementos y funciones de este.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Ante la existencia de un conflicto sobre la eficacia cancelatoria del pago realizado por la demandada, en mérito de la póliza de seguros, resulta infundada la oposición que exige el cumplimiento de la cláusula compromisoria, sin haber llegado todavía ni al pacto compromisorio ni mucho menos al juicio arbitral, en donde las partes expondrán y concretarán detallada y circunstancialmente sus discrepancias, los puntos de fricción y los problemas sometidos al arbitraje (*Exp. N° 1177-93-Lima*).

**Artículo 812**

**Consignaciones periódicas o sucesivas**

*Tratándose de prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, las inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud se realizarán en el mismo proceso, sin necesidad de audiencias posteriores y se sujetarán a lo que el juez haya decidido en la audiencia realizada. El solicitante deberá expresar en la solicitud la periodicidad de su obligación.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1164, 1604, 1608, 1666; C.P.C. arts. 566, 802, 809, 813.*

**Artículo 813**

**Improcedencia en las consignaciones periódicas o sucesivas**

*Si el acreedor manifiesta posteriormente su asentimiento a recibir el pago en forma directa, no procede la realización de las consignaciones periódicas o sucesivas posteriores.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 566, 809, 812.*

---

***Jorge Alberto Beltrán Pacheco***

---

Una relación jurídica obligatoria puede contener una pluralidad de prestaciones (pluriobjetiva) coetáneas o sucesivas. Cuando son *coetáneas* tenemos que la pluralidad de prestaciones se presentan al mismo momento (alternativas, facultativas o conjuntivas) y cuando son sucesivas refiere a que estas se manifestarán de manera progresiva (una tras otra). En este último tipo de acumulación de prestaciones (pluralidad) encontramos el presente escenario. El artículo se refiere a prestaciones periódicas o sucesivas que se derivan de *un mismo título*, por ende si es que se ha iniciado un procedimiento de consignación de una de las prestaciones (se entiende anterior a las que surgirán) es razonable que las posteriores se paguen en el mismo procedimiento. La razón de ello recae en que, para el legislador, si hay una negativa del acreedor a recibir una de las prestaciones resultará evidente que las demás también serán rechazadas. No obstante yo discrepo.

Existen disposiciones del CC que permiten entender que las prestaciones periódicas o sucesivas pueden ser tratadas de modo autónomo. Por ejemplo: el artículo 1164 del CC establece que "cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso". Lo mismo acontece con el artículo 1608 del CC que establece que

“en el suministro periódico, el precio se abona en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas”.

Como se aprecia, es posible que las partes le asignen autonomía a las prestaciones periódicas o sucesivas, por lo que si hay un rechazo (del acreedor) a recibir una de las prestaciones (que determina una consignación) ello no significa que las sucesivas prestaciones no vayan a ser recibidas por el acreedor. Por lo que no deben involucrarse las prestaciones sucesivas con aquellas que son objeto del procedimiento. Ello fundamenta lo dispuesto en el siguiente artículo 813 del CPC, el cual parte de la premisa errada puesto que considera que el acreedor podrá manifestar su asentimiento de modo posterior y recibir el pago en forma directa, lo cual implica la existencia de una negación primigenia y posterior cambio de parecer (una suerte de ineficacia de la primera manifestación) para recibir la prestación.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo mil doscientos treintuno del citado Código Sustantivo. Estando a la norma acotada, el deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas, sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume *iuris tantum*, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas” (*Cas. N° 1697-96-Lambayeque*).

**Artículo 814** | **Consignación judicial sin efecto de pago**

*Excepcionalmente, tanto el deudor como el acreedor pueden solicitar que el objeto de la prestación quede en depósito judicial en poder del deudor o persona distinta, en cuyo caso se aplican, en cuanto fueran pertinentes, las reglas del contrato de secuestro. Estas solicitudes proceden incluso cuando haya contradicción del acreedor.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1857 a 1867; C.P.C. arts. 566, 808.*

**Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

Este artículo se refiere a una situación especial: *la consignación solo con fines conservativos, es decir, que no tiene un propósito de pago* (no persigue ni la cancelación de la deuda, ni la extinción del vínculo y ni la satisfacción del acreedor).

En el presente caso, es de interés de ambas partes (deudora y acreedora) la custodia y conservación del bien (objeto de la prestación) con el propósito de evitar posteriores conflictos respecto de este. Así, ambas partes pueden convenir que el objeto de la prestación quede en depósito judicial y en poder del deudor o de persona distinta. Este acto en virtud del cual el bien queda en manos de un particular, quien lo custodiará hasta su entrega, se refiere al contrato de secuestro.

Conforme el artículo 1857 del CC, el contrato de secuestro se refiere al acto donde:

*“(…) dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia”.*

Este contrato es uno de administración y que implica en todo caso la conservación del bien, pero eventualmente el uso del mismo para fines productivos (así lo dispone el artículo 1859 del CC peruano: *“Cuando la naturaleza del bien lo exija, el depositario tiene la obligación de administrarlo”*).

Tal como se puede apreciar, el presente acto conservativo (a modo de contrato de secuestro) es de carácter accesorio en tanto depende de la existencia de una controversia. En tal sentido, de acabarse el asunto litigioso o controversial se procederá a la devolución del bien en tanto el contrato queda concluido. Así lo dispone el artículo 1860: *“Cualquier contrato que celebre el depositario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1859, concluye de pleno derecho si, antes del vencimiento del plazo, se pusiere fin a la controversia”*.

Por otro lado, del mismo modo como lo dispone el artículo 808 del CPC, el artículo 1861 del CC se refiere a la venta del bien como medio protector del crédito en caso de una probable pérdida del mismo. Así, tal artículo dispone que: “en caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro del bien, el depositario puede enajenarlo con autorización del juez y conocimiento de los depositantes”.

Otras reglas aplicables al secuestro son:

“Artículo 1862.- Si el depositario deviene incapaz o muere, los depositantes designarán a su reemplazante. En caso de discrepancia, la designación la hace el juez.

Artículo 1863.- Los depositantes son solidariamente responsables por el pago de la retribución convenida, los gastos, costas y cualquier otra erogación que se derive del secuestro. El depositario puede retener el bien en tanto no se le haya sido satisfecho su crédito.

Artículo 1864.- El depositario que sea desposeído del bien puede reclamarlo a quien lo tenga en su poder, incluyendo cualquiera de los depositantes que lo haya tomado sin consentimiento de los demás o sin mandato del juez.

Artículo 1865.- El depositario puede ser liberado solo antes de la terminación de la controversia con el asentimiento de todos los depositantes o por causa justificada a criterio del juez.

Artículo 1866.- El bien debe ser entregado, conforme el resultado de la controversia, a quien le corresponda.

Artículo 1867.- Rigen para el secuestro las normas del depósito voluntario, en cuanto sean aplicables”.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

**Artículo 815** | **Costas y costos**

*Si no hubo contradicción, las costas y costos serán de cargo del acreedor.*

*Cuando en el proceso contencioso posterior se declara, directa o indirectamente, que la contradicción fue infundada, el demandado tiene derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por costas y costos en el proceso no contencioso anterior.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 410 a 412, 753, 805, 809, 810.*

**Artículo 816** | **Retiro de la consignación**

*Salvo el caso de aceptación del ofrecimiento, para el retiro de la consignación se observan las siguientes reglas:*

- 1. La solicitud se formula por escrito, con firma legalizada por el secretario de juzgado, acompañándose copia simple del documento de identidad del solicitante, que se conservará en el expediente.*
- 2. Recibida la solicitud, el juez confiere traslado a la otra parte mediante notificación por cédula y, con contestación o sin ella, dentro de tercer día expide auto autorizando o denegando la solicitud.*
- 3. De acceder a la petición, dispone la entrega del bien consignado o, en su caso, del certificado de depósito que endosará en favor de la persona legitimada. En el expediente se conserva copia del certificado de depósito en cuyo reverso firmará el solicitante al momento de recibirlo.*
- 4. La entidad o persona depositaria que haga la entrega de lo consignado, está en la obligación de verificar la identidad del solicitante y de exigir que firme recibo en el que conste su identificación y fecha de entrega.*

**CONCORDANCIAS:**

*CC. art. 1255; C.P.C. arts. 805, 807, 810.*

---

**Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

---

El retiro de la consignación puede efectuarse por el acreedor en cualquier momento desde que esta ha sido realizada por el deudor, aun antes de que se le intime al acreedor para que cumpla con su carga de recepción de la cosa. Entonces puede efectuarse el retiro a modo de pago cuando el acreedor manifiesta su aceptación a la oferta del deudor (respecto del bien consignado). Mientras que,

también el demandante (deudor quien consigna) puede retirar lo consignado siempre y cuando aquella no haya sido aceptada por el acreedor ni tampoco haya sido validado el pago mediante una sentencia. En palabras de BOFFI BOGGERO (1977: pp. 163-164): “no aceptando el acreedor o no declarando válida la consignación el juez, la situación es realmente provisional como pago y el deudor, arrepentido del depósito, lo retira. Se puede considerar, y la doctrina así lo destaca con frecuencia como una oferta que, según sabemos, es revocable”.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOFFI BOGGERO, Luis (1977); *Tratado de las obligaciones*, tomo IV. Buenos Aires: Astrea.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si la ejecutante es una empresa jurídica no existe impedimento legal para que esta designe y autorice a una persona para que se le entregue el certificado de consignación. Es nula la resolución que dispone que, para la entrega del certificado de consignación, la entidad bancaria deba cumplir con designar personas que cuenten con facultad expresa para cobrar en su nombre los depósitos judiciales, adjuntando copia del poder correspondiente (*Exp. N° 2201-03-B-Lima*).

Si se formula ofrecimiento judicial de pago a favor y en forma conjunta de los emplazados, el juez declara la validez del ofrecimiento, recibe la consignación y declara concluido el proceso. Al haber sido efectuada la consignación a favor de ambos emplazados, y por tener ellos posiciones contrapuestas respecto a quien le corresponde la titularidad del cobro del monto consignado, resulta necesario que en otro proceso se establezca cuál de los dos es quien tiene que recibir y cobrar la citada consignación (*Exp. N° 14571-99-Lima*).

## SUBCAPÍTULO 8 COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO

### Artículo 817

#### Procedencia y legitimación activa

*Se tramita conforme a lo dispuesto en este Subcapítulo la comprobación de autenticidad y cumplimiento de formalidades del testamento cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, para su ulterior protocolización notarial.*

*Está legitimado para solicitar la comprobación:*

- 1. Quien tenga en su poder el testamento;*
- 2. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal;*
- 3. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario; y*
- 4. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 696, 699, 700 a 703, 707, 708, 712, 715, 716, 720, 815; C.P.C. art. 751; LEY 26662 arts. 1 inc. 5, 35; LEY 27261 art. 74.2 inc. g).*

*Marianella Ledesma Narváez*

---

### 1. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La norma regula uno de los supuestos de la sucesión por testamento, la que es solicitada por un interesado en ella y que se ubique bajo los cuatro supuestos que regulan la norma bajo comentario.

Uno de ellos es el heredero forzoso o legal, quien es la persona a la cual se transmiten los derechos de otra, de tal manera que en adelante pueda ejercerlos en su nombre.

El sucesor puede ser singular o universal. Es singular cuando se le transmite un objeto particular que sale de los bienes de aquel a quien sucede; en cambio, es universal cuando es aquel a quien pasa todo o una parte alcuota del patrimonio de la persona.

La sucesión puede producirse por acto *inter vivos*, como sería el caso de los contratos, o por causa de muerte, la cual puede operar por voluntad del causante (sucesión testamentaria) o por voluntad de la ley, como sería el caso de la sucesión intestada.



## 2. TESTAMENTO

El testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. Es la declaración de su última voluntad que hace una persona, disponiendo de sus bienes y de sus asuntos que le atañen, para después de su muerte.

Existen diversas clases de testamentos. Así, dentro de los testamentos ordinarios se encuentra el testamento en escritura pública, el cerrado y, finalmente, el ológrafo. Y, entre los testamentos especiales, se encuentran el militar y el marítimo.

### 2.1. Testamento por escritura pública

El testamento por escritura pública es calificado como un testamento auténtico, se encuentra regulado en el artículo 696 y ss. del CC. Es aquel que es otorgado de manera personal por el testador, frente a la presencia de dos testigos ante un notario, quien escribe dicho testamento en su registro. A diferencia de otra clase de testamento, el otorgado mediante escritura pública ostenta el valor absoluto y probatorio de cualquier instrumento público, de allí que no tenga la necesidad de recurrir a un procedimiento no contencioso.

### 2.2. Testamento cerrado

El testamento cerrado está contemplado en el artículo 699 y ss. del CC. Es aquel otorgado por el testador en un documento que está firmado en cada una de sus páginas, y si estuviera manuscrito por él mismo, bastará que firme al final. Dicho documento es colocado dentro de un sobre, el cual cierra para posteriormente entregarlo ante notario y dos testigos, manifestando que contiene su última voluntad.

El notario, bajo cuya custodia queda el testamento cerrado, lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de muerto el testador, el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de este último. La resolución del juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios (ver el art. 701 del CC).

### 2.3. Testamento ológrafo

El testamento ológrafo está regulado en los artículos 707 y ss. del CC. Es aquel testamento que íntegramente escrito, fechado y firmado por el propio testador, sin presencia de testigos ni de notario. El artículo 707 del CC señala que para

que produzca efectos, debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

#### **2.4. Testamento militar**

El testamento militar es aquel que es otorgado por miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que, en tiempo de guerra, estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; asimismo, es aquel otorgado por personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas y los prisioneros de guerra que estén en poder de estas; igualmente, aquel que es otorgado por los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo (ver el art. 712 del CC).

#### **2.5. Testamento marítimo**

El testamento marítimo es aquel otorgado durante la navegación acuática, por los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano. Es también aquel otorgado durante la navegación, por los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier otra persona que se encuentre a bordo de un barco mercante de bandera peruana, de travesía o de cabotaje, o que esté dedicado a faenas industriales o a fines científicos (ver el art. 716 del CC).

El artículo materia de comentario incluye la referencia al testamento aéreo, pero el CC no dispone nada al respecto.

### **3. COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO**

El tema central que acoge el artículo se refiere a las medidas de publicidad orientadas a la comprobación del testamento que se van a expresar en la apertura y protocolización del testamento cerrado. Para la comprobación del testamento se requieren dos condiciones: la existencia de un testamento y que dicho testamento sea válido en cuanto a sus formas.

La declaración de validez extrínseca del testamento se equipara en sus efectos a la declaración judicial intestada. No basta la existencia de un testamento válido; es necesario, además que contenga por lo menos, un heredero, salvo en caso de que el testador disponga de la totalidad de sus bienes cuando pueda hacerlo por carecer de herederos forzosos.

Si no existe institución de heredero y el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, la sucesión deberá tramitarse como intestada para repartir el remanente entre los llamados por la ley a recoger la herencia, tal como lo regula el artículo 815 del CC.

#### 4. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA COMPROBACIÓN

El otro tema que acoge la norma es la legitimación para solicitar la comprobación de autenticidad de testamento y le corresponde a:

- a) Quien tenga en su poder el testamento.
- b) Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal.
- c) Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario.
- d) Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

En relación con los incisos 2 y 3 citados, debemos señalar que heredero es aquel sucesor a título universal, es decir, aquel que participa en relación con la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Se les llamará herederos forzosos a aquellos que el causante no puede excluir, salvo por causales de indignidad o desheredación. Por el contrario, se considera herederos voluntarios o legatarios a aquellos sucesores que el causante ha instituido dentro de su facultad de libre disposición a título de legado, de uno o más de sus bienes.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

#### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Para que el testamento ológrafo produzca efectos debe ser protocolizado previa comprobación judicial, ello implica comprobar su autenticidad constatando la caligrafía, su fecha, firma y nombre para verificar si es obra del testador, y cumplida así la exigencia el testamento se convierte en instrumento público. Si el testamento ológrafo contiene deficiencias que no pueden convalidarse deviene en inejecutable la resolución que dispone su protocolización (*Exp. N° 230-99-Lima*).

Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No hay necesidad de más documento que el testamento o la declaratoria judicial de herederos, para que todos los bienes que eran de titularidad del causante al momento de su deceso, sean transferidos a favor de sus herederos (*Exp. N° 1476-98-Lima*).

La Ley N° 26662 confiere competencia para tramitar indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario, la comprobación de testamentos cerrados (*Exp. N° N-667-97-Lima*).

Se produce la caducidad del testamento, por haberse preterido a los herederos forzosos, si el causante en el testamento no ha considerado como su heredera a su cónyuge, quien tiene la calidad de forzosa (*Exp. N° 972-95-Callao*).

## Artículo 818

### Requisitos y anexos

*Además de lo dispuesto por el artículo 751, en cuanto sea aplicable, a la solicitud se anexará:*

- 1. La copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta del testador, y certificación registral de no figurar inscrito otro testamento.*
- 2. Copia certificada, tratándose del testamento cerrado, del acta notarial extendida cuando fue otorgado o, en defecto de esta, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo su custodia;*
- 3. El documento que contenga el testamento ológrafo o el sobre que presuntamente lo contenga; y,*
- 4. Constancia registral de la inscripción del testamento conforme al artículo 825, en los casos de testamento militar, marítimo o aéreo que hubieran sido entregados al juez por la autoridad respectiva.*

*En todos los casos previstos anteriormente se indicará el nombre y domicilio de los herederos o legatarios.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. art. 65; C.P.C. arts. 751, 790, 820, 825; LEY 26662 art. 36.*

***Marianella Ledesma Narváez***

## 1. PARTIDA DE DEFUNCIÓN

El objeto central de este artículo se orienta a comprobar la defunción del testador y la existencia del testamento, para lo cual, la norma exige varios requisitos (además de lo regulado en el art. 751 del CPC) que se deben incorporar a la solicitud de comprobación de testamento.

Al margen de indicar el nombre y domicilio de los herederos o legatarios, una primera exigencia es demostrar la muerte del causante, la cual se acredita con la copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta del testador.

La partida de defunción es el documento público expedido por la municipalidad, mediante el cual se certifica la muerte o fin de una persona. En el caso de la muerte presunta, esta se establece mediante la declaración respectiva contenida en una resolución judicial en la que se indica (ver el art. 65 del CC) la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido. Asimismo, se requiere la certificación registral de no figurar inscrito otro testamento, recordando que este

último es la declaración de su última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte.

## 2. EXISTENCIA DE TESTAMENTO CERRADO

Otra exigencia es demostrar la existencia del testamento cerrado. Este testamento es otorgado en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando constancia en diligencia posterior, ante notario y dos testigos, de que contiene su última voluntad.

En atención a ello, la prueba de la existencia de este testamento será la copia certificada del acta notarial extendida cuando fue otorgado, o la certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo su custodia, con lo que se está probando la existencia misma del testamento.

## 3. EXISTENCIA DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

Para demostrar la existencia del testamento ológrafo, hay que acompañar este o el sobre que presuntamente lo contenga; en cambio si lo que se quiere demostrar es la existencia de un testamento especial (militar, marítimo o aéreo) se debe acompañar la constancia registral de la inscripción del testamento, conforme refiere el artículo 825 del CPC (anotación en el Registro de Testamentos), en los casos que hubieren sido entregados al juez por la autoridad respectiva.

Nuestro CPC no requiere la publicación de edictos, como sucede en la intestada, ya que por el testamento se sabe quiénes son los herederos; sin embargo, en el supuesto de que el juez advierta que existen sucesores designados por el testador, no mencionados en la solicitud de comprobación, requerirá al solicitante de esta para que dentro del tercer día indique al juzgado, si lo sabe, el domicilio de dichos sucesores para su debido emplazamiento. En caso de que se ignore el domicilio, el juez dispondrá que el extracto de la solicitud se publique como edictos, por tres veces, con intervalos de tres días, como señala el artículo 820 del CPC.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

**Artículo 819****Presentación y constatación previa**

*Cuando se trate de testamento cerrado y siempre que conste la inscripción de otro testamento, el juez ordenará al notario que lo presente al juzgado, con el acta respectiva, en su caso, dentro de cinco días de notificado.*

*Cuando el testamento fuera cerrado o el ológrafo presentado estuviera contenido en sobre cerrado, el juez procederá a su apertura, en presencia del notario o del solicitante, según corresponda, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas, y certificará el estado del sobre o cubierta, que se agregarán al expediente, de todo lo cual se extenderá acta en la que, si es el caso, se dejará constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.*

*Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, se procederá conforme lo establece el artículo 710 del Código Civil.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 699 inc. 3, 709, 710; C.P.C. arts. 820, 821.*

***Marianella Ledesma Narváez***

**1. APERTURA DEL TESTAMENTO**

La norma regula algunas reglas para la apertura del testamento. Una de las notas que distingue este procedimiento del que regula la sucesión intestada es que no se requiere la publicación de edictos, ya que por el testamento se sabe quiénes son los herederos.

Cuando el testamento ha sido otorgado por el testador en un documento que firma y guarda en un sobre cerrado, dejando constancia ante el notario y dos testigos, el juez ordenará al notario que lo presente al juzgado, con el acta respectiva, dentro de los cinco días de notificado.

El documento guardado contiene la última voluntad del causante y se diferencia del testamento por escritura pública porque es secreto y solo de conocimiento del testador. El notario es el encargado de guardar el sobre, con la última voluntad del testador, extendiendo en la cubierta del testamento un acta en donde conste su otorgamiento por el testador, haber sido recepcionado por el notario, firmando dicha acta el testador, los testigos y el notario (como lo regula el inc. 3 del art. 699 del CC), quien en última instancia la transcribe en su registro, y luego debe remitir copia del acta para la inscripción correspondiente en el Registro de Testamentos.

## 2. REQUISITOS PARA APERTURA DEL TESTAMENTO

El testamento cerrado debe presentarse tal como se halle y el juez hará que en presencia suya, del interesado y del notario o de la persona, en cuyo poder se hubiese encontrado el testamento (si fuere ológrafo), se proceda a la apertura del testamento.

El juez pone su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas, certificando el estado de sobre o cubierta, que se agregarán al expediente (ver el art. 709 del CC). De todo lo anterior se extiende un acta en la que si cabe, se deje constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.

Véase que la norma no exige que estén presentes, para la apertura del testamento, los testigos que estuvieron presentes para la entrega de este ante el notario. Solo intervendrán en el supuesto de que el sobre estuviere deteriorado, como lo refiere el artículo 821 del CPC.

Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, el juez debe nombrar a un traductor oficial (ver el art. 710 del CC). Si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si la hubiera. La versión será agregada al texto original suscrita por el traductor, con su firma legalizada por el secretario de juzgado. El juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado.

No es necesario que los herederos justifiquen el vínculo, pues la afirmación del testador respecto de la filiación de herederos instituidos hace fe a efectos de la sucesión testamentaria, especialmente si el carácter de heredero forzoso del instituido resulta del testamento mismo. Tampoco es necesario, el reconocimiento por un heredero forzoso, designado en el testamento a favor de sus coherederos, pues hace innecesaria la comprobación de la filiación de estos.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

**Artículo 820****Emplazamiento complementario**

*Si después de efectuada la constatación a que se refiere el artículo 819, el juez advierte que existen sucesores designados por el testador no mencionados en la solicitud de comprobación, requerirá al solicitante de la misma para que dentro del tercer día indique al juzgado, si lo sabe, el domicilio de dichos sucesores para su debido emplazamiento.*

*Si el domicilio se ignora o el solicitante no lo indica en el plazo indicado, el juez dispondrá que el extracto de la solicitud se publique por tres veces, con intervalos de tres días, en la forma prevista en el artículo 168.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 167, 168, 869.*

***Marianella Ledesma Narváez***

La norma regula las reglas aplicables a los sucesores no citados para la comprobación del testamento.

Si luego de la apertura del testamento, el juez advierte que existen sucesores designados por el testador que no han sido mencionados en la solicitud de comprobación, debe requerir al solicitante para que dentro del tercer día indique a su juzgado, el domicilio de dichos sucesores, su emplazamiento.

Si bien la norma señala que sea el solicitante el que designe el domicilio del sucesor no citado, dentro del tercer día, consideramos que dicha información podría solicitarse a todos los intervinientes en el acto, pues podría darse el caso de que estos últimos tengan mayor acceso a dicha información y no se podría limitar solo a requerir al peticionante.

En caso de que no se pueda obtener la dirección de este sucesor beneficiado, o no se realice en el plazo señalado, corresponde noticiar a este sucesor por medio de edictos; para lo cual, el juez dispone que el extracto de la solicitud sea publicada por tres veces con intervalos de tres días a manera de edicto, con el fin de comunicar debidamente a aquellos designados como sucesores. Véase que este plazo se contrapone, en cuanto a la exigencia del intervalo, al que regula el artículo 168 del CPC.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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



**Artículo 821 Medios probatorios**

*Tratándose de testamento cerrado, solo se admite como medio probatorio el acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. En defecto del acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado, son admisibles como medios probatorios solamente la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.*

*Tratándose del testamento ológrafo solo son admisibles el cotejo de letra y firma o, si esto no fuera posible, la pericia. De no poder actuarse estos medios, es admisible la declaración de testigos sobre la letra y firma del testador. Los testigos no serán menos de tres ni más de cinco, mayores de treinta años, vecinos del lugar en la fecha de otorgamiento del testamento y sin relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con los presuntos legatarios o herederos forzosos o legales del testador.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 699 inc. 2, 703, 709, 815; C.P.C. arts. 223, 226, 229 inc. 3, 256 a 258, 269; LEY 26662 art. 37.*

**Marianella Ledesma Narváez****1. PROBANZA DEL TESTAMENTO CERRADO**

El presente artículo hace referencia a la actividad probatoria a desarrollar para la apertura del testamento cerrado y ológrafo.

En el caso del testamento cerrado, esta se limita al acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. Ello se explica porque una de las formalidades esenciales del testamento cerrado es que el testador entregue personalmente al notario el documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Luego de ello, el notario debe extender en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas (ver el inc. 2 del art. 699 del CC).

**2. PROBANZA EN CASO DE DEFECTOS O DETERIORO**

La norma bajo comentario nos coloca en el supuesto de que el acta notarial de otorgamiento tenga defectos o que el sobre que contiene el testamento estuviere

deteriorado, situación que solo permite admitir como medios probatorios “la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador”. Ello en atención al efecto ológrafo que otorga el artículo 703 del CC, que dice: “si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada, de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que este valga como ológrafo, siempre y cuando sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Esto significa que si el documento estuviera firmado en cada una de sus páginas por el testador, pero no estuviera a manuscrito en su totalidad, no se le puede aplicar los efectos del testamento ológrafo, procediendo a aplicar las reglas de la sucesión intestada” (ver el art. 815 del CC).

### **3. MEDIOS PROBATORIOS ADMISIBLES EN CASO DE DEFECTO O DETERIORO**

Véase que frente a los defectos citados, son admisibles como medios probatorios solamente la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador. Estos medios de prueba que refiere la norma, coinciden con los que cita el artículo 709 del CC, pero difieren en cuanto al orden de estos, pues, como se aprecia de la redacción del artículo 709 del CC, “solo en caso de faltar elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador”.

### **4. DECLARACIÓN DE TESTIGOS**

Presentado el testamento, el juez designará día y hora para el examen de testigos que reconozcan la letra y firma del testador. Si el testamento estuviese cerrado, será abierto por el juez —rubricando el principio y fin de cada una de sus páginas— en presencia del secretario y de los herederos que comparecieran, a cuyo efecto serán citados previamente.

La declaración de testigos es uno de los medios de prueba que se ofrece para incorporar informaciones dadas por personas naturales que han presenciado un hecho o que pueden dar alguna noticia de este. Si bien no se fija el número de testigos, deben ser dos y los que intervinieron en el acto de entrega del testamento, tal como requiere el inciso 2 del artículo 699 del CC.

La declaración de los testigos se realizará bajo juramento, indicando cómo saben que el testamento fue íntegramente redactado y firmado por su autor; además, en caso de que los testigos desconozcan o conozcan la letra y firma del causante, se debe recurrir a la prueba de cotejo u comparación, la cual resulta fundamental

porque se aplica al testamento cerrado las reglas del testamento ológrafo, en caso de que se compruebe el deterioro de la cubierta.

## 5. PROBANZA EN CASO DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

Cuando la actividad probatoria se oriente a la comprobación del testamento ológrafo, solo serán admisibles el cotejo de letra y firma o, si esto no fuera posible, la pericia. De ahí que es necesario, cuando se pide la comprobación del testamento ológrafo, que se ofrezca la copia del testimonio de una escritura pública a fin de que se utilice como un mecanismo para el cotejo de la letra y de la firma del testamento ológrafo del causante, para lo cual se señalará en su momento día y hora el acto del cotejo, debiendo la parte actora acompañar para esa oportunidad copia de la escritura pública del testimonio con las firmas respectivas a fin de que se utilice este, más la ficha del Reniec para el acto de cotejo, debiendo procederse a la comparación en primer orden con la ficha del Reniec y luego con la copia de la escritura pública del testimonio.

El cotejo implica la comparación de la firma y letra de un documento escrito en discusión, con otra que se encuentra en un documento cierto y que el artículo 257 del CPC otorga un orden de prelación, esto implica que el primer documento al que se debe recurrir para realizar el cotejo sea el documento de identidad; en caso de que no existiere dicho documento se recurrirá a las escrituras públicas, en caso de que no existieran ellas, a los documentos privados reconocidos judicialmente; y así sucesivamente, pues el cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden que indica el citado artículo 257 del CPC. En caso de que no exista alguna evidencia documental a la que remite el artículo 257, será imposible realizar el cotejo, porque no habrá algún referente objetivo para la comparación; situación que conlleva recurrir a la pericia, ello en concordancia con lo que dispone el artículo 258 del CPC, que dice: “el cotejo de documento se rige, además, por las normas de la prueba pericial, en cuanto sean pertinentes”.

De no poder actuarse estos medios (cotejo y la pericia), es admisible la declaración de testigos sobre la letra y firma del testador. La norma fija un número de testigos: no menos de tres ni más de cinco; asimismo, precisa algunas condiciones especiales para su intervención en el proceso, como la edad, lugar de residencia y parentesco. Si se advierte que la parte solicitante no ha ofrecido testigos que permitan reconocer la letra del testamento a manuscrito del causante y siendo esto vital para comprobar la autenticidad de este, se procede a admitir la pericia grafotécnica que deberá realizarse sobre dicho testamento a fin de verificar la autenticidad de la letra del causante, para lo cual se designará un perito grafotécnico a través del Registro de Peritos Judiciales (Repej).

Estas condiciones se contraponen con las prohibiciones que regula el artículo 229 del CPC, así pues, se prohíbe declarar como testigo al absolutamente incapaz, salvo los casos que por ley expresa se permita; sin embargo, en el presente caso la norma establece una limitante a la edad del testigo, ser mayor de treinta años, ello se explicaría porque el declarante tendría que transmitir un hecho del pasado en el que hubiere tenido discernimiento, para apreciar si la firma y letra del causante es la que contiene el testamento ológrafo que se muestra.

También está prohibido de declarar como testigo el pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de Derecho de Familia (ver el inc. 3 del art. 229 del CPC); sin embargo, la norma en comentario limita la intervención de los testigos a la ausencia de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con los presuntos legatarios o herederos forzosos o legales del testador.

Cabe agregar que la relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad puede analizarse en lo que se refiere en línea recta como en la línea colateral. En línea recta existe la ascendente y descendente. En la ascendente, el tercer grado se refiere al bisabuelo, mientras que en la descendente, al bisnieto. En la línea colateral, en tercer grado se encuentran los tíos y sobrinos. La relación de parentesco por afinidad, es decir, la nacida por matrimonio, en el caso del tercer grado, relaciona al cónyuge con los hijos de sus cuñados.

Por último, otra limitante que se fija para ser testigo es que sean vecinos del lugar en la fecha de otorgamiento del testamento, para tener mayores evidencias que conocían a la persona y sus actividades, de tal manera que pudieren dichos testigos haber podido registrar en algún momento la grafía del causante o la firma de este.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

**Artículo 822****Improcedencia de contradicción**

*Las contradicciones que conciernan a la validez del contenido del testamento serán declaradas improcedentes.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 3, 823.*

*Marianella Ledesma Narváez*

**1. CONTRADICCIÓN E INVALIDEZ DEL TESTAMENTO**

El artículo en comentario plantea la imposibilidad de formular contradicción, que tenga como aspecto central la impugnación de la validez del contenido del testamento, ya que la vía adecuada para impugnar dicho contenido es en un proceso contencioso en la vía procedimental de conocimiento.

Luego de haberse dilucidado si el testamento que otorgó el causante ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación, recién se podrá recurrir a la acción declarativa, en el proceso no contencioso de sucesión intestada.

**2. TESTAMENTO AUTÉNTICO**

Como refiere el artículo 823 del CPC, la resolución expedida por el juez en este proceso de comprobación de testamento es consecuencia de que según su criterio se trate de un testamento auténtico, y si a esto se adiciona que se han cumplido los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente; sin embargo, hay que considerar que la resolución del juez, que considera auténtico un testamento, no prejuzga la validez formal de este ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 823****Resolución y efectos de la misma**

*Si el juez considera auténtico el testamento y cumplidos los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, observando, cuando corresponda, lo dispuesto en el artículo 703 del Código Civil.*

*La resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. art. 703; C.P.C. art. 822; LEY 26662 arts. 8, 10.*

***Marianella Ledesma Narváez***

El artículo 823 recoge dos temas a tratar: la declaración de autenticidad del testamento y los efectos notariales de dicha declaración.

En el primer caso, si el juez considera que se trata de un testamento auténtico, y si a esto se adiciona que se han cumplido los requisitos formales aplicables a este, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente.

El segundo caso está relacionado con los efectos de la resolución antes mencionada. Con el mandamiento de protocolización notarial culmina el proceso de comprobación del testamento, disponiéndose el archivo, pero dicha resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias, ya que si hubiera irregularidades, sea en el fondo o en la forma, estas deberán ventilarse dentro de un proceso contencioso de conocimiento.

La protocolización implica la certificación otorgada por el notario. El juez autoriza para ello la transcripción de la carátula, del contenido del pliego, del acta de apertura y del auto definitivo. Se realiza en la forma prevista para los testamentos ológrafos, con la diferencia de que no es necesaria la transcripción de todas las diligencias del expediente.

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 824 | Solicitud rechazada**

*Si la solicitud de comprobación de testamento fuera rechazada en forma definitiva, puede ser nuevamente intentada en un proceso de conocimiento dentro de un plazo no mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución final.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 123, 475 y ss., 815.*

***Marianella Ledesma Narváez***

La solicitud de comprobación de testamento –como se ha visto en el artículo 823– puede culminar con la resolución positiva para el solicitante, expedida por el juez, como consecuencia de que según criterio del magistrado se trate de un testamento auténtico, y si a esto se adiciona que se han cumplido los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente.

Puede darse el caso de que la solicitud de testamento sea rechazada en forma definitiva. En este caso podrá ser intentada nuevamente, pero ya no en un proceso no contencioso, sino en un proceso de conocimiento y dentro de un plazo de caducidad que no será mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución final. Es importante esta referencia temporal, porque como señala el inciso 1 del artículo 815 del CC, al referirse a la sucesión intestada: la herencia corresponde a los herederos legales, cuando ha caducado por falta de comprobación judicial el testamento.

Es coherente la remisión al proceso de conocimiento que señala la norma, porque los procesos no contenciosos no generan cosa juzgada, entendida esta como la autoridad y eficacia que adquiere una sentencia cuando ya no procede contra ella ningún medio impugnatorio, ni resiste nueva discusión el mismo tema. Con relación a la cosa juzgada es necesario tener presente lo prescrito en el artículo 123 de este mismo cuerpo normativo.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

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

**Artículo 825**

**Disposiciones especiales**

*El juez que reciba de la autoridad correspondiente un testamento militar, marítimo o aéreo, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 712, 716; C.P.C. arts. 759, 818 inc. 4; LEY 27261 art. 74.2 lit g).*

*Marianella Ledesma Narváez*

**1. TESTAMENTOS ESPECIALES**

El testamento militar, marítimo o aéreo son tipos de testamentos especiales que, asimismo, tienen una normativa de carácter especial.

El testamento militar, contemplado en el artículo 712 y ss. del CC, es aquel que es otorgado por miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; asimismo, es aquel otorgado por personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas y los prisioneros de guerra que estén en poder de estas; igualmente es aquel que es otorgado por los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo.

El testamento marítimo, contemplado en el artículo 716 y ss. del CC, es aquel otorgado durante la navegación acuática, por los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano. Es también aquel otorgado durante la navegación, por los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier otra persona que se encuentre a bordo de un barco mercante de bandera peruana, de travesía o de cabotaje, o que esté dedicado a faenas industriales o a fines científicos.

El artículo en comento incluye la referencia al testamento aéreo, pero el CC no dispone nada al respecto, pues este testamento está referido en la Ley de Aeronáutica Civil, art. 74.2 lit. g).

**2. TESTAMENTO ESPECIAL Y MINISTERIO PÚBLICO**

En todos los testamentos, sea militar, marítimo o aéreo, luego de otorgarse ante la autoridad competente, esta lo envía al juez, quien pondrá en conocimiento de este hecho al Ministerio Público y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos.



---

La intervención del Ministerio Público en los procesos no contenciosos, como dice el artículo 759 del CPC, se orienta a la vigilancia de la independencia de los órganos del Estado y la recta administración de justicia, aspectos que pudieran ser transgredidos en la comprobación de testamentos.

Si bien es cierto que el Ministerio Público debe intervenir, y para ello debe ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, no emite dictamen, pues no interviene como parte ni como tercero.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

---

---

## SUBCAPÍTULO 9 INSCRIPCIÓN Y RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

### Artículo 826

#### Procedencia

*La solicitud de inscripción o de rectificación de una partida de matrimonio o de defunción, y la de rectificación de una partida de nacimiento, procede solo cuando no se practicó dentro del plazo que señala la ley o cuando el juez considere atendible el motivo. La solicitud de inscripción de partida de nacimiento se rige por la ley de la materia.*

*Cuando se trate de la rectificación del nombre, sexo, fecha del acontecimiento o estado civil, se indicará con precisión lo que se solicita.*

*Las normas de este Subcapítulo se aplican a la inscripción de los nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, no registrados ante autoridad nacional.*

*También es aplicable a la rectificación de partidas de nacimientos, matrimonios y defunciones de peruanos ocurridos en el exterior, registrados ante autoridad nacional.*

#### CONCORDANCIAS:

*C. arts. 138, 177; C.C. art. 19; C.P.C. arts. III, 6, 750, 826; LPT arts. 53, 55, 56, 57, 58; LEY 26662 arts. 1 inc. 1, 13; D.S. 015-98-PCM art. 22 inc. f.*

*Gloria Amparo Salvatierra Valdivia*

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución establece en su artículo 138 que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicamente organizados. Estos órganos actúan a través de un instrumento llamado proceso, que puede definirse como el conjunto de actos concatenados y realizados con el fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional. El proceso civil es regulado por el Derecho Procesal Civil a efectos de establecer etapas del mismo y garantizar el respeto de los derechos de las partes.

El artículo III del Título Preliminar del CPC señala que el proceso civil tiene por finalidad concreta resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Cuando la norma señala “resolver un conflicto de intereses”,

hace referencia a los procesos contenciosos, es decir, aquellos en los que existe *litis*, y por ende dos partes con pretensiones opuestas, en estos casos el órgano correspondiente luego de transitar por las etapas del proceso emitirá –atendiendo a las pruebas aportadas–, pronunciamiento motivado en el que otorgará el derecho discutido a una de las partes. A diferencia de ello, cuando la norma señala que es fin del proceso “eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica” se refiere a los procesos no contenciosos, aquellos en los que no existen partes sino un peticionante, quien solicita al órgano jurisdiccional la declaración de una situación o estado preexistente, previa verificación de este.

La doctrina señala que los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa, ello tomando en cuenta que no existen dos partes con intereses opuestos, no hay un derecho en discusión, y, no se inician de oficio (dado que se requiere necesariamente solicitud de interesado), asimismo considera que el pronunciamiento emitido en este tipo de procesos no tiene la calidad de cosa juzgada.

Para COUTURE (citado por LEDESMA, 2011: p. 865), en estos procesos los jueces no juzgan ni prejuzgan: se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es en primer orden cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal. A diferencia de la sentencia jurisdiccional cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración, ni condenan ni constituyen nuevos derechos. En la jurisdicción voluntaria por el contrario, no es el peligro en la demora lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho, o en otros casos, una garantía requerida por la ley.

## **2. COMPETENCIA EN LA TRAMITACIÓN DE PROCESOS NO CONTENCIOSOS DE INSCRIPCIÓN Y RECTIFICACIÓN DE PARTIDA**

Todo juez tiene jurisdicción, pero no necesariamente tiene competencia. La jurisdicción se define como la facultad de administrar justicia, aplicando el Derecho; en cambio, la competencia es la aptitud para conocer un caso determinado. Puede decirse que la competencia responde a un criterio de división del ejercicio de la función jurisdiccional.

El artículo 6 del CPC, prescribe que la competencia solo puede ser establecida por ley, agregando que la competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo que expresamente se establezca lo contrario en ley o en convenio internacional.

Un sector de la doctrina delimita la competencia bajo la siguiente clasificación: la objetiva, la funcional y la territorial. La objetiva se sustenta en el valor y la naturaleza de la causa. La funcional en las funciones que la ley encomienda a los jueces de diversa jerarquía en el proceso. En tanto que la territorial opera ante la existencia de jueces de la misma clase y la asignación de procesos a cada uno de ellos en atención al orden geográfico. La competencia objetiva y la funcional no son objeto de disposición de las partes, son absolutas porque la organización de los estamentos judiciales no se halla sujeta al arbitrio de las partes (LEDESMA, 2011: p. 67).

El CPC señala que la competencia se determina por la situación de hecho existente a la fecha de la interposición de la demanda o presentación de la solicitud; y, regula la competencia por materia, por cuantía, por turno, por grado y territorial.

La competencia en los procesos no contenciosos se encuentra establecida en el artículo 750 del CPC, que prescribe que dichos procesos se tramitarán ante los jueces civiles y los jueces de paz letrados, salvo los casos en que la ley atribuye dicha competencia a otros órganos jurisdiccionales o a los notarios. Agrega que en el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.

En lo que respecta a la competencia para los procedimientos regulados en la norma bajo comentario, el citado Código señala que los juzgados de paz Letrados tienen competencia *exclusiva* para tramitar procesos de inscripción de partidas; y, para tramitar procesos de rectificación de partidas son competentes tanto los juzgados de paz letrados como los notarios.

Por Ley N° 26662 se atribuyó a los notarios competencia a efectos de tramitar los asuntos no contenciosos señalados en el artículo 1 de la misma, incluyéndose entre otros a la rectificación de partidas. El artículo 3 de la mencionada ley precisa que la actuación notarial se sujetará a sus normas y supletoriamente a la Ley del Notariado (D. Leg. N° 1049) y al CPC, señalando que solo podrán tramitar estos procesos los notarios que ostenten título de abogado. Asimismo, la norma señala expresamente que de presentarse oposición en el trámite, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez competente bajo responsabilidad.

### **3. EL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL**

El artículo 177 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil conjuntamente con el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales conforman el Sistema Electoral, asimismo señala que el citado Registro tiene a su cargo la

inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el estado civil, mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan la identidad.

La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, define al Registro en su artículo 2 como la entidad encargada de organizar y mantener el Registro Único de Identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil, a tal efecto establece el procedimiento de inscripción bajo criterios simplificados utilizando formularios que permiten la confección del Registro Único de Identificación de personas naturales asignándole a estas un código único de identificación. El artículo 7 de la citada ley establece las funciones del Registro, señalando en el literal b): “Registrar los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, así como las resoluciones judiciales o administrativas que a ellos se refieran susceptibles de inscripción y los demás actos que señale la ley”.

Con relación a la inscripción de los nacimientos, el artículo 46 de la citada Ley N° 26497 indica que esta se llevará a cabo dentro de los 60 días calendarios de producido. Respecto del lugar, indica que la inscripción se hará en las oficinas registrales correspondientes a la jurisdicción del lugar del nacimiento o del domicilio del menor; y añade que *obligatoriamente* se inscribirán los nacimientos en la Oficina del Registro Civil instalada en hospitales, centros de salud u otras instituciones públicas o privadas, si el hecho se hubiere producido allí.

En caso que no se hubiere registrado el nacimiento dentro del plazo de 60 días calendarios de ocurrido, podrá registrarse mediante el procedimiento establecido en el artículo 47 de la Ley N° 26497. Esta norma precisa que el procedimiento es similar al ordinario y que adicionalmente debe observarse lo siguiente: Serán competentes solo las oficinas de Registro del lugar del nacimiento del menor o de su domicilio; el solicitante debe acreditar ante el registrador su identidad o parentesco con el menor; la solicitud debe contener los datos necesarios para identificar al menor y a sus padres o tutores; y, debe ser acompañada de certificado de nacimiento, partida de bautismo, certificado de matrícula escolar con indicación del grado que cursa o declaración jurada efectuada por dos personas en presencia del registrador.

#### **4. IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA NATURAL Y EL NOMBRE**

El artículo 826 del CPC nos lleva al tema de la identificación de la persona y el nombre. La categoría jurídica del nombre puede ser definida como el medio

o modo por el que se individualiza a un sujeto de derecho, resulta aplicable tanto para personas naturales como para personas jurídicas u organizaciones no inscritas. Tratándose de personas jurídicas se habla de denominación y de razón social (dependiendo de la forma societaria adoptada).

A efectos del análisis de la norma en estudio corresponde circunscribirse al nombre de la persona natural. Existen teorías sobre la naturaleza jurídica del nombre, algunos sostienen que el nombre es una institución propia del Derecho Público, por cuanto su presencia es de interés general, negándole la categoría de derecho subjetivo de las personas de Derecho Privado; otros (*ius privatistas*) sostienen que el nombre es objeto de un derecho subjetivo de los particulares; a su vez esta corriente se divide en dos, algunos consideran que el nombre puede ser objeto de propiedad y, por ende, puede ser transmitido y utilizado por terceros, y otros consideran al nombre como una manifestación del derecho a la identidad.

El derecho a la identidad, ha sido definido por nuestra doctrina nacional como “el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de rasgos de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, como cierta persona, en su ‘mismidad’, en lo que ella es en cuanto ser humano” (FERNÁNDEZ, citado por ESPINOZA, 2006: p. 185).

Puede concluirse por tanto que, el derecho a la identidad implica el ser uno mismo de acuerdo con la autoconstrucción que cada cual haya hecho de sí mismo; y, a la vez implica el derecho de ser percibido por el mundo que nos rodea de acuerdo con lo que proyectemos.

El derecho a la identidad se desdobra en dos manifestaciones, a saber, la identidad estática, la cual está conformada por lo que llamamos las generales de ley (tal es el caso de nombre, filiación, fecha de nacimiento, entre otros datos que identifican a la persona), y la identidad dinámica, la cual está constituida por el patrimonio cultural, espiritual, político, religioso y de cualquier otra índole, de cada uno de nosotros. El hombre en su dimensión de coexistencialidad tiene el derecho a que no se deforme, distorsione o desnaturalice su propia personalidad. Es, dentro de este contexto, que debemos ubicar el derecho al nombre (TOMMASINI citado por ESPINOZA, 2006: p. 185).

Sin embargo, otro sector de la doctrina niega la conveniencia de desdoblar la identidad en estática y dinámica alegando que tal división establece limitaciones que muchas veces no van de la mano con la realidad, y esta posición es respaldada por los pronunciamientos jurisprudenciales que en muchos casos son flexibles permitiendo el cambio o modificación no solo de nombre sino también de sexo.

Conforme al artículo 19 del CC, el nombre es un derecho y un deber de toda persona. En la jurisprudencia es considerado como una de las manifestaciones del derecho a la identidad, por el cual se individualiza a un sujeto de derecho.

El nombre, que comprende los prenombrados y los apellidos, al ser uno de los datos consignados en las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, es en muchos casos motivo de inicio del procedimiento no contencioso con el objeto de rectificar un error o subsanar una omisión respecto de dicho dato.

La problemática registral consistente en reiteradas denegatorias de inscripción sustentadas en discrepancias advertidas entre el nombre utilizado en los instrumentos públicos (cuyo acceso al registro se solicitaba) y la información contenida en el Registro, originó la necesidad de aprobar un precedente de observancia obligatoria sobre el tema. Así, en el II Pleno del Tribunal Registral celebrado los días 29 y 30 de noviembre de 2002 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de enero de 2003, se estableció lo siguiente:

“El nombre no constituye sino una de las vertientes de la identidad personal, la que se refiere a los signos distintivos que permiten individualizar a la persona y que se complementa con otros elementos, siendo que la evaluación de las discrepancias en el nombre debe fundamentarse en una apreciación conjunta de los elementos obrantes en el registro y los instrumentos públicos aportados por los solicitantes, que a través de distintos factores de conexión permitan colegir en forma indubitable que se trata de la misma persona”.

El criterio aprobado se sustentó en la Resolución N° 019-2002-ORLC/TR del 17 de enero de 2002, publicada el 3 de febrero de 2002.

De dicho precedente se concluye que, ante la discrepancia de nombre del sujeto contratante en el instrumento público y el que aparece en el Registro, la calificación registral no siempre implicará efectuar observación, sino que si existen factores de conexión que permiten identificar en forma indubitable al sujeto y concluir que se trata de la misma persona, la citada discrepancia no constituirá motivo para denegar la inscripción. Ello implica que las discrepancias en el nombre únicamente impedirán la inscripción de un título cuando no existan otros elementos que permitan concluir de manera indubitable que se trata de la misma persona.

## **5. PROCEDIMIENTOS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 826 DEL CPC**

La norma bajo comentario regula los siguientes procedimientos:

- Inscripción de matrimonio.

- Rectificación de partida de matrimonio.
- Inscripción de defunción.
- Rectificación de partida de defunción.
- Rectificación de partida de nacimiento.

Es requisito para la tramitación de los citados procedimientos que no se hayan efectuado dentro del plazo legal o que el juez considere atendible el motivo alegado.

Respecto de la inscripción de los nacimientos, la norma en estudio señala que resulta aplicable la ley de la materia, esto es, la Ley N° 26497 (procedimiento descrito en el num. 2).

El Diccionario de la Real Academia Española define el término *rectificar* como corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho.

Sobre el tema de la rectificación de datos debe indicarse que la norma tiene por objeto *establecer un procedimiento encaminado a enmendar un error o subsanar una omisión*, lo cual descarta la posibilidad de efectuar el procedimiento con la intención de realizar un “cambio” o “modificación” del dato colocado en la partida.

La norma precisa que cuando la rectificación de partidas se refiera a datos como: nombre, sexo, fecha de acontecimiento (nacimiento, matrimonio, defunción), o estado civil, debe indicarse expresamente qué es lo que se solicita.

## **6. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 826 DEL CPC**

El procedimiento establecido en los artículos 826 al 829 del CPC es aplicable a la *inscripción* de los nacimientos, matrimonios y defunciones de *peruanos que hayan ocurrido* en el exterior y *no se hayan registrado ante autoridad peruana del lugar*.

Asimismo, el citado procedimiento será aplicable a la *rectificación* de partidas de nacimientos, matrimonios y defunciones *de peruanos que hayan ocurrido* en el exterior y *se hayan registrado* ante autoridad peruana del lugar.

## **7. JURISPRUDENCIA**

- Procedencia de rectificación de partida de nacimiento (para consignar omisión). Expediente N° 00419-2011-0.903-JP-CI-02 (Segundo Juzgado de Paz Letrado-Los Olivos).



Se ordenó se rectifique la partida de nacimiento materia de solicitud a fin de que se consigne el apellido materno de la madre del titular, conforme a los considerandos de la resolución se advierte que al consignar el nombre de la madre del titular se colocaron los apellidos completos; sin embargo, al consignar el nombre del titular de la partida solo se indicó el apellido paterno.

- Rectificación de partida de nacimiento (para corregir nombre). Expediente N° 282-2012 (Segundo Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón).

Se ordenó rectificar uno de los prenombrados de la titular “Yldas” por “Hilda”.

- Rectificación de partida de nacimiento (para corregir nombre). Expediente N° 07661-2011-0903-JP-CI-01 (Primer Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos).

Se ordenó rectificar el primer prenombre del titular “Willians” por “William”.

- Improcedencia de rectificación de partida de nacimiento. Expediente N° 00724-2009-0-0905-JP-CI-02 (Segundo Juzgado de Paz Letrado de Carabayllo).

Se declaró improcedente la solicitud por la que se pretendía consignar en la partida de nacimiento de un hijo el apellido del padre colocado en la partida de defunción de este, el pedido fue denegado ya que revisada la partida de nacimiento del padre este fue registrado con el apellido alegado como error.

- Rectificación de partida de nacimiento (para corregir orden del nombre del padre). Expediente N° 07652-2011-0903-JP-CI-01 (Primer Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos).

Se ordenó rectificar el orden de los prenombrados del titular de la partida de nacimiento, los que se habían consignado como “Alfonso Lauro” debiendo ser “Lauro Alfonso”.

- Inscripción de defunción (no declarada oportunamente). Expediente N° 00498-2010-0903-JP-CI-02 (Segundo Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos).

Se ordenó extender la partida de defunción con base en la información contenida en el certificado de defunción.

- Improcedencia de rectificación de documento de identidad. Expediente N° 5169-2011-0 (Segundo Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón).

Se declaró improcedente la solicitud por no corresponder al órgano jurisdiccional ante el que se presentó la solicitud el trámite de rectificación de documento de identidad.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1984): *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas; MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda (2012): *Fallos de los juzgados de paz letrados*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; SIVERINO BAVIO, Paula (2010): “El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas”. En: *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.

---

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor, esto es, los apellidos de quien lo haya engendrado. No correspondiéndole, por tanto, los apellidos de quien no lo haya procreado. La vía procesal para suprimir los datos de quién figura como padre, no obstante no ser progenitor del titular de la partida de nacimiento, es la exclusión de nombre. Si se encuentra acreditado –mediante la prueba científica de ADN– que el actor no es el padre biológico del titular de la aludida partida de nacimiento; que el actor no ha engendrado al citado menor y cuando el artículo 21 del Código Civil señala que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido se entiende, debe interpretarse, que el hijo debe llevar los apellidos de quien lo haya engendrado, de quien lo haya procreado, no así de quien no lo haya engendrado, no obstante que al inscribirse la partida, como es el caso de autos, se haya hecho figurar a alguien que no lo haya procreado. En efecto, al hijo extramatrimonial no le corresponden los apellidos de quien no es su progenitor, de quien no lo ha engendrado (*Cas. N° 2833-2003-Huancavelica*).

**Artículo 827****Legitimidad activa**

*La solicitud será formulada por:*

- 1. El representante legal del incapaz y, a falta de aquel, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la rectificación de la partida de nacimiento.*
- 2. La persona cuya partida de nacimiento se trata de rectificar, si es mayor de edad, y, si ha fallecido, por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
- 3. Cualquiera de los cónyuges o, por fallecimiento de estos, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la inscripción o rectificación de la partida de matrimonio.*
- 4. Cualquiera de los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del fallecido, para la inscripción o rectificación de la partida de defunción.*
- 5. Por el Ministerio Público cuando el fallecido no tiene parientes. En este caso no se requiere de publicación, salvo que la actuación del Ministerio Público se origine a pedido de interesado.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1, 46; C.P.C. arts. 58, 113, 361, 827, 828; LEY 26662 art. 16.*

***Gloria Amparo Salvatierra Valdivia*****1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario desarrolla quiénes tienen legitimación activa para iniciar los procesos no contenciosos de inscripción y rectificación de partidas.

La denominada capacidad jurídica-procesal o capacidad para ser parte en un proceso es la aptitud reconocida por el ordenamiento jurídico para ser titular de derechos y deberes al interior de un proceso. Toda persona natural posee capacidad para ser parte en un proceso desde su nacimiento y la mantiene hasta el momento de su muerte (la norma civil contempla la posibilidad de que el concebido sea sujeto de derecho para lo que le favorece sujetando la atribución de derechos patrimoniales a la condición de que nazca vivo: artículo 1 del CC). Además tienen capacidad jurídica o procesal las personas jurídicas y los patrimonios autónomos.

A diferencia de la capacidad jurídica procesal, que ostentan todas las personas antes señaladas por el solo hecho de serlo, la capacidad para obrar o capacidad de

ejercicio es aquella aptitud para realizar actos jurídicos válidos al interior de un proceso. La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, pero las normas prevén algunas excepciones en las que un menor de edad adquiere capacidad de ejercicio como es el caso del matrimonio o de la legitimación para solicitar alimentos (arts. 46 del CC y 561 inc. 2 del CPC).

Si la persona natural no cuenta con capacidad de ejercicio deberá intervenir en el proceso a través de sus padres o tutores (si es menor de edad) y a través de su curador (si es mayor de edad incapaz), estos son supuestos de representación legal (por mandato de la ley). No obstante, existe la posibilidad de actuar por medio de representante voluntariamente, ello se materializa a través del otorgamiento de poder, siendo requisito para ello gozar de capacidad de ejercicio.

## 2. ANÁLISIS DE LA NORMA

El artículo 827 del CPC señala quienes son los legitimados para solicitar la inscripción o rectificación de partida, los sujetos variarán dependiendo de qué partida requiera la rectificación o inscripción. Así:

- Tratándose de la *rectificación de partida de nacimiento*, será legitimado: el propio titular (si es mayor de edad); el representante legal (padre, tutor o curador) si el titular de la partida es menor de edad o mayor de edad incapaz, a falta de aquellos cualquier pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, es decir: abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hermanos, tíos, primos, padres políticos, o hermanos políticos; y, en caso de fallecimiento del titular: padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hermanos, tíos, primos, padres políticos, o hermanos políticos.
- Para la *inscripción o rectificación de partida de matrimonio*, será legitimado: cualquiera de los cónyuges, o por fallecimiento de estos, cualquier pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hermanos, tíos, primos, padres políticos, o hermanos políticos).
- Para la *inscripción o rectificación de partida de defunción*, será legitimado: cualquier pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del fallecido (padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hermanos, tíos, primos, padres políticos, o hermanos políticos). Si el fallecido no tuviera parientes, la legitimación para actuar corresponderá al Ministerio Público.

---

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1984): *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas;  
ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica; MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda (2012): *Fallos de los juzgados de paz letrados*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

---

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

La legitimidad para obrar, como condición de la acción, consiste en la adecuación lógica entre las partes que intervienen en la relación jurídico material, con las que pretenden constituir la relación jurídica procesal; adecuación lógica que no significa identificación sino concordancia. No puede aplicarse el artículo 827 del CPC si la materia controvertida no está referida a lograr la rectificación de una partida, sino a determinar si la sentencia en la cual se determinó la rectificación de partida fue expedida con fraude (*Exp. N° 52736-97*).

**Artículo 828**

**Publicación**

*La publicación del extracto de la solicitud se practicará por una sola vez en la forma prevista en los artículos 167 y 168 de este Código en lo que fueren aplicables. Los documentos que contienen los edictos serán autorizados por abogado, como requisito para su publicación. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 132, 155, 158, 165, 167, 168; LEY 26662 art. 18; L.O.P.J. art. 127.*

---

***Gloria Amparo Salvatierra Valdivia***

---

**1. INTRODUCCIÓN**

Las notificaciones son actos procesales que tienen por objeto hacer de conocimiento de las partes, terceros interesados, o personas indeterminadas, los pronunciamientos expedidos en un proceso, a fin de no afectar el debido proceso, dando la oportunidad de defenderse a quien corresponda. Atendiendo a los efectos que originan tienen como característica el ser actos netamente formales.

El artículo 155 del CPC señala el objeto de las notificaciones, precisando que las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en dicho Código, salvo excepciones contempladas expresamente.

Para los procesos civiles la norma adjetiva regula las notificaciones por cédula, por edictos, por telegrama, facsímil, correo electrónico, u otro medio idóneo, siempre que permitan confirmar su recepción. Adicionalmente, tratándose de las notificaciones por edictos, se contempla la posibilidad de notificar también por radio-difusión, siempre que el juez lo disponga de oficio o a pedido de parte.

El artículo 165 del CPC regula la notificación por edictos, señalando que esta forma de notificación procede cuando se trate de personas inciertas (no se conoce su identidad y/o número), o cuyo domicilio se ignore (en este caso se requiere que el interesado preste juramento de haber realizado las gestiones para obtener el domicilio sin éxito).

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26784 del 11/05/1997.

## 2. LA NOTIFICACIÓN EN EL PROCESO NO CONTENCIOSO DE RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

En este tipo de proceso la publicación tiene por objeto dar a conocer a cualquier tercero la solicitud de rectificación de un dato de la partida correspondiente (nacimiento, matrimonio, defunción). Dado que se desconoce si lo solicitado puede afectar a alguien, la publicación se dirige a personas indeterminadas o inciertas.

La norma en estudio señala que la publicación se hará por edictos, indicando que los artículos 167 y 168 del CPC deberán aplicarse en lo pertinente.

El artículo 167 del CPC regula la publicación de los edictos señalando que se hace en el diario oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuera conocido o, en su defecto, del lugar del proceso. Precisa que a falta de diarios en los lugares mencionados, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, y el edicto se fijará, además, en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión. Finalmente, indica que en atención a la cuantía del proceso, el juez puede ordenar la prescindencia de la publicación, realizándose solo en la tablilla del juzgado y en los lugares que aseguren una mayor difusión.

Respecto del contenido de los edictos, el artículo 168 del código adjetivo señala que los edictos contendrán en síntesis las mismas prescripciones de la cédula. El contenido de la cédula se encuentra determinado por el artículo 158 del mismo Código, norma que señala que esta contendrá: nombre y apellido de la persona a notificar o designación que corresponda y su domicilio; proceso al que corresponda; juzgado y secretaría donde se tramita y número de expediente; transcripción de la resolución, con indicación del folio respectivo en el expediente y fecha y número del escrito al que corresponde, de ser el caso; fecha y firma del secretario; y, en caso de adjuntarse copias de escritos y documentos, la cédula deberá expresar la cantidad de hojas que se acompañan y sumaria mención de su identificación.

Conforme al artículo 828 del CPC la publicación se practicará *por una sola vez*. Por otro lado, el artículo 168 que regula la forma de los edictos en general señala que estos se realizan por tres días hábiles, salvo que otra norma disponga algo distinto. Así, si la norma especial del proceso no contencioso de rectificación de partida (art. 828 del CPC) prescribe un número de publicaciones distinto (una publicación), esta disposición primará sobre la regla general establecida en el artículo 168 (publicación por tres días hábiles).

Finalmente, el requisito para la publicación referido a que el documento que contiene el edicto sea suscrito por abogado es consecuencia de la defensa cautiva.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1984): *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica; MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda (2012): *Fallos de los juzgados de paz letrados*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

---



**Artículo 829****Trámite especial**

*Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra "de" o las letras "y", "i", "e" o "a", u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación.*

*El juez, sin observar el trámite del artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 749, 750, 754.*

***Gloria Amparo Salvatierra Valdivia*****1. INTRODUCCIÓN**

El título I de la Sección Sexta del CPC establece las disposiciones generales aplicables a todo proceso no contencioso regulado por el citado Código. En primer lugar se indica qué asuntos pueden ser tramitados mediante este tipo de proceso (art. 749), luego se desarrolla el tema de la competencia (art. 750), y en los demás artículos se establece cuál será el procedimiento a seguir en primera y segunda instancia, además de otras reglas.

El artículo 754 del CPC narra detalladamente el trámite a seguir en el proceso no contencioso, siendo el siguiente:

- El juez, luego de la calificación correspondiente, admite a trámite la solicitud y fija fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial. La audiencia deberá realizarse dentro de los 15 días siguientes, salvo que el emplazado sea indeterminado o con residencia incierta, en cuyo caso la fecha de la audiencia dependerá de si el emplazado se encuentra dentro o fuera del país (15 o 30 días, respectivamente).
- Si el emplazado con la solicitud hubiere formulado contradicción dentro de los cinco días de notificado con la resolución admisorio (supuesto en el que debe anexar los medios probatorios correspondientes), el juez en la audiencia de actuación y declaración judicial ordenará la actuación de las pruebas presentadas y concederá (si se solicitara) cinco minutos para la sustentación oral de las mismas. Si no se hubiere formulado contradicción, el juez ordenará la actuación de las pruebas presentadas por el solicitante.

- En la propia audiencia de actuación y declaración judicial el juez expedirá resolución resolviendo la contradicción si la hubiere, y si no la hubiere expedirá la resolución que pone fin al proceso no contencioso en primera instancia, pudiendo reservar su decisión por un plazo no mayor de tres días de realizada la audiencia.
- Concluido el trámite (sin oposición, o habiéndose desestimado esta) el juez dispondrá la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado, quedando en el juzgado el expediente original. Si se hubiere declarado fundada la contradicción, el proceso quedará suspendido.

Conforme a la norma bajo comentario, tratándose de casos en los que las partidas contienen *por error* entre los nombres y apellidos, la palabra “de” o las letras “y”, “i”, “e”, o “a” u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar *que fluya del propio documento*, no será necesario realizar el trámite descrito anteriormente sino que el juez dispondrá la rectificación de plano.

## 2. ANÁLISIS DE LA NORMA

Se advierte que la norma –atendiendo al carácter manifiesto del error– establece una excepción al trámite regular contemplado en el artículo 754 del CPC, en consecuencia, en la rectificación de partida por los errores indicados, no habrá publicaciones ni trámite alguno, sino que el juez al advertir que se trata de uno de los supuestos previstos en el artículo 829, dispondrá la rectificación solicitada.

Los presupuestos para la aplicación de la norma de excepción son los siguientes:

- Debe tratarse de la rectificación de partidas de nacimientos.
- Las inscripciones de los nacimientos debieron ser extendidas en los Registros de Estado Civil de las municipalidades del país o en los consulados del Perú en el exterior.
- El error contenido en las partidas debe referirse a haberse incluido entre los nombres y apellidos la palabra “de” o las letras “y”, “i”, “e”, o “a” u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar.
- El error debe fluir del propio documento.

Para LEDESMA la aplicación de este trámite especial de rectificación de errores en la partida de nacimiento podría ser extensiva a la información que pudieran acoger otras partidas, como la de defunción y matrimonio, siempre que se trate de errores manifiestos de ortografía (LEDESMA, 2011: p. 980).

---

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1984): *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas;  
ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda (2012): *Fallos de los juzgados de paz letrados*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

---

## SUBCAPÍTULO 10 SUCESIÓN INTESTADA

### Artículo 830

#### Procedencia

*En los casos previstos en el artículo 815 del Código Civil, cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público.*

#### CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 660, 815, 830; C.P.C. art. 113; LEY 26662 arts. 1 inc. 6, 38.*

*Juan Olavarría Vivian*

---

La sucesión intestada es un hecho jurídico, es decir, es un acontecimiento y no un camino, vía o *iter* procesal, siendo por tanto más idónea la denominación que recibía anteriormente en el derogado Código de Procedimientos Cíviles, a saber: declaratoria de herederos también conocida como declaración de herederos.

Del mismo modo, el tenor de la norma autoriza a solicitar el inicio del proceso sucesorio, lo que no es exacto ni correcto considerando que la transmisión sucesoria es automática o de pleno derecho *–ipso jure–* a la luz de lo dispuesto por el artículo 660 de nuestro CC.

Si bien este apartado procedimental nos remite a los casos contemplados en el artículo 815 del CC, existe la hipótesis extrema en que habiendo testamento válido e inscrito en los Registros Públicos se hace necesaria igualmente hacer una sucesión intestada, nos referimos puntualmente a la situación en la que el causante testó pero su testamento no contiene disposiciones patrimoniales, es decir, lejos de nombrar herederos o legatarios se limita, por ejemplo, a nombrar albacea, a revocar un testamento anterior, a reconocer a un hijo extramarital, y a desheredar a un heredero forzoso. En estos casos, el certificado de existir testamento saldrá positivo y se tendrá que demostrar al juez que pese a ello *–lógicamente con el testamento en mano o a la vista–* se tiene necesariamente que declarar herederos a través de este procedimiento no contencioso.

Cuando la norma señala que cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso no contencioso debe entenderse ello en todo el sentido de la palabra, vale decir, que abarca tanto para quienes tengan interés económico, directo o indirecto (esto último, para los acreedores de los herederos, por ejemplo), como para quienes

---

tengan interés moral, como los hijos reconocidos en el testamento carente de contenido patrimonial, *ad exemplum*. Incluso cualquier tercero que pretenda hacerse acreedor del premio o retribución por solicitar una sucesión intestada en la que no existan parientes consanguíneos del causante, y en la que el Estado finalmente, a través de la beneficencia pública, se adjudique los bienes del causante, tendrá derecho por sí mismo a iniciar el procedimiento no contencioso haciendo citar a la beneficencia pública, conforme lo autoriza claramente el artículo 830 del CC.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

OLAVARRÍA VIVIAN, Juan (2013): *Derecho de Sucesiones*. Arequipa: Adris; FERRERO COSTA, Augusto (2012): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**Artículo 831****Admisibilidad**

Además de lo dispuesto en el artículo 751, a la solicitud se acompañará:

1. Copia certificada de la partida de defunción del causante o la declaración judicial de muerte presunta;
2. Copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial;
3. Relación de los bienes conocidos;
4. Certificación registral de que no hay inscrito testamento en el lugar del último domicilio del causante y en donde tuvo bienes inscritos; y,
5. Certificación registral de los mismos lugares citados en el inciso anterior de que no hay anotación de otro proceso de sucesión intestada.

De ser el caso, se acompaña a la solicitud la constancia de inscripción de la unión de hecho en el Registro Personal. (\*)

**CONCORDANCIAS:**

C.P.C. arts. 751, 833 inc. 2; LEY 26662 art. 39.

*Juan Olavarría Vivian*

De la relación de documentos que se mencionan en este artículo, el único que puede faltar y ser prescindido es el de la relación de los bienes conocidos, pues nada impide que la sucesión intestada se tramite y finalmente se inscriba en el Registro Público de sucesiones intestadas.

Luego de ello, conforme vayan apareciendo los bienes o se tenga conocimiento de ellos, se hará valer o mejor dicho utilizar dicha inscripción registral, y según se trate de bienes registrados se pedirá al registrador público la anotación del asiento en la partida del bien, precisamente, en mérito al título archivado que dio origen a al asiento de inscripción de la sucesión intestada del causante.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

OLAVARRÍA VIVIAN, Juan (2013): *Derecho de Sucesiones*. Arequipa: Adrus; FERRERO COSTA, Augusto (2012): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

(\*) Texto del último párrafo según incorporación efectuada por el artículo 9 de la Ley N° 30007 del 17/04/2013.

**Artículo 832** | **Legitimación pasiva**

*A los presuntos herederos domiciliados en el lugar, al cónyuge supérstite y a la Beneficencia Pública correspondiente, se les notifica solo la resolución admisorio, y las demás si se apersonan al proceso. Si el causante fue extranjero, se notificará además al funcionario consular respectivo.*

CONCORDANCIA:  
C.C. art. 816.

**Juan Olavarría Vivian**

Esta norma obliga al emplazamiento de los presuntos herederos y del cónyuge supérstite del causante, lógicamente siempre que se tenga conocimiento de ellos, así como también a la beneficencia pública correspondiente que es la del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en vida.

En cuanto a los presuntos herederos se trata de todas aquellas personas que pudiesen estar respecto del causante en cualquiera de los seis órdenes sucesorios que señala el artículo 816 del CC.

La exigencia de citar al agente o funcionario consular del país a cuya nacionalidad pertenecía el causante se justifica por la posible existencia de herederos –entiéndase parientes consanguíneos y el cónyuge sobreviviente– que haya podido dejar en el extranjero y que sobrevivan al causante.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

OLAVARRÍA VIVIAN, Juan (2013): *Derecho de Sucesiones*. Arequipa: Adrus; FERRERO COSTA, Augusto (2012): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

** JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

La vocación hereditaria de la solicitante debe emanar indubitablemente de su respectiva partida de nacimiento (*Exp. N° N-1143-97-Lima*).

Solo procede declarar el derecho sucesorio en un proceso no contencioso a quienes lo acrediten con copia certificada de la partida correspondiente o instrumento público que contenga el reconocimiento o declaración judicial de filiación. Debe desestimarse la pretensión del actor si no se proporciona prueba suficiente que acredite el derecho sucesorio invocado; sin embargo, debe dejarse a salvo su derecho a efectos que lo haga valer como corresponde (*Exp. N° 1109-97-Lima*).

**Artículo 833**

**Notificación edictal e inscripción registral**

*Admitida la solicitud, el juez dispone:*

1. *La publicación de un aviso tanto en el diario de los anuncios judiciales como en otro de amplia circulación. Si en el lugar no hubiera diario, se utilizará la forma de notificación edictal más adecuada a criterio del juez.*

*El aviso contendrá la identificación del juzgado y del secretario de juzgado, los nombres del solicitante y del causante y la fecha y lugar del fallecimiento de este.*

*Se acreditará en la audiencia prueba de la notificación realizada.*

2. *La anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Mandatos y Poderes. Para tal fin, el juez cursará los partes a los registros correspondientes conforme a ley. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 1801, 1806; C.P.C. arts. 831, 834; LEY 26662 arts. 40, 41.*

***Juan Olavarría Vivian***

El segundo inciso de este artículo ha sufrido dos modificaciones, primero por la Ley N° 26707, y finalmente por la Ley N° 26716.

La primera modificación básicamente sustentada en la nueva terminología adoptada por este Código, es decir, la vigencia del proceso no contencioso de sucesión intestada en vez de la anteriormente llamada declaratoria de herederos.

La segunda, bastante más apropiada y útil, al incluir dentro de los partes judiciales que se deben cursar aquellos que van dirigidos al Registro de Mandatos y Poderes, se entiende de la sede donde el *de cuius* tuvo su último domicilio, para el caso en que dicho causante en vida haya conferido facultades de disposición sobre sus bienes y a fin de evitar que terceros actuando de buena fe y a título oneroso puedan adquirir dichos bienes mediante actos celebrados por los apoderados del *de cuius* –con base en la información proporcionada por los Registros Públicos, lo que en principio hace irrevindicable los bienes perjudicando así a los sucesores del causante– y al margen, claro está, de los cuestionamientos que ulteriormente se hagan a las transferencias, pues no debemos olvidar que los poderes otorgados

(\*) Texto del inciso según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26716 del 27/12/1996.



se extinguen automáticamente con la muerte del poderdante o con la muerte del apoderado, en concordancia con las reglas del mandato a tenor expreso de los artículos 1801 y 1806 del CC.

En cuanto al inciso 1 contenido en la norma comentada, la razón de la publicación del edicto se justifica en la invitación a presentarse a juicio a todos aquellos que tengan vocación sucesoria o derecho hereditario con la finalidad de que hagan valer su inclusión en la herencia dejada por el causante mediante la acreditación de su entroncamiento, es decir, demostrando su lazo de parentesco o en su caso el vínculo conyugal, y actualmente la unión de hecho o convivencial a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 30007.

Es imprescindible exhibir y presentar el original de la publicación realizada, recomendándose que se haga a página completa, a fin de establecer la fecha de dicha publicación pues de tal data se contará el plazo dispuesto en el artículo 834 del CPC, de lo contrario se tendrá que posponer la audiencia de pruebas.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

OLAVARRÍA VIVIAN, Juan (2013): *Derecho de Sucesiones*. Arequipa: Adrus; FERRERO COSTA, Augusto (2012): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 834 | Inclusión de otro heredero y audiencia**

*Dentro de los treinta días contados desde la publicación referida en el artículo 833, el que se considere heredero puede apersonarse acreditando su calidad con la copia certificada de la partida correspondiente, o instrumento público que contenga el reconocimiento o declaración judicial de filiación. De producirse tal apersonamiento, el juez citará a audiencia, siguiéndose el trámite correspondiente. Si no hubiera apersonamiento, el juez, sin necesidad de citar a audiencia resolverá atendiendo a lo probado. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 453 a 457, 833; LEY 26662 art. 42; LEY 28457 art. 1 y ss.*

**Juan Olavarría Vivian**

El plazo de 30 días referido en este artículo, se cuenta en días hábiles y luego de vencido dicho plazo recién es que el juzgado podría fijar fecha y hora para la audiencia de pruebas, siempre y cuando hubiese apersonamientos de otras personas a consecuencia de la publicación del edicto. De no haber apersonamientos el juez debe resolver, sin más trámite, ciñéndose a las pruebas adjuntas a la solicitud.

Ahora bien, puede darse el caso que la solicitud no contenga todas las pruebas o partidas que acrediten el vínculo de parentesco de los presuntos herederos con el causante, pero que sin embargo hayan sido consignados dichos sujetos con sus nombres completos y direcciones domiciliarias, y ante ello se procederá del mismo modo, vale decir, se resolverá la causa sin necesidad de señalar audiencia de pruebas pero el juzgado deberá cerciorarse que si han sido válidamente emplazadas estas personas a fin de garantizar que tomaron conocimiento del proceso y del llamamiento.

En todo caso, nada obsta para que aquellos que no fueron incluidos en la sucesión intestada puedan posteriormente motivar su inclusión —previa acreditación del entroncamiento dentro de un proceso de conocimiento de petición de herencia—, trayendo finalmente consigo la modificación de la declaración mediante la ampliación correspondiente de la partida registral de la sucesión intestada, adicionando un nuevo asiento de inscripción.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

OLAVARRÍA VIVIAN, Juan (2013): *Derecho de Sucesiones*. Arequipa: Adrus; FERRERO COSTA, Augusto (2012): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

(\*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26668 del 03/10/1996.

**Artículo 835****Ministerio Público**

*El Ministerio Público interviene con sujeción a lo dispuesto en el artículo 759.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. arts. 117, 759.*

**Artículo 836****Ejecución**

*Consentida o ejecutoriada la resolución que declara herederos, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 762.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 762.*

**Juan Olavarría Vivian**

El Ministerio Público interviene como parte –no emite dictamen– tratándose de derechos de menores o incapaces que adolezcan de representante legal, es decir, se deberá notificar a la Fiscalía de Familia, y con su apersonamiento o no se deberá llevar adelante el procedimiento.

La resolución firme que se emita dentro de este proceso se inscribe en el Registro de Sucesión Intestada, para lo cual el juzgado expedirá los partes judiciales respectivos corriendo los costos relativos a los derechos de inscripción por cuenta de los interesados así como los costos de las tasas judiciales por la expedición de los partes. Asimismo, se podrá pedir partes judiciales adicionales para inscribir el fallo definitivo de la sucesión intestada en las partidas de los bienes registrados que se hayan mencionado o declarado al presentar la solicitud inicial del proceso no contencioso.

Alternativamente a ello, y una vez inscrita la sucesión intestada, se puede solicitar al propio registrador público que sobre la base del título archivado que dio mérito al asiento de inscripción se inscriba dicha sucesión en las partidas de los bienes registrados, lo que de suyo es menos costoso y más simple de realizar, pero solo es viable tratándose de una misma sede registral, pues de lo contrario se exigirá la inscripción previa de la sucesión intestada en la otra sede registral.

** BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

OLAVARRÍA VIVIAN, Juan (2013): *Derecho de Sucesiones*. Arequipa: Adrus; FERRERO COSTA, Augusto (2012): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

---

**SUBCAPÍTULO 11**  
**RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES**  
**JUDICIALES Y LAUDOS EXPEDIDOS**  
**EN EL EXTRANJERO**

**Artículo 837**

**Competencia**

*El proceso que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.*

*Se aplican al proceso de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros de las Disposiciones Generales de esta Sección; en todo lo que se oponga a la Ley General de Arbitraje. (\*)*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. Título IV, Libro X; L.A. arts. 8 inc. 5, 74 y ss.; L.O.P.J. art. 151.*

---

**Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Para poder explicar este artículo es necesario remitirse a lo prescrito en el Código Civil, el cual señala en el Libro X referido al Derecho Internacional Privado en su Título IV, lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales (solo a sentencias judiciales y no a laudos arbitrales). Lo primero que debe quedar meridianamente claro es que es un error pretender aplicar las normas del CC a los laudos arbitrales extranjeros, ya que estos se regulan por las normas de la Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071).

Nuestro ordenamiento jurídico trata de manera diferente los requisitos que se deben seguir para reconocer una sentencia que proviene del extranjero, y el reconocimiento de un laudo arbitral que proviene del extranjero. En el primer caso se regulará por las normas señaladas en el artículo 2102 y siguientes del CC, mientras que en el segundo caso se regulará por lo prescrito en el artículo 74 y ss. del Decreto Legislativo N° 1071.

En lo que respecta a la competencia de los jueces también hay que diferenciar entre la competencia para sentencias judiciales extranjeras y para los laudos

---

(\*) Texto según modificatoria efectuada por la primera disposición modificatoria de la Ley N° 26572 del 05/01/1996.

arbitrales expedidos en el extranjero. En efecto, el inciso 5 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje señala que “para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o ejerza sus derechos”.

Todo procedimiento de *exequatur* busca que se reconozca una decisión expedida por tribunales extranjeros para luego de lograr su homologación, poder ejecutarla en territorio nacional. Es evidente, que por un principio elemental de territorialidad, las sentencias tienen valor solo en el país en el que se dictaron, por lo que se requerirá una declaración de los jueces competentes nacionales para incorporarla a nuestro ordenamiento y darle fuerza jurídica obligatoria, es por ello que será potestad de cada Estado, el regular los requisitos y procedimientos para que así ocurra. Así, habrán sentencias extranjeras que versan sobre materias que serán imposibles de reconocer, sea porque violentan el orden público internacional o porque se tratan de materias de competencia exclusiva de los tribunales peruanos en donde la legislación peruana no acepta la injerencia de otro juez, salvo el nacional, como puede ser el caso de los derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el Perú, o aquellos supuestos en donde el juez extranjero no haya sido competente según los principios generales de competencia procesal internacional.

En una extensa disposición, que tiene como fuentes legislativas los proyectos argentino y suizo de Derecho Internacional Privado de 1974 y 1978 respectivamente, el legislador peruano regula el reconocimiento de una sentencia extranjera en materia de quiebra. El artículo 2105 del CC preceptúa que el tribunal peruano puede dictar las medidas preventivas que considere pertinente desde la presentación misma de la solicitud de *exequatur*, pero es un área que requiere adecuarse a las normas actuales sobre la materia.

En lo que concierne a los laudos extranjeros, el Perú forma parte de dos tratados multilaterales como son la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, el primero bajo los auspicios de Naciones Unidas y el segundo bajo el auspicio de la OEA, ambos con el mismo fin que es el de uniformizar entre los países miembros los requisitos para el reconocimiento de laudos expedidos fuera del territorio nacional. Nuestra legislación interna, aun en el improbable caso de que una sentencia provenga de un país no suscribiente de alguna de estas convenciones, no exige reciprocidad promoviendo el reconocimiento y estableciendo criterios para su denegatoria que deberán ser probadas por la parte que los invoca como que no existió convenio arbitral, o que dicho convenio no es válido según la ley a la que las partes se han sometido o en virtud de la

ley del país en que se haya dictado el laudo, o que existan violaciones en lo que respecta a la designación del árbitro o violaciones al debido proceso, que sea contrario al orden público internacional o verse sobre materia no susceptible de arbitraje según el Derecho peruano, entre otros.

### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

TOVAR GIL, María del Carmen; TOVAR GIL, Javier (1987): *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente; GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo (2007): *Código Civil Comentado. Comentarios a los artículos 2103, 2104 del CC*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

### JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El reconocimiento de las resoluciones judiciales expedidas en el extranjero tienen como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. El proceso de exequátur no tiene por objeto el examen de lo ya juzgado ni el análisis del proceso, sino el cumplimiento formal de los requisitos de homologación que la ley peruana establece para su concesión. Para su procedencia deberá cumplir las condiciones generales dispuestas por el artículo 2104 del Código Civil (*Exp. N° 317-99-Lima*).

Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia (arbitral extranjera) a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa (*Exp. N° 986-98-Lima*).

El reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero tienen como fin que el órgano jurisdiccional peruano reconozca la fuerza legal de las sentencias expedidas por el tribunal extranjero, reconociéndole los mismos efectos que tienen las sentencias nacionales que gozan de autoridad de cosa juzgada. No basta la legalización efectuada regularmente en el país de procedencia sino que es necesario la homologación de la resolución judicial (*Exp. N° 660-95-Lima*).

**Artículo 838****Presunción relativa**

*Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.C. arts. 2102, 2103, 2104; C.P.C. art. 279.*

**Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Al igual que el artículo anterior, es necesario distinguir entre sentencias y laudos.

El CC establece, en su artículo 2104, ocho requisitos para poder reconocer sentencias expedidas en el exterior. Uno de dichos requisitos es la probanza de la reciprocidad, para lo cual se distingue entre reciprocidad legislativa (art. 2102 primer párrafo) o convencional, la cual señala que en la medida de la existencia de un tratado las sentencias extranjeras tendrán la misma fuerza que dichos tratados les concedan. La reciprocidad afirmativa (art. 2102 segundo párrafo), la cual establece que en caso no exista tratado entre el país de donde proviene la sentencia extranjera y el nuestro, el fallo judicial extranjero tendrá la misma fuerza en el Perú, que la fuerza que en aquel país se den a las sentencias expedidas por los tribunales peruanos mientras que la reciprocidad negativa (art. 2103) consiste en negar el reconocimiento de una sentencia extranjera si proviene de un país que no reconoce las sentencias peruanas o si se revisa el fondo de la decisión expedida por los tribunales nacionales.

Este principio de la reciprocidad es el sustento del reconocimiento de sentencias judiciales en nuestro país desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en sus artículos 1155 al 1168, y de la doctrina del Derecho Internacional Privado, no así de los laudos. Es por ello que el CC exige que la reciprocidad se pruebe, a lo que el CPC ha respondido con la inversión de la carga de la prueba, estableciendo una presunción relativa de reciprocidad por lo que quien niegue la reciprocidad deberá probarla y no quien la afirme. Es decir, que quien solicite el *exequatur* no deberá probar la existencia de una reciprocidad legislativa ni afirmativa de parte del país de donde proviene la sentencia que desea sea homologada. La parte demandada es quien deberá probarlo para lo cual deberá acompañar la legislación de dicho país en ese sentido o decisiones de la judicatura negando fallos judiciales de los tribunales peruanos o revisando el fondo de lo decidido.

Además, de la presunción relativa a la que hemos hecho comentario, es necesario demostrar que el juez extranjero que conoció el proceso cuya sentencia se pretende reconocer, era competente según las normas de dicho país en materia de Derecho

Internacional Privado, así como a los principios generales de competencia procesal internacional no debiendo resolver sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.

Estas dos obligaciones que impone el legislador peruano sobre competencia son de obligatorio cumplimiento probatorio en un proceso de *exequatur* debiendo el juzgador nacional proceder a revisar las normas legales del país de procedencia de la sentencia, a efectos de tener la certeza que en razón del territorio y la materia el juez extranjero estaba habilitado para conocer el fondo de la controversia. No solo es necesario ello sino que el factor de conexión que habilite al juez extranjero a conocer dicha materia debe estar acorde con la legislación comparada, en el sentido de aplicar un criterio generalmente aceptado.

Así, por ejemplo, un caso de divorcio podrá aceptarse que el juez extranjero tenía competencia en razón del factor personal, sea este un factor de nacionalidad o de domicilio pero no podrá aceptarse una sentencia de divorcio en razón de un factor de conexión voluntario que permitió al juez extranjero conocer sobre dicha materia al no estar acorde con los principios generales de competencia procesal internacional.

Junto con la revisión del factor de conexión en materia de competencia del derecho internacional privado del país cuya sentencia se pretende reconocer es necesario revisar que no se trate de una materia de competencia exclusiva de los tribunales peruanos, ya que en ambos supuestos la sala superior deberá rechazar la solicitud de *exequatur*.

También deberá revisar el juzgador peruano que el procedimiento llevado a cabo en el exterior haya permitido a las partes el irrestricto derecho de defensa otorgándoseles las garantías de la tutela judicial efectiva, esto es el respeto a los principios de contradicción, audiencia, contar con abogado entre otros.

Las sentencias extranjeras tienen que tener el carácter de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso, por lo que no se podrán reconocer sentencias de procedimientos en trámite o aquellas en las que no haya transcurrido el plazo o los términos que la legislación extranjera determina para ello, para lo cual será necesario recurrir a la legislación de dicho Estado. En caso de duda el juez superior tiene la posibilidad de solicitar de oficio –vía Poder Ejecutivo– la obtención de los tribunales del Estado, cuya Ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia y el sentido de dicha ley.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

TOVAR GIL, María del Carmen; TOVAR GIL, Javier (1987): *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente; GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo (2007): *Código Civil Comentado. Comentarios a los artículos 2103, 2104 del CC*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.



**Artículo 839****Exclusión**

*No requiere seguir este proceso la actuación de exhortos y cartas rogatorias dirigidas por jueces extranjeros que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso.*

**CONCORDANCIAS:**

*C.P.C. art. 837.*

***Gonzalo García-Calderón Moreyra***

Es claro que se trata de una cooperación procesal de carácter internacional entre los Estados, para lo cual no se requiere de *exequatur* alguno.

La tramitación de exhortos, cartas rogatorias o suplicatorias o deprecatorias tienen por objeto efectuar notificaciones, emplazamientos o citaciones, recibir manifestaciones de partes, o tomar declaración a testigos, recabar y obtener información, solicitar documentación, realizar diligencias, como inspecciones oculares, cotejos, entre otros a personas que se encuentran fuera del lugar donde se encuentra la sede del proceso judicial.

Nuestro país forma parte de diversos tratados multilaterales en materia de Derecho Internacional Privado que cuentan con normas referidas a este tema. A saber: el Tratado de Montevideo de 1889 (art. 9 y ss. del Tratado de Derecho Procesal Internacional), el Código de Bustamante de 1928 (art 388 y ss.); y, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado llevada a cabo en Panamá en 1975 en donde se aprobó la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, la que fue motivo de un protocolo adicional en la segunda conferencia especializada llevada a cabo en Uruguay en 1979.

El procedimiento o tramitación formal se realiza de acuerdo a las normas procesales de cada Estado. Normalmente, el trámite es el siguiente: el Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) de un Estado parte recibe la solicitud de exhorto de otro Estado parte y lo transmite al órgano jurisdiccional competente para su diligenciamiento conforme a la ley interna que sea aplicable.

Una vez cumplido el exhorto o carta rogatoria, el órgano jurisdiccional dejará constancia de su cumplimiento y lo remitirá al ejecutivo, el cual certificará su cumplimiento y enviará la correspondiente documentación al Estado requirente, y este lo remita al órgano jurisdiccional que originalmente lo solicitó.

Adicionalmente a lo antes señalado, el artículo 10 de la Convención de Panamá de 1975 prescribe que “a solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse el exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuere contrario a la legislación del Estado requerido”.

Este apoyo interestatal de carácter jurisdiccional tiene como límite que la solicitud tenga un carácter ilícito, y que no atente contra el orden público internacional o las buenas costumbres. Este extremo es interesante de resaltar ya que estos conceptos dependen del país que califica la solicitud, siendo ideas abstractas que varían con el tiempo y de significado variable en los países miembros de la comunidad internacional.

Nuestro Libro X sobre Derecho Internacional Privado no ha definido estos conceptos dejándolo librado al criterio del juzgador, sin embargo es común aceptar que el orden público está constituido por una serie de principios o elementos fundamentales que conforman la esencia de un Estado y que no se puede aplicar normas extranjeras que violen o socaven esos principios fundamentales.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

TOVAR GIL, María del Carmen; TOVAR GIL, Javier (1987): *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente; GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo (2007): *Código Civil Comentado. Comentarios a los artículos 2103, 2104 del CC*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo III, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

**Artículo 840 | Entrega del expediente**

*Terminado el proceso, se entrega copia certificada del expediente al interesado, manteniéndose el original en el archivo de la sala.*

**CONCORDANCIA:**

*C.P.C. art. 139.*

***Marianella Ledesma Narváez***

Toda la actividad judicial que se desarrolle para el reconocimiento del laudo o sentencia está contenida en un expediente. Al finalizar el procedimiento del *exequatur* se procede a entregar copia certificada de lo actuado al interesado, reservándose en el archivo de la sala civil el original.

El expediente es calificado como una actuación administrativa sin carácter contencioso, por ello, en la doctrina se califica como expediente a todos los actos de jurisdicción voluntaria.

El expediente es el conjunto de papeles, documentos y otras pruebas o antecedentes. Contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Véase que en el caso del reconocimiento se entrega copia certificada del contenido del expediente, a diferencia de las pruebas anticipadas, que se entregan al solicitante el expediente –en original–, conservándose copia certificada de este en el archivo del juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del secretario de juzgado.

La norma hace referencia a la entrega de copias certificadas, esto es, la reproducción literal de los documentos de su original, dejando constancia de la autenticidad de ellos el secretario de la sala. Esto se explica porque en el supuesto de que se quiera obtener una copia de lo actuado, se pueda recurrir a los documentos archivados de esta.

Un aspecto que no se contempla en este procedimiento es el reembolso de las costas y costos. Aquí opera algunas situaciones a contemplar, como: a) es una condena que no requiere ser demandada y lo asume como regla general la parte vencida, esto presupone la existencia de un conflicto, donde hay un ganador y perdedor, por tanto las declaraciones no contenciosas estarían exoneradas de esa condena de gastos; b) tiene que haber una condena expresa para generar la ejecución

de esa prestación dineraria, bajo los alcances del artículo 689 del CPC; c) implica un reembolso del gasto realizado para hacer realidad el derecho reclamado.

En el caso del *exequatur* hay que apreciar dos situaciones contenidas en la declaración: a) que exista una condena proveniente de una sentencia extranjera que se busca su reconocimiento en sede nacional; en esa sentencia el juez extranjero puede haber dispuesto la condena de los gastos procesales; b) el reconocimiento de la sentencia extranjera en sede nacional genera un gasto procesal a reembolsar que tiene que ser declarado por la Sala Superior que hace la labor homologatoria teniendo en cuenta el contenido de la sentencia homologada, si fuere el caso.

En este último supuesto, la pregunta que surge se vincula con la instancia donde debe ejecutarse el cobro del gasto procesal derivado del *exequatur*. Si este gasto es proveniente de la declaración propia de la Sala frente al *exequatur* le corresponderá a la misma Sala como parte del reconocimiento, pero si ese gasto forma parte del contenido de la sentencia extranjera, cuya homologación se busca, la ejecución del gasto se hará conjuntamente con el contenido de las prestaciones acogidas en la sentencia, en el proceso de ejecución que se promueva a futuro.

#### BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

# ÍNDICE GENERAL

## TÍTULO IV

---

### PROCESO CAUTELAR

#### CAPÍTULO II

---

#### MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

##### SUBCAPÍTULO 1

##### MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

<b>Artículo 642</b>	Embargo <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	9
<b>Artículo 643</b>	Secuestro <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	18
<b>Artículo 644</b>	Identificación de los bienes embargados o secuestrados <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	24
<b>Artículo 645</b>	Extensión del embargo <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	28
<b>Artículo 646</b>	Embargo de bien en régimen de copropiedad <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	32

ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 647</b>	Secuestro de vehículo <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	35
<b>Artículo 647-A</b>	Secuestro conservativo sobre bienes informáticos <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	38
<b>Artículo 648</b>	Bienes inembargables <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	42
<b>Artículo 649</b>	Embargo en forma de depósito y secuestro <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	47
<b>Artículo 650</b>	Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	51
<b>Artículo 651</b>	Secuestro de bienes dentro de una unidad de producción o comercio <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	58
<b>Artículo 652</b>	Secuestro de títulos de crédito <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	61
<b>Artículo 653</b>	Cateo en el embargo en depósito o en el secuestro <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	64
<b>Artículo 654</b>	Retribución del custodio <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	67
<b>Artículo 655</b>	Obligaciones del depositario y del custodio <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	71
<b>Artículo 656</b>	Embargo en forma de inscripción <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	74
<b>Artículo 657</b>	Embargo en forma de retención <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	81
<b>Artículo 658</b>	Ejecución de la retención <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	85
<b>Artículo 659</b>	Falsa declaración del retenedor <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	88

<b>Artículo 660</b>	Doble pago	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	91
<b>Artículo 661</b>	Embargo en forma de intervención en recaudación	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	94
<b>Artículo 662</b>	Obligaciones del interventor recaudador	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	98
<b>Artículo 663</b>	Obligación especial	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	101
<b>Artículo 664</b>	Conversión de la recaudación	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	104
<b>Artículo 665</b>	Embargo en forma de intervención en información	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	107
<b>Artículo 666</b>	Obligaciones del interventor informador	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	110
<b>Artículo 667</b>	Ejecución de la intervención	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	112
<b>Artículo 668</b>	Responsabilidad en la intervención	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	114
<b>Artículo 669</b>	Embargo en forma de administración de bienes	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	117
<b>Artículo 670</b>	Conversión a administración de unidad de producción o comercio	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	121
<b>Artículo 671</b>	Obligaciones del administrador	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	125
<b>Artículo 672</b>	Ejecución de la conversión a administración	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	128
<b>Artículo 673</b>	Anotación de demanda en los Registros Públicos	
	<i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	131

**SUBCAPÍTULO 2**  
**MEDIDAS TEMPORALES**  
**SOBRE EL FONDO**

<b>Artículo 674</b>	Medida temporal sobre el fondo <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	136
<b>Artículo 675</b>	Asignación anticipada de alimentos <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	146
<b>Artículo 676</b>	Asignación anticipada y sentencia desfavorable <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	152
<b>Artículo 677</b>	Ejecución anticipada y cese inmediato de los actos lesivos en asuntos de familia e interés de menores <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	157
<b>Artículo 678</b>	Ejecución anticipada en la administración de bienes <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	163
<b>Artículo 679</b>	Ejecución anticipada en desalojo <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	169
<b>Artículo 680</b>	Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	174
<b>Artículo 681</b>	Ejecución anticipada en el interdicto de recobrar <i>Erick Veramendi Flores</i> .....	179

**SUBCAPÍTULO 3**  
**MEDIDAS INNOVATIVAS**

<b>Artículo 682</b>	Medida innovativa <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i> .....	185
<b>Artículo 683</b>	Interdicción <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i> .....	197
<b>Artículo 684</b>	Cautela posesoria <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i> .....	204



<b>Artículo 685</b>	Abuso de derecho <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i> .....	209
<b>Artículo 686</b>	Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i> .....	216

#### SUBCAPÍTULO 4

#### MEDIDA DE NO INNOVAR

<b>Artículo 687</b>	Prohibición de innovar <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i> .....	220
---------------------	-------------------------------------------------------------------	-----

### TÍTULO V

#### PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN

#### CAPÍTULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

<b>Artículo 688</b>	Títulos ejecutivos <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	232
<b>Artículo 689</b>	Requisitos comunes <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	246
<b>Artículo 690</b>	Legitimación y derecho de tercero <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	248
<b>Artículo 690-A</b>	Demanda <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	253
<b>Artículo 690-B</b>	Competencia <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	255
<b>Artículo 690-C</b>	Mandato ejecutivo <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	258
<b>Artículo 690-D</b>	Contradicción <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	264

## ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 690-E</b> Trámite <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	272
<b>Artículo 690-F</b> Denegación de la ejecución <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	277
<b>Artículo 691</b> Auto y apelación <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	279
<b>Artículo 692</b> Limitación cautelar <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	281
<b>Artículo 692-A</b> Señalamiento de bien libre y procedimiento de declaración de deudor judicial moroso <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i> .....	283

## CAPÍTULO II

---

### PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN

#### SUBCAPÍTULO 1

#### DISPOSICIONES ESPECIALES

<b>Artículo 693</b> Títulos ejecutivos <i>(DEROGADO)</i> .....	288
<b>Artículo 694</b> Admisibilidad <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	289
<b>Artículo 695</b> Ejecución de obligación de dar suma de dinero <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	292
<b>Artículo 696</b> Competencia <i>(DEROGADO)</i> .....	296

#### SUBCAPÍTULO 2

#### EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO

<b>Artículo 697</b> Mandato ejecutivo <i>(DEROGADO)</i> .....	297
<b>Artículo 698</b> Aseguramiento de la ejecución <i>(DEROGADO)</i> .....	297

Artículo 699	Denegación de la ejecución (DEROGADO) .....	297
Artículo 700	Contradicción (DEROGADO) .....	298
Artículo 701	Trámite (DEROGADO) .....	298
Artículo 702	Sentencia (DEROGADO) .....	298
Artículo 703	Señalamiento de bien libre (DEROGADO) .....	299

**SUBCAPÍTULO 3**

**EJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN  
DE DAR BIEN MUEBLE DETERMINADO**

Artículo 704	Procedencia <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	300
Artículo 705	Mandato ejecutivo <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	304
Artículo 705-A	Ejecución de la obligación <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	308

**SUBCAPÍTULO 4**

**EJECUCIÓN DE  
OBLIGACIÓN DE HACER**

Artículo 706	Procedencia <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	311
Artículo 707	Mandato ejecutivo <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	314
Artículo 708	Ejecución de la obligación, por un tercero <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	317
Artículo 709	Obligación de formalizar <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	320

**SUBCAPÍTULO 5**  
**EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES**  
**DE NO HACER**

<b>Artículo 710</b>	Procedencia <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	324
<b>Artículo 711</b>	Mandato ejecutivo <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	327
<b>Artículo 712</b>	Ejecución de la obligación por un tercero <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	330

**CAPÍTULO III**  
**EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES**  
**JUDICIALES**

<b>Artículo 713</b>	Títulos de ejecución <i>(DEROGADO)</i> .....	333
<b>Artículo 714</b>	Competencia <i>(DEROGADO)</i> .....	333
<b>Artículo 715</b>	Mandato de ejecución <i>Rolando Martel Chang</i> .....	334
<b>Artículo 716</b>	Ejecución de suma líquida <i>Rolando Martel Chang</i> .....	340
<b>Artículo 717</b>	Ejecución de suma ilíquida <i>Rolando Martel Chang</i> .....	343
<b>Artículo 718</b>	Contradicción <i>(DEROGADO)</i> .....	345
<b>Artículo 719</b>	Resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras <i>Rolando Martel Chang</i> .....	346

**CAPÍTULO IV**  
**EJECUCIÓN DE GARANTÍAS**

<b>Artículo 720</b>	Procedencia <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	351
---------------------	------------------------------------------------------------	-----

<b>Artículo 721</b>	Mandato de ejecución <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	363
<b>Artículo 722</b>	Contradicción <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	365
<b>Artículo 723</b>	Orden de remate <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	373
<b>Artículo 724</b>	Saldo deudor <i>Martín Alejandro Hurtado Reyes</i> .....	375

## CAPÍTULO V

### EJECUCIÓN FORZADA

#### SUBCAPÍTULO 1

#### DISPOSICIONES GENERALES

<b>Artículo 725</b>	Formas <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	383
<b>Artículo 726</b>	Intervención de otro acreedor <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	387
<b>Artículo 727</b>	Conclusión de la ejecución forzada <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	404

#### SUBCAPÍTULO 2

#### REMATE

<b>Artículo 728</b>	Tasación <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	412
<b>Artículo 729</b>	Tasación convencional <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	419
<b>Artículo 730</b>	Observación y aprobación <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	426
<b>Artículo 731</b>	Convocatoria <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	431

## ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 732</b>	Retribución del martillero <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	438
<b>Artículo 733</b>	Publicidad <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	443
<b>Artículo 734</b>	Contenido del aviso <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	449
<b>Artículo 735</b>	Requisito para ser postor <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	455
<b>Artículo 736</b>	Reglas comunes al remate <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	460
<b>Artículo 737</b>	Acto de remate <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	466
<b>Artículo 738</b>	Acta de remate <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	470
<b>Artículo 739</b>	Transferencia de inmueble y destino del dinero obtenido <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	475
<b>Artículo 740</b>	Transferencia de mueble y destino del dinero obtenido <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	482
<b>Artículo 741</b>	Incumplimiento del adjudicatario <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	486
<b>Artículo 742</b>	Nuevas convocatorias <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	492
<b>Artículo 743</b>	Nulidad del remate <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i> .....	497

### SUBCAPÍTULO 3

### ADJUDICACIÓN

<b>Artículo 744</b>	Adjudicación en pago <i>Luis Alberto Liñán Arana</i> .....	501
<b>Artículo 745</b>	Concurrencia de adjudicatarios <i>Luis Alberto Liñán Arana</i> .....	505

**SUBCAPÍTULO 4**

**PAGO**

<b>Artículo 746</b>	Liquidación <i>Luis Alberto Liñán Arana</i> .....	507
<b>Artículo 747</b>	Pago al ejecutante <i>Luis Alberto Liñán Arana</i> .....	510
<b>Artículo 748</b>	Concurrencia de acreedores <i>Luis Alberto Liñán Arana</i> .....	513

**SECCIÓN SEXTA**

**PROCESOS NO CONTENCIOSOS**

**TÍTULO I**

**DISPOSICIONES GENERALES**

<b>Artículo 749</b>	Procedimiento <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	517
<b>Artículo 750</b>	Competencia <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	526
<b>Artículo 751</b>	Requisitos y anexos de la solicitud <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	529
<b>Artículo 752</b>	Inadmisibilidad o improcedencia <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	530
<b>Artículo 753</b>	Contradicción <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	531
<b>Artículo 754</b>	Trámite <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	532
<b>Artículo 755</b>	Procedencia de la apelación <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	534

<b>Artículo 756</b>	Trámite de la apelación con efecto suspensivo <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	535
<b>Artículo 757</b>	Trámite de la apelación sin efecto suspensivo <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	536
<b>Artículo 758</b>	Plazos especiales del emplazamiento <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	537
<b>Artículo 759</b>	Intervención del Ministerio Público <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	538
<b>Artículo 760</b>	Regulación supletoria <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	540
<b>Artículo 761</b>	Improcedencias <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	541
<b>Artículo 762</b>	Ejecución <i>Elisban Dante Mamani Laurente</i> .....	542

## TÍTULO II

---

### DISPOSICIONES ESPECIALES

#### SUBCAPÍTULO 1

#### INVENTARIO

<b>Artículo 763</b>	Procedencia del inventario <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	543
<b>Artículo 764</b>	Audiencia de inventario <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	546
<b>Artículo 765</b>	Inclusión de bienes <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	547
<b>Artículo 766</b>	Exclusión de bienes <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	548
<b>Artículo 767</b>	Valorización <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	550
<b>Artículo 768</b>	Protocolización y efectos <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i> .....	551



**SUBCAPÍTULO 2**  
**ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**  
**DE BIENES**

<b>Artículo 769</b>	Procedencia <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	553
<b>Artículo 770</b>	Objeto <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	556
<b>Artículo 771</b>	Legitimidad activa <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	558
<b>Artículo 772</b>	Nombramiento <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	560
<b>Artículo 773</b>	Atribuciones <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	563
<b>Artículo 774</b>	Obligaciones <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	566
<b>Artículo 775</b>	Prohibiciones <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	568
<b>Artículo 776</b>	Autorización judicial <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	569
<b>Artículo 777</b>	Subrogación <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	571
<b>Artículo 778</b>	Retribución <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	573
<b>Artículo 779</b>	Conclusión de la administración <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	575
<b>Artículo 780</b>	Norma especial <i>Mario Diez Canseco Carranza</i> .....	577

**SUBCAPÍTULO 3**  
**ADOPCIÓN**

<b>Artículo 781</b>	Procedencia de la adopción <i>Juan Carlos del Aguila Llanos</i> .....	579
---------------------	--------------------------------------------------------------------------	-----

## ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 782</b>	Admisibilidad <i>Juan Carlos del Aguila Llanos</i> .....	583
<b>Artículo 783</b>	Audiencia <i>Juan Carlos del Aguila Llanos</i> .....	588
<b>Artículo 784</b>	Ejecución <i>Juan Carlos del Aguila Llanos</i> .....	592
<b>Artículo 785</b>	Ineficacia de la adopción <i>Juan Carlos del Aguila Llanos</i> .....	596

### SUBCAPÍTULO 4

#### AUTORIZACIÓN PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

<b>Artículo 786</b>	Procedencia <i>María Isabel Sokolich Alva</i> .....	600
<b>Artículo 787</b>	Ministerio Público <i>María Isabel Sokolich Alva</i> .....	608
<b>Artículo 788</b>	Medios probatorios <i>María Isabel Sokolich Alva</i> .....	609
<b>Artículo 789</b>	Formalización de la autorización <i>María Isabel Sokolich Alva</i> .....	610

### SUBCAPÍTULO 5

#### DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN, AUSENCIA O MUERTE PRESUNTA

<b>Artículo 790</b>	Procedencia <i>Yuri Vega Mere</i> <i>Elizabeth Narváez Alor</i> .....	611
<b>Artículo 791</b>	Requisitos especiales <i>Yuri Vega Mere</i> <i>Elizabeth Narváez Alor</i> .....	617
<b>Artículo 792</b>	Notificación <i>Yuri Vega Mere</i> <i>Elizabeth Narváez Alor</i> .....	618

<b>Artículo 793</b>	Sentencia fundada <i>Yuri Vega Mere</i> <i>Elizabeth Narváez Alor</i> .....	619
<b>Artículo 794</b>	Reconocimiento de presencia y existencia <i>Yuri Vega Mere</i> <i>Elizabeth Narváez Alor</i> .....	620

**SUBCAPÍTULO 6**

**PATRIMONIO FAMILIAR**

<b>Artículo 795</b>	Legitimación activa y beneficiarios <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	621
<b>Artículo 796</b>	Admisibilidad <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	629
<b>Artículo 797</b>	Notificación por diario o, en su defecto, edictal <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	632
<b>Artículo 798</b>	Ministerio Público <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	634
<b>Artículo 799</b>	Audiencia <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	636
<b>Artículo 800</b>	Modificación y extinción <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	638
<b>Artículo 801</b>	Formalización <i>Benjamín Aguilar Llanos</i> .....	641

**SUBCAPÍTULO 7**

**OFRECIMIENTO DE PAGO  
Y CONSIGNACIÓN**

<b>Artículo 802</b>	Procedencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	643
<b>Artículo 803</b>	Requisitos y anexos del ofrecimiento judicial <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	646

## ÍNDICE GENERAL

---

<b>Artículo 804</b>	Forma del ofrecimiento judicial de pago <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	648
<b>Artículo 805</b>	Falta de contradicción y audiencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	649
<b>Artículo 806</b>	Caso excepcional <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	653
<b>Artículo 807</b>	Consignación <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	655
<b>Artículo 808</b>	Venta <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	660
<b>Artículo 809</b>	Contradicción y audiencia <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	662
<b>Artículo 810</b>	Contradicción parcial <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	662
<b>Artículo 811</b>	Ofrecimiento extrajudicial <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	664
<b>Artículo 812</b>	Consignaciones periódicas o sucesivas <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	666
<b>Artículo 813</b>	Improcedencia en las consignaciones periódicas o sucesivas <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	666
<b>Artículo 814</b>	Consignación judicial sin efecto de pago <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	668
<b>Artículo 815</b>	Costas y costos <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	670
<b>Artículo 816</b>	Retiro de la consignación <i>Jorge Alberto Beltrán Pacheco</i> .....	670

### SUBCAPÍTULO 8

### COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO

<b>Artículo 817</b>	Procedencia y legitimación activa <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	672
---------------------	------------------------------------------------------------------------------	-----

<b>Artículo 818</b>	Requisitos y anexos <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	676
<b>Artículo 819</b>	Presentación y constatación previa <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	678
<b>Artículo 820</b>	Emplazamiento complementario <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	680
<b>Artículo 821</b>	Medios probatorios <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	681
<b>Artículo 822</b>	Improcedencia de contradicción <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	685
<b>Artículo 823</b>	Resolución y efectos de la misma <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	686
<b>Artículo 824</b>	Solicitud rechazada <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	687
<b>Artículo 825</b>	Disposiciones especiales <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	688

### SUBCAPÍTULO 9

#### INSCRIPCIÓN Y RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

<b>Artículo 826</b>	Procedencia <i>Gloria Amparo Salvatierra Valdivia</i> .....	690
<b>Artículo 827</b>	Legitimidad activa <i>Gloria Amparo Salvatierra Valdivia</i> .....	699
<b>Artículo 828</b>	Publicación <i>Gloria Amparo Salvatierra Valdivia</i> .....	702
<b>Artículo 829</b>	Trámite especial <i>Gloria Amparo Salvatierra Valdivia</i> .....	705

**SUBCAPÍTULO 10**  
**SUCESIÓN INTESTADA**

<b>Artículo 830</b>	Procedencia <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	708
<b>Artículo 831</b>	Admisibilidad <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	710
<b>Artículo 832</b>	Legitimación pasiva <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	711
<b>Artículo 833</b>	Notificación edictal e inscripción registral <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	712
<b>Artículo 834</b>	Inclusión de otro heredero y audiencia <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	714
<b>Artículo 835</b>	Ministerio Público <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	715
<b>Artículo 836</b>	Ejecución <i>Juan Olavarría Vivian</i> .....	715

**SUBCAPÍTULO 11**  
**RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES**  
**JUDICIALES Y LAUDOS EXPEDIDOS**  
**EN EL EXTRANJERO**

<b>Artículo 837</b>	Competencia <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> .....	716
<b>Artículo 838</b>	Presunción relativa <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> .....	719
<b>Artículo 839</b>	Exclusión <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> .....	721
<b>Artículo 840</b>	Entrega del expediente <i>Marianella Ledesma Narváez</i> .....	723
Índice general.....		725