



DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS
DE GACETA JURÍDICA

MANUAL DEL PROCESO CIVIL

TODAS LAS FIGURAS PROCESALES
A TRAVÉS DE SUS FUENTES
DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

TOMO II

MANUAL DEL PROCESO CIVIL
TODAS LAS FIGURAS PROCESALES A TRAVÉS DE SUS
FUENTES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS
DE GACETA JURÍDICA

MANUAL DEL PROCESO CIVIL

TODAS LAS FIGURAS PROCESALES
A TRAVÉS DE SUS FUENTES
DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

TOMO II



AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe



MANUAL DEL PROCESO CIVIL
Todas las figuras procesales a través
de sus fuentes doctrinarias
y jurisprudenciales
TOMO II

PRIMERA EDICIÓN
ABRIL 2015
4,440 ejemplares

© *División de Estudios*
Jurídicos de Gaceta Jurídica

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2015-04845

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-243-1
ISBN TOMO II: 978-612-311-245-5
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221500441

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hildago Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Miguel Ángel Salinas Arica

GACETA JURÍDICA S.A.

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

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

CAPITULO XXVIII

POSTULACION DEL PROCESO: DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

1. CUESTION PRELIMINAR: LA ETAPA POSTULATORIA O INTRODUCTORIA DEL PROCESO

Según Monroy Gálvez, la etapa del proceso llamada postulatoria (denominada en doctrina también como fase introductoria del proceso) “... es aquella en la que los contendientes presentan el (sic -léase al-) órgano jurisdiccional los temas que van a ser materia de argumentación, prueba y persuasión durante el proceso, sea porque se quiere el amparo de la pretensión o porque se busca su rechazo a través de la defensa ...” (MONROY GALVEZ, 1993: 351-352).

Enrique Falcón señala al respecto que “la etapa introductiva se desarrolla por una petición que una parte a la que llamamos actora, y esta petición que contiene una pretensión, se traslada a la parte demandada, la cual puede asumir distintas posiciones, y en cada una de ellas, el proceso tendrá una variante diversa. De la conclusión de estas distintas posiciones, surgirá la confrontación existente que será el elemento necesario para determinar en la etapa siguiente o sea la probatoria, cuáles son los elementos o los hechos que deben ser corroborados. Además esta etapa introductoria así formada enmarcará, en cuanto a los hechos, el límite en el cual el juzgador puede conocer. Como particularidad de esta etapa introductiva, está la agregación de la prueba documental que debe realizarse en ella ...” (FALCON, 1978: 151-152).

Azula Camacho dice de la fase introductiva del proceso ordinario (proceso tipo o común) lo siguiente:

“... La *fase introductiva* (está) integrada por los actos propios para trabar la relación jurídica procesal, constituida por la demanda, su admisión, la vinculación al demandado mediante la notificación y el traslado, destinado principalmente a contestarla.

Las actuaciones principales están constituidas por la demanda y su contestación, ya que en ella se fijan los puntos materia del debate y, por tanto, de la decisión” (AZULA CAMACHO, 1995, Tomo III: 6).

Monroy Gálvez predica que los objetivos que el legislador ha querido se obtengan a través de la Sección postulatoria del proceso son los siguientes:

a) *Proponer pretensiones y defensas.*- Este primer objetivo reitera el propósito tradicional de la llamada etapa postulatoria: ser el momento para que las partes presenten sus proposiciones, las que durante el transcurso del proceso serán debatidas y, posteriormente, reconocidas o rechazadas por el juzgador.

b) *Exigir preliminarmente el cumplimiento de los requisitos para una relación procesal válida.*- (...).

(...)

Este nuevo objetivo de la postulación, le impone al juez el deber de revisar el cumplimiento por parte del demandante de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda (...). Esta revisión preliminar que realiza el juez, no cancela el tema de la validez de la relación procesal, sin embargo, constituye un aporte considerable al propósito de sanear en momento oportuno la relación procesal.

c) *Sanear la relación procesal por acto del juez o exigencia de las partes* (...).

(...)

d) *Provocar la conciliación* (...).

e) *Precisar los puntos controvertidos.*- (...) el juez está apto para, con la ayuda de las partes, fijar cuáles son los hechos respecto de los cuales las partes van a contender. El propósito es evitar que el proceso discurra respecto de la prueba de hechos que las partes no discuten y, consecuentemente, permite que el juez identifique con precisión los hechos sobre los cuales deberá centrar su apreciación para resolver la controversia.

f) *Juzgar anticipadamente el proceso* (...).

g) *Crear las condiciones de desarrollo normal del proceso ...*” (MONROY GALVEZ, 1993: 354-357).

2. CONCEPTO DE DEMANDA

En palabras de Ovalle Favela, “con la demanda se inicia el proceso, en su primera o única instancia (...). A través de ella, el demandante somete su pretensión al juzgador, a quien solicita una sentencia favorable” (OVALLE FAVELA, 1980: 47).

Gimeno Sendra entiende por demanda al “... acto procesal escrito de postulación del demandante por el que se ejercita, ante el órgano jurisdiccional competente, el derecho de acción y se interpone, frente al demandado, la pretensión” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo I: 292).

Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar catalogan a la demanda como “... el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y se interpone completamente la pretensión” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 181).

Prieto-Castro y Ferrándiz sostiene que “... la demanda es un escrito que por sí mismo incoa un proceso y suministra al órgano jurisdiccional los elementos para la resolución, desde el punto de vista del actor. Esta es la *demanda completa*, normalmente exigida por la ley, y se diferencia de la demanda como mero *escrito preparatorio* o de incoación de un proceso, en que esta clase de demanda es la propia de los procesos ajustados al principio de la oralidad (en su pureza), donde todos los materiales se han de aportar en la comparecencia de las partes o vista” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1980, Volumen 1: 128).

Según Lino Palacio:

“... (La demanda) (...) no implica *necesariamente* el planteamiento de un conflicto suscitado entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia de fondo que lo dirima, sino que se configura, simplemente, con motivo de la decisión formulada ante un órgano judicial, por una persona distinta de éste, a fin de que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso.

En otras palabras, mientras la pretensión implica, forzosamente, el reclamo de una decisión de fondo, la demanda constituye una petición encaminada a lograr la iniciación de un proceso, a cuyo efecto quien la formula ejerce y agota el derecho de acción que le compete” (PALACIO, 1977, Tomo IV: 281-282).

En relación a la demanda, Monroy Gálvez anota lo siguiente:

“... Este acto jurídico podemos definirlo como una declaración de voluntad a través de la cual un pretensor expresa su pedido de tutela jurídica

al Estado y, a su vez, manifiesta su exigencia al pretendido respecto de un interés sustentado en un derecho subjetivo, es decir, con relevancia jurídica.

(...)

(...) La demanda es el instrumento procesal a través del cual se ejercita el derecho de acción. Asimismo, es el medio a través del cual se inicia el proceso, es decir, empieza esa compleja trama de relaciones jurídicas destinadas a obtener una solución del conflicto de intereses.

(...) La demanda es la manifestación concreta del principio de la iniciativa privada, es decir, aquel que nos enseña que un proceso no puede empezar por decisión del órgano jurisdiccional, sino por interés directo del titular del derecho que sustenta la pretensión o exigencia” (MONROY GALVEZ, 1996, Tomo I: 274-275).

Alsina expresa sobre la figura jurídica que nos ocupa que “... por demanda se entiende toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés. Desde este punto de vista ninguna distinción cabe hacer entre la petición del actor que ejercita una acción o la del demandado que opone una defensa, porque en ambos casos se reclama la protección del órgano jurisdiccional fundada en una disposición de la ley” (ALSINA, 1961, Tomo III: 23). El citado tratadista agrega que “... dentro del concepto procesal estricto, la palabra demanda se reserva para designar con ella el acto inicial de la relación procesal, ya se trate de un juicio ordinario o de un juicio especial, es decir, la primera petición que resume las pretensiones del actor. Puede definírsela entonces como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del tribunal la protección, la declaración o la constitución de una situación jurídica. Según sea, en efecto, la naturaleza de la acción deducida, la demanda será de condena, declarativa o constitutiva” (ALSINA, 1961, Tomo III: 23-24).

El Código Procesal Civil regula lo relativo a la demanda, principalmente, en el Título I (“Demanda y emplazamiento”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la concepción de la demanda, ha establecido lo siguiente: “... La demanda constituye uno de los actos procesales fundamentales, con la que el proponente no sólo acciona para hacer valer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino también plantea su pretensión procesal, con cuya admisión a trámite se va a generar el proceso y consecuentemente una relación jurídico-procesal entre el actor y demandado...”

(Casación Nro. 1183-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, pág. 20509).

3. CARACTERISTICAS DE LA DEMANDA

Azula Camacho considera que la demanda reviste estas características:

- a) *Es un acto introductorio*, por cuanto con ella se da comienzo al proceso. La demanda, por ser acto introductorio, es, precisamente, el medio indispensable para ejercer la acción, pero no se confunde con ésta. La acción (...) es el derecho de poner en actividad la rama judicial para que surta el proceso, mientras que el acto propio e idóneo para hacerlo es la demanda.
- b) *Es un acto de postulación*. Postulación, en su acepción más amplia, es la facultad de pedir al funcionario judicial tutela jurídica, la cual se le formula y él se pronuncia o la considera en la sentencia, previo el correspondiente proceso, cuyo comienzo se da con la demanda, en donde se encuentra la pretensión.
- c) *Es un acto declarativo*, porque consiste en una manifestación, entendida como ‘la exteriorización de la voluntad mediante signos del lenguaje’ (...).
- d) *Es un acto de parte*, porque sólo quien tiene esa calidad está legitimado para instaurar la demanda y adoptar por esa circunstancia el carácter de demandante” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo I: 347).

4. MODIFICACION Y CAMBIO DE LA DEMANDA

Sobre el particular, Alsina expresa que “... antes de contestada la demanda, el actor puede (...) modificarla, restringiendo o ampliando sus pretensiones. Después de contestada la demanda, (...) no podrá modificarla porque se opone a ello el principio de preclusión (...) de acuerdo con el cual la sentencia debe referirse a lo expuesto en la demanda y en la contestación...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 28-29). El mencionado tratadista precisa que, “... en cuanto a los sujetos, habrá cambio (de demanda) cuando se incorporen otros nuevos a la relación procesal, o se modifique la situación jurídica de los que actúen como partes. Respecto del objeto, la modificación puede consistir en el cambio de la cosa demandada o de la naturaleza del pronunciamiento que se pretenda. En cuanto a la causa, habrá cambio cuando se invoque un título distinto, pero sin que el simple cambio de punto de vista jurídico importe diversidad de acciones” (ALSINA, 1961, Tomo III: 29). Alsina termina distinguiendo entre cambio y modificación de demanda diciendo que “la alegación de un hecho puede importar, unas veces, cambio de demanda

(o de la excepción), y otras, una simple modificación. Habrá cambio cuando el actor invoque un título distinto (primero una donación, luego una compraventa) o el demandado varíe su excepción (primero pago, luego remisión de la deuda), o cuando del hecho posteriormente alegado pueda deducirse una pretensión jurídica distinta (cambio de prestación). Habrá sólo modificación cuando, sin modificar la pretensión, se invoque un nuevo motivo de sustentación (hechos confirmatorios o corroborantes)” (ALSINA, 1951: 32).

En opinión de Aldo Bacre:

“... Hay *transformación de la demanda*, cuando la misma, conservando todos sus efectos materiales y procesales de su interposición, sufre alteraciones que no modifican su contenido o su objeto litigioso.

Es decir, la demanda se *transforma* cuando se alteran sus fundamentos, sin cambiar la causa de la pretensión ni el objeto del litigio (...).

Por el contrario, habrá *cambio de demanda* cuando se *sustituye una demanda por otra, desapareciendo la primera con todos sus efectos*. Ello se produce cuando la mutación se concreta sobre los *sujetos*, la *causa* o el *objeto* del juicio.

El cambio de sujetos se refiere al carácter de parte material o legitimación o sea al carácter de titular del derecho. El cambio de designación del sujeto procesal no alcanza a operar un cambio de demanda, en cuanto (...) la titularidad del bien objeto del proceso sigue siendo la misma, por ejemplo, si demandada una persona, manifiesta que el titular del derecho es otro (...).

(...)

En cuanto *al cambio de causa*, la afirmación de hechos nuevos o distintos que se agregan a los anteriores o los modifican de tal manera que alteren *la causa de la pretensión*, implicará cambio de demanda y no transformación (...).

En cuanto *al cambio del objeto*, se da si se varía la naturaleza del pronunciamiento que se solicita, importando un cambio de demanda” (BACRE, 1996, Tomo II: 364-365).

Al respecto, Gozaíni expone lo siguiente:

“... La transformación de la demanda con libertad se limita hasta el momento en que sea notificada. Hasta aquí, la mudanza en la pretensión, o en

la causa de pedir, o en las personas contra quienes la demanda se dirige, no tienen cortapisas especiales, aún cuando la innovación sea absoluta.

En consecuencia, una vez comunicada la pretensión, la demanda no puede alterar ninguno de sus componentes objetivos, sea por modificación de la base fáctica que la sustenta, sea por el objeto inmediato o mediato; sin importar que en el escrito de postulación se haya reservado el derecho de cambio, pues los derechos no se reservan, sino, se ejercitan.

(...)

Modificar supone, semánticamente, un concepto restringido del transformar, en tanto el último permitiría, además, el cambio. Es decir, no hay modificación cuando la demanda se altera totalmente en sus elementos, sino cambio de aquélla. Por su parte, la transformación puede ser cuantitativa (ampliación o reducción del monto reclamado) o cualitativa (cuando incide en el objeto o causa de pedir)” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 2: 504-505).

El indicado jurista argentino señala, además, que:

“En el curso del proceso pueden suscitarse modificaciones en las circunstancias que dieron vida a la demanda que, por su gravitación en el interés de las partes, deciden la suerte de algunos elementos que identifican la pretensión.

(...)

Con relación a los *sujetos* puede obedecer al fenómeno de simple sucesión de la parte (transmitiendo los derechos al sucesor) o por la sucesión o ampliación del elemento subjetivo del objeto. El primero no es un supuesto de transformación porque no repercute en la pretensión, en cambio puede serlo en el restante.

(...)

La *sustitución de parte* trae como consecuencia para quien se presenta, asumir adhesivamente la misma posición que tenía el litigante primitivo (...).

La *modificación del objeto* se vincula con la ‘cosa demandada’, circunstancia que obliga a ponderar el *thema decidendum* inicial para evitar la manipulación inadecuada de la alteración, ante el riesgo de vulnerar el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio.

(...)

Con la *modificación de la causa petendi* se distingue en que (...) cambia el hecho constitutivo que califica la pretensión y el encuadre con la relación jurídica que se invoca.

(...)

Otros supuestos de modificación se dan en la corrección de errores materiales, sin que tenga para ello obstáculos el actor que aún no notificó su demanda. El podrá introducir enmiendas o aclaraciones en el error incurrido en esas condiciones.

(...) Esta modalidad no será posible una vez comunicada la acción, pero ello debe entenderse como aplicable cuando lo alterado en la demanda incoada pueda resentir las posibilidades de defensa y contestación a la demanda; mas no, en tanto se indique su disposición para resguardar un aspecto formal, o un probable perjuicio, cuando del análisis del caso no resulte derecho que se resienta ni lesión que se produzca” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 2: 507-509).

El Código Procesal Civil norma lo relativo a la modificación de la demanda en su artículo 428, desprendiéndose del primer y último párrafos de dicho precepto legal que el demandante está facultado para modificar la demanda hasta tanto no se produzca su notificación a la contraparte, siendo posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio. Le corresponde igual derecho de modificación al demandado que formula reconvencción, vale decir, el último de los nombrados está autorizado para efectuar modificaciones a la reconvencción que hubiere planteado contra el accionante.

El mencionado cuerpo de leyes, acerca de la modificación de la demanda, establece también que:

- El emplazamiento válido con la demanda produce como efecto el que el petitorio no puede ser modificado fuera de los casos permitidos en el Código Procesal Civil (art. 438 -inc. 2)- del C.P.C.).
- En los procesos no contenciosos resulta improcedente la modificación de la solicitud no contenciosa (que, en puridad, no se trata de una demanda). Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 761 -inc. 6)- del Código Procesal Civil.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la modificación de la demanda, ha establecido lo siguiente: “... Cuando el artículo 428 del Código Procesal Civil [...] regula la modificación de la demanda, ello esta [sic -léase ello

está-] referido a la modificación del petitorio, a los fundamentos de hecho, fundamentación de derecho y medios probatorios de naturaleza relevante que constituyan una modificación evidente en la pretensión así como el hecho de ampliar la cuantía de lo pretendido siempre que en la demanda se hubiese reservado tal derecho...” (Casación Nro. 4508-2006 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, págs. 21953-21954).

5. AMPLIACION DE LA DEMANDA

En opinión de Gozáini:

“La ampliación, genéricamente entendida, responde a la conveniencia de concentrar actos procesales que propicien la plena vigencia del principio de economía; por ello, en algunos casos, se consideran comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido, sustanciando los nuevos, únicamente, con un traslado a la otra parte.

La transformación de la demanda por ampliación puede darse en los siguientes casos:

- a) Con la acumulación inicial de pretensiones (...).
- b) Ampliando la cuantía o reduciendo el monto pedido inicialmente (transformación cuantitativa), sin que ello signifique ir contra el principio de preclusión y consumación de los actos procesales, dado que no influye en el derecho de fondo que cada litigante sustenta en su posición jurídica.
- c) Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción ocurriese o llegare a conocimiento de las partes algún hecho que tenga relación con la cuestión que ventila el proceso en trámite, pueden alegarlo (...).

Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tiende a confirmar, complementar o desvirtuar su causa...” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 2: 510).

El mencionado jurista argentino señala, además, lo siguiente:

“La demanda iniciada puede ampliarse cuantitativamente siempre que la relación jurídica (obligación) que motiva el reclamo adicional sea la misma, y por ella, hubieran vencido nuevos plazos o cuotas posteriores a la promoción del juicio y anteriores a la sentencia.

Se aprecia que, bajo este enclave, la transformación cuantitativa de la demanda reposa en la identidad de la causa obligacional, e impone límites temporales para su petición. Así, mientras la movilidad del objeto pretendido se verifica en todo tiempo anterior a la modificación de la demanda, la ampliación de las sumas reclamadas está pensada para supuestos posteriores a la comunicación y anteriores al llamado de autos para dictar sentencia” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 2: 513-514).

El Código Procesal Civil regula lo relativo a la ampliación de la demanda en su artículo 428, en cuyo segundo párrafo se señala que puede (el demandante) ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho (por lo general en un otrosí digo del escrito de demanda). A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte (es decir, no se retrotrae el proceso a causa de la ampliación de la demanda). Como se observa, la ampliación de la demanda resulta procedente si se solicita en momento anterior a la expedición de la sentencia y si se ha hecho reserva del aludido derecho en el escrito de demanda. La ampliación de la demanda -según se aprecia- está referida a la cuantía de la pretensión (que es incrementada por el actor) y se basa en el vencimiento de nuevos plazos o cuotas derivadas de la misma relación obligacional.

Es de destacar que, conforme se desprende del último párrafo del artículo 428 del Código Procesal Civil, el demandado también se encuentra autorizado para ampliar la cuantía de la pretensión contenida en la reconvención que eventualmente formule contra el demandante.

Además, debe tenerse presente que en los procesos no contenciosos resulta improcedente la ampliación de la cuantía de la solicitud no contenciosa (que, en puridad, no se trata de una demanda). Ello con arreglo a lo previsto en el artículo 761 -inc. 6)- del Código Procesal Civil.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, acerca de la ampliación de la demanda, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente:

- “... Es menester entender lo que prescribe el artículo cuatrocientos veintiocho del Código adjetivo [C.P.C.], referido a que el demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada; puede también ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho; [...] ello conlleva a concluir

que solamente se pueden presentar a cobro las cuotas que hayan vencido después de la interposición de la demanda y no antes, pues de lo contrario se llegaría a desnaturalizar la norma procesal antes mencionada [art. 428 del C.P.C.], pues para ello se prescribe que al momento de interponer la demanda se deben presentar todos los medios probatorios que se tiene, con la salvedad de aquellos que se enmarcan dentro de lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Civil; [...] las cuotas comprendidas en la ampliación de la cuantía corresponden [...] con anterioridad a la interposición de la demanda y no constituyen nuevas cuotas originadas de la misma relación obligacional por lo que dicha ampliación no se encuentra contenida dentro del supuesto contemplado por el artículo cuatrocientos veintiocho del Código adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 2308-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8512).

- “... Respecto a la falta de legitimidad para obrar del abogado para ampliar el monto de la demanda, se debe precisar que el Artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Civil, distingue dos situaciones diferentes, toda vez que la modificación implica un cambio de los hechos expuestos, al ofrecimiento de medios probatorios o a la modificación de la pretensión, mientras que la ampliación está referida a la cuantía de la pretensión; (...) en consecuencia, el abogado tenía la posibilidad de aumentar el monto de la pretensión en función a como vayan venciendo los documentos cartulares que derivaron de una misma relación obligacional...” (Casación Nro. 3325-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-2000, pág. 5074).

6. OFRECIMIENTO DE MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORANEOS

Al respecto, cabe indicar, en principio, que el actor debe ofrecer sus medios probatorios en la demanda (arts. 424 -inc. 9)- y 425 -inc. 5)- del C.P.C.) y el demandado tiene que hacer lo propio en el escrito de contestación de demanda (art. 442 -inc. 5)- del C.P.C.), el mismo que eventualmente puede contener una reconvencción, por lo que también se acompañará a este último escrito los medios probatorios respectivos (art. 445 del C.P.C.). Sin embargo, conforme lo autoriza el primer párrafo del artículo 429 del Código Procesal Civil, el demandante puede ofrecer los medios de prueba que estime pertinentes referidos a hechos nuevos (se entiende que son hechos distintos a los consignados en la demanda e invocados ya sea por la parte contraria o por el propio demandante) y a hechos alegados por el demandado en su escrito de contestación de demanda (como fundamento fáctico de la contestación de la demanda o de la reconvencción propuesta conjuntamente con tal contestación).

El primer párrafo del artículo 429 del Código Procesal Civil guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 440 del Código Procesal Civil (que versa sobre la posibilidad de ofrecer medios de prueba referidos a hechos no invocados en la demanda o reconvención), según el cual, cuando al contestarse la demanda o la reconvención se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho. Como se observa, el artículo 440 del Código Procesal Civil faculta al interesado a aportar los medios de prueba que considere pertinentes en momento procesal distinto al indicado en el párrafo precedente, siempre que se refieran a hechos no consignados en la demanda o en la reconvención. Así tenemos que, según se infiere del citado precepto legal, si al contestarse la demanda o la reconvención, si la hubiere, se alegan hechos distintos a los señalados en la demanda o en la reconvención, el demandante o el demandado, respectivamente, tienen la potestad de ofrecer los medios de prueba relacionados con los mencionados hechos no invocados en la demanda o en la reconvención, siempre y cuando lo hagan dentro del plazo establecido en cada vía procedimental, que de ninguna manera excederá de los diez días siguientes a la notificación de la contestación de la demanda o de la reconvención. El indicado plazo es de 10 días en el caso de los procesos de conocimiento (art. 478 -inc. 6)- del C.P.C.) y de 5 días, tratándose de los procesos abreviados (art. 491 -inc. 6)- del C.P.C.). En lo que atañe a los procesos únicos de ejecución, cabe señalar que el Código Procesal Civil omite toda regulación sobre el particular, aunque, atendiendo a la especial naturaleza de dicha clase de proceso civil y a la simplicidad de su trámite, es fácil suponer que no es viable el ofrecimiento de medios de prueba referidos a hechos no invocados en la demanda. Tratándose de los procesos no contenciosos, la regla prevista en el artículo 429 del citado Código adjetivo deviene en inaplicable, tanto más si el inciso 6) del artículo 761 del Código Procesal Civil proclama su improcedencia en la referida clase de procesos.

Puntualizamos que, según se colige del último párrafo del artículo 429 del Código Procesal Civil, si la prueba que ofreciera el actor (referida a hechos nuevos y a hechos invocados por el demandado al contestar la demanda o reconvenir) fuese una documental, entonces, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso correrá traslado al demandado para que dentro de cinco días se pronuncie sobre su autenticidad o la falta de ella, si los documentos en cuestión fueron otorgados, extendidos o elaborados por él.

En relación al tema que nos ocupa, resulta conveniente tener en cuenta, además, lo dispuesto en los artículos 374 y 394 del Código Procesal Civil, que regulan, respectivamente, el ofrecimiento de medios de prueba en la apelación de sentencias y durante el trámite del recurso de casación.

Por último, cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos, ha establecido lo siguiente:

- “... Si bien es cierto que de conformidad con el Artículo ciento ochentinueve del Código adjetivo, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es permisible, que el juzgador admita pruebas con posterioridad a esta etapa procesal, incluso actuarlas de oficio, siempre y cuando sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso, con lo cual no existen (sic) ninguna vulneración del derecho de defensa y por lo tanto no se ha afectado el debido proceso...” (Casación Nro. 634-96 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-04-1998, págs. 725-726).
- “... La tendencia procesal moderna es admitir medios probatorios fuera de la etapa postulatoria, toda vez que la finalidad del proceso es resolver el conflicto intersubjetivo de intereses y descubrir la verdad; sin embargo, siempre debe respetarse el principio de contradicción...” (Casación Nro. 4876-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20693-20694).
- “... La rigidez en la admisión de elementos probatorios debe ceder paso a la posibilidad de que se admitan nuevos medios probatorios siempre que no se afecte el derecho de contradicción probatoria que asiste a la contraria, esto es, que la otra parte justiciable tenga la posibilidad real de cuestionar los referidos elementos, si lo estima conveniente. En todo caso, el límite es no permitir la ausencia de oportunidad para el debate del medio probatorio extemporáneo ofrecido y luego incorporado por el Juez; lo que, además, deriva en la aplicación del principio de unidad probatoria, que informa el Código Procesal adjetivo [sic]...” (Casación Nro. 3837-2007 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21511-21512).
- “... El Juzgador a efecto de no causar indefensión a la otra parte debió correr traslado para que este niegue [sic -léase para que ésta niegue-] o reconozca su autenticidad de los documentos que se le atribuye conforme señala el artículo cuatrocientos veintinueve in fine del Código Procesal Civil; [...] al no haber obrado el A - quo, y no habiendo la Sala de mérito subsanado en la forma legal correspondiente incurrir en causal de nulidad de actuados, por contravenir normas del debido proceso, debiendo

renovar dicho acto...” (Casación Nro. 906-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7154).

- “... Los documentos que obran en autos, [...] pese a su presentación extemporánea pueden ser merituados en virtud del principio de adquisición procesal...” (Casación Nro. 3668-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7259).
- “... No existe infracción procesal alguna derivada de la falta de actuación de un prueba que no fue ofrecida oportunamente...” (Casación Nro. 1557-99 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-11-1999, pág. 3850).
- “... El recurrente pretende que se meritúe una prueba presentada extemporáneamente, lo que no está permitido en el proceso...” (Casación Nro. 548-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7492).
- “... La regla del Artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal (Civil) toma sentido en cuanto el Juez valora prueba ofrecida extemporáneamente, sin audiencia de la contraria, mas si no lo hace, no causa perjuicio a la defensa contraria ni afecta el derecho al debido proceso, por lo que son de aplicación los principios de Conservación y Subsanción previsto (sic) en el Artículo ciento setentidós cuarto párrafo del mismo Código” (Casación Nro. 982-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-10-1998, pág. 1940).
- “... La prueba ofrecida por el recurrente no fue admitida por el Juzgado por haber sido presentada extemporáneamente, por lo que no existe contravención alguna al debido proceso, al no haber sido valorado (sic) dichos medios probatorios...” (Casación Nro. 3252-99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-04-2000, pág. 5033).
- “... La resolución de vista hace referencia (...) a la ficha registral (...), documento ofrecido por la demandante en calidad de prueba después de la etapa postulatoria, a pesar de que había precluido la oportunidad para presentar medios probatorios. (...) Que, en consecuencia, se ha afectado el derecho al debido proceso...” (Casación Nro. 2402-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-06-1999, pág. 2990).
- “... Sin obrar en autos resolución admisorio de la prueba ofrecida por el demandado en forma extemporánea, el a-quo emite sentencia declarando improcedente la demanda sustentándola en dicha prueba sin valorar las

pruebas aportadas por la demandante, siendo confirmada por el Colegiado bajo el mismo criterio, evidenciándose así la [...] contravención invocada [contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso]...” (Casación Nro. 3083-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21487-21488).

- “... La sentencia debe emitirse atendiendo únicamente a los medios probatorios ofrecidos en la etapa postulatoria que han sido admitidos por el órgano jurisdiccional, en consecuencia, si la sentencia recurrida se sustenta en un medio probatorio que en su oportunidad ha sido declarado inadmisibles por extemporáneo, se estaría vulnerando el principio de preclusión procesal y el debido proceso...” (Casación Nro. 931-2002 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2004, pág. 11388).
- “... Al haberse meritado un documento aportado extemporáneamente esto no invalida las otras pruebas aportadas al proceso; por tanto la sentencia de vista no es arbitraria...” (Casación Nro. 3426-01 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8536).
- “... Si bien el artículo 189 del Código Procesal Civil precisa que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es verdad que si el medio probatorio, presentado fuera de la fase postulatoria del proceso, haya sido incorporado al proceso, el Juez no puede dejar de apreciarlo. Algo más: si al proceso se han incorporado determinados medios probatorios, encontrándose dentro de ellos algunos que al parecer son de trascendencia para dirimir el litigio, el Juez no puede prescindirlos, debiendo avaluarlos conforme a la regla contenida en el artículo 197 del citado cuerpo procesal...” (Casación Nro. 3889-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2002, págs. 9145-9146).
- “... Interpretando el artículo 201 de dicho Código [C.P.C.] en su sentido amplio debemos entender que cualquier defecto en la oportunidad de ofrecimiento de un medio probatorio no puede invalidar éste, si a ello se agrega que el Juez no lo hubiera rechazado liminarmente...” (Casación Nro. 3889-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2002, págs. 9145-9146).
- “... Si bien es cierto que los elementos probatorios se presentan dentro de la etapa postulatoria; También [sic] lo es que, atendiendo a la finalidad del proceso, se puede permitir el ingreso de medios probatorios

extemporáneos, siempre que se respete el principio de contradicción de la prueba...” (Casación Nro. 536-03 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, págs. 11676-11677).

- “... Los juzgadores atendiendo a los fines del proceso consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y acorde con la facultad que establece el artículo ciento noventicuatro del mismo cuerpo legal, puede incorporar al proceso medios probatorios de oficio que estime convenientes, con lo cual también es posible incorporar la prueba extemporánea ofrecida por una de las partes, para lo cual debe emitir la resolución correspondiente, la que debe notificar a las partes a efectos de que éstas puedan hacer valer sus argumentos de defensa correspondientes...” (Casación Nro. 130-03 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2003, pág. 11012).
- “... El medio probatorio de fojas [...] no resulta extemporáneo, ya que no se trata de una prueba ofrecida de parte, sino de una prueba de oficio ordenada por el A-quo bajo la facultad conferida por el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 732-02 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, pág. 9070).

7. REQUISITOS DE LA DEMANDA

Ovalle Favela indica sobre el particular que, básicamente, el escrito de demanda tiene cuatro grandes partes:

- “1. *El proemio*, que contiene los datos de *identificación* del juicio: tribunal ante el que se promueve; el nombre del actor y la casa que señale para oír las notificaciones; el nombre del demandado y su domicilio; la vía procesal en la que se promueve; el objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios; y el valor de lo demandado.
2. Los *hechos*, o parte en la que éstos se numeran y narran sucintamente con claridad y precisión.
3. El *derecho*, en donde se indican los preceptos legales o principios jurídicos que el promovente considere aplicables.
4. *Los puntos petitorios* o *petitum*, que (...) es la parte en la que se sintetizan las peticiones concretas que se hacen al juzgador en relación con la admisión de la demanda y del trámite que se propone para la prosecución del juicio” (OVALLE FAVELA, 1980: 52).

Enrique Falcón refiere que, además del sumario (o sumilla) y el destinatario de la demanda, las restantes partes de ésta pueden dividirse en once secciones, sectores, párrafos, bloques o módulos, a saber:

- “1) Encabezamiento.
- 2) Nombre, apellido y domicilio real o legal del actor o actores.
- 3) Nombre, apellido y domicilio real o legal del demandado o demandados.
- 4) Objeto o cosa demandada (pretensión).
- 5) Hechos sobre los que se funda la pretensión.
- 6) Derecho aplicable.
- 7) Prueba documental acompañada, indicación de dónde se encuentra la restante prueba documental. En su caso, conforme al tipo de proceso, deberá ofrecerse también la restante prueba.
- 8) El monto reclamado.
- 9) Cuestiones y consideraciones especiales como: competencia, tipo de proceso, desvalorización monetaria, (...) prueba anticipada o medidas preparatorias, etcétera.
- 10) Luego se realiza la petición, que se incluye bajo el acápite de ‘petitorio’.
- 11) Finalmente van las firmas” (FALCON, 1993: 17-18).

Por su parte, Lino Palacio, en lo relativo a los requisitos procesales de la demanda, hace estas precisiones:

“1º) *Sujetos*

(...) En primer lugar, constituye requisito subjetivo de la demanda que el órgano judicial ante el cual se presenta sea competente para entender el asunto respectivo (...).

(...)

(...) En segundo término el actor debe, además de poseer la necesaria capacidad para ser parte y procesal, de aparecer debidamente representado cuando carece de esta última, y de demostrar suficiente interés jurídico hallarse forzosamente individualizado.

(...)

(...) Por último, (...) (se) impone al actor la carga de indicar, en el escrito de demanda, ‘el nombre y domicilio del demandado’, menciones cuya exigencia se justifica por la circunstancia de ser aquél el sujeto pasivo de la pretensión y quien habrá de quedar jurídicamente vinculado por la sentencia que se dicte.

(...)

2º) *Objeto*

(...) El objeto de la demanda, aparte de ser idóneo jurídicamente posible, debe hallarse debidamente precisado.

(...)

(...) (Se) requiere (...) la exacta delimitación, cualitativa y cuantitativa, del objeto *mediato* de la pretensión formulada en la demanda (...).

(...)

(...) Cuando (...) (se) exige que la demanda contenga ‘la petición en términos claros y positivos’ (se) alude fundamentalmente, al objeto inmediato de la pretensión formulada en aquélla, es decir a la clase de pronunciamiento judicial que se persigue en el caso concreto (condenatorio, declarativo determinativo, etc.); pero también comprende al objeto *mediato*, ya que no se concibe una petición que omita la mención del bien de la vida sobre el cual dicho pronunciamiento debe recaer (...).

(...)

3º) *Causa*

(...)

(...) Resulta ineludible que la demanda contenga una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se funda la pretensión (...).

(...)

Aunque la exposición del derecho viene en cierta medida a complementar la causa de la pretensión, no se trata de un requisito imprescindible de la demanda y susceptible, como tal, de autorizar su rechazo (...).

4º) *Actividad*

Los requisitos concernientes a la actividad (...) deben examinarse a través de las tres dimensiones en que dicha actividad se descompone (lugar, tiempo y forma).

(...) El lugar de la demanda coincide (...) con la sede del órgano judicial ante el cual aquélla se presenta.

(...) El tiempo en que la demanda debe interponerse se halla sujeto a limitaciones genéricas y específicas (...).

(...) Son, finalmente, requisitos de forma de la demanda su formulación en idioma nacional y por escrito; el cumplimiento, en la redacción de éste, de los recaudos reglamentarios (...); la agregación de copias, la firma del letrado patrocinante, etc.” (PALACIO, 1977, Tomo IV: 285-298).

El Código Procesal Civil, en su artículo 424, regula lo concerniente a los requisitos de la demanda en estos términos:

“La demanda se presenta por escrito y contendrá:

1. La designación del Juez ante quien se interpone.
2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria, domicilio procesal del demandante y el domicilio procesal electrónico, constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley 30229.
3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo.
4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.
5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.
6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.
7. La fundamentación jurídica del petitorio.
8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse.

9. El ofrecimiento de todos los medios probatorios.
10. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto”.

La designación del Juez ante quien se interpone la demanda, requisito de ésta que contempla el inciso 1) del artículo 424 del Código Procesal Civil, supone la determinación que hace el actor de la competencia del órgano jurisdiccional, en base a las reglas del Capítulo I (“Disposiciones generales”) del Título II (“Competencia”) de la Sección Primera (“Jurisdicción, acción y competencia”) del Código Procesal Civil: arts. 5 al 34.

En cuanto a los requisitos de la demanda previstos en el inciso 2) del artículo 424 del Código Procesal Civil, cabe señalar que los datos de identidad comprenden los nombres y apellidos completos del demandante y el número de su documento nacional de identidad (en caso de ciudadanos nacionales), carnet de extranjería o pasaporte (en caso de ciudadanos extranjeros). Tratándose de personas jurídicas, serán identificadas con todos aquellos datos relativos a su inscripción registral y el número del Registro Único de Contribuyentes (R.U.C.). La dirección domiciliaria y el domicilio procesal adquieren trascendencia porque significan, respectivamente, el lugar de residencia del actor y el lugar o casilla electrónica, según el caso, donde se dirigirán las notificaciones de las diferentes actuaciones judiciales que se den en el desarrollo del proceso. Sobre el particular, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 155-B, indica claramente que es un requisito de admisibilidad que las partes procesales consignen en sus escritos postulatorios (como es el caso de la demanda) la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial, extendiéndose dicho requisito al apersonamiento de cualquier tercero en el proceso. En el artículo 155-F de La Ley Orgánica del Poder Judicial se determina lo siguiente: A. en el caso de los actos postulatorios, el escrito y los medios probatorios que se acompañen deben presentarse en documentos físicos y, además, en soporte digital con indicación del formato de archivo para su notificación respectiva; B. el Poder Judicial, a través del Consejo Ejecutivo, dispone en normatividad complementaria los tipos de formatos digitales que se pueden emplear para dicho efecto; C. para el caso de medios probatorios ofrecidos que no se puedan digitalizar, el juez dispone que sean recogidos de la oficina del secretario judicial de sala o juzgado en un plazo no mayor de dos días; vencido dicho plazo, con o sin su recojo, la notificación del acto procesal se entiende perfeccionada; D. solo las partes pueden recoger los recaudos, además de sus abogados y sus apoderados autorizados para dicho efecto; y E. el secretario o especialista judicial debe certificar la firma y comprobar la identidad de quien suscribe la constancia de entrega bajo responsabilidad funcional. Además, en el artículo 155-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial se precisa que en

todas las leyes procesales de actuación jurisdiccional que contengan disposiciones referidas al señalamiento de domicilio procesal, se entiende que debe consignarse el domicilio procesal postal y el domicilio procesal electrónico, constituido por casilla electrónica asignada por el Poder Judicial.

El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante (requisito de la demanda previsto en el artículo 424 -inc. 3)- del C.P.C.) también deben consignarse en la demanda conjuntamente con los del representado. Se indicarán, en consecuencia, los datos de identidad del representante y el lugar de su domicilio por constituir elementos necesarios en razón de ser quien ejerce la representación la persona que actuará en forma directa en el juicio.

Acerca de los requisitos de la demanda previstos en el inciso 4) del artículo 424 del Código Procesal Civil, cabe señalar que los nombres y apellidos completos del demandado deben señalarse claramente en la demanda por ser él contra quien se dirige la pretensión y del cual se espera la satisfacción del derecho a dictarse en la sentencia invocado por el actor. La dirección domiciliaria de aquél es indispensable para el correcto emplazamiento y para establecer la **litis contestatio**. El citado inciso del ordenamiento procesal faculta la interposición de la demanda que no contenga dicha dirección, siempre y cuando se exprese bajo juramento desconocerla. Si se falta a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del sujeto pasivo de la relación procesal (ya sea indicando una falsa dirección o asegurando su desconocimiento), se sancionará al infractor con multa, representando, además, la conducta en mención un ilícito penal por lo que se pondrá en conocimiento del Ministerio Público tal hecho (art. 441 del Código Procesal Civil).

El petitorio (requisito de la demanda contemplado en el art. 424 -inc. 5)- del C.P.C.) significa la conclusión derivada de los fundamentos de hecho y de derecho y constituye el objeto de la decisión judicial a expedirse, siendo identificable con la pretensión. La Corte Suprema de Justicia de la República, respecto de la pretensión procesal y el petitorio, ha establecido lo siguiente:

- “... La pretensión procesal es la manifestación de voluntad por la que una persona con interés procesal y cuya pretensión material no ha sido satisfecha exige algo a otra persona a través del órgano jurisdiccional...” (Casación Nro. 244-2001 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8216-8217).
- “... La pretensión material se distingue de la pretensión procesal. Aquélla simplemente es la facultad de exigir a otro el cumplimiento de lo debido. La pretensión procesal es una declaración de voluntad por la cual se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. La pretensión es una

declaración de voluntad, materializada en la interposición de la demanda o en el ejercicio de la reconvencción. La acción es abstracta; la pretensión es concreta...” (Casación Nro. 445-02 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13517-13518).

- “... La pretensión procesal ha sido conceptualizada como la declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita -después de un proceso- una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que [se] le presenta a su conocimiento; [...] el objeto de la noción expuesta es[:]
(i) obtener de la autoridad una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda (petitium) y (ii) la causa de la pretensión estaría constituida por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica y la imputación jurídica que el actor efectúa con motivo de aquel hecho (causa petendi)...” (Casación Nro. 626-2005 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17890-17891).
- “... A nivel del derecho de acción, la demanda en esencia contiene una pretensión, siendo ésta el núcleo de la demanda, en consecuencia, el elemento central de la relación jurídico procesal, cuya estructura tiene por un lado la fundamentación de hecho y de derecho (causa petendi) y por otro lado el pedido concreto o petitorio (petitum)...” (Casación Nro. 2051-2008 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23473-23474).
- “... Los elementos objetivos de la pretensión procesal son: el petitum (petitorio) y la causa petendi (fundamentos del petitorio). El inciso 5° del artículo 424 del Código Procesal Civil puntualiza que el petitorio [...] comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide; y el inciso 6° de la misma norma [...] manda que los hechos en que su funde [sic -léase en que se funde-] el petitorio sean expuestos enumeradamente en forma precisa con orden y claridad. [...] La causa petendi es el fundamento de hecho alegado por el actor para obtener el objeto de la pretensión, que al mismo tiempo es el fundamento jurídico de su aceptación o negación por el juez en la sentencia...” (Casación Nro. 4307-2007 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, pág. 23451).
- “... El petitorio es el contenido de la pretensión procesal. La pretensión es el género; el petitorio es lo específico...” (Casación Nro. 445-02 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13517-13518).

- “... La demanda es un acto procesal postulatorio que contiene la pretensión procesal, y aun cuando dicho acto requiere como requisito de admisibilidad que en el petitorio (objeto de la pretensión) debe comprenderse la determinación clara y concreta de lo que se pide, tal como lo exige el inciso quinto del Artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Civil, y como tal, las peticiones que se reclamen deben expresarse en el requisito acotado, ocurre que la demanda (como mero acto de iniciación procesal) y la pretensión procesal (como objeto del proceso) constituyen un todo, que deben ser interpretados en conjunto...” (Casación Nro. 379-99 / Cono Norte - Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-09-1999, págs. 3608-3609).
- “... Viene a ser (el petitorio inmediato) la consecuencia jurídica que persigue el actor sea esta (sic) constitutiva, declarativa o de condena...” (Casación Nro. 2923-99 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-2000, pág. 6272).
- “... Mediante el (petitorio mediato) (...) se describe la relación sustancial que une al actor con el emplazado y que con tal motivo se pide que recaiga la consecuencia jurídica aludida (constitutiva, declarativa o de condena)...” (Casación Nro. 2923-99 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-2000, pág. 6272).
- “... Se entiende por ‘petitorio’ el efecto jurídico o la consecuencia jurídica que persigue el actor al proponer su pretensión. El petitorio sintetiza la cosa demandada o pretendida y, por tanto, debe estar formulado y expresado en forma clara y concreta. La claridad impone el deber de que el pedido y la demanda se expresen con palabras inequívocas, sin dar lugar a confusión, tanto al demandado como al juzgador. El petitorio debe ser también concreto, es decir, que el pedido sea preciso en cuanto a la cantidad, calidad o valor del bien o relación que se pretende, con delimitación exacta del efecto jurídico que se desee alcanzar, sobre aquello en que ha de recaer el pronunciamiento jurisdiccional. Por tanto, el petitorio no debe ser un pedido oscuro, impreciso [...] o que adolezca de vaguedad o concreción, o sea inexistente y que, al final de la instancia, impida al juzgador pronunciarse sobre el fondo del litigio...” (Casación Nro. 3146-05 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2006, págs. 18128-18129).
- “... Los medios probatorios no determinan el petitorio como parte sustancial de la pretensión procesal...” (Casación Nro. 2817-2001 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, págs. 9197-9198).

- “... La sumilla [de la demanda] no constituye pretensión alguna, ni forma parte del petitorio...” (Casación Nro. 1250-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2007, págs. 20877-20878).
- “... La determinación del petitorio de una demanda, que es la materia controvertida, se fija en la demanda, como prescribe el inciso 5° del artículo 424 del Código Procesal Civil y constituye un acto de parte que el juez no puede modificar; puede observarlo por impreciso o incompleto, determinando la inadmisibilidad de la demanda, pero no puede modificarlo...” (Casación Nro. 2685-03 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, págs. 13757-13758).

Los fundamentos de hecho (requisito de la demanda contemplado en el art. 424 -inc. 6)- del C.P.C.) vienen a ser el relato preciso, ordenado y claro de las situaciones que dieron lugar al litigio y “... delimitan también la **causa petendi** que el juez debe considerar en la sentencia. Es lo que se conoce como congruencia de la sentencia” (DEVIS ECHANDÍA, 1985, Tomo II: 470). Como bien lo señala Lino Palacio, “la ‘claridad’ en la exposición de los hechos en que se funda la demanda tiene fundamental importancia por cuanto: 1) Al demandado incumbe la carga de reconocerlos o negarlos categóricamente (...) y, por lo tanto, aquella exigencia resulta de decisiva trascendencia a fin de valorar su silencio o sus respuestas evasivas; 2) Los hechos articulados en la demanda (y en la contestación del demandado) determinan la pertinencia de la prueba a producirse en el proceso (...); 3) La sentencia sólo puede hacer mérito de los hechos alegados por las partes (...), con riesgo, en caso contrario, de adolecer de incongruencia” (PALACIO, 1977, Tomo IV: 295).

Los fundamentos de derecho (requisito de la demanda previsto en el art. 424 -inc. 7)- del C.P.C.), según Devis Echandía, “... son las normas legales que el demandante pretende que son aplicables, a su favor, al caso materia del proceso” (DEVIS ECHANDÍA, 1985, Tomo II: 479). Añade dicho autor, en opinión que compartimos, que “... no hace falta señalarlos en forma detallada, y menos aún que sean conducentes y precisos, por dos razones: porque la conveniencia de su aplicación al caso no puede ser apreciada sino en la sentencia y porque el juez está obligado a aplicar el derecho, cualquiera que sea la norma que lo contenga haya sido o no citada o alegada por la parte y sin necesidad de probar su existencia: **Iura novit curia**” (DEVIS ECHANDÍA, 1985, Tomo II: 479-480).

El monto del petitorio (requisito de la demanda previsto en el art. 424 -inc. 8)- del C.P.C.) establece la cuantía y determina la competencia por dicha razón (arts. 10, 11, 12 y 13 del C.P.C.), así como la clase de proceso (o vía procedimental) en que se va a ventilar el asunto litigioso: proceso de conocimiento (art. 475 -inc. 2)- del

C.P.C.), proceso abreviado (art. 486 -inc. 7)- del C.P.C.) y proceso sumarísimo (art. 546 -inc. 7)- del C.P.C.). “... El monto del petitorio contiene el monto de lo que se demanda a la fecha de interponerse [tal demanda]...” (Casación Nro. 3840-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8599).

La exigencia de presentar los medios de prueba conjuntamente con la demanda (requisito de ésta previsto en el art. 424 -inc. 9)- del C.P.C.) resulta importante ya que a través de actos procesales posteriores el Juez logrará precisar la pertinencia de los medios probatorios ofrecidos y disponer su actuación en la audiencia correspondiente (arts. 190 y 208 del C.P.C.). La explicación que se le da a la presentación de las pruebas en forma simultánea a la demanda -y también a su contestación y reconvencción- es que de ese modo se evita el inicio o continuación de un proceso sin que haya mérito alguno para ello por no poderse probar en juicio las alegaciones de los sujetos procesales.

El escrito de demanda debe estar debidamente firmado por la parte o su representante o apoderado. Sólo así se entiende autorizado dicho acto procesal. La excepción a esta regla la constituye el caso de un demandante analfabeto, supuesto en que se suplirá la firma por su huella digital. Tales requisitos de la demanda (firma o huella, según el caso) son exigidos por el inciso 10) del artículo 424 del Código Procesal Civil, que resulta concordante con el artículo 131 de dicho cuerpo de leyes, conforme al cual: A. los escritos serán firmados, debajo de la fecha, por la parte, tercero legitimado o Abogado que lo presenta; y B. si la parte o tercero legitimado no sabe firmar, pondrá su huella digital, la que será certificada por el Auxiliar jurisdiccional respectivo.

Cabe indicar que la demanda debe adoptar la forma prevista en el artículo 130 del Código Procesal Civil, numeral que regula la forma que tienen que seguir todos los escritos que se presenten al proceso. Además, la demanda, como todo escrito que se presente al proceso, debe estar autorizada por Abogado colegiado (exceptuándose la demanda en los procesos de alimentos, en la que resulta inexistente la firma del letrado por disponerlo así el inc. 10 del art. 424 del C.P.C.), con indicación clara de su nombre y número de registro; de lo contrario, no se le concederá trámite (art. 132 del C.P.C.).

8. ANEXOS DE LA DEMANDA

Se desprende del artículo 425 del Código Procesal Civil que son anexos de la demanda los siguientes:

- A) Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante, vale decir, del documento nacional de identidad, carnet de identidad, carnet de extranjería o pasaporte, según el caso.

- B) El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado, debiendo constar expresamente las respectivas facultades de representación con que se cuenta.
- C) Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas. Puede ser, por ejemplo, escritura pública, copia legalizada del acta de sesión de directorio o Junta de Socios (tratándose de personas jurídicas), copia certificada de la sentencia definitiva de interdicción debidamente inscrita en el Registro de Personas Naturales (en caso de incapaces), partida de nacimiento (tratándose de menores de edad sujetos a patria potestad), etc.
- D) Los medios probatorios que acrediten la calidad de heredero (testamento en escritura pública, copia certificada de resolución judicial firme que declara herederos, etc.), cónyuge (partida de matrimonio), curador de bienes (copia certificada de la resolución judicial que declara la desaparición o ausencia y designa el respectivo curador de bienes, por ejemplo), administrador de bienes comunes (copia certificada de la resolución judicial firme que nombra administrador judicial de bienes, verbigracia), albacea (testamento) o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso (que comparece en nombre de persona de quien no se tiene representación por encontrarse esta última impedida de hacerlo o ausente del país o en una situación de emergencia o de inminente peligro, o tener razones de fundado temor o amenaza, o debido a cualquier otra causa análoga: art. 81 del C.P.C.).
- E) Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Tales medidas están representadas por la exhibición de documentos, mereciéndose destacar lo dispuesto en el artículo 259 del Código Procesal Civil, según el cual los terceros sólo están obligados a exhibir los documentos que pertenezcan o manifiestamente incumban o se refieran a alguna de las partes. También debe ponerse de relieve lo normado en el artículo 260 del citado cuerpo de leyes, conforme al cual: a) puede ordenarse la exhibición de los documentos de una persona jurídica o de un comerciante, dando el solicitante la idea más exacta que sea posible de su interés y del contenido; b) la exhibición se tiene por cumplida si se acompañan copias completas debidamente certificadas de los documentos ordenados; c) si la exhibición está referida a documentos

públicos se cumple con ella dando razón de la dependencia en que está el original; y d) a pedido de parte y en atención al volumen del material ofrecido, el Juez puede ordenar que la exhibición se actúe fuera del local del Juzgado.

- F) Copia certificada del Acta de Conciliación Extrajudicial (en que consta que el acuerdo conciliatorio extrajudicial no se ha producido), en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo. El procedimiento conciliatorio extrajudicial constituye un requisito de procedibilidad necesariamente previo a los procesos que versen sobre materias conciliables, pudiendo el Juez competente, al momento de calificar la demanda, declararla improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar, si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación Extrajudicial, a efecto de que se le asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (arts. 5 y 6 de la Ley Nro. 26872). Es por ello que, a efecto de acreditar el cumplimiento del citado requisito de procedibilidad (exigible para los procesos que versen sobre materias conciliables), el demandante debe necesariamente acompañar a su escrito de demanda la copia certificada del acta expedida por el Centro de Conciliación Extrajudicial en la que conste que dicho demandante solicitó el inicio del procedimiento conciliatorio extrajudicial, que acudió a la audiencia respectiva y que el acuerdo conciliatorio no se ha producido.

Por otro lado, debe anexarse a la demanda el comprobante de pago de arancel judicial y los formatos de notificaciones creados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

9. CALIFICACION DE LA DEMANDA POR EL JUEZ

“En la mayoría de los sistemas vigentes (...), el juez debe limitarse a examinar el cumplimiento de los requisitos externos, su competencia, la representación y existencia y domicilio de las partes; la petición o presentación de las pruebas aducidas; si los hechos y las peticiones son inteligibles; la designación de la cuantía; la denuncia dónde (casa, apartamento o lugar de trabajo) se van a recibir las notificaciones personales o por aviso, tanto el demandante como el demandado, o la afirmación bajo juramento de que se ignoran los de éste; la presentación en legal forma y con los necesarios anexos; los especiales requisitos que la ley contempla para ciertas demandas; la correcta acumulación; la posible caducidad de la acción. Pero para la admisión de la demanda no le corresponde entrar a estudiar la procedencia o exactitud de tales hechos y peticiones, ya que su examen de fondo debe

reservarse para la sentencia, y aun cuando por la lectura del libelo se convenza el juez de la falta de derecho del demandante, no puede rechazar la demanda, porque son cuestiones para decidir en la sentencia o a veces como excepciones previas que debe formular el demandado (...). Lo mismo sucede con los fundamentos de derecho” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 481).

Sobre el particular, Azula Camacho enseña que:

“... Dos actitudes diferentes adopta el juez frente a la demanda, a saber:

- a) La *admisión* o aceptación de ella y que determina, por tanto, iniciar el proceso. Se cumple mediante el auto admisorio.
- b) La *no admisión* o abstenerse de aceptarla y darle curso. (...) Se cumple de dos maneras:
 - a’) La *inadmisión*, que es *temporal*, por cuanto se contrae a disponer que el demandante subsane ciertas deficiencias dentro de un término establecido por la ley, so pena de que se le rechace. Se funda en la falta de cualquiera de los requisitos formales, pero susceptible de corregirse, como es la falta de poder, requisitos de redacción, pruebas para demostrar calidad de las partes, etc.
 - b’) El *rechazo*, que es de índole *definitiva*, consiste en abstenerse de darle curso a la demanda, sin sujeción a condición alguna. Se impone, por ejemplo, cuando el funcionario a quien se dirige carece de jurisdicción” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo I: 347-348).

Si el Juez califica la demanda positivamente (vale decir, se pronuncia por su admisión), da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso. Así lo establece el artículo 430 del Código Procesal Civil.

Finalmente, cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la calificación de la demanda por el Juez, ha establecido lo siguiente:

- “... Tanto la demanda como la pretensión pueden ser sometidos a diversos juicios o exámenes en la oportunidad procesal pertinente, y para nuestro Código Procesal Civil dichos juicios son tres: **a)** de admisibilidad, en el que se analiza si la demanda contiene o no todos los requisitos formales o extrínsecos exigidos -en términos generales- por los artículos cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Civil; **b)**

de procedibilidad, en el que se analiza y verifica si la pretensión contiene o no todos los requisitos de fondo o intrínsecos, es decir, si concurren en él los tres presupuestos procesales (competencia del Juez, capacidad procesal de las partes y requisitos de la demanda) y, a continuación, las dos condiciones de la acción (legitimidad para obrar e interés para obrar) y c) de fundabilidad, que emitirá al expedir sentencia, y luego de haber efectuado los juicios de admisibilidad y procedibilidad, en el que el Juez analiza si los hechos sustentatorios de la pretensión han sido o no probados en el transcurso del proceso, decidiendo sobre el fondo del conflicto de intereses. Particularmente, el juicio de procedibilidad negativo determina la improcedencia de la demanda, mientras que el juicio de fundabilidad negativo determinará que ésta se declare infundada...” (Casación Nro. 2484-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20776-20777).

- “... Nuestro ordenamiento procesal en materia de verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la demanda ha dispuesto tres momentos claramente diferenciados, los que constituyen filtros para que se presente una relación jurídico procesal válida. El primero de ellos se presenta en la calificación de la demanda, momento en que el juez debe verificar se cumplan con las exigencias de ley para admitirla; el segundo momento se encuentra dado por la etapa de saneamiento, en el que ya sea por existir cuestionamientos de parte como por advertirlo de oficio, puede decretar la existencia de un defecto que invalida la relación procesal, con las consecuencias que decreta el artículo cuatrocientos sesenticinco del Código Procesal Civil; y un tercer momento, que es en la emisión de la sentencia, en el cual ya contando con los medios probatorios que han ofrecido las partes advierte que existe un defecto que conlleve la invalidez de la relación jurídico procesal, el que podrá sancionar conforme lo permite el último párrafo del artículo ciento veintiuno del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 1012-2003 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, págs. 11643-11644).
- “... Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestro Código Adjetivo [C.P.C.] ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se da audiencia a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el juez antes de dictar el auto de saneamiento y finalmente en sentencia, de conformidad con los artículos 427, 446, 465

y 121 ‘in fine’ del cuerpo legal acotado...” (Casación Nro. 2313-2003 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, págs. 13750-13751).

- “... La calificación judicial de la demanda, considerada [...] como el primer filtro o dique para verificar la existencia y desarrollo válido de la relación jurídica procesal, así como para elaborar y emitir los juicios de admisibilidad y de procedibilidad sobre la demanda, comporta que el Juzgado [sic] examine los requisitos de forma y de fondo de la demanda, verificando la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones para el ejercicio válido de la acción; y para tal efecto, los artículos cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Civil, establecen los requisitos generales exigidos para esa finalidad...” (Casación Nro. 2554-03 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13445-13446).
- “... Es factible que los magistrados, al calificar la demanda, puedan emitir tanto juicios de admisibilidad como de procedibilidad de la misma, verificando si aquella contiene o no todos los requisitos formales o extrínsecos exigidos por los artículos cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Civil, y los requisitos de fondo o intrínsecos (presupuestos procesales y condiciones de la acción), respectivamente, sin necesidad de correr traslado a la parte emplazada...” (Casación Nro. 3052-2006 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20827-20828).
- “... El juez al calificar la demanda hace un análisis sobre los presupuestos y condiciones de la acción tomando en cuenta la prueba anexada a la demanda...” (Casación Nro. 2516-03 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2004, pág. 11867).
- “... El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta que al calificar la demanda, el juzgador está impedido de emitir criterios que corresponden a una resolución que resuelve el fondo de la cuestión controvertida, puesto que ello está reservado para la sentencia, mediante la cual el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes, conforme está estipulado por el artículo ciento veintiuno, in fine, del Código Procesal Civil. En tal contexto, en el acto de la calificación de la demanda, el Juez debe limitarse a verificar si la demanda satisface los requisitos establecidos en los artículos cuatrocientos veinticuatro, cuatrocientos veinticinco y

cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 4762-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22667-22668).

- “... Al calificar la demanda, el Juez examina si ésta cumple con los requisitos de forma (o extrínsecos) requeridos para su interposición, pudiendo ejercer la facultad de rechazarla liminarmente si se encuentra incurso en cualquiera de las causales específicas contenidas en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil. En la calificación, el Juez, en general, no debe juzgar la justicia de la pretensión ni el fondo de la litis, ni mucho menos si el demandado es la persona obligada en la relación sustantiva controvertida en el proceso, ya que estos aspectos de la pretensión deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, mediante el respectivo juicio de fundabilidad y luego de haberse desarrollado la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos en el principal...” (Casación Nro. 1274-04 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16255-16257).
- “... La calificación de la demanda es la facultad del juez para analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda; por ende, dichos requisitos están vinculados estrictamente a cuestiones de forma y capacidad procesal en el modo de interponer la demanda, consecuentemente, no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas recaudadas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda; pues, de lo contrario se contraviene lo dispuesto en el artículo 139 inciso 3° de la Constitución Política del Estado, conforme al cual, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos con sujeción a un debido proceso...” (Casación Nro. 1393-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, pág. 20491).

9.1 Admisibilidad e inadmisibilidad de la demanda

Aldo Bacre estima que “... la demanda es *admisible* cuando tiene virtualidad para abrir la instancia e introducir la o las pretensiones en el proceso, con independencia de su éxito o rechazo en la sentencia definitiva” (BACRE, 1996, Tomo II: 345).

Azula Camacho apunta que:

“La admisión es el acto por el cual el juez acepta la demanda presentada y ordena darle el trámite correspondiente.

Para poder admitir la demanda es preciso cumplir con todos los requisitos de forma y de fondo establecidos por la ley, esto es, la jurisdicción y competencia del funcionario, la capacidad para ser parte y para comparecer del demandante y del demandado, observar los requisitos de redacción y acompañar todos los anexos.

En el auto admisorio de la demanda el juez toma las medidas necesarias para el saneamiento del proceso. Estas se contraen a la adecuación del trámite, cuando el indicado por el demandante es equivocado, y la integración del contradictorio, o sea, la citación oficiosa de todos los litisconsortes necesarios que no intervengan como demandantes o demandados.

El auto admisorio de la demanda, además de este pronunciamiento, que es el aspecto principal, de donde recibe su denominación, contiene la orden de surtir el traslado al demandado o demandados por el término señalado para el correspondiente proceso.

Es usual, aunque no necesario, por cuanto puede ser materia de decisión separada, que en el mismo auto admisorio se reconozca la personería otorgada por el demandante a su apoderado” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo II: 123-124).

Devis Echandía, en lo que concierne a la inadmisión de la demanda, expresa que “... se *inadmite* la demanda cuando le falta algún requisito o un anexo o tenga algún defecto subsanable y con el fin de que sea subsanado en el término que la ley procesal señale; por lo tanto, la inadmisión es una medida transitoria...” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 480).

En relación a la admisión de la demanda, el Código Procesal Civil, en el artículo 430, prescribe que si el Juez califica la demanda positivamente (es decir, la admite), da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.

Según se desprende del artículo 426 del Código Procesal Civil, la demanda será declarada inadmisibile en los siguientes casos:

1. Cuando la demanda no cumpla con los requisitos legales (contemplados en el artículo 424 del Código Procesal Civil).
2. Cuando no se acompañen a la demanda los anexos exigidos por ley, ya sea en el artículo 425 del Código Procesal Civil (numeral referido a los anexos generales de la demanda) o en otra norma procesal (pues existen procesos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico exige expresamente acompañar a la demanda determinados anexos).

3. Cuando el petitorio de la demanda sea incompleto (por ejemplo, si se reclama una indemnización sin indicar la cuantía de la misma) o impreciso (por ejemplo, si se pretende la restitución de un bien que no ha sido debidamente individualizado).
4. Cuando la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si se presentara alguno de los casos de inadmisibilidad de la demanda citados líneas arriba, el Juez ordenará al demandante que subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado a criterio del Juez, éste rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente. Así lo determina el último párrafo del artículo 426 del Código Procesal Civil.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la admisibilidad e inadmisibilidad de la demanda, ha establecido lo siguiente:

- “... El auto que admite a trámite una demanda tiene como característica principal que promueve o inicia un proceso y fija el canal procesal que se inicia cuando la parte demandante, conocida como parte activa del proceso interpone su demanda contra la parte demandada, conocida como parte pasiva, trayendo como consecuencia una controversia jurídica, cuya resolución es la finalidad inmediata del órgano jurisdiccional...” (Casación Nro. 3248-02 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, pág. 10584).
- “... Carece de asidero real considerar que el auto admisorio [de la demanda] tiene la calidad de cosa juzgada, puesto que constituye la resolución que reconoce, formalmente, que la demanda reúne los requisitos mínimos [para] iniciar el proceso, esto es, que reúne los requisitos de admisibilidad y procedibilidad, y [...] la demanda puede ser debatida dentro de un proceso, sin que ello constituya un impedimento para que los jueces puedan volver a calificar la demanda...” (Casación Nro. 1068-2002 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, págs. 9620-9622).
- “... No resulta acertada la afirmación de la recurrente cuando refiere que el auto admisorio de la demanda no era pasible de apelación, pues conforme se refiere en el inciso segundo del artículo trescientos sesenticinco del Código Procesal Civil, procede la apelación contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya, y no encontrándose expresamente exceptuada ni excluida la impugnación del auto calificadorio de la demanda, su apelación sí

resultaba viable...” (Casación Nro. 412-04 / Del Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, págs. 14705-14706).

- “... Si bien es cierto, el Código Procesal Civil no lo dispone expresamente, la doctrina se ha encargado de establecer [...] que el auto admisorio [de la demanda] no resulta apelable. [...] Que, dicha falta de regulación por parte de la citada norma adjetiva no impide establecer que este auto es inimpugnable y en todo caso vigente...” (Casación Nro. 1561-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7143-7144).
- “... Dicho auto [admisorio de la demanda] es inimpugnable por las siguientes razones: **a)** el emplazamiento válido ya produjo los efectos que establece el artículo cuatrocientos treintiocho del Código Procesal Civil; **b)** la parte demandada puede utilizar contra la demanda admitida por el juzgado las defensas previas o excepciones [...]; y **c)** de admitirse el recurso de apelación, como ha ocurrido en este caso, resulta que el juzgador de Primera Instancia no se ha pronunciado por la improcedencia de la demanda, sino que la ha calificado positivamente, por lo que solo existiría como única instancia la resolución de vista y como la Corte Suprema no es una tercera instancia, no se produciría la pluralidad de instancia que garantiza el inciso sexto del artículo ciento treintinueve de la Carta Magna, máxime si el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Adjetivo [C.P.C.] establece la doble instancia para la improcedencia de la demanda...” (Casación Nro. 3248-02 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, pág. 10584).
- “... En el presente caso, a través de una articulación de nulidad sustentada en cuestionamientos vinculados a la relación jurídica procesal, se ha declarado la nulidad del auto admisorio de la instancia [demanda], afectándose así el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva del recurrente [...]; [...] es menester precisar que esta Sala de Casación no está señalando que los cuestionamientos esgrimidos por el [...] demandado a través de su articulación de nulidad sean inválidos o no, sino que tales debieron ser examinados por el A Quo al momento de calificar la demanda [...]; y, en defecto de ello, al haberse admitido a trámite la misma el camino siguiente procesalmente válido resultaba ser el uso de las excepciones que establece el ordenamiento procesal a ser resuelto en la etapa de saneamiento, y no el planteamiento de una articulación de nulidad; de allí que al haberse hecho uso de ello [sic -léase de ella-], las resoluciones impugnadas que la ampararon devienen en nulas...”

(Casación Nro. 3086-2003 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2005, págs. 13839-13840).

- “... Conforme a la ley y a la doctrina una demanda resulta inadmisibile, cuando ella no satisface las exigencias de orden formal que condicionan su admisión a trámite, omisión o defecto que son pasibles de subsanación...” (Casación Nro. 1707-2004 / Sullana - Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2006, págs. 15663-15664).
- “... Según el inciso 1 y último párrafo del artículo 426 del Código Procesal Civil, frente a una demanda o petición, la inadmisibilidad e improcedencia son dos categorías procesales totalmente diferentes formando parte del derecho procesal; el primero [sic] es susceptible de modificación, opcionalmente, vía apelación o vía subsanación de la omisión o superando el defecto en el que incurrió el recurrente; en cambio, el segundo estado, es decir, el de improcedencia sólo es modificable vía apelación[,] caso en el que el Juez pondrá en conocimiento del demandado el concesorio respectivo...” (Casación Nro. 1664-2004 / Sullana - Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2006, págs. 15661-15662).
- “... El Juez como director del proceso, está obligado a corregir cualquier deficiencia que se encuentre en la manera de plantear la demanda, adecuándola a la vía que considere pertinente, de acuerdo a las facultades contenidas en el Artículo dos del Título Preliminar del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 4-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-05-2000, págs. 5340-5341).
- “... Al haberse concedido un plazo de tres días para subsanar la inadmisibilidad de la demanda no se contraviene el artículo 426 in fine del Código Procesal Civil, pues el plazo no mayor de diez días previsto en dicha norma procesal es el plazo máximo a contarse desde el primer día, respecto del cual el Juez como Director del Proceso fija el que considera adecuado para que las partes absuelvan la carga procesal respectiva, no advirtiéndose la irregularidad procesal que se denuncia...” (Casación Nro. 3465-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18708-18709).
- “... No se puede pretender la convalidación de la no presentación del documento de identidad, toda vez que ésta constituye un requisito de admisibilidad de la demanda...” (Casación Nro. 3077-2002 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, pág. 10664).

9.2 Improcedencia de la demanda

Los casos de improcedencia de la demanda se hallan expresamente regulados en el artículo 427 del Código Procesal Civil, y son los siguientes:

1. *Improcedencia de la demanda por carencia evidente del demandante de legitimidad para obrar (art. 427 -inc. 1)- del C.P.C.).*

La legitimidad para obrar, también conocida como *legitimatio ad causam* o legitimidad en la causa, implica que el proceso se lleva a cabo entre los mismos sujetos que integran la relación jurídica material. Advertimos que no equivale a la titularidad efectiva del derecho, pues ello derivaría siempre en una sentencia favorable, sino simplemente significa la identidad entre las personas integrantes de la relación jurídica sustantiva y las partes que conforman la relación jurídica procesal. Sobre esto señala Devis Echandía que “... esa condición o cualidad que constituye la legitimación en la causa, se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido...” (DEVIS ECHANDIA, 1984, Tomo I: 296). Concluye el citado autor que “... no se trata de la titularidad del derecho o la obligación sustancial, porque puede que éstos no existan, y que basta con que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa y, sin embargo, declararse en la sentencia que dicho derecho y tal obligación (...) no existen realmente” (DEVIS ECHANDIA, 1984, Tomo I: 310). Es de destacar que tanto el Ministerio Público como el procurador oficioso y quien defiende intereses difusos no requieren invocar legitimidad para obrar para promover un proceso, pues así lo establece el primer párrafo del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

2. *Improcedencia de la demanda por carencia manifiesta del demandante de interés para obrar (art. 427 -inc. 2)- del C.P.C.).*

El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil regula lo relativo al interés para obrar y señala que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral y, además, que el interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley. Dicha norma es concordante con el primer párrafo del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar, no requiriendo invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses

difusos. El interés para obrar, denominado por Devis Echandía interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o de mérito, es "... el interés jurídico sustancial particular o concreto que induce, al demandante, a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda, y al demandado, a contradecir esas pretensiones, si no se halla conforme con ellas; y a los terceros que intervengan luego en el proceso, a coadyuvar las pretensiones del primero o la defensa del segundo, o a hacer valer una pretensión propia" (DEVIS ECHANDIA, 1984, Tomo I: 274). El interés para obrar es de contenido procesal al significar una condición de la acción, y supone la alegación de la existencia de interés económico o moral en el sujeto procesal, pero no constituye uno de ellos o ambos, apreciados aisladamente, sino que habrá que sumar a tales intereses la voluntad de lograrlos a través del quehacer judicial. El interés económico es el que se relaciona con el aumento o disminución del patrimonio de un sujeto. El interés moral es uno de naturaleza extrapatrimonial, ligado más bien a los valores subjetivos de la persona.

3. *Improcedencia de la demanda por advertir el Juez la caducidad del derecho (art. 427 -inc. 3)- del C.P.C.).*

Vidal Ramírez dice de la caducidad o decadencia del derecho que "... el vocablo viene del verbo latino cadere, que significa caer, y en su significado jurídico, es una sanción que hace perder o impide nacer un derecho, o, la decadencia o pérdida de un derecho porque no se ejercita dentro del plazo establecido por la ley la acción necesaria para su preservación" (VIDAL RAMIREZ, 1996: 184). La caducidad se encuentra regulada en el Título II del Libro VIII del Código Civil. Precisamente, el artículo 2003 del citado cuerpo de leyes define a la caducidad del siguiente modo: "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente". Se aprecia entonces que la caducidad es una forma de extinción de derechos debido al transcurso del tiempo. Es de destacar que no todos los derechos son susceptibles de caducidad, pues ésta es determinada expresamente por el Derecho positivo (art. 2004 del C.C.), de ahí que se dice que su fijación es casuística; por consiguiente, a falta de disposición legal, se entiende que no existe plazo de caducidad, no afectándose el derecho respectivo por no estar limitado temporalmente.

4. *Improcedencia de la demanda por no existir conexión lógica entre los hechos y el petitorio (art. 427 -inc. 4)- del C.P.C.).*

Dicha causal de improcedencia se configura cuando los fundamentos de hecho expuestos en la demanda no tienen vinculación alguna con lo que

es objeto de la pretensión; también, cuando los hechos señalados en la demanda resultan incompatibles con lo reclamado en el petitorio (lo cual se presenta, por ejemplo, al estar referidos los fundamentos de hecho a una resolución de contrato y ser materia del petitorio no ésta sino su rescisión).

5. *Improcedencia de la demanda por ser el petitorio jurídica o físicamente imposible (art. 427 -inc. 5)- del C.P.C.).*

El Juez declarará improcedente la demanda cuando el petitorio fuese jurídicamente imposible (al no adecuarse o no guardar correspondencia -de modo evidente- con el marco legal existente o ser contrario o incompatible con éste) y, también, cuando el petitorio fuese físicamente imposible (vale decir, cuando no exista posibilidad material alguna de satisfacer la pretensión reclamada en la demanda por ser contraria a las leyes de la naturaleza).

De conformidad con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 427 del Código Procesal Civil, si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el Juez.

Si la resolución que declara la improcedencia de la demanda fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia (de la demanda), produce efectos para ambas partes. Así lo establece el último párrafo del artículo 427 del Código Procesal Civil.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la improcedencia de la demanda, ha establecido lo siguiente:

- “... La improcedencia de la demanda se da en el caso de que falte algún requisito de fondo o cuando éste apareciera defectuoso, razón por la cual el juez rechaza la demanda” (Casación Nro. 1076-96 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09-09-1998, pág. 1567).
- “... Como se desprende del inciso primero del artículo cincuenta del Código Procesal Civil, la normatividad procesal vigente impone al Juez la obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos de fondo que debe cumplir la demanda, así como la existencia en el proceso de la [...] relación jurídica procesal válida. Ello es una imposición lógica, pues, si

alguien carece de legitimidad para iniciar una acción judicial, respecto a una determinada pretensión, no tiene derecho a recibir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, toda vez que según nuestra norma adjetiva civil, respecto de dicha pretensión, no puede ser parte de la controversia. Así, si el Juez de la causa al calificar la demanda detecta que el demandante carece, manifiestamente, de legitimidad para obrar, debe rechazarla de plano declarándola improcedente, en uso de la facultad conferida por el artículo cuatrocientos veintisiete de la citada norma procesal...” (Casación Nro. 2936-2006 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, pág. 20816).

- “... La falta de legitimidad para obrar ocurre cuando no hay, con el carácter de evidencia, coincidencia entre las personas que la Ley le da derecho con el que plantea la acción...” (Casación Nro. 1970-99 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-01-2000, pág. 4515).
- “... Una demanda es improcedente, si la Ley no concede acción en función de determinada situación jurídica o [...] porque quien la interpone o el demandado carecen de legitimatio ad causam y, por consiguiente[,] uno no es el titular de la acción o el otro el obligado a cumplir la ley...” (Casación Nro. 1281-2008 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22946-22947).
- “... La sentencia recurrida [sentencia de vista] viene declarando la improcedencia de la demanda por presunta invalidez insubsanable de la relación procesal, sustentada en el inciso primero del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil, al considerar que la demandada [...] carece de legitimidad para ser considerada parte pasiva en este proceso, no obstante que la improcedencia que sanciona la citada norma procesal es para los casos en que se verifique la falta de legitimidad para obrar de la parte demandante, y no de la parte demandada, siendo que en este último caso nuestro ordenamiento procesal prevé, en vía de saneamiento, la suspensión del proceso para efectos de que la parte demandante establezca correctamente la relación jurídica procesal; [...] esta circunstancia determina que la sentencia de vista se encuentra afectada de nulidad, toda vez que no consigna los fundamentos de derecho pertinentes para la solución de la litis, conforme ordena el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, sino que se sustenta en normas procesales impertinentes para declarar la improcedencia de la demanda...” (Casación Nro. 2100-05 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17496-17497).

- “... El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción [extintiva] si no ha sido alegada; precepto que constituye la razón por la cual la prescripción no se encuentra establecida como causal de improcedencia liminar de la demanda, conforme aparece del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil, a diferencia de la caducidad que sí está contemplada en el inciso tercero del precitado artículo, dado que de acuerdo al artículo dos mil seis del Código Civil, la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte; [...] la ley prohíbe que el Juez de oficio se pronuncie sobre la prescripción extintiva, mucho menos en la etapa de admisión o calificación de la demanda...” (Casación Nro. 1812-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16264-16265).
- “... Si bien el Juzgador se encuentra autorizado para declarar la improcedencia de la demanda, entre otras causales, cuando se advierte la caducidad del derecho; no obstante, cuando existe controversia sobre la caducidad [...], es conveniente emitir la decisión sobre la caducidad al momento de sentenciar el proceso, oportunidad en que el Juzgador tendrá mayores elementos de juicio para resolver...” (Casación Nro. 1885-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17794-17795).
- “... La causal de improcedencia [de la demanda] contenida en el [...] artículo 427 del Código Adjetivo [C.P.C., sobre la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio] se configura cuando los fundamentos de hecho expuestos en la demanda no tienen vinculación alguna o son incompatibles con lo que es objeto de la pretensión...” (Casación Nro. 2717-2003 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, pág. 13717).
- “... La falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio implica la inexistencia de una relación lógica y congruente entre los fundamentos de hecho y las pretensiones procesales a las que sirve de sustento...” (Casación Nro. 2487-2000 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, págs. 6674-6675).
- “... La pretensión procesal contiene dos elementos esenciales: la fundamentación y la petición concreta; en efecto cuando no existe una relación lógica y congruente entre los fundamentos de hecho y el petitorio concreto de la pretensión procesal, la demanda correspondiente debe declararse improcedente; es que los hechos no sólo demuestran la existencia del derecho, sino también constituyen el respaldo del petitorio; si no existe

esa relación, [...] la petición concreta como elemento esencial de la pretensión procesal, estaría huérfana de respaldo y, por consiguiente, la demanda tendrá que declararse improcedente...” (Casación Nro. 1265-2006 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, pág. 17844).

- “... La inconexión entre los hechos y petitorio (de la demanda) constituye un defecto de constitución de la relación jurídica procesal que puede cuestionarse mediante el medio de defensa idónea (sic) y en la etapa procesal correspondiente...” (Casación Nro. 2815-99 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-01-2000, pág. 4610).
- “... Las infracciones normativas denunciadas no pueden ser amparadas, pues el artículo 427 del Código Procesal Civil sí contempla la falta de conexión entre los hechos y el petitorio como causal de improcedencia y su aplicación no está restringida únicamente a la calificación de la demanda, sino que conforme a lo establecido en el artículo 121 del Código Procesal Civil mediante la sentencia, excepcionalmente se podrá emitir pronunciamiento sobre la validez de la relación procesal; no habiéndose afectado su derecho con una resolución de improcedencia por cuanto la recurrente lo tiene expedito para hacerlo valer en otra vía que guarde relación directa con los hechos que invoca...” (Casación Nro. 914-2012 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2012, pág. 38442).
- “... La imposibilidad jurídica del petitorio es una causal de improcedencia de la demanda, conforme prevé el artículo 427 [...] del Código Procesal Civil, la misma que se configura cuando la petición no está referida a la conformidad con el ordenamiento o sistema jurídico vigente. De lo expuesto, se concluye que un petitorio es jurídicamente imposible cuando se está ante un caso no justiciable, esto es: **a)** que se trate de derechos no justiciables, es decir, aquellos que el ordenamiento jurídico le reconoce un derecho pero a su vez le niega la posibilidad de reclamarlo en la vía judicial; **b)** cuestiones no justiciables, relativos [sic -léase relativas-] a asuntos estrictamente políticos como la declaración de estado de emergencia; **c)** la falta o inexistencia de fundamentación jurídica...” (Casación Nro. 3679-2002 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, pág. 12760).
- “... [Es] entendido un petitorio jurídicamente imposible como aquel que no se adecua o no guarda correspondencia evidente con el marco legal existente o es contrario o incompatible con éste...” (Casación Nro.

3124-2005 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17965-17966).

- “... La imposibilidad jurídica de la demanda [...] está referida a la improponibilidad objetiva de la demanda, por evidente infundabilidad, tal por ejemplo, que se demande la ejecución de una anticresis que no consta en escritura pública, o que se exija el cumplimiento de una obligación referida a la trata de blancas, pues en tales casos no se puede pretender la substanciación de un proceso judicial o exigir la tutela jurisdiccional para algo que la ley repele...” (Casación Nro. 1831-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2007, págs. 20886-20887).
- “... Habiéndose interpuesto la demanda sustentándola en la nulidad de actuados judiciales en vía de acción, el cual es un petitorio no contemplado en la legislación procesal, ella resulta imposible jurídicamente, con lo cual deviene en improcedente, en virtud de lo previsto en el Artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal acotado (C.P.C.), y en consecuencia, inválida la relación procesal y es asimismo imposible emitir pronunciamiento de fondo sobre la misma...” (Casación Nro. 2835-97 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26-10-1999, pág. 3798).
- “... Habiéndose considerado la representación insuficiente como un requisito de procedencia de la demanda, se ha incurrido en causal de nulidad, en consecuencia debe reponerse el proceso al estado en que se produjo el vicio” (Casación Nro. 1205-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-11-1999, págs. 4170-4171).
- “... La demanda se declara improcedente cuando se dan cualquiera de los casos previstos por el Artículo cuatrocientos veintisiete del Código Adjetivo; (...) entre ellos no se encuentra la falta de derecho en el demandante que le impida obtener una victoria judicial” (Casación Nro. 2028-97 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-1998, pág. 1723).
- “... El artículo 427 del Código Procesal Civil [...] es una norma procesal que está íntimamente ligado [...] con lo que en la doctrina procesal se han denominado [...] los presupuestos procesales y las condiciones para el ejercicio válido de la acción; que luego de verificarse su existencia hacen viable un pronunciamiento lícito sobre el fondo de la controversia discutida durante el proceso...” (Casación Nro. 1565-2008 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, pág. 23397).

- “... El acceso a la tutela jurisdiccional efectiva esta [sic -léase está-] regulado por reglas procesales que deben cumplir los justiciables, y en su caso se ha declarado que su demanda [del recurrente] es improcedente [...]; y su posterior escrito de ampliación de demanda [...] no subsana esa declaración que es distinta a la de inadmisibilidad, y lo único que debió hacer el recurrente es plantear su demanda en forma...” (Casación Nro. 2526-00 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7192).
- “... La resolución de vista confirmó la apelada, que declaró nulo lo actuado y dio por concluido el proceso, pues la parte actora no cumplió con aclarar el petitorio de su demanda, no siendo válida la aclaración hecha por el abogado sin tener facultad para ello, siendo facultad del juzgador de mérito prevista en el artículo 465 del Código Procesal Civil, declarar la nulidad en vía de saneamiento [procesal]...” (Casación Nro. 2661-2008 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, pág. 23456).
- “... En la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda; (...) dichos requisitos están vinculados estrictamente a cuestiones de forma y capacidad procesal en el modo de interponer la demanda; no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas recaudadas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda” (Casación Nro. 1691-99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-01-2000, pág. 4629).
- “... La resolución cuestionada (que declara liminarmente la improcedencia de la demanda) ha rechazado la demanda sin haberle dado trámite declarándola improcedente, emitiendo fundamentos de hecho y de derecho que corresponde (sic) a una resolución final, contraviniendo así lo dispuesto en el Artículo ciento treintinueve inciso tercero de la Constitución Política del Estado: a que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos con sujeción a un debido proceso” (Casación Nro. 1691-99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-01-2000, pág. 4629).
- “... Conforme al penúltimo párrafo del artículo 427 del Código Procesal Civil, la manifiesta improcedencia de la demanda constituye una causa adicional a las [...] enumeradas en la norma mencionada, la misma que como única exigencia establece la adecuada fundamentación de dicha

improcedencia...” (Casación Nro. 844-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23315-23316).

- “... Cuando se declara improcedente una demanda debe especificarse la norma aplicable, en este caso cuál de los incisos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil es el pertinente...” (Casación Nro. 3132-2000 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7607).
- “... No basta invocar el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil [sobre improcedencia de la demanda] como fundamento de derecho que sustenta la decisión, para rechazar liminarmente la demanda sino alguno de sus [...] incisos, siendo obligación de las instancias de mérito cumplir con la debida fundamentación tanto de hecho y de derecho, a riesgo de atentar contra el derecho de defensa de las partes del proceso...” (Casación Nro. 752-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8117-8118).
- “... Se estará atentando contra el derecho al debido proceso cuando los juzgadores declaren la improcedencia de la demanda por razones ajenas a las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintisiete del mismo Código [C.P.C., sobre improcedencia de la demanda]...” (Casación Nro. 658-2002 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, págs. 9612-9613).
- “... Conforme a la doctrina procesal, respecto a la interpretación global del artículo 427 del Código Procesal Civil, el Juez tiene tres oportunidades para declarar improcedente la demanda: a) al calificarla; b) al resolver la excepción que corresponda; y, c) al dictar sentencia...” (Casación Nro. 2725-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21480-21481).
- “... Con relación a la procedencia de la demanda y al establecimiento de una relación jurídica procesal válida, nuestra Ley Procesal ha establecido distintas oportunidades para su apreciación; así, la primera es la calificación de la demanda, en la que no se da audiencia a la parte demandada; la segunda es cuando la parte demandada deduce excepción, que se debe resolver por el Juez antes de dictar el Auto de Saneamiento, que también es otra oportunidad, y finalmente en sentencia, como prescriben los Artículos cuatrocientos veintisiete, cuatrocientos cuarentiséis, cuatrocientos sesentacinco y ciento veintiuno ‘in fine’ del Código Procesal citado (C.P.C.)” (Casación Nro. 724-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-11-1999, pág. 3902).

- “... El Juez expidió resolución declarando de plano la improcedencia de la demanda; [...] el derecho afectado no es el del demandado sino de la parte demandante, quien por el sentido de lo resuelto deviene en titular del medio impugnatorio que se pretende, y no así el recurrente [demandado], quien no está legitimado para interponerlo, por no sufrir ningún agravio...” (Casación Nro. 3436-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7236).
- “... La declaración de improcedencia al ser inhibitoria no afecta el derecho del recurrente a solicitar nuevamente tutela jurisdiccional respecto a las mismas peticiones de su demanda...” (Casación Nro. 1520-99 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-1999, págs. 4196-4197).
- “... La circunstancia de que la Corte Superior haya declarado nula la resolución de Primera Instancia, que declaró liminarmente la improcedencia de la demanda y haya dispuesto que se provea conforme a derecho, no impide que posteriormente y de acuerdo a su criterio y al examinar el fondo de la materia controvertida se declara (sic -léase se declare-) improcedente la acción, porque se trata de dos situaciones procesales totalmente diferentes, por lo que no existe la contravención de la normas que garantizan el derecho al debido proceso...” (Casación Nro. 818-98 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-10-1998, págs. 1936-1937).

9.3 Rechazo de la demanda

Como bien lo hace notar Azula Camacho, “el rechazo es el acto en virtud del cual el juez se abstiene definitivamente de darle curso a la demanda y dispone que ella y sus anexos se devuelvan al interesado, sin necesidad de desglose” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo II: 127).

Azula Camacho, al distinguir entre inadmisión y rechazo de la demanda, pone de relieve que “la inadmisión y el rechazo tienen de común que ambas implican una abstención de darle curso a la demanda, pero difieren en que la primera es de carácter temporal y condicional, mientras que la segunda es definitiva e incondicional” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo II: 128).

Devis Echandía señala al respecto que:

“... Se *rechaza* la demanda, como medida definitiva en dos casos: a *posteriori*, cuando no se subsana oportunamente el defecto que motivó la inadmisión, y de plano o *in limine* cuando el juez carezca de jurisdicción

o de competencia para el asunto y cuando la acción haya caducado por haber transcurrido el término que la ley señale para su ejercicio.

En el auto que rechaza la demanda, el juez debe ordenar la devolución de los anexos presentados con ella y el archivo del libelo, lo cual hace que no se produzca la suspensión por su presentación de la caducidad ni la prescripción...” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 480-481).

El Código Procesal Civil, en relación al rechazo de la demanda, dispone lo siguiente:

- En estos casos (de inadmisibilidad de la demanda: 1. por no reunir los requisitos legales; 2. por no acompañar los anexos exigidos por ley; 3. por ser incompleto o impreciso el petitorio; y 4. por contener una indebida acumulación de pretensiones: art. 426 del C.P.C.) el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado a criterio del Juez, este rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente (art. 426 -in fine- del C.P.C.).
- El Juez declarará improcedente la demanda (lo que implica su rechazo) cuando: 1. el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; 2. el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; 3. advierta la caducidad del derecho; 4. no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; o 5. el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible (art. 427 -incs. 1) al 5)- del C.P.C.).
- Si el Juez estima que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el Juez (art. 427 -penúltimo párrafo- del C.P.C.).
- Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pone en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes (art. 427 -último párrafo- del C.P.C.).

10. DEMANDA FUNDADA E INFUNDADA

Aldo Bacre expresa que “... la demanda es *fundada*, cuando el juez la estima como favorable haciendo lugar a la pretensión que contiene. Por tanto, podemos

afirmar, sin lugar a dudas, que *toda demanda fundada es admisible, pero no toda demanda admisible es fundada*” (BACRE, 1996, Tomo II: 345). Dicho autor distingue entre admisibilidad y fundabilidad de la demanda diciendo que:

- “a) Los *requisitos de admisibilidad de la demanda* están dados por la ley procesal (...). En cambio, los requisitos de *fundabilidad*, que son los recaudos jurídicos materiales que deciden sobre la aceptación o rechazo de la pretensión, están dados por las leyes sustanciales (...).
- b) Los *requisitos de admisibilidad* de la demanda, son analizados por el juez al momento de ser presentada la misma, por lo cual puede ordenar su rechazo *in limine litis* (...) u ordenar su corrección (...). En cambio, los requisitos de *fundabilidad de la pretensión*, el juez los analiza al dictar la sentencia definitiva.
- c) Los *requisitos de admisibilidad de la demanda* varían según el tipo de proceso (...).

Los *requisitos de fundabilidad de la pretensión* son (...): demostrar la existencia de un derecho + de un interés + de una legitimación sustancial, tanto activa como pasiva, para que sea admitida por el juez en su sentencia” (BACRE, 1996, Tomo II: 345-346).

A decir de Schönke, “... una demanda **es admisible** cuando concurren todos los presupuestos procesales (...); y es además **fundada** cuando existan los requisitos de la afirmación jurídica hecha por el demandante y haya aportado en su caso la prueba de los hechos alegados. Faltando los requisitos procesales, la demanda ha de repelerse como **inadmisible**; cuando no concurren los requisitos para la afirmación jurídica hecha por el actor o no pueda probar éste sus afirmaciones ha de estimarse como **infundada**” (SCHÖNKE, 1950: 152).

De Santo anota sobre el particular lo siguiente:

“Demanda *admisible* es la propuesta y proseguida con ajuste a los modos que la ley prescribe, independientemente de las razones de fondo que la justifiquen y demanda *fundada* la que, con prescindencia de las regularidades de procedimiento, consagra la razón de quien la promueve.

El análisis o juicio de admisibilidad es previo: todo acto inadmissible impide la consideración de la fundabilidad del mismo. Esta preferencia hace que la demanda declarada inadmissible deje imperejuzgado el derecho sustancial pretendido, el que podrá deducirse, si el defecto es subsanable, en el mismo proceso; en caso contrario, en otro.

La demanda se reputa admisible, entonces, cuando ha sido planteada conforme a las normas procesales. Se la califica de fundada cuando quien la ha deducido obtiene un pronunciamiento de mérito favorable a su pretensión...” (DE SANTO, 1988, Tomo I: 117).

Según se colige del inciso 1) del artículo 322 del Código Procesal Civil, concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando el Juez declara en definitiva fundada o infundada la demanda. Tal declaración, dicho sea de paso, se produce en la sentencia, a través de la cual el Juez se pronuncia en decisión expresa, precisa y motivada, sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes (art. 121 -in fine- del C.P.C.). Así tenemos que en la sentencia se declarará fundada la demanda si se da la razón al actor y se acogen sus pretensiones, caso contrario, la demanda será declarada infundada.

Por último, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la demanda fundada e infundada, ha establecido lo siguiente:

- “... Una demanda es fundada o infundada según se encuentre o no debidamente comprobado el derecho argüido con el mérito de las pruebas actuadas, como señala el artículo 200 del mismo Código...” (Casación Nro. 1942-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22355-22356).
- “... La desestimación de una demanda no constituye la negativa del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, sino el resultado de una decisión del órgano judicial luego del análisis y la prueba aportada por las partes en el proceso...” (Casación Nro. 300-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, págs. 21924-21925).
- “... Para efectos de otorgar a la parte que resulte vencida la tutela efectiva de sus derechos, con sujeción a un debido proceso, la resolución que expida el Colegiado Superior necesariamente debe respetar el principio de congruencia procesal, y en ese sentido, la parte considerativa debe guardar perfecta concordancia con la parte resolutive; razón por la cual, si una demanda se desestima por improbanza de la pretensión, la parte decisoria no puede juzgar la ausencia de un requisito intrínseco de la demanda, y al existir tal divergencia, la misma debe ser enmendada...” (Casación Nro. 2484-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20776-20777).
- “... Una demanda es improcedente cuando la ley no concede acción en función de determinada situación jurídica y es fundada o infundada cuando

se acredita o no la pretensión demandada...” (Casación Nro. 345-2004 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2005, págs. 14892-14894).

11. TRASLADO DE LA DEMANDA

Devis Echandía indica sobre el particular que “si la demanda reúne los requisitos generales y especiales que determina la ley, el juez debe admitirla, y ordenar su traslado al demandado cuando se trate de proceso contencioso. El traslado consiste en poner en conocimiento del demandado la demanda y el auto que la admitió, mediante la notificación de éste, en entregarle copias de la demanda y sus anexos y en otorgarle un término para que la estudie y conteste formulando, si lo desea, oposición y excepciones” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 487).

Monroy Cabra, acerca del traslado de la demanda, anota que:

“... El traslado se surte mediante la notificación del auto admisorio y la entrega de copia de la demanda y de sus anexos al demandado. Si son varios los demandados, el traslado se surte a cada cual por el término respectivo; pero si estuvieren representados por la misma persona, el traslado será conjunto.

El traslado comienza a correr el día siguiente de la notificación del auto que lo ordena, cuando es individual, y al día siguiente de la última notificación, cuando es común. En el expediente debe quedar constancia del traslado, así como de la fecha de su vencimiento” (MONROY CABRA, 1979: 282).

Aldo Bacre, en lo que concierne a la naturaleza del traslado de la demanda, predica lo siguiente:

“La orden de traslado se exterioriza mediante una notificación especial, cuya naturaleza compleja se traduce en su doble contenido, porque conlleva:

- a) *Un acto citatorio*: para el demandado para que comparezca por sí o por apoderado ante el juez, con el apercibimiento de que si no lo hace se lo considerará rebelde (...). Ese apersonamiento debe expresar una clara manifestación de voluntad de someterse a la potestad jurisdiccional del magistrado, que se configura al pedir *ser tenido por parte* y constituir domicilio (...). También configura:
- b) *Un acto emplazatorio*: El traslado implica un emplazamiento, es decir, la fijación de un plazo para que dentro del mismo se ejercite

el derecho de defensa o contradicción...” (BACRE, 1996, Tomo II: 372-373).

El Código Procesal Civil regula el traslado de la demanda en su artículo 430, conforme al cual si el Juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.

Se aprecia, entonces, que, admitida la demanda por reunir los requisitos legales, se corre traslado de ella y del auto admisorio a la contraparte a fin de darle la oportunidad de conocer aquéllos y ejercitar su derecho de contradicción.

El emplazamiento al demandado (derivado del traslado de la demanda, por el cual se emplaza al demandado para que comparezca al proceso dentro del plazo de ley, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde) debe seguir las reglas contenidas en los artículos 431 al 437 del Código Procesal Civil, porque su incumplimiento genera la nulidad del acto y, por ende, del proceso, al estarse vulnerando el derecho de defensa del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal.

12. EMPLAZAMIENTO Y CITACION DEL DEMANDADO

En opinión de Gallinal:

“... El *emplazamiento*, es una diligencia judicial que tiene por objeto llamar a una persona con el fin de que comparezca en juicio a defenderse o a hacer uso de su derecho.

En tal sentido, el emplazamiento es acto que pertenece a la categoría de las actuaciones judiciales, cuya finalidad no es otra, que determinar el modo y forma de practicar las mismas...” (GALLINAL, s/a, Tomo II: 13).

A decir de Ovalle Favela:

“Emplazar, en términos generales, significa conceder un *plazo* para la realización de determinada actividad procesal (...). Sin embargo, la palabra emplazamiento se reserva generalmente para el acto procesal, ejecutado por el secretario actuario, en virtud del cual el juzgador *notifica* al demandado de la existencia de una demanda en su contra y del auto que la admitió, y le *concede un plazo* para que la conteste. En esto consiste el emplazamiento del demandado, que, como puede observarse, consta de dos elementos:

1. Una *notificación*, la cual hace saber al demandado que se ha presentado una demanda en su contra y que ésta ha sido admitida por el juez, y

2. Un *emplazamiento* en sentido estricto, el cual otorga al demandado un plazo para que conteste la demanda” (OVALLE FAVELA, 1980: 54-55).

Sobre el particular, Alessandri refiere lo siguiente: “... La resolución recaída en la demanda y ésta deben notificarse al demandado. Producida la notificación, el demandado tiene un plazo para defenderse. La notificación y el plazo constituyen el *emplazamiento*. El emplazamiento no es el plazo que se da al demandado para defenderse: consiste en la notificación de la demanda hecha en forma legal y en el plazo que se da al demandado para defenderse” (ALESSANDRI R., 1940: 59).

Alsina distingue entre citación y emplazamiento al demandado señalando que “... por citación (se) entiende el llamamiento que el juez hace al demandado para que conteste la demanda dentro de cierto término, en tanto que el emplazamiento es el llamamiento para que comparezca a estar a derecho dentro de cierto término. En los dos casos hay la fijación de un plazo, pero en el primero es para contestar la demanda, y en el segundo es para comparecer ante el tribunal. (...) el distingo no se percibe fácilmente, porque la citación importa al mismo tiempo el emplazamiento, es decir, que por el hecho de notificársele el traslado de la demanda, queda emplazado para contestarla y comparecer a estar a derecho...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 59). El indicado tratadista puntualiza que “... la notificación del emplazamiento crea para el demandado la carga de comparecer ante el juez y tomar intervención en el juicio que se le ha promovido. No constituye una obligación y, por consiguiente, la ley no prevé ningún medio para hacerla efectiva; pero su incomparecencia le coloca en una situación jurídica desfavorable que permitirá al demandante continuar los trámites del proceso como si estuviera efectivamente presente, con la agravante de que esa actitud puede llegar hasta eximir al actor de la carga de la prueba...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 70).

Máximo Castro, en lo atinente a la distinción entre citación del demandado y emplazamiento, predica lo siguiente:

“... Los términos *citación* y *emplazamiento*, aunque van con frecuencia unidos, y se usan conjuntamente, no son sinónimos.

Citación en general significa el hecho de hacer conocer a una parte, una petición formulada por la otra, y en particular significa el hecho de hacer conocer al demandado la demanda que se ha formulado en su contra por el actor.

Emplazamiento es la determinación de un plazo dentro del cual la parte emplazada debe comparecer a estar a derecho y contestar las pretensiones de su contrario.

Tratándose de la demanda, la citación y el emplazamiento deben hacerse conjuntamente porque al mismo tiempo que se comunica al demandado la petición que se ha promovido contra él, se le emplaza para que concurra a contestarla” (CASTRO, 1926, Tomo Primero: 127).

12.1 Emplazamiento del demandado domiciliado en la competencia territorial del Juzgado

Lo relativo al emplazamiento del demandado domiciliado en la competencia territorial del Juzgado se encuentra regulado en el artículo 431 del Código Procesal Civil, conforme al cual el emplazamiento de dicho demandado se hará por medio de cédula que se le entregará en su domicilio real, si allí se encontrara.

La demanda y su auto admisorio se notificarán al demandado (lo que implica su emplazamiento para que comparezca al proceso dentro del plazo de ley, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde) por cédula en su domicilio real, legal o contractual (el Código adjetivo, en forma deficiente, señala únicamente al domicilio real), siempre que se haya indicado en la demanda la dirección domiciliaria de aquél, pues, de no ser así por desconocerse tal dirección, la respectiva notificación se hará mediante edictos (art. 435 del C.P.C.).

12.2 Emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del Juzgado

Lo concerniente al emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del Juzgado se halla normado en el artículo 432 del Código Procesal Civil, según el cual:

- Cuando el demandado no se encontrara en el lugar donde se le demanda, el emplazamiento se hará por medio de exhorto a la autoridad judicial de la localidad en que se halle.
- En este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al Cuadro de Distancias que al efecto elaborará el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Como se observa, si el demandado tuviera su domicilio fuera de la competencia territorial del Juez que conoce la causa, la notificación de la demanda y su auto admisorio se efectuará por el órgano jurisdiccional exhortado para tal efecto, que será el del lugar donde tenga su domicilio el demandado. El Código Procesal

Civil, en su artículo 432, prevé la referida notificación por comisión, pero señala defectuosamente que ésta opera cuando el demandado “no se encontrara en el lugar donde se le demanda”, lo que, como se puede apreciar, es muy distinto al hecho preciso de que el demandado no tuviera su domicilio dentro de la competencia territorial del Juez que conoce del proceso, supuesto en el cual, reiteramos, debe librarse el respectivo exhorto al órgano jurisdiccional que corresponda para que practique la notificación de la demanda y su auto admisorio al demandado (lo que presupone el emplazamiento a este último para que se apersona al proceso dentro del plazo legal respectivo, bajo apercibimiento de ser declarado en rebeldía, apersonamiento que implica el señalamiento de domicilio procesal dentro del lugar en que tiene su competencia territorial el Juez del proceso).

Sobre el particular, el artículo 162 del Código Procesal Civil señala claramente: A. que la notificación a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado dentro del país se realiza por la central de notificaciones del distrito judicial correspondiente al domicilio donde se efectúa dicho acto por el servicio de notificaciones que se hubiera contratado, sin perjuicio de que el Juez disponga un medio de notificación diferente; B. que el Poder Judicial puede instaurar, en estos casos, mecanismos para la certificación digital de la documentación remitida; y C. que si la parte a notificar se halla fuera del país, la notificación se realiza mediante exhorto, el cual se tramita por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático o consular del Perú en este

Si la demanda y su auto admisorio tuvieran que ser notificadas al demandado por el órgano jurisdiccional comisionado para tal efecto por domiciliar aquél fuera de la competencia territorial del Juez del proceso, entonces, el plazo que tiene el demandado para contestar la demanda se amplía conforme a lo que establezca el cuadro de distancias elaborado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

12.3 Emplazamiento del demandado que se encuentra fuera del país

El Código Procesal Civil regula el emplazamiento del demandado que se encuentra fuera del país en su artículo 433, que preceptúa que si el demandado se halla fuera del país, será emplazado mediante exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie.

Según se infiere del artículo 433 del Código Procesal Civil, en caso de que el demandado tuviera su domicilio o residencia fuera del Perú, la notificación de la demanda y su auto admisorio (que implica el respectivo emplazamiento a aquél para que comparezca al proceso, por sí mismo o mediante apoderado, dentro del plazo de ley, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde, comparecencia que presupone la indicación de domicilio procesal en el lugar en que tiene su competencia territorial el Juez del proceso) se llevará a cabo a través de exhorto, que

deberá librarse a las autoridades peruanas del lugar más cercano en donde tenga su domicilio el demandado. Al respecto, cabe señalar que, conforme se desprende del artículo 162 -parte pertinente- del Código Procesal Civil, si la parte a notificar se halla fuera del país, la notificación se realiza mediante exhorto, el cual se tramita por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático o consular del Perú en éste.

12.4 Emplazamiento de demandados con domicilios distintos

En relación al emplazamiento de demandados con domicilios distintos, el Código Procesal Civil, en su artículo 434, dispone que si los demandados fuesen varios y se hallaren en Juzgados de competencia territorial diferente, el plazo del emplazamiento será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas.

Como se aprecia, en caso de pluralidad de demandados y domiciliar éstos en lugares distintos donde tengan sus sedes órganos jurisdiccionales de competencia territorial diferente, serán notificados (por cédula o a través de exhorto) todos ellos de la demanda y su auto admisorio, pero el plazo que tendrán para comparecer al proceso y contestar la demanda será para todos el que resulte mayor (por razón de la distancia), siendo irrelevante el orden en que se realizaron las notificaciones.

12.5 Emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados

Acerca del emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, el Código Procesal Civil prescribe en su artículo 435 lo siguiente:

“Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los Artículos 165°, 166°, 167° y 168° *[del C.P.C., numerales referidos a la notificación edictal]*, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.

Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta”.

La notificación edictal de la demanda (lo que implica el emplazamiento del demandado o demandados para que comparezcan al proceso dentro del plazo de ley, por sí o mediante apoderado) procede, pues, en los siguientes casos: A. cuando los demandados a ser notificados sean personas indeterminadas o inciertas, vale decir, personas que no pueden ser identificadas con exactitud, como cuando se desconoce, por ejemplo, la totalidad de los titulares de la relación jurídica material objeto de debate judicial (arts. 165 y 435 del C.P.C.); B. cuando se ignore el domicilio del demandado a ser notificado (arts. 165 y 435 del C.P.C.); y C. cuando deba notificarse a más de diez demandados que tienen un derecho común, lo que no obsta que se practique la notificación por cédula a los litisconsortes pasivos en proporción de uno por cada diez o fracción de diez (art. 166 del C.P.C.). La notificación edictal que se haga de la demanda tiene que llevarse a cabo siguiendo las reglas establecidas en los artículos 165, 166, 167 y 168 del Código Procesal Civil, referidos a la procedencia de la notificación por edictos (art. 165 del C.P.C.), a la notificación especial por edictos (art. 166 del C.P.C.), a la publicación de los edictos (art. 167 del C.P.C.) y a la forma de los edictos (art. 168 del C.P.C.).

Al respecto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 165 del Código Procesal Civil, conforme al cual: A. la notificación por edictos procederá cuando se trate de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore; B. en este último caso, la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar; y C. si la afirmación se prueba falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado, y el Juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, que impondrá atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso.

El emplazamiento a demandados indeterminados o inciertos o cuyo domicilio se ignore se hace, pues, mediante edicto, bajo apercibimiento de designarse a los nombrados el correspondiente curador procesal que intervenga en el proceso en defensa de sus derechos e intereses.

Es de destacar que, según se desprende del tercer párrafo del artículo 435 del Código Procesal Civil, el plazo que tienen para comparecer al proceso y contestar la demanda las personas indicadas precedentemente (personas indeterminadas o inciertas o cuyo domicilio se desconozca) será fijado según la vía procedimental ante la que se esté, no pudiendo exceder el aludido plazo de los 60 días siguientes a la notificación edictal respectiva, si el demandado cuyo domicilio se ignora se halla en el país, ni de los 90 días, contados desde la notificación de la demanda por edictos, en caso de hallarse el demandado cuyo domicilio se ignora fuera del Perú o ser una persona indeterminada o incierta. Los referidos plazos son los aplicables al proceso de conocimiento (art. 479 del C.P.C.). En los procesos abreviados, los

plazos especiales de emplazamiento serán de 30 días, contados desde la notificación edictal de la demanda, si el demandado cuyo domicilio se ignora se halla en el Perú, y de 45 días, si el demandado cuyo domicilio se ignora se halla fuera del Perú o fuese una persona indeterminada o incierta (art. 492 del C.P.C.). En los procesos sumarísimos, los plazos especiales del emplazamiento serán de 15 días, contados desde la notificación edictal de la demanda, si el demandado cuyo domicilio se ignora se halla dentro del país, y de 25 días, computados desde la notificación de la demanda por edictos, si el demandado cuyo domicilio se ignora se halla fuera del país o se trata de una persona indeterminada o incierta (art. 550 del C.P.C.). Finalmente, en los procesos no contenciosos, los plazos especiales de emplazamiento (para contestar la respectiva solicitud no contenciosa) serán de 15 días, contados desde la notificación edictal de la solicitud no contenciosa, si el emplazado cuyo domicilio se ignora se halla dentro del Perú, y de 30 días, computados a partir de la notificación de la solicitud no contenciosa por edictos, si el emplazado cuyo domicilio se ignora se halla fuera del Perú o se trata de una persona indeterminada o incierta (art. 758 del C.P.C.).

12.6 Emplazamiento al apoderado del demandado

El Código Procesal Civil regula el emplazamiento al apoderado del demandado en su artículo 436, conforme al cual el emplazamiento podrá hacerse al apoderado, siempre que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del Juzgado.

La notificación de la demanda y su auto admisorio (que implica el emplazamiento al demandado para que se apersona al proceso dentro del plazo de ley, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde), conforme lo autoriza el artículo 436 del Código Procesal Civil, puede hacerse al apoderado del demandado siempre y cuando se den las condiciones siguientes:

- A) Que el apoderado del demandado cuente con facultades expresas otorgadas por este último para ser notificado de cualquier demanda o de aquellas referidas a determinados asuntos en especial. En puridad, el apoderado debe tener facultades especiales (que deben constar literalmente en el poder correspondiente) para contestar demandas, lo que en buena cuenta presupone la potestad de ser notificado de las mismas.
- B) Que el demandado no se halle en el lugar en que tiene su competencia territorial el órgano jurisdiccional que conoce del proceso.

12.7 Emplazamiento defectuoso

De acuerdo a lo normado en el artículo 437 del Código Procesal Civil:

“Será nulo el emplazamiento si se hace contraviniendo lo dispuesto en los Artículos 431°, 432°, 433°, 434°, 435° y 436° [del C.P.C.]. Sin embargo, no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que este Código [C.P.C.] regula.

Tampoco habrá nulidad si el emplazado comparece y no la formula dentro del plazo previsto, o si se prueba que tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente”.

La notificación de la demanda al demandado (que implica el emplazamiento respectivo) adolecerá de invalidez (y por ende será susceptible de ser declarada nula) si se lleva a cabo inobservando las disposiciones contenidas en los artículos 431, 432, 433, 434, 435 y 436 del Código Procesal Civil, que tratan sobre el emplazamiento del demandado domiciliado dentro de la competencia territorial del Juez que conoce del proceso (art. 431 del C.P.C.), el emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del Juez que conoce del proceso (art. 432 del C.P.C.), el emplazamiento del demandado domiciliado fuera del país (art. 433 del C.P.C.), el emplazamiento de demandados domiciliados en lugares donde tienen sus sedes órganos jurisdiccionales de competencia territorial diferente (art. 434 del C.P.C.), el emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados (art. 435 del C.P.C.) y el emplazamiento al apoderado del demandado (art. 436 del C.P.C.).

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, si la notificación de la demanda al demandado o a su apoderado (lo que implica el emplazamiento respectivo) se hubiera llevado a cabo contraviniendo las disposiciones contenidas en los artículos 431, 432, 433, 434, 435 y 436 del Código Procesal Civil, no resultará nula en caso de que la forma en que se realizó tal notificación le ofreció al demandado las mismas o más garantías de las que el Código Procesal Civil regula. Ello no es sino una aplicación de uno de los principios que rige la nulidad procesal cual es el de convalidación, según el cual hay convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado (art. 172 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Si la notificación de la demanda al demandado o a su apoderado (que, reiteramos, presupone el emplazamiento correspondiente) se hubiera realizado con infracción de los artículos 431, 432, 433, 434, 435 y 436 del Código Procesal Civil, tampoco resultará nula: A. en caso de que el demandado (o su apoderado, según el caso) se apersona al proceso y no solicite la nulidad de la referida notificación dentro del plazo de ley; o B. en caso de que se acredite en autos que el demandado (o su apoderado) conoció del proceso de una u otra manera y, pese a la irregularidad cometida en la notificación de la demanda, no solicitó su nulidad

en la oportunidad debida (dejando transcurrir el tiempo a propósito hasta que finalmente solicita la nulidad pero en forma extemporánea). Sobre el particular, cabe señalar que los casos citados precedentemente no son sino aplicaciones del principio de convalidación que gobierna la nulidad procesal, por el cual:

- Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución (art. 172 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo (art. 172 -tercer párrafo- del C.P.C.).

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, por disposición del artículo 170 del Código Procesal Civil, al quedar firme una resolución que declara infundada la nulidad de una notificación, ésta surte efecto no desde la fecha en que quedó firme (consentida o ejecutoriada) tal resolución, sino desde el momento en que se realizó la referida notificación.

12.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con el emplazamiento y citación del demandado

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al emplazamiento y citación del demandado, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo cuatrocientos treinta del Código adjetivo [C.P.C.] establece que una vez calificada positivamente la demanda, el Juez conferirá el traslado de la misma al demandado a fin de que comparezca al proceso; así tenemos que el acto de emplazamiento está constituido por la notificación judicial de la demanda, ya que es a través de este medio que el demandado toma conocimiento del contenido de ésta...” (Casación Nro. 1304-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7001-7002).
- “... El emplazamiento válido constituye un requisito de la relación jurídica procesal, que consiste en hacer conocer -al demandado- la pretensión del demandante...” (Casación Nro. 1503-2008 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23402-23403).
- “... La diferencia principal entre el emplazamiento y la citación reside en que esta última señala día y hora para presentarse ante la autoridad judicial, mientras que el emplazamiento que se concreta con un traslado está sujeto a un plazo dentro del cual se puede absolver el trámite de

la demanda admitiéndola o rechazándola...” (Casación Nro. 2310-98 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-04-1999, pág. 2907).

- “... La figura de citar con la demanda a un tercero ajeno a la relación procesal, no está comprendida en la ley de la materia como una modalidad de emplazamiento para defenderse u oponerse a una demanda...” (Casación Nro. 2310-98 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-04-1999, pág. 2907).
- “... El acto de emplazamiento es inherente al Organismo Jurisdiccional, por lo que al haberse admitido a trámite la demanda, la materialización del siguiente acto procesal, esto es del traslado de la demanda a la otra parte mediante la notificación[,] es responsabilidad del Juez...” (Casación Nro. 1553-2005 / Camaná - Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19099-19100).
- “... Conforme a lo dispuesto por el artículo 435 concordado con lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil, el emplazamiento será por edictos cuando se ignore el domicilio del demandado; en tal sentido, el edicto será obligatorio cuando el demandante alegue desconocimiento del domicilio del demandado...” (Casación Nro. 1503-2008 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23402-23403).
- “... El emplazamiento constituye uno de los elementos esenciales para que tenga eficacia la relación jurídico procesal, y es por tal motivo que el artículo cuatrocientos treintiocho del Código Adjetivo [C.P.C.] en su inciso cuarto dispone que el emplazamiento válido con la demanda produce como efecto la interrupción de la prescripción extintiva...” (Casación Nro. 1842-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7004-7005).
- “... En los incisos primero y tercero del [...] artículo mil novecientos noventa y seis del Código Civil, se contempla las causales de interrupción de la prescripción [extintiva] consistentes en: **i. Reconocimiento de la obligación** y **iii. Citación con la demanda** o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un Juez o autoridad incompetente; consistiendo la primera causal en el acto unilateral realizado por el deudor a través del cual, de manera expresa o tácita, reconoce la obligación que se le reclama; y la segunda causal en la interpelación que hace el acreedor al deudor ante autoridad judicial o administrativa para que éste haga cumplir al primero lo convenido o responda por todo

efecto derivado del mismo, siendo suficiente para que opere la interrupción la notificación con la demanda o con cualquier otro acto del proceso o del procedimiento o vinculado a éste...” (Casación Nro. 1024-2006 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18788-18789).

- “... Es con la notificación con la demanda que se interrumpe la prescripción [extintiva]...” (Casación Nro. 2453-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6672).
- “... Es con la notificación con la demanda con que se interrumpe la prescripción [extintiva] y no con la sola presentación del escrito de la demanda a la Mesa de Partes...” (Casación Nro. 1842-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7004-7005).
- “... Es la notificación de la demanda la que tiene como efecto interrumpir el plazo prescriptorio, tal como lo señala el artículo cuatrocientos treintiocho [del C.P.C.] en su inciso cuarto, de tal modo que no basta con la interposición de la demanda, ya que dicho acto no puede ser considerado como interpelación judicial...” (Casación Nro. 1304-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7001-7002).
- “... Para efectos de determinar la interrupción de la prescripción [extintiva] en el caso de demandados indeterminados o con domicilio ignorado, se debe tomar en cuenta el cumplimiento del plazo especial de emplazamiento a que se refiere el artículo cuatrocientos treinticinco del Código Procesal Civil o el plazo que se establezca en cada procedimiento; no siendo por ende correcto que para efectos de determinar la interrupción de la prescripción [extintiva] se toma en cuenta la notificación al curador procesal...” (Casación Nro. 184-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8112-8113).
- “... Para los fines del proceso civil, es indispensable que no sólo se designe la identidad del demandado, sino también [...] el lugar donde domicilia, por ser él contra quien se dirige la pretensión y del cual se espera la satisfacción del derecho a dictarse en la sentencia, por tal razón, el actor tiene el deber procesal de proveer la dirección domiciliaria [sic -léase dirección domiciliaria-] del demandado para el correcto emplazamiento y para establecer la litis contestatio, pues de lo contrario, se atentaría contra el derecho de defensa de esta parte...” (Casación Nro. 1040-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17445-17446).

- "... La notificación de la demanda y el mandato ejecutivo estuvo arreglada a Ley, pues la recurrente fue notificada por cédula en el domicilio que aparece en el título valor materia de ejecución [...], cumpliéndose con lo señalado en los artículos ciento cincuenticinco y ciento cincuentiocho del Código Procesal acotado [C.P.C.], no advirtiéndose afectación alguna a su derecho de defensa ni al debido proceso..." (Casación Nro. 2416-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8167-8168).
- "... Solamente es necesario el emplazamiento de la cónyuge cuando se trata de actos de disposición..." (Casación Nro. 33-95 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23-12-1996, pág. 2605).
- "... Cuando se afecta (sic) los bienes de una sociedad conyugal, ambos cónyuges deben ser emplazados, pues lo que se resuelve afectará a ambos..." (Casación Nro. 2150-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-01-2000, pág. 4520).
- "... Ventilándose en autos una pretensión de nulidad de acto jurídico debió emplazarse con la demanda necesariamente a todas las partes que intervinieron en dicho acto..." (Casación Nro. 1043-99 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-11-1999, pág. 4033).
- "... Los vicios relativos al emplazamiento se cuestionan en vía [de] la articulación de nulidad, la cual constituye un remedio procesal por cuanto procede contra actos de notificación no contenidos en resoluciones; siendo por ello perfectamente factible que al remedio de nulidad se le apliquen los principios en materia de impugnación..." (Casación Nro. 2730-00 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7336-7337).
- "... La falta de notificación con la demanda es una afectación al debido proceso lo cual debe ser sancionado ordinariamente con la nulidad procesal..." (Casación Nro. 477-2004 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2005, págs. 14882-14883).
- "... Habiéndose verificado el emplazamiento inválido de la referida empresa, lo actuado respecto de ésta [sic] última entidad deviene en nulo e insubsistente, siendo que en virtud del principio de plenitud a que se refiere el artículo 364 del citado Código Procesal [C.P.C.] y lo previsto en el artículo 176 in fine del mismo ordenamiento legal, la Sala Superior está facultada a declarar de oficio las nulidades insubsanables..." (Casación

Nro. 5063-2007 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, págs. 21698-21699).

- “... No cabe alegar la nulidad del emplazamiento [con la demanda] si se prueba que se tuvo conocimiento del proceso y se omitió reclamarlo oportunamente...” (Casación Nro. 478-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7486).
- “... La recurrente [codemandada] no explicó cómo tomó conocimiento del proceso, por lo que debe presumirse que el acto de notificación con la demanda cumplió con su finalidad, en virtud del artículo doscientos ochentiuno del Código adjetivo [C.P.C.], no cabiendo sanción de nulidad al respecto...” (Casación Nro. 24-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7361).
- “... Cualquier vicio en la notificación quedó subsanado al haber contestado la recurrente [demandada] la demanda y haber inclusive deducido excepciones [...]; por lo que, de conformidad a lo previsto en el artículo 172 del Código Procesal Civil, no ha sido vulnerado su derecho de defensa...” (Casación Nro. 3423-2007 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2008, pág. 21259).
- “... De haber algún error en la dirección domiciliaria del emplazamiento de la demandada, este hecho queda convalidado, si la notificación cumple su finalidad, ello en aplicación del segundo párrafo del artículo ciento setentidós del Código Procesal citado (C.P.C.), razón por la cual no hay afectación al debido proceso...” (Casación Nro. 1348-2000 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2000, pág. 6389).
- “... Constituye una contravención al debido proceso y privación del derecho a la defensa, la falta de emplazamiento adecuado con la demanda” (Casación Nro. 944-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-01-1998, pág. 346).
- “... La falta de notificación constituye afectación a sus derechos de contradicción y defensa de los emplazados y por consiguiente tal situación significa una restricción al derecho constitucional al debido proceso, lo que necesariamente conlleva a la [...] declaración de nulidad...” (Casación Nro. 212-2004 / Cono Norte de Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2005, págs. 14539-14540).
- “... Conforme a los Artículos cuatrocientos treintiuno y cuatrocientos treintisiete del Código Procesal Civil, es nulo el emplazamiento que no se

practica en el domicilio real del demandado. (...) Que, al haberse procedido de esta manera se ha lesionado el derecho a la defensa del recurrente a que se refiere el inciso décimo cuarto del Artículo ciento treintinueve de la Constitución del Estado” (Casación Nro. 1069-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-11-1999, págs. 3990-3991).

- “... Al haberse emplazado al co ejecutado [sic] con la demanda en su anterior dirección domiciliaria, no sólo se le ha causado un estado de indefensión sino que con ello se ha contravenido su elemental derecho a la defensa, consagrado en el inciso 14° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y por ende su derecho a un debido proceso...” (Casación Nro. 1953-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7590).
- “... Si bien [...] [se] formuló nulidad de lo actuado por defectos en el emplazamiento, dicho pedido de nulidad fue desestimado por el Juez [...] sin que la parte interesada hubiera interpuesto recurso de apelación [...]; en tal sentido habría precluido la oportunidad para pronunciarse sobre la acotada nulidad, no obstante ello la Sala de revisión se ha pronunciado sobre ese extremo en la parte considerativa de la resolución de vista, incurriendo por ello [...] en vicio procesal...” (Casación Nro. 2730-00 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7336-7337).

13. EFECTOS DE LA PRESENTACION Y/O NOTIFICACION DE LA DEMANDA

Monroy Cabra, en cuanto a los efectos de la demanda, refiere lo siguiente:

“Se distinguen los efectos jurídico-materiales, de los efectos jurídico-procesales.

En cuanto a los efectos procesales, esto son: a) determina los sujetos, el objeto, el interés y la *causa petendi*; b) queda fijada la competencia del juez (principio de la *perpetuatio jurisdictionis*); c) coloca al juez en la obligación de proveer sobre la demanda, admitiéndola, inadmitiéndola o rechazándola; d) fija la extensión del litigio, determinando las defensas del demandado (salvo que proponga reconvencción), y limita la actividad del juez, que debe sujetarse a la demanda (principio de la congruencia); e) nace el estado de litispendencia que da lugar a una excepción del mismo nombre respecto de una posterior demanda; f) el juez está obligado a resolver la litis según la demanda del actor (pero el demandado también puede proponer demanda de reconvencción).

Los efectos materiales se enumeran así: a) le da al derecho material el carácter de litigioso; b) interrumpe la prescripción adquisitiva y extintiva, impidiendo la adquisición del bien o la extinción de la obligación (...); y c) fija el momento en que el demandado poseedor de buena fe queda sujeto a la obligación de restituir los frutos en caso de que prospere la demanda...” (MONROY CABRA, 1979: 271).

Escobar Fornos dice de los efectos materiales y procesales del emplazamiento lo siguiente:

“Entre los materiales tenemos:

- a) *Constituye en mora al deudor (...).*
- b) *Interrumpe la prescripción (...).*
- c) *Convierte en litigioso un crédito (...).*

Entre los procesales tenemos:

- a) *El demandado puede oponer la excepción de litis-pendencia. (...)* Para que prospere esta excepción es preciso que exista entre el primero y segundo juicio identidad de partes, de objeto y de causa. No importa que el demandante del primero aparezca como demandado en el segundo o viceversa.

(...)

- b) *Principia a obrar la caducidad. (...)* La caducidad empieza a obrar desde la notificación de la demanda, pues hasta entonces existe juicio” (ESCOBAR FORNOS, 1990: 70-71).

Escobar Fornos precisa que la sola presentación de la demanda produce estos efectos:

- “a) El actor se somete tácitamente a la competencia del juez desde que interpuso la demanda.
- b) El juez debe atender la demanda y proveer las peticiones del actor. También puede pronunciarse sobre su competencia (...).
- c) El juez tiene facultades para rechazar de oficio la demanda...” (ESCOBAR FORNOS, 1990: 71).

Devis Echandía asegura que son efectos jurídico-materiales o sustanciales de la demanda los que describe a continuación:

- “a) En primer lugar el darle al derecho sustancial el carácter litigioso (...).
- b) Determina el momento en que el demandado poseedor de buena fe queda sujeto a la obligación de restituir los frutos y productos en caso de prosperar la demanda y, por consiguiente, en que el demandante adquiere el derecho a esos frutos una vez notificada la demanda.
- c) Interrumpe la prescripción adquisitiva y extintiva, impidiendo que el demandado complete el término para adquirir el dominio del bien o para que se extingan sus obligaciones (...). Ese efecto desaparece cuando el demandante desiste de la demanda, o si se produce la perención del proceso, o si éste termina con absolución del demandado o sentencia inhibitoria, y cuando se decreta una nulidad que comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.
- d) También interrumpe la llamada *caducidad del derecho sustancial* y la *caducidad de la acción procesal*; aquélla con el requisito complementario de que se surta la notificación al demandado en la oportunidad que exija la ley; la segunda con la sola presentación de la demanda...” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 483-485).

Devis Echandía estima que son efectos jurídico-procesales de la demanda los que indica seguidamente:

- “a) La determinación de los sujetos iniciales de la relación jurídico-procesal (juez y partes y demandante y demandada) (...).
- b) La fijación de la competencia que, por lo general es inmodificable (...). Ese principio general se conoce como *perpetuatio jurisdictionis*.
- c) La delimitación del interés y de la legitimación en la causa, del demandante y del demandado, al tiempo de notificarse al último la admisión de la demanda (...).
- d) La formación de la *litis pendencia*, para los efectos de fijar la competencia del juez que podía conocer a prevención con otros, haciéndola privativa y excluyente, y para impedir como consecuencia lógica que se inicie un nuevo proceso sobre lo mismo y entre idénticas partes, mediante la formulación de la excepción previa que lo paralice o le ponga término (...).
- e) La determinación del contenido y alcance del debate judicial y, por consiguiente, de la resolución de la sentencia (su congruencia), debiéndose tener en cuenta las excepciones del demandado, naturalmente (...).

- f) El momento en que se vinculan las partes al proceso y quedan sujetas a sus deberes y cargas y en general a la jurisdicción del Estado con los efectos de la cosa juzgada que pueda producirse y les surgen ciertos derechos y facultades procesales (lo cual ocurre para el demandante desde la admisión de la demanda y respecto al demandado desde su notificación).
- g) El momento en que nace para el juez la obligación de proveer como resultado de la obligación de jurisdicción del Estado, por la presentación de la demanda...” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 485-486).

Lino Palacio afirma que son efectos de la mera interposición de la demanda los que señala líneas abajo:

“1º) *Substanciales*

- a) Interrumpe el curso de la prescripción, ‘contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio’ (...).
- b) Impide la extinción de ciertos derechos cuyo ejercicio se halla subordinado a plazos de caducidad (...) o posibilita la transmisión de la pretensión a los herederos (...).
- c) Determina la prestación debida en las obligaciones alternativas, cuando la elección de aquélla fuere dejada al acreedor (...).
- d) Extingue el derecho a formular determinadas pretensiones cuya admisibilidad se halla descartada frente a la elección de otra (...) o subordina ese derecho a la satisfacción de una pretensión distinta (...).
- e) Invalida la venta (...) y la cesión (...) de la cosa o crédito que estuviesen en litigio, hecha a favor de los abogados, procuradores y funcionarios que intervengan en el respectivo proceso.

2º) *Procesales*

- a) Si la interposición de la demanda constituye la primera presentación del actor, y éste se abstiene de recusar al juez sin expresión de causa, pierde la facultad de deducir ulteriormente esa clase de recusación (...).
- b) Determina la prórroga de la competencia, en los casos en que la ley lo admite (...).

- c) Delimita el objeto del proceso e, indirectamente, el *thema decidendum*, ya que si bien la sentencia debe pronunciarse acerca de las oposiciones del demandado, éstas sólo pueden girar en torno a las cuestiones planteadas en la pretensión que contiene la demanda. La regla no rige, desde luego, cuando el demandado ha deducido reconvencción, pues ésta viene a incorporar al proceso, por vía de inserción, un objeto distinto al originario...” (PALACIO, 1977, Tomo IV: 301-302).

El indicado tratadista argentino añade que son efectos de la notificación de la demanda los siguientes:

“1º) *Substanciales*

- a) Constituye en mora al demandado, quien es desde entonces deudor de los intereses (...), cuando se persigue el cumplimiento de obligaciones cuyo plazo no se encuentre convenido pero resulte tácitamente de la naturaleza y circunstancias de aquéllas (...).
- b) Desde la fecha en que se produce la notificación del traslado de la demanda el poseedor de buena fe que resulta condenado a la restitución de la cosa es responsable de los frutos percibidos y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir (...). Por lo demás, cuando no es posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, debe estarse a la fecha de la notificación de la demanda (...).

2º) *Procesales*

- a) El actor no puede desistir de la pretensión sin la conformidad del demandado (...).
- b) A partir de la notificación el demandado asume la carga procesal de defenderse y, asimismo, cuenta con la facultad de propender al impulso del proceso pese a la inactividad del actor, pudiendo oponerse (...) al desistimiento de la pretensión formulada por aquél.
- c) Autoriza al demandado para oponer la excepción de litispendencia en otro proceso que tenga como objeto una pretensión cuyos elementos coincidan con los de la pretensión contenida en la demanda” (PALACIO, 1977, Tomo IV: 302-303).

El Código Procesal Civil establece al respecto, en su artículo 438, lo siguiente:

“El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.
2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código [C.P.C.].
3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.
4. Interrumpe la prescripción extintiva”.

El artículo 438 del Código Procesal Civil regula, pues, los efectos que trae consigo el emplazamiento -obviamente válido- con la demanda (efectos que, advertimos, no se configuran con la sola presentación de la demanda al Juzgado, sino que es necesario su notificación al demandado) y, como se puede apreciar de dicho numeral, el inciso 1) versa sobre el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* (recogido en el art. 8 del C.P.C., del cual se desprende que la situación de hecho existente en el momento de ser admitida la demanda es la que determina la competencia para todo el proceso, sin que ninguna modificación posterior -de hecho o de derecho- pueda afectarla, a no ser que la ley disponga expresamente lo contrario); el inciso 2) hace alusión a los casos de modificación y ampliación de la demanda (reguladas en el art. 428 del C.P.C.); el inciso 3) se refiere a la situación de litispendencia; y el inciso 4) contempla la interrupción del transcurso del plazo que pone fin a la acción pero deja subsistente el derecho (prescripción extintiva).

En cuanto al inciso 4) del artículo 438 del Código Procesal Civil (sobre interrupción de la prescripción extintiva a causa del emplazamiento válido con la demanda), cabe señalar que, según se desprende del artículo 439 del Código Procesal Civil, queda sin efecto la interrupción de la prescripción extintiva cuando:

1. El demandante se desiste del proceso.
2. Se produce el abandono del proceso.
3. La nulidad del proceso que se declare, incluye la notificación del admisorio de la demanda. Teniendo en cuenta que el emplazamiento **válido** con la demanda produce como efecto la interrupción de la prescripción extintiva, se colige que, en caso de declararse la nulidad del proceso y hacerse extensiva ésta a la notificación de la resolución admisorio de la demanda (notificación con la que se produce el emplazamiento si fuese hecha en forma regular), la referida interrupción de la prescripción extintiva deviene en ineficaz, por lo que el plazo prescriptorio se mantiene incólume.

Finalmente, cabe indicar que el artículo 439 del Código Procesal Civil resulta concordante con el artículo 1997 del Código Civil, numeral este último que trata sobre los casos de ineficacia de la interrupción de la prescripción extintiva y según el cual queda sin efecto tal interrupción: A. cuando se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el inciso 3) del artículo 1996 del Código Civil (conforme al cual se interrumpe la prescripción por citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un Juez o autoridad incompetente); B. cuando el actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor; C. cuando el demandado se desiste de la reconvención o de la excepción con la que ha opuesto la compensación; y D. cuando el proceso fenece por abandono.

CAPITULO XXIX

POSTULACION DEL PROCESO: CONTESTACION DE LA DEMANDA

1. NOCION DE CONTESTACION DE LA DEMANDA

Aldo Bacre concibe a la contestación de la demanda como “... *el acto jurídico procesal del demandado, quien compareciendo al llamado de la jurisdicción, pide se rechace la pretensión deducida por el actor, para evitar cualquier sujeción jurídica*” (BACRE, 1996, Tomo II: 421).

Para Gimeno Sendra, “se entiende por contestación a la demanda el acto de postulación del demandado por el que se reconocen o niegan los hechos de la demanda, se determina el tema de la prueba y se solicita del órgano jurisdiccional la inadmisión y/o desestimación, total o parcial, de la pretensión” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo I: 321). Dicho autor añade que “la contestación a la demanda es, ante todo, un acto de postulación del demandado, que se dirige contra el demandante y se presenta (...) ante el Juez, que está conociendo de la demanda, para solicitarle su absolución procesal y/o material” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo I: 321).

A decir de Lino Palacio:

“... En sentido lato entiéndese por contestación a la demanda a la respuesta dada por el demandado la pretensión del actor. A esta acepción le es por tanto indiferente el contenido de las declaraciones formuladas por el demandado, que pueden configurar una oposición a la pretensión o una sumisión a ésta (allanamiento) (...), e incluso contener, además de la oposición, una nueva pretensión frente al demandante (reconvención).

En sentido estricto (...), la contestación a la demanda es el acto destinado a la alegación, por parte del demandado, de todas aquellas posiciones que, de acuerdo con la ley, no deban deducirse como artículos de previo

y especial pronunciamiento. Desde esta perspectiva la contestación a la demanda cobra un específico significado como acto de oposición a la pretensión, ya que mientras vencido el plazo que la ley fija para realizarlo resulta cancelada toda posibilidad de alegar defensas o excepciones, el allanamiento es susceptible de formularse en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia y la reconvencción puede hacerse valer, como pretensión autónoma, en otro proceso” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 153-154).

Al respecto, Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández anotan que “... en el escrito de contestación toma el demandado posición frente a la demanda del actor. La facultad de contestar viene exigida tanto por el principio de audiencia -en ella puede el demandado alegar lo que convenga a su derecho-, como por el de igualdad: alegando en la demanda todo lo que el actor desea, del demandado debe tener idéntica oportunidad de defenderse y, en su caso, contraatacar. Porque la contestación es una facultad del demandado, y no un acto o período procesal que deba realizarse de modo necesario, si el demandado no contesta en el plazo que el Juez le dio (aparte de declararlo en rebeldía), la (...) (ley) ordena al Juez que finja que se ha contestado la demanda y continúe la sustanciación del proceso...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 259).

El Código Procesal Civil regula la contestación de la demanda, principalmente, en el Título II (“Contestación y reconvencción”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”), en los arts. 442, 443 y 444.

2. OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR LA DEMANDA

El Código Procesal Civil, en relación a la oportunidad para contestar la demanda, establece lo siguiente:

- En los procesos de conocimiento, el plazo para contestar la demanda y reconvenir es de treinta días, contados desde la fecha en que se notifica la demanda (debiéndose destacar que la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.). Ello se colige del inciso 5) del artículo 478 del Código Procesal Civil.
- En los procesos abreviados, el plazo para contestar la demanda y reconvenir es de diez días, contados desde la fecha en que se notifica la demanda (reiteramos que la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, por disposición del primer párrafo del art. 445 del C.P.C.). Ello se infiere del inciso 5) del artículo 491 del Código Procesal Civil.

- En los procesos sumarísimos, el plazo para contestar la demanda es de cinco días, que se computan a partir de la fecha en que se notifica la demanda. Ello se desprende del artículo 554 -primer párrafo- del Código Procesal Civil.
- En los procesos únicos de ejecución, el plazo para contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas es de cinco días, contados desde la notificación del mandato ejecutivo (primer párrafo del art. 690-D del C.P.C.).
- En los procesos de ejecución de garantías, el plazo para contradecir es de tres días, contados desde la notificación del mandato de ejecución. Ello se colige de los artículos 721 y 722 del Código Procesal Civil.

3. POSICIONES O ACTITUDES QUE ADOPTA EL DEMANDADO FRENTE A LA DEMANDA

Para Véscovi, las diversas maneras en que el demandado ejerce el derecho de contradicción son las que describe a continuación:

- “a) *Actitud pasiva (no comparecencia)*. Esta actitud supone que el demandado no comparece al juicio: por consiguiente, no contesta la demanda.

(...) Actualmente el actor no coloca al demandado en posición de demostrar su inocencia, en la necesidad imperiosa de defenderse. En efecto, aunque no comparezca, el actor deberá probar sus afirmaciones, no podrá alterar los fundamentos de su demanda, etc. Además se permite al demandado comparecer en cualquier momento, apelar la sentencia, etc.
- b) *Aceptación de la demanda*. En este caso, como en el anterior, no hay oposición, no se ejerce el derecho de contradicción. Es el caso en que el demandado acepta la demanda (allanamiento) o confiesa o reconoce los hechos.
- c) *Oposición: defensa, excepción*. La tercera actitud (...) es la de contradecir la demanda. En este caso puede oponerse una defensa o una excepción...” (VESCOVI, 1999: 77).

Gómez de Liaño González y Pérez-Cruz Martín, en lo que atañe a lo que se examina en este apartado, dicen lo siguiente:

“La contestación no es otra cosa que la respuesta del demandado a la petición del demandante sin que por sí misma implique oposición, ya que contestación es cualquier respuesta, incluso el allanamiento.

La contestación del demandado oponiéndose a la pretensión del actor, puede adoptar un diferente contenido:

- a) Negación de hechos.
- b) Admisión de hechos pero no de sus consecuencias jurídicas.
- c) Alegaciones contradictorias, incompatibles con la versión del actor.
- d) De objeción por la incorporación de hechos compatibles con los expuestos por el demandante pero que justifican o pueden justificar un resultado jurídico diferente.

Los hechos nuevos que puede introducir el demandado suelen sistematizarse por la doctrina en tres categorías:

- 1º.- Los impeditivos, que obstaculizan la aplicación de la norma alegada. Por ejemplo la causa ilícita frente a la exigencia del cumplimiento del contrato.
- 2º.- Los extintivos, que suponen la extinción de la obligación reclamada, como por ejemplo el pago.
- 3º.- Y los excluyentes, que eliminan la aptitud para su exigencia, como es el caso de la prescripción.

De todo ello se deduce que la defensa del demandado puede tener un alcance activo o pasivo. Es pasiva la mera negación, corriendo de cuenta del actor la carga de probar los hechos. Es activa la alegación de algo contrario o diferente a lo sostenido en la demanda y aquí, en este campo de la defensa procesal activa, es donde entran y actúan las excepciones” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2000, Tomo I: 365-366).

Sobre el particular, Casarino Viterbo hace estas precisiones:

“... Una vez que el demandado ha sido legalmente notificado de la demanda, puede adoptar *tres* diferentes actitudes: aceptarla, no decir nada, o bien defenderse.

(...)

(...) *El demandado acepta la demanda.* Aceptar la demanda contraria significa reconocer lisa y llanamente las pretensiones del demandante. Se trata (...) de un *acto de disposición*; y, por lo tanto, debe ser hecho

por el propio demandado, o bien por medio de mandatario judicial con facultad especial para ello (...).

(...) La aceptación de la demanda por parte del demandado (...) libera al juez de la obligación de recibir la causa a prueba, limitándose simplemente a citar a las partes para oír sentencia (...).

(...) Hay casos en que la aceptación de la demanda por parte del demandado ni siquiera produce los efectos antes señalados. En otros términos, a pesar de que el demandante acepte la demanda contraria, el juez tendrá la obligación de recibir la causa a prueba; y ello acontecerá cuando *en el juicio esté comprometido el orden público o el interés general de la sociedad* (...).

(...)

(...) *El demandado no dice nada*. En este segundo caso (...), no será posible que con su actitud venga (el demandado a perjudicar los derechos del demandante, y es por eso que el legislador ha creado la institución de las *rebeldías*. Cada trámite del juicio, pues, se da por evacuado en rebeldía del demandado; en otros términos, en su ausencia. Prácticamente, equivale a dar por evacuados los respectivos trámites, tal como si realmente los hubiera cumplido el demandado, pero negando los hechos que sirven de fundamento a la demanda.

(...)

(...) *El demandado se defiende*. Este tercer caso (...) es el de más ordinaria ocurrencia, y la manera de hacerlo será oponiendo las llamadas *excepciones*. En consecuencia, excepción es el medio de que dispone el demandado para defenderse de una acción que se ha interpuesto en su contra” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo III: 116-118).

Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, acerca de las actitudes posibles del demandado frente a la demanda, hacen estas acotaciones:

“... Frente a la demanda el demandado puede allanarse o resistir.

Si el demandado se allana el tribunal debe proceder a dictar sentencia de conformidad con el allanamiento (...), pues no puede existir un proceso sin resistencia (...).

La resistencia que puede oponer el demandado, es decir, su petición de no ser condenado, está implícita en cualquier actividad que el mismo

realice, e incluso lo está en su falta de actividad, pues (...) la rebeldía supone resistencia. Ahora bien, decir que la resistencia se resuelve en que el demandado pide su no condena es decir muy poco, siendo necesario aclarar las actitudes concretas dentro de la resistencia.

De modo escalonado esas actitudes concretas pueden ser:

- a) No hacer nada o, dicho en términos más técnicos, no comparecer: La consecuencia será que el tribunal le declarará en rebeldía.
- b) Comparecer pero no contestar a la demanda: Esta actitud puede responder a dos situaciones procedimentales:
 - 1.º) Personación y no contestación sin más: Principalmente para evitar ser declarado rebelde, el demandado puede limitarse a comparecer sin formular la contestación a la demanda (aunque esto ocurre raramente en la práctica).
 - 2.º) Personación y oposición de declinatoria: La ley permite al demandado plantear de modo previo, esto es, antes de la contestación de la demanda, la no concurrencia de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia de todo tipo, por medio de la declinatoria (...).
- c) Contestar a la demanda: Este es el acto en el que el demandado opone expresamente la verdadera resistencia (...).
- d) Reconvenir: En el escrito de contestación a la demanda, el demandado puede, además de formular la resistencia, interponer contra el demandante otra pretensión, con esta actitud se sale de la mera resistencia, por lo que se incoa un nuevo proceso que se resolverá en el mismo procedimiento” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 201-202).

Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar agregan lo siguiente:

“Prescindiendo del allanamiento y de la reconvenición, lo esencial de la contestación de la demanda es la resistencia, la declaración de voluntad formulada por el demandado de que no sea condenado en la pretensión interpuesta por el actor. Esta petición puede ampararse en actitudes muy distintas.

a) *Negativas*

El demandado puede pedir que no sea condenado sin que por su parte alegue hechos nuevos sobre los alegados por el actor. Su oposición se centra en los hechos ya aportados al proceso y respecto de ellos puede:

- 1.º) *Negarlos*: El efecto base de la negación es que convierte a los hechos en controvertidos y, por tanto, en necesitados de prueba (...).

(...)

- 2.º) *Admitirlos*: El demandado puede admitir los hechos constitutivos de la demanda, bien de modo expreso o tácito, bien total o parcialmente.

1'') La admisión expresa supone que el hecho queda fijado independientemente de la convicción judicial, imponiéndose al tribunal a la hora de la sentencia.

(...)

2'') La admisión tácita se produce por no pronunciarse, negándolos, sobre los hechos alegados por el actor, pero ésta no se impone al juez, sino que es él quien debe decidir si da o no como existentes esos hechos.

(...)

b) *Positivas*

La petición por el demandado de no ser condenado puede atender, no ya a las alegaciones del actor, que se niegan o admiten, sino a las alegaciones propias del demandado. Entramos así en el terreno de lo positivo y en este campo (aparte de la reconvencción que no es contestación) el demandado puede adoptar dos actitudes:

- 1.º) *Alegar excepciones procesales*: (...) Mediante ellas se trata de poner de manifiesto la no concurrencia de algún presupuesto y/o requisito procesal, lo que conduciría, en su caso, a una resolución meramente procesal. Estas excepciones son también resistencia y petición de no ser condenado, si bien aquí la absolución no se refiere al fondo del asunto, sino sólo a la instancia (resolución procesal).

(...)

- 2.º) *Alegar excepciones materiales*: Se trata ahora, respecto del fondo del asunto, de pedir la absolución con base en hechos nuevos alegados por el demandado que tienden a desvirtuar los hechos alegados

por el actor. Entran así en juego los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Para que existan verdaderas excepciones sobre el fondo el demandado no debe limitarse a negar o admitir, sino que ha de afirmar hechos propios sobre los cuales asumirá la carga de la prueba” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 213-215).

4. REQUISITOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Según Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández, “... como correlato de la demanda, a la contestación se le exigen sustancialmente los mismos requisitos que a aquélla. Así: a) la forma de la contestación debe ajustarse estrictamente a la prevista para la demanda (...); lo que supone, separación formal entre hechos y fundamentos de derecho y la existencia de un suplico claro y determinado (lo que se pida); b) el demandado debe acompañar al escrito de contestación los mismos documentos que la Ley exige al actor para la demanda...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 260).

Sobre el tema, Ovalle Favela apunta lo siguiente:

“... La estructura formal del escrito de contestación a la demanda se formará de cuatro partes: proemio, hechos, derecho y puntos petitorios.

(...) En el *proemio* el demandado debe indicar los datos de identificación del juicio: 1) el tribunal ante el que se promueve; 2) su nombre y la casa que señale para oír notificaciones; 3) el nombre del demandante y 4) la actitud que asuma en concreto frente a la demanda.

En la parte de los *hechos*, el demandado debe referirse a cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios. El silencio y las evasivas hacen que se tengan por confesados los hechos sobre los que no se suscite controversia (...). El demandado, además, puede afirmar hechos distintos a los alegados por el actor y en este caso también deberá enumerarlos y narrarlos sucintamente con claridad y precisión.

En la parte del *derecho*, el demandado debe expresar si objeta o acepta la aplicabilidad de los preceptos jurídicos mencionados por el actor y, en su caso, señalar las normas jurídicas que, a su juicio, sean aplicables. Por último, también debe exponer en forma resumida en los llamados *puntos petitorios*, las peticiones que formula al juzgador” (OVALLE FAVELA, 1980: 66).

Alvarado Velloso, acerca de los requisitos de la contestación de la demanda, hace estas precisiones:

“... La contestación está sujeta a requisitos legales concernientes a la *forma*; y, además -cosa que no rige para la demanda, salvo el caso de caducidad de la acción- a exigencias de *oportunidad*, propias ambas del instar del demandado (...).

Los requisitos de *forma* que generalmente consagran las leyes procesales son:

- a) en lo pertinente, debe observar las reglas establecidas para la confección de la demanda (...);
- b) debe contener una confesión o negativa expresa y categórica de cada hecho expuesto en la demanda pues el silencio al respecto o una respuesta evasiva o una negativa general (y no específica) pueden ser estimados por el juez al sentenciar como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren;
- c) también debe reconocer o negar el demandado la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyen y la recepción de cartas o telegramas a él dirigidos, so pena de que el juez al sentenciar los tenga por reconocidos o recibidos, según el caso;
- d) debe también oponer *todas* las defensas que por su naturaleza no tengan el carácter de previas, especificando con claridad los hechos que las apoyan;
- e) por último, debe deducir reconvención, si ella es admisible.

Los requisitos de *oportunidad* que generalmente consagran las leyes procesales consisten en plazos diferentes para cada tipo de procedimiento (ordinario, sumario, sumarísimo, etc.) que son puramente contingentes...” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 221-222).

El Código Procesal Civil, en el artículo 442, regula lo concerniente a los requisitos y contenido de la contestación de la demanda en estos términos:

“Al contestar el demandado debe:

1. Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda;
2. Pronunciarse respecto a cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;

3. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos;
4. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara;
5. Ofrecer los medios probatorios; y
6. Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandado analfabeto”.

En relación a los requisitos del escrito de contestación de demanda, debe tenerse presente, además, lo dispuesto en los artículos 130, 131 y 132 del Código Procesal Civil, referidos, respectivamente, a la forma del escrito, a su firma y a su autorización por abogado.

4.1 Observancia de los requisitos previstos para la demanda

De acuerdo a lo normado en el inciso 1) del artículo 442 del Código Procesal Civil (que versa sobre los requisitos y contenido de la contestación de la demanda), al contestar la demanda el demandado debe observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda. Así tenemos que, en aplicación del citado numeral y del artículo 424 del Código Procesal Civil (numeral referido a los requisitos de la demanda), el escrito de contestación de demanda debe reunir los siguientes requisitos (algunos de ellos, dicho sea de paso, están consignados en los demás incisos del art. 442 del C.P.C.):

- A. La designación del Juez del proceso (aquel ante el cual se interpuso la demanda).
- B. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria, domicilio procesal y domicilio procesal electrónico del demandado (constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley Nro. 30229).
- C. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandado, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo.
- D. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide (que, comúnmente, es que se declare infundada la demanda).

- E. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.
- F. La fundamentación jurídica del petitorio (debiéndose destacar al respecto que, según el art. 112 -inc. 1)- del C.P.C., se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la contestación de la demanda).
- G. El ofrecimiento de medios probatorios.
- H. La firma del demandado o de su representante o de su apoderado, y la del abogado (en caso de ser analfabeto el demandado, el Secretario respectivo certificará su huella digital).

4.2 Pronunciamiento sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 442 del Código Procesal Civil (que trata sobre los requisitos y contenido de la contestación de la demanda), al contestar la demanda el demandado debe pronunciarse respecto a cada uno de los hechos expuestos en la demanda, pues el silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (por el actor). Obviamente, el demandado no puede faltar a la verdad al contestar la demanda, pues está obligado a adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe (principio de conducta procesal o de moralidad: art. IV del T.P. -segundo párrafo- del C.P.C.) y también porque, con arreglo a lo previsto en el artículo 112 -inc. 2)- del Código Procesal Civil, se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, lo que daría lugar a las sanciones de ley (de carácter patrimonial: art. 110 del C.P.C.). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... El inciso segundo del artículo cuatrocientos cuarenta y dos del Código Procesal Civil no contiene propiamente la presunción que se alega, a la que si aluden [sic -léase a la que sí aluden-] directamente, por ejemplo, los artículos doscientos setenta y nueve y cuatrocientos sesenta y uno del citado Código, sino que se refiere a la facultad que asiste al Juez de apreciar (y no de presumir) el silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica, como reconocimiento de verdad sobre los hechos alegados. Igualmente, cabe señalar que el artículo doscientos ochenta y dos del anotado cuerpo normativo otorga al Juez potestad de extraer conclusiones de la conducta que las partes asumen en el proceso, particularmente de la falta de cooperación o de actitudes obstructivas, mas no de las que deriven de la falta de pronunciamiento de los emplazados respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda...” (Casación Nro. 1768-05 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17469-17470).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, en cuanto a la carga del accionado de pronunciarse categóricamente sobre los hechos expuestos en la demanda, anotan que “... debe hacerlo, ya sea confesando o negando (...), el demandado debe afirmar o negar clara y decisivamente, sin reticencias. Si calla o sus respuestas tienen carácter evasivo, se expone a que quede reconocida la verdad de los hechos sobre los que eluda manifestarse” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 165). Los mencionados autores agregan que:

“El refugio, la salida, el recurso para eludir la respuesta clara y categórica importa ‘evadirse’ del contenido real de los hechos, dando una respuesta vaga o ambigua que pone de manifiesto un artificio defensivo. No ha de ser confundida con la razonable imposibilidad de expedirse inequívocamente por la índole o imprecisión de los hechos, según hayan sido alegados en la demanda (...).

Debe quedar en claro que los hechos que pueden tenerse por admitidos son los lícitos y pertinentes.

(...)

Debe distinguirse la admisión implícita de la admisión ficta. Esta se produce cuando no se contesta la demanda, o en el responde se guarda silencio, o el demandado se expide con evasivas acerca de los hechos afirmados en la demanda. Por el contrario, se dice que la admisión es implícita cuando, sin aceptar expresa o formalmente los hechos indirectamente se los reconoce” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 167-168).

Según Enrique Falcón:

“... Deberá (el demandado) reconocer o negar categóricamente los hechos mencionados por el actor y deberá reconocer o negar la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos, cuyas copias se acompañarán.

La negativa de los hechos debe realizarse en forma concreta, respecto de cada hecho y uno por uno, las negativas simplemente genéricas, como aquella que se menciona en los escritos diciendo ‘niego todos los hechos que no sean expresamente reconocidos’ carecen del valor de negativa.

(...) La falta de negativa de los hechos es una presunción de verdad de los hechos afirmados por la otra parte, pero es una presunción ‘iuris tantum’ que puede ser destruida por prueba en contrario. Mientras que la falta negativa de la prueba documental hace que esta prueba se transforme en

absolutamente válida creando una presunción ‘iure et de iure’, respecto de su validez. Cualquiera sea el caso o actitud que opte el demandado en esta contestación, en la misma deberá agregar también los hechos contrapuestos que deriven del mismo relato realizado por el actor, hechos que hagan a su defensa y excepciones que no sean previas...” (FALCON, 1978: 157-158).

Además, en relación al tema que nos ocupa, Enrique Falcón señala también lo siguiente:

“Como se requiere la negación específica de cada hecho, el silencio, las respuestas evasivas, o la negativa meramente general, crean una presunción relativa respecto de la verdad de los hechos afirmados en la demanda. De modo que la frase tan común ‘Niego todos los hechos que no reconozca expresamente’, carece totalmente de fuerza y de sentido jurídico. Pero el efecto de esta presunción tiene sus límites y sus extensiones:

- a) Solamente alcanza a los hechos pertinentes y lícitos. Si bien en la prueba la pertinencia se refiere a los hechos articulados, aquí la pertinencia, para considerar los hechos como válidos exige además que se trate de hechos personales (...), ya que en definitiva el llamado reconocimiento (...) no es más ni menos que una confesión (...). Los hechos afirmados por el actor, pertinentes y lícitos, sobre los que el demandado guarde silencio, tenga respuestas evasivas o realice una negativa meramente general, son los que se conoce como hechos *admitidos* (...).
- b) En los supuestos en que el demandado es declarado en rebeldía, los hechos *admitidos*, por el obvio silencio del demandado, en caso de duda, constituyen presunción de verdad.
- c) Los hechos que no le son personales o en los que no intervino, no tienen sobre el demandado la presunción de admisión (...). Allí, al demandado le bastará decir ‘no me consta’, sin que ello pueda ser considerado una respuesta evasiva. Pero deberá indicar el hecho a que se refiere, con toda precisión al igual que en los demás casos...” (FALCON, 1995: 77-79).

Al respecto, Aldo Bacre hace estas precisiones:

“Frente al relato de los hechos efectuado por el actor en su demanda, el demandado tiene la carga de admitirlos o negarlos, individualmente, total o parcialmente, independientemente de la introducción de otros hechos constitutivos, impositivos o extintivos que avalen su defensa.

(...)

La admisión siempre representa para el actor un alivio de la carga probatoria y puede ser:

Expresa: cuando, en un proceso contencioso, una parte acepta como ciertos uno o varios hechos determinados, que han sido alegados por el contrario. En estos casos, el hecho no debe ser probado por quien lo alega, quedando fuera del campo probatorio.

La admisión *expresa* a su vez se divide en: *simple*, admisión lisa y llana del hecho y *calificada*: cuando a la admisión del hecho se le agrega una causa de exculpación; en este caso, el demandado debe probar la eximente (...).

Tácita: La admisión tácita resulta cuando, de conformidad con la norma legal, el juez interpreta como aceptación de los hechos afirmados por una parte el silencio, las respuestas evasivas o las negativas meramente generales de la contraria...” (BACRE, 1996, Tomo II: 427-428).

Aldo Bacre hace notar que:

“La negación de los hechos debe ser hecha en forma categórica y circunstanciada, no alcanzando la mera negativa general (...).

El demandado no está obligado a expedirse hecho por hecho de la demanda, ni a efectuar un catálogo de negativas, alcanza con que se pronuncie sobre los hechos fundamentales o esenciales sobre que versa el litigio. Igualmente, si el demandado efectúa una versión fáctica diferente de la realizada por el actor implica una negación de todos los hechos en ella incluidos, salvo los que expresamente admita.

(...)

La simple negativa de los hechos, efectuada en forma categórica, determina la inversión de la carga probatoria, es decir, será el actor quien tendrá que demostrar la certidumbre de sus afirmaciones. Diferente es la solución si el demandado alega, a su vez, hechos constitutivos, impeditivos o extintivos, como fundamento de su defensa, en estos casos deberá probarlos” (BACRE, 1996, Tomo II: 428-429).

4.2.1 El silencio del demandado

Como se indicara anteriormente, constituye requisito de la contestación de la demanda el pronunciarse respecto a cada uno de los hechos expuestos en la

demanda, conforme lo prevé el inciso 2) del artículo 442 del Código Procesal Civil, el cual señala, además, que el silencio (centrándonos en el caso particular) puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (por el accionante).

Alsina apunta sobre la materia que “... el demandado no tiene (...) la obligación de contestar la demanda, pero no es dudoso que cuando el juez le confiere traslado es con el objeto concreto de que manifieste su conformidad o disconformidad con las pretensiones del actor y es precisamente por esa circunstancia que su silencio o su respuesta evasiva pueden ser interpretadas como un reconocimiento tácito de los hechos expuestos en la demanda...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 175).

Aldo Bacre, en lo que atañe al silencio del demandado, sostiene que:

“... El silencio debe ser interpretado como una fuente de presunción simple, debiendo el juez, en oportunidad de dictar sentencia, atendiendo a la naturaleza del proceso y a los demás elementos probatorios que surjan de él, establecer si es o no susceptible de determinar un fallo favorable a la pretensión del accionante.

(...) El estado de conciencia del juez frente al silente es el de considerar que quien no responde es porque, lógica y psicológicamente, no puede negar un hecho que le es adverso. Además, la misma ley autoriza, en estos casos, una presunción judicial en contra del silente, si además, otras circunstancias corroboran la pretensión del actor...” (BACRE, 1996, Tomo II: 429).

4.2.2 Las respuestas evasivas al contestar la demanda

Uno de los requisitos de la contestación de la demanda lo representa -reiteramos- el pronunciarse respecto a cada uno de los hechos expuestos en la demanda. Así lo establece el inciso 2) del artículo 442 del Código Procesal Civil, numeral que señala, además, que la respuesta evasiva (circunscribiéndonos al caso especial tratado en este punto) puede ser apreciada por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (por el actor).

Aldo Bacre estima que la respuesta evasiva “es otra forma de admisión tácita de los hechos afirmados por la contraria. Las respuestas evasivas, ambiguas o vagas son formas tortuosas empleadas por el demandado para eludir la carga procesal que le impone la ley de expedirse en forma concreta y categórica sobre los hechos afirmados por el actor. Es decir, no niega ni admite el hecho, sea porque manifiesta que se le desconoce, sea porque manifiesta que estará a lo que pruebe el actor. Manifestaciones improcedentes cuando el hecho que se afirma es personal

del demandado o debió tener conocimiento del mismo” (BACRE, 1996, Tomo II: 429-430).

Atilio González puntualiza que, “... con respecto a los hechos, la respuesta evasiva podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que ella se refiera. Lo cual quiere decir, en otros términos, que el sujeto pasivo del proceso que *ex profeso* evade la respuesta se expone a tener que soportar las consecuencias de la ‘admisión lógica’...” (GONZALEZ, 1979: 67).

4.2.3 La negativa genérica al contestar la demanda

Como se señalara en su oportunidad, es requisito de la contestación de la demanda el pronunciarse respecto a cada uno de los hechos expuestos en la demanda, según se desprende del inciso 2) del artículo 442 del Código Procesal Civil, el cual señala, además, que la negativa genérica (circunscribiéndonos al caso particular) puede ser apreciada por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (por el demandante).

Aldo Bacre anota sobre la materia que “... (se) sanciona con la posibilidad de reconocimiento de los hechos, a la negativa meramente general que efectúe el demandado, ya que no se cumple con el imperativo legal de responder categóricamente sobre cada uno de los hechos afirmados” (BACRE, 1996, Tomo II: 430).

Carlo Carli apunta que “... legítimamente puede dudarse que la negativa genérica de los hechos sea la ‘negación categórica’ a que se refiere la ley procesal. Cuando ésta impone la carga de contestación quiere significar que el demandado debe ‘admitir’ (admisión, reconocimiento, allanamiento, etc.) o ‘cuestionar’ los hechos fundamentales del litigio. La ley no podría admitir que frente a una pretensión concreta de fundamento fáctico, el interlocutor adoptara una postura expectante, dubitativa o ambigua, calificativos completamente opuestos a lo categórico...” (CARLI; citado por GONZALEZ, 1979: 68-69).

4.3 Aceptación o negación de autenticidad o recepción de documentos

Según se infiere del inciso 3) del artículo 442 del Código Procesal Civil (que regula los requisitos y contenido de la contestación de la demanda), al contestar la demanda el demandado debe reconocer o negar en forma categórica (esto es, de manera clara, tajante o terminante) la autenticidad de los documentos que el actor le atribuye en su demanda (al sindicar al demandado como la persona que los otorgó, extendió, elaboró o que resulta responsable de los mismos), o aceptar o negar haber recibido los documentos que el accionante afirma en su demanda le fueron enviados al demandado. Si éste guardase silencio o se pronunciara al respecto en forma evasiva y no categórica, el Juez puede presumir el reconocimiento

(tácito) por el demandado de la autenticidad de los documentos que se le atribuyen o, según el caso, la admisión (tácita) respecto de que efectivamente el demandado recibió la documentación señalada por el actor.

4.4 Exposición de hechos en que funda su defensa el demandado

Conforme lo señala el inciso 4) del artículo 442 del Código Procesal Civil (que versa sobre los requisitos y contenido de la contestación de la demanda), al contestar la demanda el demandado debe exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara. La exposición que se haga de los fundamentos fácticos de la contestación de la demanda no debe ser extensa, sino más bien concisa, ordenada punto por punto y realizada en términos claros o comprensibles, pudiendo contener la negativa categórica de todos o algunos de los hechos invocados en la demanda, la admisión parcial de tales hechos o, también, la alegación de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos, que, dicho sea de paso, deberá acreditar el demandado.

Puntualizamos que, como resulta evidente, el demandado no puede faltar a la verdad al exponer los hechos en que funda su defensa, porque tiene la obligación de adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe (principio de conducta procesal o de moralidad tipificado en el art. IV del T.P.-segundo párrafo- del C.P.C.), y también porque, de acuerdo a lo normado en el inciso 2) del artículo 112 del Código Procesal Civil, se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, lo que conllevaría a las sanciones legales del caso (de índole patrimonial: art. 110 del C.P.C.).

4.5 Ofrecimiento de medios probatorios

Al contestar la demanda el demandado debe ofrecer los medios probatorios (declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia, inspección judicial y medios de prueba atípicos) que acrediten los hechos que alega en su defensa (si es que al contradecir alega hechos nuevos), debiendo observar los requisitos que el Código Procesal Civil prevé para cada uno de los medios de prueba. Ello se colige del inciso 5) del artículo 442 del citado cuerpo de leyes (que trata acerca de los requisitos y contenido de la contestación de la demanda).

Tratándose de documentos, el demandado podrá acompañar a su escrito de contestación de demanda aquellos que tuviese en su poder y que considere necesario. En la hipótesis de no tener consigo algún documento, deberá describir su contenido e indicar con precisión el lugar en que se encuentra y solicitar, asimismo, las medidas pertinentes para la incorporación del documento en cuestión al proceso. Las referidas medidas están representadas por la exhibición de documentos.

4.6 Firma del demandado y de su abogado

Con arreglo a lo previsto en el inciso 6) del artículo 442 del Código Procesal Civil (que regula lo concerniente a los requisitos y contenido de la contestación de la demanda), al contestar la demanda el demandado debe incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del abogado, debiendo el Secretario cursor certificar la huella digital del demandado analfabeto.

Sobre el particular, el Código Procesal Civil establece que:

- Los escritos serán firmados, debajo de la fecha, por la parte, tercero legitimado o Abogado que lo presenta. Si la parte o tercero legitimado no sabe firmar, pondrá su huella digital, la que será certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo (art. 131 del C.P.C.).
- El escrito debe estar autorizado por abogado colegiado con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite (art. 132 del C.P.C.).

5. ANEXOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Conforme se desprende del artículo 444 del Código Procesal Civil, al escrito en que se contesta la demanda debe adjuntarse los anexos exigidos para la demanda en el artículo 425 del Código Procesal Civil, en lo que corresponda. Así, en aplicación de este último numeral, a la contestación de la demanda debe acompañarse los siguientes anexos:

- A. Copia legible del documento de identidad del demandado y, en su caso, del representante.
- B. El documento que contiene el poder para intervenir en el proceso en nombre del demandado, cuando se actúe por apoderado (debiéndose destacar que, según se colige del art. 75 del C.P.C., se requiere el otorgamiento de facultades especiales, entre otras cosas, para contestar demandas, otorgamiento que se rige por el principio de literalidad, por lo que no se presume la existencia de facultades no conferidas explícitamente).
- C. Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandado, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas. Puede ser, por ejemplo, escritura pública, copia legalizada del acta de sesión de directorio o Junta de Socios (en el caso de personas jurídicas), copia certificada de la sentencia definitiva de interdicción debidamente inscrita en el Registro de Personas Naturales (tratándose

de incapaces mayores de edad), partida de nacimiento (tratándose de menores de edad sujetos a patria potestad), etc.

- D. Los medios probatorios que prueben la calidad de heredero (testamento en escritura pública, copia certificada de resolución judicial firme que declara herederos, etc.), cónyuge (partida de matrimonio), curador de bienes (copia certificada de la resolución judicial que declara la desaparición o ausencia y designa el respectivo curador de bienes, por ejemplo), administrador de bienes comunes (copia certificada de la resolución judicial firme que nombra administrador judicial de bienes, verbigracia), albacea (testamento) o del título con que actúe el demandado, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso (que comparece en nombre de persona de quien no se tiene representación por encontrarse esta última impedida de hacerlo o en una situación de emergencia o de inminente peligro, o tener razones de fundado temor o amenaza, o debido a cualquier otra causa análoga: art. 81 del C.P.C.).
- E. Todos los documentos probatorios destinados a sustentar la posición que adopte el demandado con respecto a la demanda.

No podemos dejar de mencionar que al escrito de contestación de demanda se deberá acompañar las correspondientes cédulas de notificación y la respectiva tasa judicial por concepto de ofrecimiento de pruebas.

6. EFECTOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

En relación a los efectos de la contestación de la demanda, Casarino Viterbo sostiene que “... es con la contestación de la demanda que la relación procesal viene a quedar *completamente integrada*; pues, desde ese momento se tiene una determinación completa de sus sujetos, o sea, de demandante y demandado, y del objeto de la misma, vale decir, de las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez, elementos que, durante la existencia de la relación procesal, ya no podrán variar” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo III: 123-124).

Enrique Falcón asevera por su lado que son efectos de la contestación de la demanda los siguientes: “... 1°) Queda trabada la litis, aunque en puridad la notificación es la que la traba (...); 2°) Se pierde el derecho a oponer la prescripción (...); 3°) Se pierde el derecho a oponer las excepciones previas que no se hubiesen articulado oportunamente; 4°) Fija definitivamente la competencia del juez (...); 5°) Establece definitivamente el marco del debate, tanto respecto de la prueba, cuanto de la sentencia...” (FALCON, 1978: 163).

Finalmente, Lino Palacio, en lo relativo a los efectos de la contestación de la demanda, opina de este modo:

“... La contestación a la demanda produce efectos que inciden, por un lado, en el contenido de actos posteriores, y, por otro lado, en la preclusión de determinadas facultades.

Desde el primero de los mencionados puntos de vista, la contestación engendra fundamentalmente los siguientes efectos: 1º) Determina definitivamente los hechos acerca de los cuales, en su caso, deberá desarrollarse la actividad probatoria (...), con la salvedad que las leyes formulan respecto de los hechos nuevos (...); 2º) Delimita el *thema decidendum*, pues la sentencia definitiva sólo puede versar sobre la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso y sobre la oposición u oposiciones que delimitan ese objeto (*principio de congruencia*) (...), y adecuarse a la relación fáctica invocada en la oportunidad de realizarse tales actos, con la excepción referida a los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio (...). De allí la afirmación corriente en la doctrina de que con la contestación a la demanda resulta integrada la denominada relación jurídica procesal.

En relación con el segundo de los aspectos anteriormente referidos, cabe considerar como efectos de la contestación a la demanda los siguientes: 1º) El demandado que no opuso excepciones previas y que no hace uso de la facultad de recusar sin causa en el escrito de contestación, pierde el derecho de ejercer esa facultad con posterioridad (...); 2º) (...) producida la contestación queda extinguida para el actor la facultad de modificar la demanda” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 154-155).

7. EFECTOS DE LA FALTA DE CONTESTACION DE LA DEMANDA

Morello, en lo que concierne a este punto, enseña lo siguiente:

“a) La incontestación a la demanda, el silencio o las respuestas evasivas, generales u obrepticias determinarán que el juez o tribunal pronuncien la sentencia que en derecho corresponda conforme a las afirmaciones expuestas por el actor, sin perjuicio de los poderes que les asisten para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos pertinentes y lícitos, así como la sinceridad del proceso y de su objeto, respetando el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

- b) La rebeldía por incomparecencia inicial en el proceso, declarada y firme, hará que el juez o tribunal, sin otro trámite, dicte la sentencia pertinente a tenor de los hechos (lícitos) afirmados por el actor.
- c) En los demás casos, la declaración de rebeldía no alterará el curso regular del procedimiento y la sentencia será pronunciada siempre según el mérito de la causa” (MORELLO, 2001: 344).

Azula Camacho, sobre las consecuencias de la omisión de contestar la demanda o de contestarla sin ceñirse a los requisitos de ley, precisa lo siguiente:

“... La contestación de la demanda no constituye un acto procesal de forzosa realización, sino que el demandado queda en libertad de presentarlo, por cuanto es la observación de una carga. Por ello, si se abstiene de contestar la demanda o, aun cuando lo haga, no se ciñe a los requisitos exigidos por la ley, genera para el demandado determinadas consecuencias jurídicas adversas, que se traducen en las siguientes:

- a) *Se considera como un indicio en su contra.*

La disposición habla de *indicio* (cuando de un hecho se infiere la existencia de otro), pero consideramos que realmente se presenta (...) una *presunción legal* (cuando la norma da por establecido un hecho de otro, que admite prueba en contrario) (...).

Es factible (...) que, aun cuando el demandado no conteste la demanda, en el proceso no se demuestren los hechos fundamentos de la pretensión o aparezca establecida una excepción de las que debe reconocer oficiosamente el juez, por lo cual la sentencia será adversa al demandante.

- b) *Se pierde la oportunidad de proponer pruebas.* La oportunidad de solicitar pruebas, de manera general, está referida a la demanda y su contestación, por cuanto, aunque es factible hacerlo en otra oportunidad, como acontece con la inspección judicial, esa facultad queda limitada por tener que referirse a los hechos materia de ésta.
- c) *Se pierde la oportunidad de invocar ciertas excepciones que sólo es posible hacerlo en ese acto,* como son la compensación, prescripción y nulidad relativa.
- d) *En algunos procesos se considera allanamiento tácito,* lo cual determina que se dicte sentencia acogiendo las pretensiones formuladas por el demandante...” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo I: 351-352).

El Código Procesal Civil establece como efecto de la falta de contestación de la demanda dentro del plazo para hacerlo la correspondiente declaración de rebeldía, siempre que la demanda le haya sido notificada válidamente al demandado (art. 458 -primer párrafo- del C.P.C.). Lo que debe entenderse por rebeldía, así como las consecuencias -desfavorables, por cierto, para el demandado- que trae consigo, entre otros aspectos, será tratado más adelante.

CAPITULO XXX

POSTULACION DEL PROCESO: RECONVENCION

1. CONFIGURACION DE LA RECONVENCION

Gimeno Sendra cataloga a la reconvencción como "... una nueva pretensión del demandado, yuxtapuesta a su escrito de contestación, que crea en el actor, a su vez, la carga de ejercitar, frente a la misma, su derecho de defensa, asumiendo, respecto a esta nueva pretensión el 'rol' de demandado..." (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo I: 330).

Gómez de Liaño González y Pérez-Cruz Martín consideran que la reconvencción "comprende la actitud del demandado que, al comparecer en autos y contestar a la demanda, formula una nueva pretensión frente al demandante, aprovechando la oportunidad del procedimiento abierto, y siempre que no sea incompatible, porque si el demandante puede acumular en su demanda diversas pretensiones que tenga frente al demandado, parecida facultad deberá de concedérsele al demandado" (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2000, Tomo I: 369). Los indicados juristas precisan que la reconvencción "incluye una nueva pretensión, y contiene peticiones independientes, susceptibles de determinar la condena del actor, introduciendo en el proceso un nuevo objeto litigioso que ha de tener respuesta en la sentencia" (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2000, Tomo I: 369).

Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández estiman que la reconvencción "... es una acción nueva -no necesariamente contraria-, que el demandado ejercita frente al actor, para que se sustancie en el mismo proceso y se decida en la misma sentencia. Por obra de la reconvencción, el demandado se convierte en actor, sin dejar de ser demandado. Sus posiciones procesales se entrecruzan: el actor sigue siéndolo en cuanto a la demanda que dio origen al pleito, pero es demandado respecto a la reconvencción; el demandado sigue manteniendo este carácter respecto

de la acción principal, pero es actor en cuanto a la demanda reconvenzional” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 97).

Montero Aroca pone de relieve que “la reconvencción va mucho más allá de la mera resistencia; no se trata ya de dar respuesta a la pretensión del sujeto activo, sino de interponer otra pretensión, que origina una acumulación de pretensiones, es decir, de procesos en un único procedimiento; se trata del ejercicio por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el propio juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita” (MONTERO AROCA, 1979: 105-106).

Para Prieto-Castro y Ferrándiz, “... la reconvencción es, propiamente, una demanda que el demandado formula contra el actor inicial, simplemente porque el proceso pendiente le proporciona esta oportunidad de convertirse, a su vez, en demandante (‘actor reconvenzional’), aunque el objeto que proponga no guarde ningún nexo con el de la demanda principal (...), lo que no es muy acertado, excepto si se considera la economía procesal que proporciona” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1980, Volumen I: 105-106). Dicho autor señala, además, que “... hay reconvencción y no simple defensa: a) aunque la relación jurídica a que afecta la reconvencción tenga partes integrantes o elementos comunes con los de la demanda; b) cuando aun siendo uno mismo el objeto de la demanda y de la reconvencción quepa ostentar diversidad de derechos respecto de él; c) si, pidiéndose una parte de un crédito, se solicita reconvenzionalmente la declaración de inexistencia de todo el resto del mismo; e) (sic) la petición dirigida a obtener una declaración incidental de carácter prejudicial para la demanda, en sentido positivo o negativo, tiene un objeto independiente de la demanda, pudiendo ser materia de reconvencción; d) (sic) si, según lo expuesto, resultare una identidad de objeto, el actor podrá oponer la excepción de litispendencia (producida en su demanda en el mismo proceso)...” (PRIETO-CASTRO; citado por ALSINA, 1961, Tomo III: 200-201).

A criterio de Rosenberg, la reconvencción “... es la demanda planteada por el demandado, llamado *reconviniente*, en un proceso pendiente, contra el actor, llamado *reconvenido*, mediante la cual se aduce una pretensión independiente (...), a la que (...) (se) denomina *contrapretensión*; es decir, se la presenta para su resolución con autoridad de cosa juzgada. Toda petición del demandado que se presente contra el actor con fines de ataque, sobre la base de una pretensión de esta especie y que pueda ser también objeto de una demanda independiente, es una reconvencción, sin que sea necesaria su designación de tal...” (ROSENBERG, 1955, Tomo II: 80).

Goldschmidt entiende bajo el nombre de reconvencción “... la pretensión que el demandado hace valer durante el curso del proceso contra el demandante,

con propósito de atacarle, diferente en su esencia de la pretensión contenida en la demanda, pero que se ejercita a fin de que se ventile juntamente con ella, aun cuando no se la designe concretamente con el nombre de 'reconvención'..." (GOLDSCHMIDT, 1936: 328).

Enrique Falcón sostiene que "... la reconvención constituye una pretensión autónoma de certeza positiva interpuesta por el demandado contra el actor en el mismo proceso..." (FALCON, 1995: 109-110). Enrique Falcón distingue entre reconvención y contrademanda de este modo:

"La *reconvención* es una pretensión independiente y autónoma instaurada por el demandado contra el actor en el mismo proceso. Puede no tener relación alguna con la original del actor (reconvención propiamente dicha) o puede estar ligada a la acción por conexidad, o en razón que tanto la pretensión de la demanda (actor), cuanto la del reconviniente (demandado) provienen de la misma relación jurídica. Cuando hay conexidad o la pretensión autónoma del demandado proviene de la misma relación jurídica, nos hallamos propiamente ante la *contrademanda*. La conexidad importa una comunidad de intereses lo que hace que la demanda y la contrademanda sean interdependientes. Las que provienen de la misma relación jurídica son pretensiones que tienen como base la misma causal que les da existencia. El fundamento de que se tramiten conjuntamente dos pretensiones autónomas iniciadas una por el actor y otra por el demandado es distinto. En la reconvención propiamente dicha, es decir aquella en que las pretensiones de uno y otro son absolutamente independientes, el fundamento es la economía procesal. Es una autorización que se le concede al demandado. Cuando se trata de contrademanda, el objetivo es impedir sentencias contradictorias, de modo tal que si los juicios tramitaran separados podría pedirse la acumulación (...). Además la reconvención permite contra ella una contrademanda. La contrademanda agota la posibilidades de contrarrestar por otra contrademanda el ataque" (FALCON, 1978: 160).

El Código Procesal Civil regula lo concerniente a la reconvención, principalmente, en el Título II ("Contestación y reconvención") de la Sección Cuarta ("Postulación del proceso"), en los arts. 443 y 445.

Es de destacar que, de conformidad con nuestro ordenamiento procesal, la reconvención es un caso de acumulación objetiva sucesiva de pretensiones (art. 88 -inc. 2)- del C.P.C.). Esta clase de acumulación, dicho sea de paso, es aquella que se presenta cuando las pretensiones a acumularse son propuestas luego del inicio del proceso (art. 83 del C.P.C.).

2. FUNDAMENTO DE LA RECONVENCION

Para Lorca Navarrete, “el *fundamento* de la reconvención se encuentra en el *principio de economía procesal*, puesto que se aprovecha la existencia de una instancia procesal para poder dar solución a las cuestiones que pueda haber pendientes entre los mismos sujetos, evitando la duplicidad” (LORCA NAVARRETE, 2000: 865).

Gimeno Sendra refiere que “el fundamento de la reconvención es el mismo que el de la acumulación de acciones (no en vano se trata de una acumulación por inserción), es decir, la **economía procesal**, pues sería antieconómico, sobre todo para el demandado, que tuviera que esperar a finalizar el procedimiento iniciado por el actor o incoar otro en paralelo, cuando en él concurra también la circunstancia de ser acreedor de su actor. En tal supuesto, lo más racional y menos oneroso es que en un solo procedimiento se diluciden ambas pretensiones, tanto la del demandante y como la del demandado” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo I: 330).

A criterio de Monroy Gálvez, “en el caso de la reconvención, sin duda alguna, su fundamento no es otro que el *principio de economía procesal*. Como se sabe, el desarrollo de un proceso importa un consumo de tiempo, gasto y esfuerzo. Siendo así, concederle al demandado la oportunidad de demandar a quien lo haya emplazado utilizando el mismo proceso, va a significar, en principio, que no se requerirá de otro proceso; es decir, al mismo tiempo que cada una de las partes cumple su rol original (demandante y demandado), puede invertir su calidad, sin dispendio de tiempo y tampoco de esfuerzo” (MONROY GALVEZ, 1996, Tomo I: 277).

Lino Palacio, en lo concerniente al fundamento de la reconvención, enseña lo siguiente:

“... En tanto la demanda y la reconvención deben sustanciarse simultáneamente y resolverse en una sentencia única, evitándose de tal manera el dispendio de actividad y de gastos que ocasionaría la tramitación separada de los respectivos procesos, resulta claro que el fundamento de la institución reside, esencialmente, en razones de economía procesal. Ello no descarta, sin embargo, que en muchos casos la reconvención responda a la necesidad de evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias.

Parte de la doctrina considera que la facultad de reconvenir es correlativa de la que se reconoce al actor para acumular todas las pretensiones que tenga contra el demandado (acumulación objetiva de pretensiones). Pero

pese a existir entre ambas facultades cierta similitud, cabe tener presente, por un lado, que mientras la acumulación objetiva no se halla supeditada a la existencia de un vínculo de conexión o afinidad entre las distintas pretensiones, la reconvención requiere cierto grado de relación (...) con las cuestiones propuestas en la demanda, y por otro lado, que la acumulación objetiva es inadmisibile respecto de pretensiones excluyentes, al paso que ello no ocurre en el supuesto de la reconvención” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 173).

3. CARACTER AUTONOMO DE LA RECONVENCION

Como bien lo hace notar Kisch, la reconvención “sólo puede ser ejercitada cuando exista un proceso pendiente y únicamente mientras permanezca en ese estado. Pero, una vez que ha sido ejercitada válidamente, es por completo independiente de la suerte del proceso principal: conserva su fuerza aunque la demanda haya sido retirada o repelida por defectos procesales o por carecer de fundamentación...” (KISCH, 1940: 314-315).

Escobar Fornos, en lo atinente a la autonomía de la reconvención, predica lo siguiente:

“... La reconvención encierra una acción independiente, autónoma; aunque a veces tiene relación o conexión material con la del actor primitivo.

Esta autonomía produce las consecuencias siguientes:

- a) *El demandado no está obligado a reconvenir.* Puede o no hacerlo, según convenga a sus intereses.
- b) *Si el demandado no reconviene, conserva su acción o acciones* para ejercerlas en juicio separado.
- c) *El desistimiento, la deserción y la caducidad de la acción no terminan con la reconvención*, la cual se continuará tramitando con independencia de la acción extinguida” (ESCOBAR FORNOS, 1990: 134-135).

4. FORMAS O MODALIDADES DE LA RECONVENCION

Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández señalan que la reconvención, “... por esencia, es una demanda *-demanda reconvencional* suele decirse con propiedad-, lo que significa que debería ajustarse siempre a los requisitos que (...) (se) establece para cualquier demanda (también porque la reconvención debe deducirse en el escrito de contestación y ésta debe ajustarse a los requisitos de la

demanda...). Así, (...) la demanda reconvenzional, aunque forme parte del escrito de contestación, debería formularse claramente separada de él, especificando los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, e incluyendo un ‘suplico’ (*petitum*) claro y determinado” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 99). Los mencionados juristas anotan, además, lo siguiente:

“... Ha deducido la jurisprudencia la posibilidad de una reconvencción *implícita* (en contraposición a la ‘normal’ o explícita), que se produciría si el demandado incluye en la contestación a la demanda ‘cualquier petición que no se limite a pedir que se le absuelva’ (...). Como consecuencia de esta decisión jurisprudencial, puede entenderse que en todas aquellas ocasiones en que el demandado aumenta con su actividad la materia objeto del proceso está, en sentido propio, reconviniendo (lo que tiene enorme importancia para ciertas ‘defensas’ como la compensación, o la petición de que se anule un contrato).

De lo dicho debe deducirse que la reconvencción, cuando su existencia resulte clara, no está sometida a ningún formalismo. Habrá reconvencción cuando el demandado someta al Juez en la contestación un objeto distinto del que dio origen al pleito. Mientras el demandado se limite a pedir su absolución -aunque para ello deba introducir nuevos hechos en el proceso-, no aumenta la materia que es objeto del litigio y, por tanto, no reconviene. La reconvencción debe originar, siempre, un proceso con pluralidad de objetos...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 99-100).

Monroy Gálvez dice de la llamada reconvencción implícita lo siguiente:

“... Está referida al hecho de que, presentada una contestación, esta contiene una pretensión dirigida al demandante, a pesar de lo cual el demandado omite identificarla como tal. La polémica se desplaza entre desconocer que tal declaración de voluntad sea una reconvencción, y la otra posición según la cual el juez puede reconocerla como tal y en consecuencia darle dicho trámite, sustituyendo la omisión del demandado. A esta última se le denomina *reconvencción implícita formal*. No debe confundirse lo descrito con aquella en la que la sola oposición exitosa del demandado a la pretensión del demandante puede transformarse en una declaración de derecho implícita a su favor. Este sería un caso de *reconvencción implícita sustancial*.

(...) En nuestra opinión, (...) un juez que advierta una reconvencción no declarada expresamente como tal debe darle el respectivo trámite, atendiendo a que lo trascendente es el fondo y no la forma. Por lo demás, los

ordenamientos procesales alineados a una orientación publicística suelen tener regulado el aforismo *Iura novit curia*; precisamente su aplicación le impone al juez el debe de aplicar en el proceso el derecho que corresponda, con prescindencia de si este no fue nombrado por el titular o si fue citado defectuosamente.

Nos parece que esta norma, integrada a una concepción publicística, asegura la intervención del juez para suplir la omisión incurrida por el demandado...” (MONROY GALVEZ, 1996, Tomo I: 282).

5. REQUISITOS DE LA RECONVENCION

En palabras de Azula Camacho, son requisitos para la procedencia de la reconvención:

- “a) *Que la ley la haya consagrado*, puesto que sólo es viable en los procesos taxativamente indicados por la normas.
- b) *Que el juez que tramita el proceso sea competente* para conocer de la pretensión contenida en la demanda de reconvención.
- c) *Que la pretensión formulada en la reconvención tenga el mismo procedimiento fijado por la ley para la demanda principal*, ya que ambas siguen un trámite común y se deciden en la misma sentencia.
- d) *Que la naturaleza de la pretensión contenida en la reconvención y la formulada en la demanda principal sean de tal naturaleza que por la identidad de ciertos elementos permitan la acumulación*” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo I: 350).

Para Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández, son requisitos de la reconvención los que citan seguidamente:

- “a) *La reconvención debe ejercitarla el demandado -cualquier de los demandados en caso de litisconsorcio- frente al actor. (...) No puede, como regla, reconvenirse frente a un tercero.*
(...)
- b) *El Juez que está conociendo de la demanda principal debe ser competente para conocer de la reconvención.*

Se incluye aquí, en primer lugar, la jurisdicción por razón del objeto. Y (...) la competencia objetiva por razón de la materia (...). El Juez debe ser, también, competente por razón de la cuantía (...).

- c) *La demanda reconvenzional debe ser susceptible de sustanciarse por el mismo cauce procedimental por el que se sustancia la demanda principal*” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 100-101).

Enrique Falcón sostiene que los requisitos de la reconvencción son aquellos que indica a continuación:

- “a) Las pretensiones deben ser conexas, es decir interdependientes o provenientes de la misma relación jurídica (...). La interdependencia de las pretensiones implica que el resultado de cualquiera de ellas puede hacer cosa juzgada en la otra.
- b) Tiene que haber una demanda pendiente con tal carácter. (No se puede articular la reconvencción por ejemplo cuando se inician diligencias preliminares).
- c) Para que la reconvencción sea procedente se tienen que aplicar los mismos trámites a ambas pretensiones (la del actor y la del reconviniente).
- d) La reconvencción tiene que ser tanto admisible legalmente (...), cuanto por la naturaleza de la causa (...).
- e) La reconvencción sólo se admite en caso de intereses propios y no de terceros.
- f) Debe pagarse la tasa judicial...” (FALCON, 1995: 111-112).

Se infiere del texto del artículo 445 del Código Procesal Civil que son requisitos de la reconvencción los que se indican a continuación:

- A. La reconvencción (y esto se trata de un requisito de admisibilidad, pues tiene que ver con el aspecto formal) debe proponerse en el mismo escrito en que se contesta la demanda (siendo, pues, el plazo para contestar la demanda y reconvenir el mismo y simultáneo: art. 443 del C.P.C.), en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda (art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.). Al respecto, debe tenerse en cuenta, en lo que sea pertinente, lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, referidos, respectivamente, a los requisitos y anexos de la demanda
- B. La reconvencción, para ser admisible, no debe afectar la competencia original (art. 445 -segundo párrafo- del C.P.C.).
- C. La reconvencción, para ser admisible, no debe afectar la vía procedimental original (art. 445 -segundo párrafo- del C.P.C.).

- D. En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable (ver al respecto los arts. 7 y 7-A de la Ley Nro. 26872, y los arts. 7, 8 y 9 del Decreto Supremo Nro. 014-2008-JUS), su admisión está sujeta a lo siguiente (según se colige del art. 445 -in fine- del C.P.C.): *a)* la verificación por el Juez de la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación (extrajudicial); y *b)* la verificación por el Juez de que en el acta de conciliación extrajudicial presentada anexa a la demanda (entiéndase demanda reconconvencional o, simplemente, escrito de contestación de demanda en que se propone la reconversión) conste la descripción de la o las controversias planteadas por el demandado. Sobre el particular, el penúltimo párrafo del artículo 15 de la Ley Nro. 26872 prescribe que la formulación de reconversión en el proceso judicial, sólo se admitirá si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio (extrajudicial) al que fue invitado, bajo los supuestos de los incisos d) y f) del referido artículo 15 de la Ley Nro. 26872, incisos conforme a los cuales, se da por concluido el procedimiento conciliatorio (extrajudicial) por:
- Inasistencia de una parte a dos sesiones (inciso d).
 - Decisión debidamente motivada del Conciliador en Audiencia (de Conciliación) efectiva, por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia (de Conciliación) o por negarse a firmar el Acta de Conciliación (inciso f).
- E. Debe -como requisito de procedencia- existir conexidad entre la pretensión contenida en la reconversión y la relación jurídica invocada en la demanda, pues, de lo contrario, la reconversión será declarada improcedente (art. 445 -antepenúltimo párrafo- del C.P.C.).

6. OPORTUNIDAD DE LA RECONVENCION

Alsina señala sobre la oportunidad de la reconversión que “... ni antes ni después de la contestación podrá el demandado deducir su reconversión. Si hubiese opuesto excepciones previas no podrá reconvenir hasta evacuar el traslado de la demanda; si la demanda fuese contestada antes del vencimiento del término, no podrá tampoco reconvenir después alegando que el término aún no había vencido...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 211-212).

Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández afirman que:

“... La reconversión debe deducirse en el escrito de contestación a la demanda (...) aunque ella misma no sea contestación, o ‘lo sea’ en sentido muy lato (...).

Ni antes ni después, la reconvencción es posible: ‘Después de la contestación a la demanda no podrá hacerse uso de la reconvencción, quedando a salvo al demandado su derecho, que podrá ejercitarlo en el juicio correspondiente’...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 100).

Monroy Gálvez indica sobre el particular que:

“... El plazo para interponer una reconvencción está menos ligado al tiempo que al acto con el que simultáneamente debe presentarse. Casi todos los ordenamientos suelen fijar como plazo para reconvenir el mismo que se tiene para contestar la demanda. Sin embargo, la doctrina considera que la oportunidad para reconvenir está ligada al acto de la contestación y no al plazo para hacerlo.

Por esa razón, si un demandado contesta la demanda antes del vencimiento del plazo, en tal fecha deberá interponer reconvencción, de lo contrario, aun cuando hubiera un plazo adicional para contestar (y por tanto para reconvenir), este se habrá perdido por efecto del acto de contestación de la demanda” (MONROY GALVEZ, 1996, Tomo I: 282-283).

Según nuestro ordenamiento procesal, que sigue correctamente el criterio doctrinario y legislativo dominante sobre la materia, el demandado que quiera formular reconvencción debe hacerlo dentro del plazo que la ley prevé para la contestación de la demanda, conjuntamente con ésta. Ello se colige del artículo 443 del Código Procesal Civil, que no hace sino reiterar el sentido de la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 445 del citado cuerpo de leyes, conforme a la cual la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda (de lo que se deduce que el plazo para contestar la demanda y reconvenir es uno mismo y simultáneo, como lo señala el art. 443 del C.P.C.).

7. MODIFICACION Y AMPLIACION DE LA RECONVENCION

En principio, cabe indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 del Código Procesal Civil:

- El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada. Es posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio (art. 428 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación

obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con traslado a la otra parte (art. 428 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Ahora bien, tal como lo señala el referido precepto legal en su último párrafo, iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción (es decir, puede modificar los términos de su reconvencción o ampliar la cuantía de la pretensión reconvenccional), derechos que se ejercerán de la forma prevista en los acápites anteriores.

8. TRAMITE DE LA RECONVENCION

Según Rodríguez Solano:

“La demanda reconvenccional origina la simultaneidad en el proceso y en la resolución (...), es decir, el hecho de que ambas acciones deban sustanciarse y decidirse en la misma sentencia, (...) tramitándose y discutiéndose al mismo tiempo y en igual forma que la cuestión principal (...).

Por tanto, la acción principal y la reconvencción se acomodan a los mismos trámites, quedando unida la menor a la mayor (...), siempre que ésta sea la primeramente tramitada” (RODRIGUEZ SOLANO, 1950: 295-296).

Por su parte, Escobar Fornos precisa que:

“... La acción o acciones ejercidas en la contrademanda deben ser susceptibles de tramitarse en la misma forma que la demanda.

Este requisito (...) resulta su exigencia en virtud de las razones siguientes:

- i) La reconvencción se tramita y falla de acuerdo con los trámites de la demanda principal y, en consecuencia, debe estar sujeta a los mismos procedimientos de la demanda; y
- ii) La reconvencción se considera como una acumulación objetiva de acciones y, por consiguiente, deben tramitarse las acciones bajo un mismo procedimiento” (ESCOBAR FORNOS, 1990: 133).

En relación al trámite de la reconvencción, se desprende de nuestro ordenamiento procesal lo siguiente:

- El plazo para contestar y *reconvenir* es el mismo y simultáneo (art. 443 del C.P.C.). En los procesos de conocimiento, el plazo para contestar la demanda y reconvenir es de treinta días, contados desde la notificación

de la demanda (art. 478 -inc. 5)- del C.P.C.). En los procesos abreviados (salvo aquellos determinados en el art. 490 del C.P.C., en los que es impropio la reconvencción, vale decir, los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación de áreas o linderos, responsabilidad civil de los Jueces y tercería), el plazo para contestar la demanda y reconvenir es de diez días, contados desde la notificación de la demanda (art. 491 -inc. 5)- del C.P.C.). En las demás clases de procesos resulta inviable la reconvencción.

- La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda (art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).
- El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente (en el cuaderno principal) y resolverse en la sentencia (art. 445 -penúltimo párrafo- del C.P.C.). Sobre el particular, cabe anotar que, en los procesos de conocimiento, el plazo para absolver el traslado de la reconvencción es de treinta días, contados desde la notificación de esta última (art. 478 -inc. 7)- del C.P.C.); mientras que, en los procesos abreviados (con exclusión de los previstos en el art. 490 del C.P.C., en los que, reiteramos, no es procedente la reconvencción), el plazo para absolver el traslado de la reconvencción es de diez días, contados desde que es notificada (art. 491 -inc. 7)- del C.P.C.). En cuanto a las demás clases de procesos, insistimos que no es procedente la reconvencción.

9. RESOLUCION DE LA RECONVENCION

Según se colige del artículo 445 -penúltimo párrafo- del Código Procesal Civil, la reconvencción se tramita conjuntamente con la demanda (en el cuaderno principal) y, al igual que lo que ocurre con la demanda, es resuelta la reconvencción en la sentencia.

En lo atinente a la resolución de la reconvencción, Rodríguez Solano sostiene que:

“... Debe resolverse la reconvencción en la misma sentencia que la cuestión principal (...). El juzgador tiene, por consiguiente, el deber de decidir clara y concretamente en la parte dispositiva de su resolución sobre los extremos que contenga la demanda reconvenccional (...), para no incidir en incongruencia (...), siempre que precisen un especial pronunciamiento (...), aun cuando el actor haya desistido de su demanda o se repela ésta por defectos legales (...).

Además, el fallo debe decidir sobre las demás alegaciones que el demandante haya formulado respecto del *petitum* de la demanda reconvenzional (...), no siendo preciso, en cambio, resolver ésta cuando el demandado se limitó a reproducir en inversa forma la petición del actor por faltarle entonces los requisitos de fondo, forma y súplica (...).

En cuanto a los pedimentos reconvenzionales formulados subsidiariamente para el supuesto de que no prospere la defensa contra la demanda principal, si se desestima ésta, no existe necesidad de hacer declaración alguna respecto de aquéllos (...), porque implícitamente quedaron desestimados, si requerir que conste en la sentencia la declaración denegatoria...” (RODRIGUEZ SOLANO, 1950: 297-298).

10. EFECTOS DE LA RECONVENCION

Máximo Castro estima que “... dos son los efectos importantes que produce la reconvención. 1° Que los diferentes pleitos se siguen en un mismo proceso, esto es que las distintas acciones se discuten a un mismo tiempo, se sustancian juntas y se resuelven en una misma sentencia; 2° Que queda prorrogada legalmente la jurisdicción del juez, de manera que es competente para ambos litigios, aunque no lo fuese para alguno de ellos” (CASTRO, 1926, Tomo Primero: 140).

Kisch pone de manifiesto que “la reconvención no sólo produce el efecto de introducir un punto litigioso más en el proceso pendiente, sino que da origen a otro nuevo que sigue su curso junto con el ya pendiente y que por regla general es sustanciado y resuelto en un proceso único para los dos. Por lo que atañe a la acción reconvenzional, tiene el mismo efecto jurídico que si hubiese sido ejercitada en una demanda independiente...” (KISCH, 1940: 315).

En opinión de Alsina, la reconvención produce cuatro efectos principales: “... a) Plantea una nueva litis cuyos términos han de referirse al momento de la contestación por el actor y que se resuelve en la sentencia conjuntamente con la demanda. b) Produce los mismos efectos jurídicos que la interposición de la demanda principal, y, en consecuencia, quedará fijada la competencia del juez con relación al reconviniendo, individualizada la cosa litigiosa, interrumpida la prescripción, etc. c) El demandado se convierte en actor en la reconvención y el actor en demandado, y así como a éste corresponde la prueba de las afirmaciones contenidas en su demanda, al que reconviene corresponderá la prueba de las afirmaciones contenidas en su reconvención. d) Siendo la reconvención una institución autónoma, no se suspende por el desistimiento de la demanda y la admisión de ésta en la sentencia puede contener un pronunciamiento independiente del que corresponda a la reconvención, salvo el caso de compensación” (ALSINA, 1961, Tomo III: 214-215).

Lino Palacio anota sobre la materia lo siguiente:

“El efecto primordial de la reconvención consiste en incorporar al proceso una nueva pretensión que debe sustanciarse y resolverse conjuntamente con la pretensión originaria. De allí que los trámites preliminares de la reconvención paralicen los correspondientes a la demanda inicial hasta tanto ambas se encuentren en el estadio procesal que permitan sustanciarlas en forma simultánea (apertura a prueba o declaración de puro derecho). Pero como se trata de dos pretensiones dotadas de autonomía, ni el desistimiento de la demanda ni el allanamiento a ésta inciden respecto de la reconvención, ni, viceversa, el desistimiento de la reconvención importa el allanamiento de la demanda. Sólo hace excepción la caducidad de la instancia principal, que comprende a la reconvención, pero no la de ésta a aquélla (...).

Por otra parte, la misma autonomía de las pretensiones autoriza (...) el acogimiento o el rechazo de ambas.

Fuera de las consideraciones precedentemente expuestas, los efectos de la reconvención, sean substanciales o procesales, y sea que se atienda a su mera interposición o a su notificación, guardan substancial coincidencia con los efectos de la demanda...” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 193).

11. PROCESOS EN QUE RESULTA IMPROCEDENTE LA RECONVENCION

La reconvención resulta improcedente en los procesos que citamos a continuación:

- Proceso abreviado de retracto (art. 490 del C.P.C.).
- Proceso abreviado de título supletorio (art. 490 del C.P.C.).
- Proceso abreviado de prescripción adquisitiva (art. 490 del C.P.C.).
- Proceso abreviado de rectificación o delimitación de áreas y linderos (art. 490 del C.P.C.).
- Proceso abreviado de responsabilidad civil de los Jueces (art. 490 del C.P.C.).
- Proceso abreviado de tercería (art. 490 del C.P.C.).
- Procesos sumarísimos (art. 559 -inc. 1)- del C.P.C.).

- Procesos no contenciosos (art. 761 -inc. 4)- del C.P.C.).
- En cuanto a los procesos de ejecución, como se señalara con anterioridad, se omite toda regulación sobre la reconvención, pero puede inferirse que, atendiendo a la especial naturaleza de tales procesos y a la simplicidad de su trámite, no resulta procedente la reconvención, tanto más si nuestro ordenamiento procesal impone ciertos parámetros a la contradicción que pueda plantear el ejecutado, a los que éste tiene que circunscribirse bajo sanción de declararse la correspondiente improcedencia si se excediera el marco legal. Los límites a la contradicción del ejecutado a que se hiciera alusión se hallan previstos en el artículo 690-D del Código Procesal Civil.

12. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA RECONVENCION

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la reconvención, ha establecido lo siguiente:

- “... El instituto de la reconvención permite al demandado la oportunidad de demandar a quien lo ha emplazado utilizando el mismo proceso, con lo cual se satisface el principio de economía procesal, se evita la multiplicidad de juicios y se facilita la acción de la justicia. Con la reconvención el demandado ejercita un derecho en vía de acción, y busca obtener una declaración a favor propio sin más requisitos que su petitorio sea conexo con la relación jurídica invocada en la demanda y no afecte la vía procedimental, como establece el artículo 445 del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 705-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2005, págs. 14051-14052).
- “... La reconvención constituye una acción del demandado contra el demandante, y por tanto, es una verdadera demanda...” (Casación Nro. 384-01 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8114-8115).
- “... La reconvención constituye una contrademanda que contiene una pretensión diferente a la que es materia de demanda...” (Casación Nro. 788-2002 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2004, págs. 12204-12205).
- “... No se vulnera el derecho de defensa ni el debido proceso por cuanto la tramitación de la excepción y reconvención en procesos de conocimiento se rigen por plazos distintos que señala el artículo cuatrocientos setentiocho del Código Adjetivo [C.P.C.], pudiendo absolverse el traslado de ambos de manera independiente y en ese sentido, si bien se resolvió

la excepción antes de que venza el plazo para la absolución de la reconvención, ello no impedía que los impugnantes ejerzan este último derecho en el plazo correspondiente...” (Casación Nro. 1444-2003 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, págs. 11160-11161).

- “... Tal reconvención ha sido declarada in limine improcedente por el Juez y confirmada por la Sala Revisora por no satisfacer el requisito de procedencia [...] previsto en el artículo cuatrocientos cuarenticinco tercer párrafo, del Código Procesal Civil; lo que en efecto se encuentra arreglado a ley; toda vez que la pretensión reconvencional acumulada tal como está planteada no cumple íntegramente el requisito de conexidad sobre la base de la relación jurídica invocada en la demanda, dado que [...] dicha pretensión debe estar dirigida [...] a los actores, al título de éstos y a los que participaron en la producción del referido título...” (Casación Nro. 4128-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9046-9047).
- “... Tal como lo establece el Artículo cuatrocientos cuarenticinco del Código Procesal mencionado (C.P.C.), la reconvención es procedente si su pretensión tiene conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda; sin embargo, la improcedencia de ésta última no determina necesariamente la improcedencia de la reconvención en tanto ésta constituye una demanda que debe ser resuelta en la sentencia” (Casación Nro. 2428-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-08-1999, págs. 3180-3181).
- “... La debida composición del proceso, tratándose de la reconvención no permite comprender a otras personas que no son parte en el proceso conforme a la demanda...” (Casación Nro. 3048-99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-04-2000, pág. 5010).
- “... Al no resolver la reconvención planteada por el recurrente, la impugnada contraviene el Principio de Congruencia según el cual debe existir plena identidad entre las pretensiones y la sentencia; y consecuentemente, se ha inobservado el debido proceso, contravieniéndose las normas contenidas en los Artículos ciento treintinueve, inciso tercero, de la Constitución y primero y sétimo del Título Preliminar del Código Procesal citado (C.P.C.)” (Casación Nro. 2428-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-08-1999, págs. 3180-3181).

CAPITULO XXXI

POSTULACION DEL PROCESO: EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

1. LA EXCEPCION PROCESAL

Monroy Gálvez opina que “la excepción es un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o, el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción” (MONROY GALVEZ, 1987: 102-103).

Para Azula Camacho, “se denomina excepciones a las circunstancias que tienden a ponerle término al proceso o a subsanar las irregularidades existentes y con el objeto de que la actuación siga su curso normal. Las primeras son perentorias o definitivas; las segundas dilatorias o temporales” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo II: 143).

Ovalle Favela anota que “... las excepciones previas no se dirigen a lograr un pronunciamiento de fondo de parte del juzgador, sino que tienen por objeto poner de manifiesto al juez la existencia de cuestiones que impiden, que obstan, que aquél emita tal pronunciamiento de fondo. Por contener cuestiones obstativas o impeditivas, las excepciones previas deben resolverse *antes* del pronunciamiento de fondo” (OVALLE FAVELA, 1980: 83).

A decir de Andrés De la Oliva y Miguel Angel Fernández, “... las excepciones procesales pretenden negar el derecho del actor al proceso, esto es, el derecho -del actor- a que el Juez decida sobre la acción afirmada. Como sabemos, es éste un derecho subjetivo público que, a diferencia del derecho genérico de acceso a los tribunales, está sometido, en su existencia concreta, a la concurrencia de ciertos requisitos de carácter procesal” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 47). Los mencionados juristas agregan que “... cuantas ‘cuestiones’ de

carácter procesal (presupuestos y óbices) puedan surgir al principio del proceso son (...) constitutivas de *excepciones* (procesales)’ esto significa que su denuncia corresponde al demandado, y su tramitación se ajusta a lo previsto con carácter general para todo tipo de excepciones. Sólo en aquellos casos especiales en que un precepto legal (...) lo ordene de modo expreso, puede el Juez apreciar *de oficio* la ausencia de un presupuesto procesal; o la concurrencia de algún obstáculo que impida la sentencia de fondo” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 49).

Sobre el particular, Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar hacen estas precisiones:

“La excepción procesal tiene como contenido la falta de presupuestos o el incumplimiento de requisitos procesales (...):

- a) En primer lugar esta excepción puede referirse a la falta de *presupuestos procesales*. Estos son las condiciones que atienden a la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto; el tribunal sólo podrá resolver el fondo del litigio planteado en la pretensión cuando concurren los elementos que determinan la correcta constitución de la relación jurídico procesal. Ello significa, obviamente, que los presupuestos se refieren al proceso como conjunto, no a un acto concreto del mismo; la existencia válida de los actos especialmente considerados depende de que en ellos concurren los requisitos legales, que son algo muy distinto.

(...) Sea o no estimable de oficio la falta de presupuestos, éstos pueden en todo caso ser alegados por el demandado, y (...) esa alegación se realizará por medio de las excepciones procesales (...).

- b) (...) El demandado también puede excepcionar la falta de *requisitos de un acto procesal*, el básico, el de la demanda; estos requisitos se refieren al contenido, no a la forma. Es preciso distinguir aquí entre admisibilidad de la demanda y estimación de la pretensión, y advertir que la falta de requisitos alegables por el demandado como excepción procesal se refieren al primer supuesto, no al segundo.

El demandado puede alegar que en la demanda no se contiene una petición, o que ésta es oscura, o que se contienen peticiones contradictorias, pero no podrá excepcionar procesalmente que faltan hechos constitutivos, pues esto es tema de fondo que surgirá en las excepciones materiales...” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 207-208).

El Código Procesal Civil regula a la excepción strictu sensu, principalmente, en el Título III (“Excepciones y defensas previas”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”), en los arts. 446 al 457.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción procesal, ha establecido lo siguiente:

- “... La excepción es un medio de defensa de forma que ataca la validez de la relación jurídica procesal...” (Casación Nro. 1004-04 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2005, págs. 15010-15012).
- “... Las excepciones son medios de defensa que el emplazado opone a la demanda, unas veces cuestionando el aspecto formal del proceso en el que se hace valer las pretensiones y otras, cuestionando el fondo mismo de la pretensión, es decir[,] negando los hechos en que se apoya la pretensión o desconociendo el derecho que la sustenta...” (Casación Nro. 2643-2003 / Junín - Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2006, pág. 15341).
- “... La excepción es un instituto procesal por el cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor; con ello cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso, persiguiendo anular la acción incoada...” (Casación Nro. 1607-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, pág. 23428).
- “... La excepción es un medio de defensa mediante el cual se cuestiona la relación jurídico [sic] procesal o la posibilidad de expedirse un fallo sobre el fondo, por la omisión o defecto de un presupuesto procesal o de una condición de la acción, respectivamente...” (Casación Nro. 3204-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-07-2002, pág. 8942).
- “... La excepción es una institución procesal que permite al demandado ejercer [sic -léase ejercer-] su derecho a la defensa, denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o efecto en una condición de la acción. La excepción es una circunstancia de hecho o de Derecho que obsta a la condena. La excepción genéricamente es también la garantía de la defensa en sí misma. Las circunstancias impeditivas de una condena se aducen en el proceso mediante excepciones...” (Casación Nro. 1463-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23409-23410).

- “... En la [resolución] recurrida no se ha tenido en cuenta que es inviable desde el plano procesal que un medio técnico de defensa [excepción] -cuya finalidad es controvertir la validez de la relación procesal- pueda ser considerado como punto controvertido, precisamente por no contener hechos que se encuentren relacionados con el fondo de la litis...” (Casación Nro. 27-2003 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, pág. 13800).
- “... La excepción es un medio de defensa de forma que ataca la validez de la relación jurídica procesal por la ausencia de un presupuesto procesal o una condición de la acción que impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto; no siendo materia de discusión en vía de excepción la pretensión controvertida por cuanto ello corresponde al fondo del asunto...” (Casación Nro. 2570-2003 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2004, págs. 12071-12072).
- “... [El] artículo cuatrocientos cincuenta y dos del Código Procesal Civil [...] establece que son requisitos que dan lugar a la identidad de procesos que ‘el proceso fenecido haya ocurrido entre las mismas partes y que el petitorio e interés para obrar sean los mismos’, considerados como identidad de las partes, la identidad jurídica de las partes intervinientes en el proceso, la identidad del petitorio u objeto de la pretensión, como la relación jurídica discutida en el proceso y el interés para obrar que es la causa que ha determinado el litigio y por lo tanto, es el fundamento de la pretensión...” (Casación Nro. 1188-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23608-23609).
- “... La norma procesal glosada [art. 448 del C.P.C.] no impone en modo alguno a los justiciables la obligación de ofrecer medios probatorios que sustenten las excepciones que se pudieran deducir, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, dichas excepciones serán rechazadas, sino que por el contrario, se advierte que dicho dispositivo establece que sólo se admitirán como medios probatorios [documentales] aquellos que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven...” (Casación Nro. 3360-01 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13531-13532).
- “... El cuaderno de excepción sigue la consecuencia del principal...” (Casación Nro. 2071-99 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7145).
- “... Las excepciones se resuelven a través de un auto, conforme lo señala el segundo párrafo [...] del artículo ciento veintiuno del Código Procesal

Civil, la cual constituye una norma procesal [...] de orden público y de obligatorio cumplimiento...” (Casación Nro. 1586-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7860).

- “... En razón de que una resolución [superior] que resuelve excepciones es, por su propia naturaleza e independientemente de lo que resuelva, una de aquellas que pueden dar por concluida la instancia, resulta exigible que existan tres votos conformes a fin de contar con una decisión definitiva, como establece el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...” (Casación Nro. 2135-2006 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, pág. 17860).
- “... La Sala Superior ha emitido pronunciamiento en el principal [...] sin haber resuelto previamente la apelación pendiente del cuaderno de excepción, incurriéndose en causal de nulidad prevista por el artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil, por tratarse de un acto procesal indispensable para la emisión de un fallo válido sobre el fondo. [...] Que, en consecuencia se ha incurrido en [...] contravención al debido proceso...” (Casación Nro. 0231-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7384-7385).
- “... Las excepciones tienden a cuestionar las condiciones de la acción y presupuestos procesales con el objeto de determinar si la relación jurídica procesal resulta válida; consecuentemente el Colegiado [Superior] al haber advertido en la demanda incoada el incumplimiento de uno de dichos presupuestos procesales se encontraba legitimado para retrotraer el proceso hasta el momento en que advirtió el vicio que era justamente la etapa de calificar los requisitos de admisibilidad o improcedencia de la acción interpuesta...” (Casación Nro. 3033-2002 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, pág. 12699).

2. CLASES DE EXCEPCIONES

El Código Procesal Civil, en su artículo 446, contempla las siguientes clases de excepciones:

- Excepción de incompetencia (art. 446 -inc. 1)- del C.P.C.).
- Excepción de incapacidad del demandante o de su representante (art. 446 -inc. 2)- del C.P.C.).
- Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado (art. 446 -inc. 3)- del C.P.C.).

- Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda (art. 446 -inc. 4)- del C.P.C.).
- Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 446 -inc. 5)- del C.P.C.).
- Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado (art. 446 -inc. 6)- del C.P.C.).
- Excepción de litispendencia (art. 446 -inc. 7)- del C.P.C.).
- Excepción de cosa juzgada (art. 446 -inc. 8)- del C.P.C.).
- Excepción de desistimiento de la pretensión (art. 446 -inc. 9)- del C.P.C.).
- Excepción de conclusión del proceso por conciliación (art. 446 -inc. 10)- del C.P.C.).
- Excepción de conclusión del proceso por transacción (art. 446 -inc. 10)- del C.P.C.).
- Excepción de caducidad (art. 446 -inc. 11)- del C.P.C.).
- Excepción de prescripción extintiva (art. 446 -inc. 12)- del C.P.C.).
- Excepción de convenio arbitral (art. 446 -inc. 13)- del C.P.C.).

2.1 Excepción de incompetencia

2.1.1 Definición

Para Lino Palacio, “... la excepción de incompetencia procede, en términos generales, cuando la demanda se interpone ante un órgano judicial distinto al que le corresponde intervenir en el proceso de acuerdo con las reglas legales atributivas de competencia -salvo que ésta sea prorrogable-, así como en el caso de que, convenida o legalmente impuesta la jurisdicción arbitral, la demanda se presente ante la justicia, excepto que ambas partes se sometan voluntariamente a la competencia de ésta” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 96).

Alvarado Velloso, en cuanto a la excepción de incompetencia, enseña que:

“... Mediante ella el demandado afirma que el actor ha incoado su demanda ante una autoridad (...) que carece de competencia (legal o convencional) para admitirla (darle curso).

(...)

Las leyes procesales en general norman acerca de esta excepción, y le otorgan el carácter de dilatoria, por lo cual exigen su oposición en forma de *artículo de previo y especial pronunciamiento*. En rigor y cuando se articulan varias debe ser la primera en quedar resuelta, ya que si la autoridad se declara incompetente no debe entrar a conocer y decidir las otras excepciones opuestas” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 194).

La excepción de incompetencia se encuentra contemplada en el inciso 1) del artículo 446 del Código Procesal Civil. Es, pues, aquel instituto procesal que denuncia vicios en la competencia del Juez, siendo procedente cuando se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional incompetente por razón de la materia, la cuantía, el grado, el turno o el territorio (en el último caso cuando es improrrogable). Es de resaltar que, pese a no ser invocada como excepción, puede ser declarada de oficio la incompetencia en cualquier estado y grado del proceso (así lo ordena el artículo 35 del Código Procesal Civil). En lo concerniente al cuestionamiento de la competencia de los Jueces de Paz Letrados y de Paz, sólo puede hacerse en vía de excepción (y no en vía de contienda de competencia), de conformidad con el artículo 37 del Código Procesal Civil.

2.1.2 Efectos

Si la excepción de incompetencia es declarada infundada, se declarará también saneado el proceso, de conformidad a lo establecido en el artículo 449 del Código Procesal Civil.

Cuando es declarada fundada la excepción de incompetencia, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno en que se tramitó es agregado al principal, produciéndose como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso (art. 451 -inciso 5)- del C.P.C.). Sobre el particular, el inciso 6) del artículo 451 del Código Procesal Civil prevé como efecto la remisión de los actuados al Juez que corresponda, si se trata de la excepción de incompetencia. En el caso de la excepción de incompetencia territorial relativa, el Juez competente continúa con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre y si lo considera pertinente, aun cuando la audiencia de pruebas hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50 del Código Procesal Civil. En los demás casos el Juez debe proceder a emplazar nuevamente con la demanda.

De haber concurso de excepciones, y según lo dispone el artículo 450 del Código Procesal Civil, si entre las propuestas figura la de incompetencia y la declara fundada, se abstendrá el Juez de resolver las demás. Ello se debe a que se está declarando incompetente, no pudiendo resolver las otras excepciones ni

realizar acto procesal alguno con respecto a la litis, pues carece de competencia. El mencionado precepto legal agrega que en caso de concederse la apelación del respectivo auto y ser revocado por el superior, deberá el inferior pronunciarse sobre las excepciones restantes. Ello se explica, porque el Juez ha recuperado o, mejor dicho, no ha perdido su competencia para conocer el asunto litigioso.

2.1.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de incompetencia

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de incompetencia, ha establecido lo siguiente:

- “... El demandado se ha sometido tácitamente a la jurisdicción del Juez [del proceso] [...] por no haber deducido dicha excepción [de incompetencia]...” (Casación Nro. 3332-00 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 7063).
- “... Aparece de la revisión de actuados que contra la resolución de primera instancia que declaró infundadas las excepciones de convenio arbitral e incompetencia deducidas [...], la emplazada formuló recurso de apelación que fue concedido sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida mediante resolución [...], disponiéndose la elevación del cuaderno al superior, con la debida nota de atención; [...] dado el efecto y la calidad con que fue concedido el recurso [de apelación], el proceso principal no podía suspender su trámite, pues ello sólo resulta viable cuando se ampara una excepción, mas no cuando se desestima; por tanto, la decisión que dictara el Colegiado Superior para resolver el incidente elevado no tenía que esperar las resultas de lo que decidiera el A quo en el expediente principal, ni se sujetaba a su trámite; en consecuencia, el proceso principal debía continuar conforme a su estado; [...] es en este contexto que la Sala Superior, teniendo a la vista sólo el cuaderno de excepciones, por encontrarse en trámite el proceso principal, resuelve amparar la excepción deducida. Ello [...] no puede configurar contravención al debido proceso, más aún si en atención a lo normado en el inciso quinto del artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Procesal Civil, es efecto del amparo de la excepción de incompetencia anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso, lo que concuerda con lo normado en el artículo trescientos ochenta del anotado Código Procesal, según el cual la nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo, determina la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia; [...] en tal sentido, no resultaba imperativo ni razonable pretender que la Sala Superior tuviera a la vista el expediente principal para resolver la incidencia, ni tampoco

que dicho Colegiado tenga que reservarse el pronunciamiento sobre los efectos del amparo de la excepción de incompetencia para que sean determinados por el A quo, pues era su obligación pronunciarse conforme a lo normado en el inciso quinto del artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 2944-06 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20816-20817).

- “... Si la Sala Superior considera que el tema en litis es de competencia de los Juzgados de Trabajo por ser de connotación laboral -en razón de que el supuesto daño causado al accionante se ha producido durante la ejecución de un contrato de trabajo- resulta un contrasentido que al expedirse la resolución de vista únicamente se haya declarado la conclusión del presente proceso respecto de la excepcionante empresa [...] e implícitamente se disponga la continuación del mismo proceso en cuanto a la otra colitigante se refiere [...]. Es que es obvio que al haberse declarado fundada la excepción de incompetencia funcional deducida por la primera empresa [...], dicha declaración judicial incumbe asimismo a la otra colitigante pasiva, puesto que los efectos jurídicos que ha producido dicha decisión afecta uno de los requisitos de la acción, relativo a la competencia del Juez; [...] si el proceso es unitario y como tal no resulta admisible que se emitan decisiones dispares para una misma parte procesal. En el caso de autos, tratándose de un litisconsorcio pasivo, es evidente que los efectos jurídicos que resultan a partir de ampararse la excepción de incompetencia deducida por una de las colitigantes, atañen a todos los que intervienen en el juicio sin ningún distingo, en estricta observancia de lo previsto en el artículo 451, inciso 5, del Código Procesal Civil, y no sólo incumbe a la excepcionante...” (Casación Nro. 1240-2005 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17450-17451).
- “... No puede proponerse recién en casación lo que pudo tramitarse vía excepción, en este caso excepción de incompetencia, no estando el juzgador en la obligación de declararla de oficio...” (Casación Nro. 3428-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7235-7236).

2.2 Excepción de incapacidad del demandante o de su representante

2.2.1 Noción

La carencia de capacidad de ejercicio de los derechos civiles, denominada también falta de personalidad por la doctrina, significa la ausencia de un atributo jurídico procesal necesario para ejercer el derecho de acción. Ello da lugar a la

formulación de la correspondiente excepción de incapacidad del demandante o de su representante, establecida en el inciso 2) del artículo 446 del Código Procesal Civil.

La excepción de incapacidad del demandante o de su representante constituye aquel instrumento procesal de defensa que tiende a evitar una relación jurídica procesal inválida y carente de eficacia y que se opone a la pretensión del actor cuando éste o quien ejerce su representación carecen de personalidad o, mejor dicho, no cuentan con capacidad para comparecer en un proceso.

Alvarado Velloso, en lo que atañe a la excepción examinada en este punto, anota lo siguiente:

“... (Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *capacidad procesal del actor*): mediante ella el demandado afirma que el actor carece de capacidad jurídica para obligarse por sí mismo con motivo del proceso, razón por la cual no podrá serle oponible la sentencia que consecuentemente se dicte acerca del litigio.

(...)

Esta excepción está expresamente autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y todos exigen su interposición *previa* para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental. Además, y dada su importancia en términos de eficacia procesal, el juez debe suplirla de oficio en cualquier estado y grado de la causa” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 195).

2.2.2 Efectos

En cuanto a los efectos de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante, cabe señalar, en principio, que si se declarara infundada la excepción de incapacidad del demandante o de su representante se declarará también el saneamiento del proceso, esto es, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Civil.

Si se declarase fundada la excepción de incapacidad del demandante o de su representante, el cuaderno incidental correspondiente se agregará al principal y traerá como consecuencia jurídica la suspensión del proceso hasta que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado, dentro del plazo que fijará el auto resolutorio (art. 451 -inc. 1)- del C.P.C.).

De vencerse el plazo fijado en el indicado auto resolutorio sin que se cumpla lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso. En

este caso concluirá el proceso sin declaración sobre el fondo (arts. 451 -parte final del inc. 4)- y 321 -inc. 4)- del Código Procesal Civil).

Por tratarse de una excepción dilatoria, aun en el supuesto de resolverse la conclusión del proceso, podrá el actor, una vez subsanado el vicio sobre la capacidad procesal de él o de quien lo represente (o designado otro representante, esta vez capaz), ejercitar su derecho de acción interponiendo nuevamente la demanda respectiva. Tiene, entonces, la posibilidad de volver a solicitar tutela jurisdiccional cuando cese su estado de incapacidad (siempre que no haya prescrito su derecho), o nombre a un representante, o designe a otro que sea hábil para comparecer en juicio, según el caso.

2.3 Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado

2.3.1 Concepción

La excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, prevista en el inciso 3) del artículo 446 del Código Procesal Civil, es aquel instituto procesal dirigido a denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida debido, precisamente, a la imperfección, irregularidad o limitación de que adolece el poder de quien se atribuye la representación del demandante o del demandado.

En cuanto al carácter defectuoso del poder de representación que amerita esta excepción, cabe señalar que se incurre en tal situación cuando se carece del poder, es nulo, falso o le faltan cualidades propias e intrínsecas para su eficacia. Al respecto, Lino Palacio apunta que “la representación es defectuosa, en términos generales, cuando quien la otorga lo hace en una calidad inadecuada a la finalidad de aquélla, el mandatario carece de capacidad para actuar en tal carácter, o el documento acompañado para acreditar la personería aparece desprovisto de los correspondientes requisitos legales” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 99-100).

En lo que atañe a la insuficiencia del poder de representación, segundo supuesto que permite deducir la excepción que acapara nuestra atención, ello se presentará si, existiendo efectivamente el poder, no se establecen en éste las facultades para demandar o contestar la demanda o para realizar otros actos procesales de importancia (para un normal desarrollo del proceso). Sobre el particular, Lino Palacio anota que “cabe hablar (...) de representación insuficiente, cuando en virtud de la naturaleza del poder, o de los términos en que éste se ha otorgado, el representante carezca de facultades para intervenir en el proceso de que se trate” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 101).

2.3.2 Efectos

En lo relativo a los efectos de la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, cabe indicar que si se declara infundada dicha excepción, se declarará también el saneamiento del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Civil, y, en consecuencia, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Si la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandado es planteada por el actor para oponerse a la reconvencción, de declararse infundada prosigue el trámite de la reconvencción.

Si se declara fundada la excepción de representación defectuosa o insuficiente del **demandante**, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la suspensión del proceso hasta que se subsane el defecto o insuficiencia de representación del demandante dentro del plazo que fijará el auto resolutorio (art. 451 -inc. 2)- del C.P.C.).

Si venciera el plazo sin haberse procedido a la subsanación del defecto o insuficiencia en la representación del **actor**, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso (art. 451 -parte final del inc. 4)- del C.P.C.). En esta hipótesis concluirá el proceso sin declaración sobre el fondo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 321 -inciso 4)- del Código Procesal Civil.

Concluido el proceso por el amparo de la excepción de defecto o insuficiencia de representación del **demandante** nada le impide a éste hacer valer su pretensión en un nuevo proceso, cumpliendo esta vez con observar debidamente lo concerniente a la representación.

Si se declara fundada la excepción de representación **insuficiente** del **demandado**, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso (art. 451 -inc. 5)- del C.P.C.). Igualmente, no habrá declaración sobre el fondo, conforme a lo preceptuado en el artículo 321 -inciso 4)- del Código Procesal Civil.

2.3.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, ha establecido lo siguiente:

- “... Conforme al Artículo setentidós del Código Procesal Civil, el poder para representación en juicio se otorga en escritura pública o por acta

ante el Juez del proceso, y su defecto da lugar a la excepción de representación defectuosa o insuficiente como prescriben los Artículos cuatrocientos cuarentiséis inciso tercero y cuatrocientos cincuentiuno inciso segundo del acotado. (...) Esta excepción no se puede confundir con la de falta de legitimidad para obrar, prevista en el inciso sexto del Artículo cuatrocientos cuarentiséis, ya citado, que se contrae a la facultad legal, de los sujetos del proceso, demandantes o demandados, para formular una pretensión determinada o contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirle un interés en su resultado ('legitimatio ad causam')” (Casación Nro. 1751-96 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-06-1998, pág. 1263).

- “... Si el demandado estimaba que se le estaba emplazando como representante de la sociedad conyugal debió de deducir oportunamente la correspondiente excepción de representación insuficiente del demandado (...), y si consideraba que se le estaba emplazando indebidamente cuando se debía emplazar a la sociedad conyugal debió deducir la excepción de falta de legitimidad...” (Casación Nro. 917-95 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-12-1996, págs. 2568-2569).
- “... La institución jurídica adecuada para denunciar la ausencia (defecto) o la insuficiencia (imperfección) de la representación procesal con la que está actuando alguien a nombre del demandante es la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante y no la nulidad de acto procesal. [...] Que cuando la resolución de vista declara nulo el auto copiado [...] que declara improcedente la nulidad deducida [...] y nulo todo lo actuado desde el mandato de ejecución, e improcedente la demanda y por concluido el proceso, se incurre en contravención al debido proceso al admitir un cuestionamiento de la representación procesal que sólo cabe hacerse en vía de excepción...” (Casación Nro. 3855-2001 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2003, pág. 9878).
- “... La recurrente no dedujo en su oportunidad la excepción de representación defectuosa o insuficiente de la demandante, por lo que no puede ser objeto de pronunciamiento ya que vulneraría el principio de preclusión...” (Casación Nro. 2377-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6667).
- “... Ha sido desestimada la excepción de representación defectuosa del actor, pues el hecho de presentar una copia legalizada de la escritura pública que contiene el poder otorgado por el actor, en nada enerva su

valor...” (Casación Nro. 5272-06 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20726-20727).

- “... La representación es un requisito subsanable, que puede ser cuestionado mediante la excepción de representación insuficiente del demandante, que solamente tiene por efecto, en caso de declararse fundada, conceder un plazo a fin de que el representante subsane su representación insuficiente...” (Casación Nro. 1205-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-11-1999, págs. 4170-4171).
- “... Conforme aparece del inciso segundo del Artículo cuatrocientos cincuentiuno y del Artículo cuatrocientos veintiséis del Código Procesal Civil el defecto de representación del demandante es un vicio susceptible de subsanación. (...) Que, al haberse declarado la nulidad de lo actuado por defectos de representación del demandante, la Corte Superior, sustituyéndose a la demandada, ha hecho valer una excepción no propuesta oportunamente por ésta, incurriéndose en nulidad” (Casación Nro. 841-99 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-1999, págs. 3407-3408).

2.4 Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda

2.4.1 Significado

La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda (llamada también excepción de defecto legal -al proponer la demanda- o excepción de oscuro libelo) se encuentra regulada en el inciso 4) del artículo 446 del Código Procesal Civil. No se dirige a la comprobación de los hechos afirmados en ella, sino a exigir que éstos, su fundamentación y el petitorio sean expuestos con claridad, en términos que no sean oscuros, imprecisos o contradictorios. La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda no versa sobre el fondo del asunto; únicamente cuestiona los aspectos relativos a una mejor comprensión, por parte del Juez y del sujeto pasivo del proceso, de lo demandado. La excepción que examinamos tiene por finalidad estricta, pues, la fijación correcta de los hechos expuestos en la demanda y del petitorio (esto incluye su monto) a efecto de determinar a ciencia cierta el objeto litigioso y garantizar el derecho de defensa del demandado, quien no podrá contestar una demanda oscura o ambigua al desconocer o no poder precisar los hechos que se le imputan o la satisfacción (pretensión) exigida.

Monroy Gálvez dice de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda que “... procede cuando el actor incumple con los requisitos y solemnidades que el ordenamiento jurídico (no sólo la norma procesal) prescribe

para la demanda en general o para alguna en particular. Su ámbito de aplicación es lo suficientemente amplio como para descartar la posibilidad de describir normativamente todos sus supuestos; esta tiene que ser una labor jurisprudencial” (MONROY GALVEZ, 1987: 180). Dicho autor cita como casos de amparo de la excepción “... la falta de precisión respecto de la pretensión que se reclama (se pide una indemnización sin precisar el monto que se reclama) y el uso de una vía procedimental que no corresponde a la pretensión que se exige...” (MONROY GALVEZ, 1987: 180).

Según Alsina:

- “... La excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (...) no se refiere al fondo o justicia de la pretensión, sino que sólo es procedente cuando por su forma la demanda no se ajuste a los requisitos y solemnidades que la ley prescribe...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 110).
- “... Procede la excepción cuando no se fije con precisión lo que se pide...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 111).
- “... También procede cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara o se omiten circunstancias que se consideran indispensables...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 112).

Alvarado Velloso, en lo atinente a la excepción en estudio, expresa lo siguiente:

“... Para que en cada litigio pueda cumplirse con la garantía constitucional generalizada universalmente que asegura un *debido proceso* como medio para llegar a una solución heterocompositiva *legítima y justa*, es menester que desde el propio escrito de demanda se posibilite un adecuado y pleno contradictorio dentro del marco de reglas de debate que deben respetarse por todos los sujetos del proceso.

A tal fin, la ley exige que la demanda posea un contenido pretensional preciso e inequívoco que permita al demandado saber con toda claridad quién, de quién, qué y por qué se pretende.

(...)

Caso de no respetarse este presupuesto el demandado puede reclamar su vigencia mediando la *excepción del defecto legal en el modo de proponer la demanda...*” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 124).

El mencionado autor, acerca de la referida excepción, señala, además, que:

“... (Se vincula con el presupuesto procesal denominado *demanda que reúne los requisitos legales o debida demanda*): mediante ella el demandado afirma que el actor no ha respetado los requisitos impuestos por la ley para la confección de su demanda, a raíz de lo cual el excepcionante no puede hacer valer de modo correcto y pleno su derecho de defensa en juicio ya que ignora por lo menos una de las siguientes circunstancias: quién, a quién, qué y por qué demanda.

(...)

Todos los códigos que aceptan la escritura como medio de expresión en el proceso admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan carácter *dilatorio*, razón por la cual debe ser opuesta y resuelta en forma *previa* a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 197).

Lino Palacio, en relación a la figura jurídica bajo examen, enseña que:

“... La excepción de defecto legal constituye el medio acordado para denunciar la omisión o la formulación imprecisa o ambigua de las enunciaciones legalmente exigibles al escrito de interposición de la demanda.

(...) Las falencias de que en los indicados aspectos puede adolecer la demanda deben revestir entidad suficiente como para afectar el derecho de defensa del demandado, privando a éste de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándole la eventual producción de la prueba” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 111).

El indicado tratadista argentino añade lo siguiente:

“... Por lo que concierne a los requisitos objetivos de la demanda, existe por lo pronto defecto legal que torna viable la excepción analizada frente a la indeterminación, cualitativa o cuantitativa, del objeto mediato de la pretensión. Tal lo que ocurre cuando el actor se abstiene de precisar con exactitud la ‘cosa demandada’ y no media obstáculo para ello, o reclama el pago de cantidades globales sin discriminar los rubros que la integran. La excepción procede, en segundo lugar, cuando el objeto inmediato de la pretensión se halla concebido en términos tales que impiden determinar el tipo de pronunciamiento judicial que se requiere.

Finalmente, constituye fundamento idóneo de la excepción la falta de claridad en la exposición de los hechos configurativos de la causa de la pretensión, siempre que esa circunstancia sea susceptible de obstaculizar el derecho de defensa del demandado; pero la excepción no procede ante

la omisión o la errónea invocación de las normas legales en que se funda la demanda, ya que por aplicación del principio *iura novit curia* el juez se halla facultado para suplir ese tipo de deficiencias” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 113-115).

2.4.2 Efectos

Acerca de los efectos de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, cabe señalar, en primer lugar, que si el Juez declara infundada dicha excepción, declarará a su vez saneado el proceso, esto es, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello se colige del artículo 449 del Código Procesal Civil.

En cambio, si el Juez declara fundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la suspensión del proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que éste fije. Así lo determina el inciso 3) del artículo 451 del Código Procesal Civil.

Si venciera el aludido plazo para subsanar los defectos de la demanda sin que efectivamente se hubiera hecho, incumpléndose lo ordenado por el Juez, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso (art. 451 -parte final del inciso 4)- del C.P.C.). En este caso concluirá el proceso sin declaración sobre el fondo (art. 321 -inc. 4)- del C.P.C.).

Declarada fundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y concluido el proceso por dicha causa, nada impide al accionante volver a presentar la demanda en otro proceso (observando esta vez los requisitos legales), pues no se afecta su pretensión.

2.4.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ha establecido lo siguiente:

- “... Si el Juez no advierte un defecto en el momento de la calificación y admite la demanda, entonces la parte emplazada puede deducir las excepciones que corresponda, entre otras, la de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, que es la que corresponde a una supuesta falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio...” (Casación Nro.

802-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-10-1998, págs. 1938-1939).

- “... Existe oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer una demanda cuando no reúne los requisitos de forma impuestos por la ley o por pretender algo contrario al orden público, o no cumplir las solemnidades que el ordenamiento jurídico prescribe para la demanda en general o para alguna en particular; debiendo precisarse que ésta [sic] excepción no versa sobre el fondo del asunto...” (Casación Nro. 310-2005 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, pág. 19380).
- “... En cuanto al [...] agravio [consistente en la no determinación clara del objeto del petitorio] se tiene que éste pudo haber motivado el ejercicio de algún medio técnico de defensa [excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda], el cual no fue deducido por el recurrente en el estadio procesal pertinente, de allí que no pueda ser invocada como nulidad, en atención a lo previsto en el artículo cuatrocientos cincuenticuatro del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 033-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7390).

2.5 Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

2.5.1 El agotamiento de la vía administrativa

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS (Texto Unico Ordenado de la Ley Nro. 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo), es requisito para la procedencia de la demanda (contenciosa administrativa) el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley Nro. 27444) o por normas especiales.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 218 de la Ley Nro. 27444, en su inciso 218.1), prescribe que los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado (según el cual las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso - administrativa).

La Ley Nro. 27444, en el inciso 218.2) del artículo 218, precisa que **son actos que agotan la vía administrativa:**

- A.** El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa

o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa.

- B. El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica.
- C. El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 210 de la Ley Nro. 27444 (numeral que prescribe que, excepcionalmente, hay lugar a recurso de revisión, ante una tercera instancia de competencia nacional, si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico).
- D. El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202 y 203 de la Ley Nro. 27444. Los indicados preceptos legales señalan lo siguiente:

“Artículo 202°.- Nulidad de oficio”

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10° *[de la Ley Nro. 27444]*, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público. *[Según el art. 10 de la Ley Nro. 27444 son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; 2. el defecto o la omisión de algunos de sus requisitos de validez (requisitos contemplados en el art. 3 de la Ley Nro. 27444), salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 de la Ley Nro. 27444 (numeral este último que dispone lo siguiente: A. cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora; B. son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes los siguientes: a. el acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación; b. el acto emitido*

con una motivación insuficiente o parcial; c. el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado; d. cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio; y e. aquellos actos emitidos con omisión de documentación no esencial; y C. no obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución); 3. los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; y 4. los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma].

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal”.

“Artículo 203°.- Revocación

203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3 La revocación prevista en este numeral sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor”.

- E.** Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

No obstante constituir el agotamiento de la vía administrativa un requisito de procedencia de la demanda contenciosa administrativa (art. 20 del Decreto

Supremo Nro. 013-2008-JUS), existen casos en que dicho requisito no resulta exigible, los mismos que se encuentran previstos en el artículo 21 del Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS, que regula las **excepciones al agotamiento de la vía administrativa**. Así, conforme a este último precepto legal, no será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

1. Cuando la demanda (contenciosa administrativa) sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 13 del Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS (que señala que también tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquélla produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa).
2. Cuando en la demanda (contenciosa administrativa) se formule como pretensión la prevista en el numeral 4) del artículo 5 del Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS (cual es la pretensión de que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme). En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad (administrativa) el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días, a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo, no se cumpliese con realizar la actuación administrativa, el interesado podrá presentar la demanda correspondiente (demanda contenciosa administrativa).
3. Cuando la demanda (contenciosa administrativa) sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación (administrativa) impugnada.
4. Cuando la pretensión planteada en la demanda (contenciosa administrativa) esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa.

Por último, debe tenerse presente que, en aplicación del principio de favorecimiento del proceso, que rige el proceso contencioso administrativo (principio contemplado en el art. 2 -inc. 3)- del Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS), el Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda (contenciosa administrativa) en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

2.5.2 Configuración de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

El Código Procesal Civil contempla la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en el inciso 5) de su artículo 446.

En caso de iniciarse un proceso contencioso sin haberse agotado el previo procedimiento administrativo -cuando corresponda- procede proponer la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.

La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa se funda en la omisión de un requisito procesal (el agotamiento de la vía administrativa) y puede ser opuesta por el demandado como artículo de previo y especial pronunciamiento.

Se trata de una excepción de naturaleza procesal y no sustantiva. Constituye una excepción dilatoria y no perentoria porque nada impide que, propuesta, admitida y declarada fundada, trayendo como consecuencia la anulación y conclusión del proceso, se pueda iniciar un nuevo proceso sobre la base de la misma pretensión, pero esta vez cumpliendo el requisito del agotamiento de la vía administrativa.

2.5.3 Efectos

En cuanto a los efectos de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, cabe señalar que si el Juez declara infundada dicha excepción, declarará también el saneamiento del proceso (siempre que no se haya propuesto otra excepción o que, de ser así, también haya sido desestimada). Así lo determina el artículo 449 del Código Procesal Civil.

Consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, dispone el inciso 5) del artículo 451 del Código Procesal Civil que el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de todo lo actuado y la conclusión del proceso.

Al ser la presente excepción de naturaleza dilatoria, nada obsta que, declarada la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso y efectivamente agotada, como debió ser desde un principio, la vía administrativa, pueda iniciarse un nuevo proceso basado en la misma pretensión que motivó el anterior.

2.5.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, ha establecido lo siguiente:

- “... La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, es aquella en la cual se establece que los Jueces no deben admitir la demanda, sino después de agotados los recursos jerárquicos establecidos en la vía administrativa, por tanto, está referida a los casos en que se impugne una resolución administrativa, en donde obviamente debe requerirse el agotamiento de medios impugnatorios antes de recurrir al órgano jurisdiccional...” (Casación Nro. 1886-2006 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, pág. 20469).
- “... La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa se encuentra prevista en el artículo 446 inciso 5° del Código Procesal Civil. [...] Dicho medio de defensa no requiere de ninguna explicación, pues, su nombre expresa su contenido, es decir, tiene que ver con el incumplimiento del actor en transitar por todo el recorrido que tiene el procedimiento administrativo antes de recurrir al órgano jurisdiccional...” (Casación Nro. 1789-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2008, págs. 21428-21429).
- “... Aquella excepción [de falta de agotamiento de la vía administrativa] opera sólo en los casos que se requiera un pronunciamiento que debe emanar previamente de un órgano de la Administración Pública...” (Casación Nro. 2440-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs. 14160-14161).
- “... La demandante ha ejercitado su derecho de acción sin ninguna limitación; sin embargo, su pretensión no ha satisfecho el interés para obrar, porque no ha agotado la vía administrativa; [...] dejándose a salvo su derecho para que lo haga valer de acuerdo a Ley...” (Casación Nro. 3472-2000 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7238).

2.6 Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado

2.6.1 Noción

La excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado se encuentra prevista en el inciso 6) del artículo 446 del Código Procesal Civil. Constituye aquel instrumento procesal dirigido a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva o material y quienes forman parte de la relación jurídica procesal. Con dicho instituto se pone de manifiesto la carencia de identidad entre las personas inmersas en una y otra relación, y no la falta de titularidad del derecho, porque esta última se resolverá

al final del juicio con la sentencia. En cuanto a la legitimidad en la intervención litisconsorcial y de terceros en el proceso cabe oponer esta excepción si la participación de los respectivos sujetos no se ajusta a las reglas de los Capítulos VI (“Litisconsorcio”) y VII (“Intervención de terceros, extromisión y sucesión procesal”) del Título II (“Comparecencia al proceso”) de la Sección Segunda (“Sujetos del proceso”) del Código Procesal Civil.

Alvarado Velloso, en lo que concierne a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, opina que “... mediante ella el demandado afirma que el actor no es la persona que debe demandar a base de la pretensión hecha valer en la demanda o que el propio excepcionante no es la persona que debe responder a dicha pretensión” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 198).

Monroy Gálvez, acerca de la falta de legitimidad para obrar, apunta que “... su incorporación como excepción tiene por fin evitar la prosecución de un proceso en el que la relación jurídica procesal es extraña a la relación sustantiva que le sirve de instrumento. Asimismo, permite que el juez obste la prosecución de un proceso que no comprende a los realmente afectados y comprometidos en su decisión, por ser titulares de la relación sustantiva...” (MONROY GALVEZ, 1987: 183).

Aldo Bacre, en lo que atañe a la excepción de falta de legitimidad para obrar, sostiene que “esta defensa, de naturaleza material, procede cuando no hay coincidencia entre los sujetos de la relación jurídica substancial con los sujetos de la relación jurídica procesal...” (BACRE, 1986, Tomo I: 364). Dicho autor considera que son caracteres de la aludida excepción los que enuncia seguidamente:

“Es *facultativa*, en el sentido de que el demandado puede oponerla como excepción previa o como defensa de fondo para ser decidida en la sentencia. Inclusive, si no es manifiesta, y así lo declara el juez al ser opuesta como excepción previa, tiene la obligación de considerarla como defensa de fondo en la sentencia.

Además, debe ser *manifiesta* para poder oponerla como excepción previa. Caso contrario, deberá deducirla en la contestación de la demanda.

El carácter manifiesto de la excepción impone que ésta puede resolverse con los elementos que obran en autos, sin necesidad de producirse prueba, ya que tal circunstancia indicaría que la ausencia de legitimación no aparecería con la evidencia que exige la ley” (BACRE, 1986, Tomo I: 365).

2.6.2 Efectos

En cuanto a los efectos de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, cabe señalar que si el Juez declara infundada dicha excepción, declarará a su vez saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello se colige del artículo 449 del Código Procesal Civil. Al respecto, Lino Palacio apunta que "... el rechazo de la excepción sólo puede fundarse en la circunstancia de que la falta de legitimación invocada por el demandado no resulta manifiesta, y en modo alguno prejuzga acerca de si existe o no dicha legitimación. Aquella decisión, por consiguiente, circumscripita como debe estar al atributo con que la cuestión se presenta, no constituye impedimento para que el juez, en la sentencia definitiva, y valorando los elementos probatorios aportados durante el transcurso del proceso, se pronuncie acerca de la existencia o inexistencia de legitimación para obrar, aun en la hipótesis de que el demandado se haya limitado a oponer la excepción como de previo pronunciamiento y abstenido de plantear, en oportunidad de contestar la demanda, el problema referente a la falta de legitimación" (PALACIO, 1983, Tomo VI: 135).

En caso de declararse fundada esta excepción, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la suspensión del proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado. Vencido dicho plazo sin que se cumpla lo ordenado, se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso (art. 451 -inc. 4)- del C.P.C.).

Si se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y se declarase fundada, no se concederá plazo alguno de subsanación; en consecuencia, consentido o ejecutoriado el auto resolutorio de la misma, se agregará el cuaderno de excepciones al principal produciendo como efecto la anulación y conclusión del proceso. Ello se desprende del inciso 5) del artículo 451 del Código Procesal Civil.

Al concluir el proceso en virtud del amparo de esta excepción no habrá declaración sobre el fondo, de acuerdo a lo normado en el artículo 321 -inciso 4)- del Código Procesal Civil.

Por ser la excepción de falta de legitimidad para obrar una de naturaleza dilatoria, nada obsta que el demandante, apenas haya concluido el proceso, inicie otro:

- Si obra a título distinto (adquirido) que le confiera legitimidad.
- Si esta vez dirige la demanda contra el demandado legitimado.

2.6.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, ha establecido lo siguiente:

- “... Existe falta de legitimidad para obrar cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley [...] habilita especialmente para pretender o para contradecir, respecto de la materia sobre la cual versa el proceso...” (Casación Nro. 3954-2001 / Santa - Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9043-9044).
- “... La Excepción de Falta de Legitimidad [para obrar], contenida en el inciso 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil, es un medio de defensa procesal que esta dirigido [sic -léase que está dirigido-] a denunciar la falta de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y de quienes integran la relación jurídica procesal...” (Casación Nro. 3470-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, pág. 21935).
- “... La excepción de falta de legitimidad para obrar supone un medio técnico de defensa que pone en cuestión la validez de la relación jurídico procesal propuesta, así, ella cuestiona de modo directo una de las condiciones de la acción cuyo referente es la relación material existente con anterioridad al proceso y la identidad que ésta tiene con la relación procesal que se pretende entablar...” (Casación Nro. 742-2004 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2005, pág. 15031).
- “... Con la excepción de falta de legitimidad para obrar lo que se procura es que exista identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva (legitimación activa) y entre la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley sustantiva (legitimación pasiva). Es que la relación jurídico-material debe trasladarse a la relación jurídico procesal (demandante-demandado), de modo que el acreedor en la relación sustantiva sea al demandante [sic -léase sea el demandante-] y el deudor el demandado...” (Casación Nro. 2104-2006 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19848-19849).
- “... Dicho instituto (excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante) cuestiona la legitimación activa entre la persona del actor con

la persona a cuyo favor está la ley sustantiva” (Casación Nro. 1481-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-05-1998, pág. 1004).

- “... No (...) afecta el debido proceso ni al (sic) derecho de defensa resolver en una vía de excepción la falta de legitimidad para obrar de los demandantes...” (Casación Nro. 340-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2000, pág. 5433).
- “... La declaración de derechos en una incidencia de excepción de falta de legitimidad para obrar se constriñe a una correcta traslación de la relación sustancial a la relación procesal...” (Casación Nro. 1772-2005 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, pág. 19122).
- “... La circunstancia de haberse admitido la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante no impide que durante el proceso el demandado acredite derechos que puedan oponerse a los del actor” (Casación Nro. 1818-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-01-1999, pág. 2462).
- “... Al haberse resuelto la excepción [de falta de legitimidad para obrar del demandante] con argumentos que conciernen al fondo de la materia controvertida se ha incurrido en la causal de nulidad denunciada...” (Casación Nro. 1694-2005 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2006, págs. 17002-17003).
- “... Al resolver la excepción [de falta de legitimidad para obrar pasiva] el Juez se limita a verificar la relación formal de correspondencia que debe existir entre el demandante y el demandado, y si este último es la persona habilitada para contradecir la pretensión, pero no prejuzga la justicia de la pretensión ni se pronuncia sobre el fondo de la litis...” (Casación Nro. 1768-05 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17469-17470).
- “... Al resolver una excepción de falta de legitimidad para obrar no [se] debe juzgar la justicia de la pretensión ni el fondo de la litis, ni mucho menos si el demandado es la persona obligada en la relación sustantiva controvertida en el proceso, ya que estos aspectos de la pretensión deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, mediante el respectivo juicio de fundabilidad y luego de haberse desarrollado la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos en el principal...” (Casación Nro. 2166-2006 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-2008, págs. 22473-22476).

- “... Deducida la excepción de falta de legitimidad pasiva, el Juez sólo aprecia el aspecto procesal y no le corresponde decidir sobre la existencia o inexistencia del derecho material cuya tutela es objeto de la pretensión, lo que correspondería hacerlo en su caso en la sentencia definitiva de mérito...” (Casación Nro. 4206-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2002, págs. 9401-9402).
- “... El artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil no prevé como causal de improcedencia de la demanda la falta de legitimidad para obrar del demandado. Por el contrario, cuando ésta se verifica en virtud a la interposición de un medio de defensa por parte del emplazado, como es una excepción, el Juez se encuentra obligado a suspender el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que este fije, conforme lo establece el inciso cuarto del artículo cuatrocientos cincuentiuno del Código Adjetivo [C.P.C.]; por tanto, este extremo en que se sustenta la sentencia impugnada resulta insuficiente para determinar la nulidad e insubsistencia de lo actuado y la improcedencia de la demanda...” (Casación Nro. 1412-02 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, págs. 10011-10012).
- “... En forma excepcional, en la sentencia el Juez se puede pronunciar sobre la validez de la relación procesal, emitiendo una resolución inhibitoria, [...] la falta de legitimidad para obrar del demandante (así como del demandado), si bien debe ser examinada al calificarse la demanda, vía excepción o en el saneamiento del proceso, también cabe la posibilidad de que el Juzgador la examine de oficio, al momento de expedir sentencia de primera y segunda instancia, en atención a la facultad legal señalada; por consiguiente, el Juez puede efectuar control de oficio tanto de los presupuestos procesales como de las condiciones del ejercicio válido de la acción...” (Casación Nro. 1662-04 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2004, pág. 13285).

2.7 Excepción de litispendencia

2.7.1 Configuración

La excepción de litispendencia (o excepción de pleito pendiente) se encuentra prevista en el inciso 7) del artículo 446 del Código Procesal Civil.

La excepción de litispendencia es el instrumento procesal dirigido a denunciar la existencia de dos procesos en trámite entre las mismas partes, con iguales pretensiones procesales y promovidos en virtud del mismo interés, con la finalidad de

extinguir el iniciado con posterioridad al primer proceso. El ordenamiento procesal vigente (art. 453 -inc. 1)- del C.P.C.) establece que será fundada esta excepción cuando se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso. El artículo 452 del Código Procesal Civil precisa que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos. Se desprenden, entonces, tres elementos para la procedencia de la excepción de litispendencia, a saber: a) identidad entre las partes de dos procesos en trámite; b) identidad de petitorios en ambos procesos en curso; y c) identidad en el interés para obrar de los que promovieron uno y otro proceso en desarrollo.

Aldo Bacre anota sobre el tema que “la litispendencia es la situación jurídica en que se encuentra una causa al estar sometida al juicio y resolución de los tribunales; circunstancia que origina esta excepción, mediante la cual se impide que se sustancien simultáneamente dos o más procesos idénticos, estando pendiente el primero” (BACRE, 1986, Tomo I: 358).

A decir de Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández, “... *litispendencia*, en general, es el conjunto de efectos que origina la presentación de la demanda, que resulta admitida. Entre estos efectos destaca la posibilidad (que se concede al demandado) de impedir la sustanciación de un segundo proceso con objeto idéntico al del primero, mientras éste no haya terminado por sentencia firme (*excepción de litispendencia*)” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 62).

Monroy Gálvez afirma que procede la excepción de pleito pendiente o litispendencia “... cuando concurren en dos procesos distintos las mismas partes, el mismo **objeto de la pretensión** y el mismo **interés para obrar**” (MONROY GALVEZ, 1987: 148).

Acerca de la excepción de litispendencia, Alvarez Juliá, Neuss y Wagner sostienen que “... es la excepción mediante la cual se impide que se sustancie, en forma simultánea o separada, otro proceso, mientras esté pendiente de resolución otro anterior, cuyo objeto procesal es idéntico o guarda vinculación con el iniciado posteriormente...” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 193).

Rosenberg considera que por la excepción de litispendencia “... *se excluye* un segundo proceso simultáneo, enderezado en la misma dirección, sobre la misma pretensión y entre las mismas partes. La finalidad de esto es impedir un doble gasto de tiempo, esfuerzo y costas y las resoluciones dobles, a veces contradictorias...” (ROSENBERG, 1955, Tomo II: 123).

Alvarado Velloso, en lo atinente a la excepción de litispendencia, asevera que “... mediante esta excepción el demandado afirma que se encuentra pendiente de procesamiento o de juzgamiento un litigio entre las mismas partes, por el mismo

objeto y por la misma causa, a fin de que el juez rechace la pretensión deducida y ordene el archivamiento del litigio *menos antiguo*” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 211). Alvarado Velloso advierte que “los criterios legislativos para determinar la antigüedad de un litigio son variables: para algunos códigos es más antiguo el que primero se inició; para otros, aquel en el cual se notificó primero al demandado; para otros más, por fin, aquel en el cual se contestó primero la demanda” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 211).

2.7.2 Procedencia de la excepción de litispendencia

Rosenberg, al examinar lo relativo a los presupuestos de la exclusión (a causa de la litispendencia) de un segundo proceso orientado de un mismo modo, afirma que son los que describe a continuación:

- “1. Deben haber llegado a *estar pendientes dos procesos sucesivamente* (...), el primero que funda la exclusión, el segundo que está excluido, y debe estarlo el primero todavía en el momento del último debate sobre los hechos del segundo proceso (...).
2. En ambos procesos deben participar las *mismas partes*, sin tener en cuenta su papel de parte (...).
- (...)
3. Las *pretensiones* procesales ejercidas en ambos procesos *deben ser idénticas*, tanto respecto a su objeto como a su extensión.

Dos pretensiones son idénticas cuando se demanda la declaración del mismo derecho o relación jurídica, o *sobre la base del mismo conjunto de hechos se presenta la misma petición* (aun cuando sea desde distintos puntos de vista jurídicos...). Para esto lo decisivo son las pretensiones mismas, en tanto y en cuanto se las presente para resolución firme, aun cuando esto sea en forma *eventual* (...) cuando el objeto del primer proceso forma en el segundo la relación jurídica *prejudicial* o el fundamento de una *excepción* o de la *compensación*” (ROSENBERG, 1955, Tomo II: 123-124).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner precisan que no procederá la excepción de litispendencia:

- “a) Cuando en el primero de los pleitos no se hubiere notificado el traslado de la demanda, porque pese a haberse iniciado la instancia con la interposición de la demanda, hasta la notificación de ella, la parte accionante puede disponer libremente de su acción. No existiría por ello, en rigor de verdad, juicio pendiente.

- b) Cuando se ha dictado sentencia en el primero de los pleitos o cuando la resolución por la cual se decreta la caducidad de la instancia de tal pleito se encuentre firme. Si bien pudo haber existido el estado de litispendencia, al haberse llegado a las situaciones recién mencionadas tal estado se extinguió” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 195).

En lo que atañe a la procedencia de la excepción en estudio, cabe señalar que la identidad de procesos constituye una cuestión imprescindible para determinar ciertos estados o situaciones jurídicas (como el de litispendencia, cosa juzgada, etc.) y, por ende, un requisito indispensable para declarar fundadas determinadas excepciones procesales como -circunscribiéndonos al caso particular- es el caso de la excepción de litispendencia, la que será acogida si se inicia un proceso idéntico a otro que se encuentra en curso (art. 453 -inc. 1)- del C.P.C.).

El artículo 452 del Código Procesal Civil precisa que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos. Se puede apreciar, entonces, tres elementos para la viabilidad de la excepción de litispendencia:

A) Identidad entre las partes de dos procesos en trámite.

Sobre este primer elemento, apunta Monroy Gálvez lo siguiente: “En toda relación jurídica procesal sólo son dos las partes intervinientes -demandante y demandado-, sin perjuicio que en calidad de tales participen más de un sujeto o persona. Por cierto, si en un proceso se acumulan más de una relación jurídica procesal, siempre habrá sólo dos partes. Sobre esta base, se presentará la identidad que la excepción estudiada sanciona, cuando las partes que intervienen en la segunda relación jurídica procesal cumplen exactamente la misma función -demandantes o demandados- en la primera relación. Resulta irrelevante que los sujetos que intervengan en representación procesal de las partes, sean distintos (apoderados, tutores, curadores, etc.) en una y otra relación jurídica procesal. En otras palabras, la identidad que se requiere no es la física, que es temporal y acaba con la transmisión del derecho, sino la jurídica que perdura a través del tiempo” (MONROY GALVEZ, 1987: 147-148).

B) Identidad de petitorios en ambos procesos en curso.

En cuanto a la identidad del petitorio u objeto de la pretensión, Monroy Gálvez sostiene que existirá “... cuando entre dos o más relaciones jurídicas procesales, la materia concreta e individualizada discutida en el proceso es la misma en una y otra relación. Puede ocurrir que el objeto de la pretensión de la segunda relación jurídica procesal haya sufrido alteraciones accidentales, o que tratándose de varios bienes (objeto de la litis) que conforman el objeto de

la pretensión de la primera relación, no son comprendidos todos en la segunda, o que tratándose de una cantidad de dinero, lo que se cobre en la segunda relación jurídica procesal sea mayor o menor que lo exigido en la primera. Para resolver estos casos no previstos, el juez debe atenerse al caso concreto y sobre la base de la concurrencia de las otras dos identidades” (MONROY GALVEZ, 1987: 148).

C) *Identidad en el interés para obrar de los que promovieron uno y otro proceso en desarrollo.*

Este último elemento necesario para el amparo de la excepción de litispendencia constituye la coincidencia entre el factor motivante de los justiciables en ambos procesos (económico o moral), o sea, la causa que indujo u obligó (si se trata del demandado) a las partes a intervenir en ellos.

2.7.3 Efectos de la excepción de litispendencia

En cuanto a los efectos de la excepción de litispendencia, cabe señalar que si el Juez declara infundada dicha excepción, declarará, asimismo, saneado el proceso, o sea, la existencia de una relación jurídica procesal válida, según se desprende del artículo 449 del Código Procesal Civil. Si bien las excepciones (como todo acto procesal) repercuten en la esfera del proceso en que se formule, no está demás anotar que, de declararse infundada la excepción de litispendencia, los dos procesos siguen su trámite, respecto de las partes que intervengan en ellos y de las pretensiones que se hicieran valer.

En caso de pluralidad de excepciones, figurando entre las planteadas las de incompetencia, **litispendencia** o convenio arbitral, y declararse fundada alguna de ellas, el Juez se abstendrá de resolver las demás (porque en el fondo se está declarando incompetente para conocer de la causa y, en el caso de la litispendencia, le corresponderá ventilarla al órgano jurisdiccional que previno); pero, si concedida apelación, el superior revoca el auto que declaró fundada una o más de las excepciones indicadas, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes. Ello se colige del texto del artículo 450 del Código Procesal Civil.

Si el Juez declara fundada la excepción de litispendencia, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, se agregará el cuaderno de excepciones al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso (art. 451 -inc. 5)- del C.P.C.). En este caso concluirá el proceso sin declaración sobre el fondo (art. 321 -inc. 4)- del C.P.C.). Pero, tratándose del proceso más antiguo, éste prosigue su curso, pues la excepción de litispendencia declarada fundada por el órgano jurisdiccional ante el cual se formuló no afecta en nada a dicho proceso.

2.7.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de litispendencia

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de litispendencia, ha establecido lo siguiente:

- “... La litispendencia se debe entender, en términos generales, la existencia de dos procesos idénticos que se encuentran en trámite; es decir, de dos procesos en los cuales no se ha emitido sentencia firme...” (Casación Nro. 2703-2003 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, pág. 13695).
- “... Por litispendencia se debe entender en términos generales, la existencia de dos procesos idénticos en trámite en los que aún no se ha emitido sentencia firme...” (Casación Nro. 1793-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15595-15596).
- “... La litispendencia es una de las excepciones que nuestro ordenamiento permite proponer como así lo ha contemplado el artículo 446 inciso 7° del Código Procesal Civil, y la cual tiene por finalidad impedir que existiendo un proceso pendiente de resolver se promueva otro en el que se ventile el mismo asunto entre las mismas partes...” (Casación Nro. 2703-2003 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, pág. 13695).
- “... Dicha excepción [de litispendencia] es entendida como la situación por la que la pretensión del demandante se encuentra sustanciada en un proceso ante otro juzgado o tribunal y la cual aún no ha sido resuelta por sentencia ejecutoriada; por lo que [...] se deduce fundándose en que existe otro proceso entre las mismas partes, sobre el mismo objeto de la pretensión y por el mismo interés para obrar, por tanto, el juez debe declarar la nulidad de todo lo actuado, dando por concluido el proceso; consecuentemente a ese efecto, es necesario que se den los siguientes supuestos: **i)** En los procesos debe hacerse referencia a las mismas personas, **ii)** Deben versar sobre la misma cosa u objeto, y **iii)** Deben tratarse de la misma causa o acción. Sólo así se dará la triple identidad necesaria para deducir una excepción de litispendencia...” (Casación Nro. 1793-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15595-15596).
- “... El colegiado al haber amparado la excepción de litis pendencia, lo ha hecho otorgando virtualidad jurídica a un expediente fenecido e incluido (sic -léase incluso-) iniciado con posterioridad al de autos, no concurriendo por tanto los presupuestos contenidos en el Artículo

cuatrocientos cincuentitrés del Código Procesal citado, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad insubsanable” (Casación Nro. 1816-98 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-01-1999, pág. 2461).

2.8 Excepción de cosa juzgada

2.8.1 Significado

El Código Procesal Civil contempla la excepción de cosa juzgada en el artículo 446 -inciso 8)-. Esta excepción tiene base constitucional porque el artículo 139 -inciso 13)- de la Carta Magna establece como principio y derecho de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

La excepción de cosa juzgada es una institución procesal invocada por quien quiere hacer valer el carácter incuestionable e irrevisable de una sentencia ya pronunciada, y, por ende, destinada a denunciar una cuestión de orden público (la cosa juzgada), de lo que se infiere su efecto perentorio. La figura que analizamos se dirige, pues, a lograr el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente y la concreción de la prohibición a los órganos jurisdiccionales de ventilar un asunto ya juzgado (que implica la conclusión del proceso iniciado indebidamente), no afectándose, en consecuencia, las relaciones jurídicas de derecho sustancial que fueron objeto de una precedente sentencia con autoridad de cosa juzgada, las mismas que se regirán de acuerdo a lo ordenado en dicha sentencia.

Según Alvarado Velloso, “... mediante esta excepción el demandado afirma que el litigio que contesta ya ha sido juzgado, con el objeto de que el juez rechace la pretensión deducida y disponga el archivo de lo actuado” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 210).

Lino Palacio afirma que “... la excepción de cosa juzgada es la que se acuerda como medio de asegurar la inmutabilidad o irrevocabilidad de las cuestiones resueltas con carácter firme en un proceso anterior, y de evitar, por lo tanto, el pronunciamiento de una segunda sentencia eventualmente contradictoria” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 135).

Ovalle Favela pone de manifiesto que “... la *excepción de cosa juzgada* tiene por objeto denunciar al juez que el litigio que el actor plantea en su demanda, ya fue resuelto en un proceso anterior, mediante una sentencia definitiva que ya adquirió firmeza, por no poder ser impugnada ni discutida legalmente...” (OVALLE FAVELA, 1980: 76).

Chiovenda apunta que “... las partes en los procesos futuros pueden alegar y probar la cosa juzgada precedente para excluir una nueva. Es ésta la **exceptio rei iudicatae**. Es una excepción de naturaleza completamente especial; por una parte, con ella se intenta excluir no sólo una resolución contraria a la precedente, sino simplemente una nueva resolución sobre lo que ya ha sido juzgado, por tanto, es lógicamente preliminar a cualquier otra alegación de fondo...” (CHIOVENDA, 1999: 175). El citado jurista italiano advierte que “... la excepción de cosa juzgada corresponde a **ambas partes**. Este principio depende también de la naturaleza pública del proceso. La excepción de cosa juzgada no corresponde a una o a otra parte según que haya vencido o no (...); también el derrotado puede oponerla...” (CHIOVENDA, 1999: 175-176).

En opinión de Rocco, la excepción de cosa juzgada es “... aquella especial excepción procesal por medio de la cual se pide la declaración de certeza de la existencia de un hecho jurídico (cosa juzgada), al cual el derecho procesal objetivo somete la extinción del derecho de acción y del derecho de jurisdicción” (ROCCO, 1976, Volumen II: 341). Dicho tratadista añade que “la excepción de cosa juzgada contiene (...) la afirmación de la inexistencia de la acción, una vez que ésta se ha ejercido y extinguido, y por tanto, la afirmación de la inexistencia del derecho de aquel que ha pedido la prestación de la actividad jurisdiccional de cognición a obtener dicha prestación (derecho de acción); y al mismo tiempo contiene la afirmación de la inexistencia del derecho de jurisdicción del Estado, y por consiguiente, del derecho de los órganos jurisdiccionales de prestar, a petición del ciudadano, su actividad jurisdiccional de cognición” (ROCCO, 1976, Volumen II: 343).

2.8.2 Requisitos

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 453 del Código Procesal Civil, será declarada fundada la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme. Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos (art. 452 del C.P.C.).

Lino Palacio expresa sobre la materia que “... la admisibilidad de esta excepción se halla supeditada al requisito consistente en que entre la pretensión que fue objeto de juzgamiento mediante sentencia firme y la pretensión posterior medie identidad en cuanto a los sujetos (*eadem personae*), al objeto (*eadem res*) y a la causa (*eadem causa petendi*). Lo mismo que en el caso de la litispendencia (...) -aunque con la variante de que mientras ésta requiere la existencia de un proceso en trámite la cosa juzgada supone un proceso concluido- a los fines de verificar la identidad anteriormente mencionada corresponde recurrir a las reglas aplicables a la identificación de las pretensiones (...), sin perjuicio de recordar que, frente a la

imposibilidad de determinar una cabal coincidencia entre los elementos de aquéllas debe reconocerse a los jueces una suficiente dosis de arbitrio para establecer si los litigios, considerados en su conjunto, son idénticos, contradictorios, o susceptibles de coexistir...” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 135-136).

Herrera Arrau estima que son requisitos de la excepción de cosa juzgada los que describe a continuación:

- “1.º *Identidad de objeto*.- Hay identidad de objeto cuando el beneficio jurídico que se reclama en el nuevo juicio, es el mismo reclamado anteriormente. Se atiende más al derecho que a la cosa misma (...).
- 2.º *Identidad de causa de pedir*.- Se entiende por causa de pedir (...) el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. Así como el objeto es ‘lo que se pide’, la causa es el ‘por qué se pide’, vale decir, el motivo legal que da vida al nuevo juicio.

(...)
- 3.º *Identidad legal de personas*.- No basta que la cosa que se pide y la causa del derecho sean los mismos en ambos juicios. Para que exista cosa juzgada deben, además, haberse ventilado esos juicios entre las mismas personas, física y jurídicamente consideradas” (HERRERA ARRAU, 1940: 2589-2591).

En suma, la identidad -jurídica- de las partes, del *petitum* y del interés para obrar constituye la denominada triple identidad exigible para la procedencia de la excepción de cosa juzgada. Así lo deja entrever Mattiolo cuando afirma que “... los fallos civiles tienen fuerza de verdad, pero sólo relativamente a las partes; por lo que, para que nazca la excepción **rei judicata**, no basta la identidad de la cuestión, es necesario la de las personas y calidad con que proceden en ambos juicios...” (MATTIOLLO, s/a, Tomo II: 90).

2.8.3 Efectos de la excepción de cosa juzgada

A criterio de Monroy Gálvez, la excepción de cosa juzgada, “... siendo una excepción perentoria, de ser amparada trae consigo el archivamiento definitivo del expediente que contiene el proceso en que se dedujo la excepción, el que se extingue. Además es compleja porque extingue la pretensión procesal” (MONROY GALVEZ, 1987: 163). Sobre esto último hay que precisar que la pretensión planteada en el nuevo proceso no se extingue en virtud de la excepción de cosa juzgada sino en mérito a la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ha adquirido la calidad de cosa juzgada y que versa justamente sobre tal pretensión. La excepción

de cosa juzgada denuncia la violación de la inmutabilidad de la sentencia firme y de la prohibición de los órganos jurisdiccionales de ventilar asuntos ya decididos.

Rocco también se inclina por la naturaleza perentoria de la excepción de cosa juzgada al sostener que “... es una excepción perentoria, **fin de non recevoir**, que excluye el derecho a pretender la declaración de certeza de las relaciones jurídicas concretas y sustanciales deducidas en juicio en vía de acción...” (ROCCO, 1976, Volumen II: 341).

De resolverse infundada la excepción de cosa juzgada, se declarará saneado el proceso, vale decir, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello se infiere del texto del artículo 449 del Código Procesal Civil.

Si el Juez, en cambio, declara fundada la excepción de cosa juzgada, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Ello se colige de los artículos 451 -inciso 5)- y 321 -inciso 4)- del Código Procesal Civil.

2.8.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de cosa juzgada

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de cosa juzgada, ha establecido lo siguiente:

- “... La cosa juzgada material está protegida por una excepción puntual, que no permite que se siga un nuevo proceso con el mismo fin...” (Casación Nro. 1473-97 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09-12-1998, pág. 2190).
- “... Se ha propuesto la excepción de cosa juzgada contemplada en el artículo 446 inciso 8 del Código Procesal Civil, medio de defensa que se configura cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y que cuenta con una sentencia o laudo que se encuentra firme; y que tiene por finalidad evitar la duplicidad de la actividad procesal y asegurar la inmutabilidad de la sentencia que ha pasado a autoridad de cosa juzgada...” (Casación Nro. 1439-2004 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, pág. 18335).
- “... La cosa juzgada es uno de los fundamentos de la seguridad jurídica, y consiste en la inmutabilidad de las ejecutorias judiciales, como establece el Artículo ciento treintinueve inciso segundo y décimo tercero de la Constitución Política del Estado, y se protege con la excepción de cosa juzgada, que no permite se siga nuevo juicio entre las mismas partes y

con el mismo objeto, la que debe ser deducida por la parte interesada...” (Casación Nro. 1023-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09-09-1998, págs. 1565-1566).

- “... Conforme lo establece el inciso 2° del artículo 453 del Código Procesal Civil, la excepción de cosa juzgada opera [...] cuando se inicia un proceso idéntico a otro, el cual ya fue resuelto mediante sentencia, es decir, conforme a los alcances establecidos en el tercer párrafo del artículo 121 del Código adjetivo glosado, a través de un pronunciamiento sobre la cuestión controvertida, en buena cuenta, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto...” (Casación Nro. 2021-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2006, pág. 17026).
- “... La excepción de cosa juzgada supone la existencia de un proceso que ha terminado con decisión firme y de otro que se halla en trámite, en los que las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, los petitorios (como elemento esencial da [sic -léase de-] las pretensiones procesales propuestas) y el interés para obrar son los mismos. El artículo 452 del Código Procesal Civil señala esas tres identidades...” (Casación Nro. 2817-2001 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, págs. 9197-9198).
- “... Uno de los mecanismos procesales establecidos por ley para cautelar la cosa juzgada es la excepción de cosa juzgada, en virtud de la cual resulta improcedente iniciar un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia firme, conforme estipula el artículo cuatrocientos cincuentitrés, inciso segundo, del Código Adjetivo [C.P.C.], para lo cual se requiere la existencia de la triple identidad, esto es, **i)** que las personas que siguieron el juicio sean las mismas; **ii)** que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos; y, **iii)** que el juicio hay terminado [sic -léase haya terminado-] con sentencia firme...” (Casación Nro. 2874-2004 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18745-18746).
- “... La excepción de cosa juzgada requiere: a) Que las personas que siguieron el juicio sean las mismas; b) Que la causa o acción y la cosa u objeto sean idénticos; y, c) Que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada” (Casación Nro. 02-99 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-1999, pág. 3627).
- “... La excepción de cosa juzgada o ‘res iudicata’ implica la presencia de la triple identidad entre el proceso anterior que ha quedado consentido o ejecutoriado y el nuevo que se pretende intentar sobre la ‘cadem res’ [sic]

y que son: ‘Idem corpus’, que es el mismo objeto o derecho ventilado; ‘Eadem causa personarum’ que viene a ser el interés para obrar de los sujetos; y ‘res inter partes’ o identidad de las partes...” (Casación Nro. 1370-03 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2004, págs. 11952-11953).

- “... La cosa juzgada surte efectos cuando convergen los requisitos necesarios que dan lugar a la triple identidad, esto es: que el proceso fenecido haya ocurrido entre las mismas partes, debiendo ser la misma persona demandada y demandante en ambos procesos; que se trate de los mismos hechos conforme al análisis de los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones procesales, y que también se trate de una misma acción, es decir que el interés para obrar del titular sea el mismo” (Casación Nro. 1747-99 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-01-2000, pág. 4631).
- “... Para establecer la identidad de petitorios debe tenerse en cuenta la finalidad de ambas pretensiones...” (Casación Nro. 575-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-08-2000, págs. 5683-5684).
- “... La sola denominación diferente que pueden tener las acciones no significa que no exista identidad de acción...” (Casación Nro. 422-96 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-10-1998, págs. 1899-1900).
- “... Al resolverse una excepción de cosa juzgada solamente se aprecia si existe o no el requisito de la triple identidad a que se contrae el artículo cuatrocientos cincuentidós del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 1660-01 / Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8338-8339).
- “... Al determinar la sentencia de vista que se trata de dos procesos idénticos, cuando no lo son, tácitamente ha amparado una excepción de cosa juzgada, no formulada en el proceso y sin considerar que la excepción de cosa juzgada planteada por el demandado, fue declarada infundada en su oportunidad, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el Artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 2906-98 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-09-1999, págs. 3563-3564).
- “... Un pronunciamiento del Colegiado [Superior] respecto a una Excepción de Cosa Juzgada que no ha sido materia de apelación y que se haya firme, incluso por inactividad del actor, significaría contravenir el

principio de Juez y derecho, que incluye la prohibición de resolver ultra y extra petita...” (Casación Nro. 544-2000 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9897).

2.9 Excepción de desistimiento de la pretensión

2.9.1 Definición

El Código Procesal Civil regula la excepción de desistimiento de la pretensión en el artículo 446 -inciso 9)-. Esta figura procesal es aquella que se plantea cuando se da inicio a un proceso idéntico a otro concluido por el desistimiento de la pretensión del accionante. Obviamente la pretensión desistida tiene que guardar correspondencia con la contenida en el nuevo proceso. La identidad que se exige se encuentra referida a la de las partes, pretensiones procesales e interés para obrar.

2.9.2 Requisitos

De acuerdo a lo normado en el inciso 3) del artículo 453 del Código Procesal Civil, será declarada fundada la excepción de desistimiento de la pretensión cuando se inicia un proceso idéntico a otro (esto es, cuando coincidan las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar: art. 452 del C.P.C.) en que el demandante se desistió de la pretensión. Ello es así porque el desistimiento de la pretensión es una forma especial de conclusión del proceso que pone fin (una vez aprobado por el órgano jurisdiccional) a la relación jurídica procesal, afectando, además (en lo que concierne a su reclamo judicial), la cuestión litigiosa o asunto de fondo que constituye el marco de la pretensión, así como el derecho en que ésta se sustenta. El desistimiento de la pretensión trae, pues, como consecuencia la privación, a quien se desistió de la pretensión, de un nuevo ejercicio de la acción, esto es, se impide al renunciante reclamar posteriormente en sede judicial, a través de un nuevo proceso, la pretensión desistida en anterior proceso; en caso de hacerlo, cabe plantear y amparar la correspondiente excepción de desistimiento de la pretensión.

2.9.3 Efectos

En cuanto a los efectos de la excepción de desistimiento de la pretensión, cabe señalar que, en caso de resolverse infundada dicha excepción, se declarará el saneamiento del proceso, vale decir, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello se desprende del artículo 449 del Código Procesal Civil.

En cambio, si se declarase fundada la excepción de desistimiento de la pretensión, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado

y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Así lo determinan los artículos 451 -inciso 5)- y 321 -inciso 4)- del Código Procesal Civil.

2.9.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de desistimiento de la pretensión

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de desistimiento de la pretensión, ha establecido lo siguiente:

- “... La excepción de desistimiento de la pretensión (...) tiene que sustentarse en un claro desistimiento de la pretensión y no sólo del proceso, y además, como mandan los Artículos cuatrocientos cincuentitrés y cuatrocientos cincuentidós del acotado (C.P.C.), que se haya formulado en un proceso idéntico anterior al interpuesto, lo que requiere que las partes, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos en ambos procesos” (Casación Nro. 1782-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-07-1998, págs. 1392-1393).
- “... La prueba idónea para resolver la excepción de desistimiento, es evidentemente, el proceso en que se sustenta...” (Casación Nro. 1782-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-07-1998, págs. 1392-1393).

2.10 Excepción de conclusión del proceso por conciliación

2.10.1 Concepto

El Código Procesal Civil contempla la excepción de conclusión del proceso por conciliación en el artículo 446 -inciso 10)-. La excepción aludida es el instrumento procesal que se plantea con el fin de obtener la anulación de lo actuado y la conclusión de un proceso idéntico a otro extinguido por conciliación de los sujetos intervinientes en el litigio. Para esta figura procesal se exige la triple identidad (de partes o de quienes de ellos deriven sus derechos, de petitorios y de interés para obrar), al igual que en los casos de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión y transacción.

2.10.2 Requisitos

Con arreglo a lo previsto en el inciso 4) del artículo 453 del Código Procesal Civil, será declarada fundada la excepción de conclusión del proceso por conciliación cuando se inicia un proceso idéntico a otro (esto es, cuando coincidan las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar: art. 452 del C.P.C.) en que las partes conciliaron. Ello es así porque la conciliación

judicial tiene el mismo efecto que una sentencia con autoridad de cosa juzgada (art. 328 del C.P.C.), vale decir, "... queda cerrada toda posibilidad de discutir ulteriormente el contenido de la conciliación que tiene fuerza vinculatoria para las partes, al igual que para la jurisdicción, repercutiendo de un modo cierto, definitivo e inmutable en la situación jurídica material litigiosa que entre ellas existía..." (MORELLO, 1968: 75). En consecuencia, si se inicia un proceso idéntico a otro que terminó a causa de un acuerdo conciliatorio de las partes debidamente aprobado judicialmente, cabe la formulación de la excepción de conclusión del proceso por conciliación y su posterior amparo.

2.10.3 Efectos

En cuanto a los efectos de la excepción de conclusión del proceso por conciliación, cabe señalar, en principio, que tal excepción tiene carácter perentorio, pues, además de provocar la extinción de la relación jurídica procesal, afecta en forma definitiva a la pretensión, tanto más si, conforme se desprende del artículo 328 del Código Procesal Civil, la conciliación judicial tiene la autoridad de cosa juzgada, siendo, entonces, su contenido inmutable e irrevisible.

Ahora bien, si se declara infundada la excepción de conclusión del proceso por conciliación, se declarará también el saneamiento del proceso, vale decir, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello se colige del artículo 449 del Código Procesal Civil.

En cambio, si se declara fundada la excepción de conclusión del proceso por conciliación, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Ello se infiere de los artículos 451 -inc. 5)- y 321 -inc. 4)- del Código Procesal Civil.

Puntualizamos que no hay que confundir la excepción en estudio con la figura procesal que le sirve de presupuesto (cual es la conciliación), máxime si el amparo de dicha excepción trae como consecuencia la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, y la conciliación judicial, en cambio, acarrea la conclusión del proceso con declaración sobre el fondo (art. 322 -inc. 2)- del C.P.C.).

2.11 Excepción de conclusión del proceso por transacción

2.11.1 Noción

El Código Procesal Civil hace referencia a la excepción de conclusión del proceso por transacción en el artículo 446 -inciso 10)-. La mencionada excepción se formula con la finalidad de obtener la anulación de lo actuado y la conclusión de

un proceso idéntico a otro extinguido por transacción de las partes intervinientes en el litigio. Al igual que en los casos de litispendencia, cosa juzgada, conciliación y desistimiento de la pretensión, se exige en este medio de defensa la triple identidad (de partes o quienes de ellos deriven sus derechos, de petitorios y de interés para obrar).

Alvarado Velloso, acerca de la excepción que nos ocupa, anota que “... mediante ella el demandado afirma que en acto jurídico bilateral ha hecho concesiones recíprocas con el actor, extinguiendo la obligación litigiosa...” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 205).

2.11.2 Requisitos

Tal como se infiere del inciso 4) del artículo 453 del Código Procesal Civil, será declarada fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción cuando se inicia un proceso idéntico a otro (existiendo coincidencia entre las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar: art. 452 del C.P.C.) en que las partes transigieron.

Será amparable esta excepción tratándose de la transacción judicial y la transacción extrajudicial (aun la no homologada judicialmente). Sobre esta última, cabe señalar que la sentencia dictada por el primer pleno casatorio civil realizado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República (correspondiente a la Casación Nro. 1465-2007-Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 21-04-2008), ha establecido como **doctrina jurisprudencial vinculante** (entiéndase precedente judicial vinculante, en la actualidad) lo siguiente (consignado en las págs. 22008 y 22009 del Cuadernillo *Casación* del Diario Oficial El Peruano del 21-04-2008):

“... La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley...”

En nuestra opinión, la excepción procesal que nos ocupa no debería operar en caso de la transacción extrajudicial strictu sensu, esto es, aquella no homologada

judicialmente (sin que ello obste que pueda representar un medio de defensa de fondo valedero para fundar una resolución favorable a quien la alegue y acredite), por las siguientes razones:

- De la misma denominación de la excepción se determina como requisito de ella la existencia de una transacción que ponga fin a un proceso, debiendo haber sido homologada por el Juez para que surta tal efecto.
- El artículo 453 -inciso 4)- hace referencia a dos procesos idénticos, uno de ellos terminado por transacción, y ello sólo puede darse, como es obvio, con la transacción judicial.
- La esencia de la excepción materia de nuestro análisis radica en el carácter de cosa juzgada que tiene la figura jurídica que le sirve de presupuesto, que hace inviable toda revisión del asunto sobre el cual recayó la transacción. Ahora bien, sólo la transacción judicial (o la extrajudicial, realizada fuera del proceso e incorporada a él por las partes y aprobada por el Juez, convirtiéndola esto último en judicial) adquiere la calidad de cosa juzgada: segundo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil.
- La transacción extrajudicial puede adolecer de nulidad o anulabilidad (esta última no confirmada por las partes), no alterándose, por tanto, las relaciones jurídicas sustanciales que constituyeron su objeto, las mismas que no encuentran impedimento para ser materia de un proceso. Pese a ser posible que también la transacción judicial pueda estar inmersa en alguna causal de invalidez, no habiendo sido advertida por el Juez que la aprobó, la calidad de cosa juzgada que adquiere hace imposible la revisión de su contenido (quedando a salvo lo concerniente a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta), y, de ocurrir esto, resulta procedente la excepción respectiva.

No obstante lo señalado en los acápites anteriores (y muy a nuestro pesar por las razones esgrimidas), no queda sino reconocer a la transacción extrajudicial (aun la no homologada judicialmente) como presupuesto configurante de la excepción que acapara nuestra atención, además de la transacción judicial, pues así lo ha resuelto el máximo tribunal de justicia del país como **doctrina jurisprudencial** (entiéndase precedente judicial, en la actualidad) y, por ende, vinculante a todos los órganos jurisdiccionales del Estado (en aplicación del art. 400 del C.P.C.).

2.11.3 Efectos

En lo que atañe a los efectos de la excepción de conclusión del proceso por transacción, cabe señalar, en principio, que dicha figura procesal es de carácter

perentorio, siendo su efecto poner término definitivo a la pretensión que fuera objeto de acuerdo entre las partes (mediante transacción), quienes se hicieron concesiones recíprocas sobre derechos patrimoniales, las que fueron homologadas por el Juez de la causa.

Al respecto, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto apuntan lo siguiente: “Quien examina (...) la transacción como una excepción mixta, no analiza el derecho sustancial debatido. Indaga solamente el fenómeno procesal, que significa la sustracción de la materia decidible: *litis finitae*; el proceso decae por falta de objeto para decidir. El efecto pues de la excepción de transacción o, lo que es lo mismo, del presupuesto material de la sentencia de fondo que se denomina ausencia de transacción, es netamente procesal porque impide el estudio de fondo de la pretensión, estorba el análisis del derecho sustancial sometido...” (QUINTERO; y PRIETO, 1995, Tomo II: 150).

Es de destacar que, según se desprende del artículo 449 del Código Procesal Civil, si el Juez declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción, declarará también el saneamiento del proceso, o sea, la existencia de una relación jurídica procesal válida.

Si el Juez, en cambio, declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción, anulará lo actuado y dará por concluido el proceso sin declaración sobre el fondo (arts. 321 -inc. 4)- y 451 -inc. 5)- del C.P.C.).

No debe confundirse la excepción que acapara nuestra atención con la figura jurídica que le sirve de presupuesto (cual es la transacción), máxime si el amparo de dicha excepción da lugar a la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo (art. 321 -inc. 4)- del C.P.C.), en tanto que la transacción trae como consecuencia la conclusión del proceso con declaración sobre el fondo (art. 322 -inc. 4)- del C.P.C.).

2.11.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de conclusión del proceso por transacción

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de conclusión del proceso por transacción, ha establecido lo siguiente:

- “... La excepción de transacción se presenta como un mecanismo procesal de defensa que se configura cuando se pretende variar los efectos de un proceso ya resuelto, mediante un acuerdo transaccional, definitivamente, en otro...” (Casación Nro. 2734-2003 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13398-13399).

- “... Para la configuración de esta excepción [de conclusión del proceso por transacción] se requiere de la concurrencia de tres presupuestos, los cuales son: **a)** la identidad de las partes; **b)** la identidad de la pretensión procesal; y, **c)** la identidad del interés para obrar; [...] no será fundada la excepción de transacción que no reúna los requisitos de identidad que establece la ley...” (Casación Nro. 2734-2003 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13398-13399).
- “... La transacción podría realizarse antes de interponerse una demanda y con ello evitar el inicio de un proceso (transacción extrajudicial), y si a pesar de ello se demanda e inicia un proceso, quedará expedita la excepción correspondiente como medio de defensa de forma. De manera que, con la transacción extrajudicial es posible evitar el inicio de un proceso, lo cual responde a su propia naturaleza jurídica y razón de ser...” (Casación Nro. 1807-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, págs. 21702-21704).
- “... Si bien es cierto que la transacción extra-judicial no se encuentra dentro de los cuatro supuestos del artículo 453 del Código Procesal Civil, también lo es que participa de la misma naturaleza de la transacción celebrada dentro de un proceso, pudiéndosele conceptuar como similar, dado que las dos oportunidades de transacción extinguen obligaciones mediante concesiones recíprocas y, en cuanto a que las dos hacen perder el interés para obrar. [...] De otro lado, si bien los artículos 446 y 453 el Código Adjetivo [C.P.C.] no mencionan expresamente a la transacción extrajudicial como excepción oponible, también es verdad que el artículo 1302 y siguientes del Código Civil son de naturaleza procesal. [...] Siendo esto así, podemos afirmar que el demandado también puede deducir excepciones alegando que antes del proceso o durante el transcurso de uno anterior, llegó con el demandante a un acuerdo sobre sus diferencias, dándose ambos concesiones recíprocas, es decir, transigiendo. [...] Resulta evidente que si alguna de las dos situaciones antes señaladas se ha producido, no cabe ninguna duda que no podrá iniciarse otro proceso para discutirse las pretensiones que ya fueron transigidas...” (Casación Nro. 1811-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23400-23401).
- “... La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley...” ***Nota:** Lo señalado en el presente extracto ha sido establecido como **doctrina jurisprudencial vinculante** (entiéndase, en la actualidad, precedente judicial vinculante) por el primer pleno casatorio civil realizado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, correspondiente a la Casación Nro. 1465-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano (en separata especial) el 21-04-2008, págs. 21982-22036, encontrándose dicho extracto exactamente en las págs. 22008-22009.*

2.12 Excepción de caducidad

2.12.1 Definición

Cuando se interpone una demanda habiéndose vencido el plazo para plantear una pretensión procesal derivada de un derecho sustantivo temporal susceptible de caducidad, el juzgador por iniciativa propia debe pronunciarse por la caducidad de la pretensión en el acto de calificación de la demanda: art. 427 -inc. 3)- del Código Procesal Civil (o también en cualquier estado del proceso por ser de orden público). De lo contrario, es el demandado quien puede deducir la excepción de caducidad con el objeto de que se declare la anulación de todo lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. La excepción de caducidad está normada en el artículo 446 -inciso 11)- del Código Procesal Civil.

Alvarado Velloso, en lo que atañe a la excepción examinada en este punto, refiere que “... mediante ella el demandado afirma que la acción intentada se halla caduca por haber sido propuesta luego de finalizado el plazo establecido por ley para su deducción válida” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 192).

2.12.2 Efectos

En lo que concierne a los efectos de la excepción de caducidad, cabe señalar que si se declara infundada tal excepción, se declarará también el saneamiento del proceso, o sea, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Ello se infiere del artículo 449 del Código Procesal Civil.

Pero, si se declara fundada la excepción materia de estudio, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo (arts. 321 -incs. 4) y 5)- y 451 -inc. 5)- del C.P.C.). Como se puede observar, se anula en forma definitiva la pretensión del accionante,

de lo que se colige la naturaleza perentoria de la excepción de caducidad, aunque, advertimos, el derecho y la acción respectiva no resultan afectados por la referida excepción sino por la caducidad de que son objeto, siendo la aludida caducidad la que motivó su extinción.

2.12.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de caducidad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de caducidad, ha establecido lo siguiente:

- “... La caducidad del derecho del acreedor [...] implica la extinción del derecho y de la acción correspondiente, operando en ese caso como un medio de defensa frente al interés del acreedor...” (Casación Nro. 401-2001 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7990-7991).
- “... El inciso undécimo del artículo cuatrocientos cuarentiséis del Código Procesal Civil reconoce la excepción de caducidad como un medio de extinción de la pretensión procesal al no haberse interpuesto la pretensión procesal dentro del plazo señalado por ley...” (Casación Nro. 2390-2004 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2006, págs. 16593-16595).
- “... Puede apreciarse de autos [...] la ausencia de fundamentación por parte del demandado, en el escrito donde deduce la excepción [de caducidad], en el cual no señala cuál es la norma legal que establece la caducidad -y su plazo respectivo- [...], por lo que es la propia excepción la que carece de fundamento, de modo que no podría ampararse ni volverse a tramitar...” (Casación Nro. 0142-99 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7143).
- “... Si bien el juzgador está facultado a declarar la improcedencia de la demanda, entre otras causas, por advertir la caducidad del derecho; sin embargo, cuando existe controversia sobre aspectos relacionados al plazo de caducidad u otros relevantes para establecer si ha operado el mismo, es conveniente emitir la decisión al momento de sentenciar, oportunidad en que el juzgador tendrá mayores elementos de juicio a fin de determinar si concurre la causal de improcedencia aludida; lo que además [...] deja a salvo el derecho de la parte emplazada para deducir la excepción correspondiente [de caducidad]...” (Casación Nro. 2758-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs. 14165-14166).

- “... La caducidad fue alegada por el impugnante sólo al formular su recurso de apelación (...) mas no fue objeto de una excepción o medio de defensa interpuesto oportunamente por lo que no integraba la materia controvertida, luego la Sala no tenía obligación de referirse expresamente a la caducidad, y no ha infringido los Artículos ciento veintiuno in fine ni el inciso cuatro del Artículo ciento veintidós ambos del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 2570-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-1999, págs. 3394-3395).

2.13 Excepción de prescripción extintiva

2.13.1 Significado

La excepción de prescripción extintiva (llamada también liberatoria) se halla contemplada en el artículo 446 -inciso 12)- del Código Procesal Civil.

La excepción de prescripción extintiva es aquel instrumento procesal destinado a lograr la conclusión del proceso y el no examen judicial con carácter definitivo de la pretensión misma, en virtud de la institución que le sirve de presupuesto, la que tiene efectos extintivos en relación a la acción por el solo transcurso del tiempo preestablecido en la ley.

La excepción de prescripción extintiva es de naturaleza procesal y emerge como oposición al ejercicio indebido de una acción ya prescrita por haber transcurrido el plazo dispuesto en la ley. Es también de carácter perentorio porque, si bien no ataca al derecho del que deriva la acción, además de acarrear la conclusión del proceso implica la no revisión posterior en sede judicial del derecho al estar desprovisto de acción.

Rocco, en lo que se refiere a la excepción que analizamos, enseña lo siguiente:

“... La excepción de prescripción es una excepción de *derecho sustancial* que elimina la falta de certeza entre la existencia o inexistencia del derecho sustancial afirmado por el actor, y hace por lo tanto inútil la prestación de la actividad jurisdiccional encaminada a la declaración de certeza de la existencia o inexistencia de él, porque, aun supuesto que tal derecho hubiese tenido existencia jurídica, por haberse cumplido el término de prescripción, lo cierto es que *ya no existe*.

Puesto que la excepción de prescripción no es más que la afirmación de un hecho jurídico al cual el derecho objetivo vincula la extinción de un derecho, excepcionada la prescripción y probada la inercia del titular del derecho (pretendido o efectivamente existente), a lo largo de un

determinado espacio de tiempo (término de prescripción), desaparece la necesidad de la declaración de certeza de la existencia del derecho por obra de los órganos jurisdiccionales, sobre la base de los hechos jurídicos originariamente constitutivos del derecho, pues, aunque el derecho alegado por el actor haya existido originariamente y en el pasado, ahora *ciertamente no existe*, por haberse producido antes de la demanda judicial un hecho extintivo de él.

La prescripción, por tanto, no tiene más efecto jurídico que el que puede tener otro hecho extintivo cualquiera, afirmado en vía de excepción (...); elimina la incertidumbre acerca de la existencia del derecho sustancial, por cuanto es causa de su extinción, y hace, por tanto, *cierta la inexistencia* del derecho sustancial” (ROCCO, 1976, Volumen II: 372).

2.13.2 Efectos

En lo que respecta a los efectos de la excepción de prescripción extintiva, cabe señalar, en principio, que si el Juez declara infundada dicha excepción, declarará también el saneamiento del proceso, o sea, la existencia de una relación jurídica procesal válida. Así lo determina el artículo 449 del Código Procesal Civil.

En cambio, si el Juez declara fundada la excepción de prescripción extintiva, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Ello se colige de los artículos 451 -inciso 5)- y 321 -inciso 4)- del Código Procesal Civil.

2.13.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de prescripción extintiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la excepción de prescripción extintiva, ha establecido lo siguiente:

- “... Como su nombre lo indica se trata (la prescripción extintiva) de un medio de defensa que se opone precisamente a la acción para liberarse de la obligación...” (Casación Nro. 249-95 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-07-1996, pág. 2250).
- “... La prescripción extintiva es un medio de defensa de la parte demandada por la cual se exige la extinción del derecho de acción respecto a una pretensión procesal determinada, al haberse interpuesto fuera del plazo establecido en la norma positiva para dicha pretensión” (Casación

Nro. 3259-99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-08-2000, págs. 6006-6007).

- “... La prescripción extintiva, es una institución jurídica de naturaleza esencialmente procesal, por cuanto constituye un medio de defensa destinado a atacar la pretensión procesal respecto de un derecho material y no a atacar el derecho sustantivo en sí mismo” (Casación Nro. 1880-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09-09-1998, pág. 1564).
- “... Por la excepción de prescripción se busca extinguir la pretensión procesal basada en el transcurso del tiempo, y bajo el sustento de que, no se ha exigido la obligación dentro del plazo fijado por la ley” (Casación Nro. 749-98 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-11-1998, pág. 2094).
- “... El inciso duodécimo del artículo cuatrocientos cuarentiséis del Código Procesal Civil regula la prescripción extintiva como una de las excepciones que puede deducir el demandado; siendo definida la prescripción extintiva como un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión determinada, por haber sido interpuesta fuera del plazo previsto por la norma positiva para dicha pretensión...” (Casación Nro. 65-2002 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, págs. 11504-11505).
- “... La excepción de prescripción extintiva denuncia la falta de interés para obrar del demandante, pues si el plazo para proponer la pretensión procesal ha vencido, entonces el actor ya no tiene la necesidad de tutela jurisdiccional...” (Casación Nro. 2552-06 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20781-20782).
- “... La Prescripción es una Excepción para repeler la acción o mejor dicho una pretensión, de tal manera que el acreedor por ejemplo, no tiene ‘acción’, conservando empero el derecho: obligación natural; teniendo como efecto el anular lo actuado y, dar por concluido el proceso cuando el auto que declara fundada la Excepción de Prescripción Extintiva queda consentido o ejecutoriado” (Casación Nro. 572-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-1999, págs. 3658-3659).
- “... La prescripción debe hacerse valer en vía de excepción, [...] y el juez no está autorizado para declararla de oficio...” (Casación Nro. 83-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7552).

- “... La excepción [de prescripción extintiva] en materia procesal civil no puede ser declarada de oficio, sino a pedido de parte y resuelta en la etapa postulatoria del proceso...” (Casación Nro. 3313-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, pág. 22777).
- “... El recurrente no dedujo en su debida oportunidad la excepción de prescripción, no resultando por ello factible que el Juez fundara su fallo en una prescripción no invocada...” (Casación Nro. 3824-00/ Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7353).
- “... La prescripción no alegada en la etapa de composición de la litis, que es la etapa en la que se fija la materia controvertida, no puede ser objeto de pronunciamiento sin vulnerar el principio de preclusión” (Casación Nro. 2255-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-09-1999, pág. 3514).
- “... No existe en el Código Adjetivo vigente norma alguna que autorice a deducir excepción de prescripción en cualquier estado de la causa” (Casación Nro. 2255-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-09-1999, pág. 3514).
- “... A diferencia de la caducidad que puede ser declarada de oficio, no existe en el Código Adjetivo vigente [C.P.C.], norma alguna que autorice deducir la excepción de prescripción [extintiva] en cualquier estado de la causa...” (Casación Nro. 2137-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7712-7713).
- “... La excepción de prescripción extintiva es aquél [sic] medio de defensa que procede cuando la acción se extingue o prescribe por el transcurso del tiempo fijado por Ley para ejercitarla...” (Casación Nro. 1308-2000 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6847).
- “... Ha operado la figura de la interrupción de la prescripción [extintiva], por lo que no resulta estimable amparar la excepción relativa a la prescripción extintiva de la acción...” (Casación Nro. 3122-2006 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21337-21338).
- “... La excepción de prescripción extintiva, (...) se interpone no sólo a los derechos reales sino también a los creditorios y en general a los patrimoniales debido precisamente a que se sustenta en el transcurso del tiempo, lo que viene a constituir un hecho jurídico, lo cual se puede hacer valer en vía de acción como de excepción...” (Casación Nro. 163-96 /

Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-11-1996, págs. 2436-2437).

- “... La prescripción es una excepción que se hace valer contra la pretensión hecha valer con la demanda basada en el transcurso del tiempo, de modo que si se ampara el obligado queda liberado de la pretensión a su cargo. [...] Que si la pretensión hecha valer con la demanda ha prescrito, se anula lo actuado y se archiva el proceso...” (Casación Nro. 3209-2000 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-07-2002, pág. 8898).
- “... El error incurrido por la Sala de revisión ha ocasionado que se dé por concluido el proceso, afectando de esta manera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del recurrente, por cuanto indebidamente se ha declarado fundada la excepción de prescripción extintiva, impidiendo con ello que pueda existir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto...” (Casación Nro. 06-2001 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7727).

2.14 Excepción de convenio arbitral

2.14.1 Concepto

La excepción de convenio arbitral se encuentra contemplada en el Código Procesal Civil en su artículo 446 -inciso 13)-. También se halla normada en el artículo 16 del Decreto Legislativo Nro. 1071, cuyo texto es como sigue:

- “1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas

jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral”.

La excepción de convenio arbitral procede, entonces, si se inicia un proceso cuya pretensión ha sido sometida a arbitraje, lo que debe constar en el correspondiente convenio arbitral. En caso de estar en trámite tanto el proceso arbitral como el judicial, si bien existe una situación de litispendencia, no será de aplicación sino la excepción de convenio arbitral por ser específica y adaptarse perfectamente a la hipótesis señalada, y también por ordenarlo así los artículos citados en líneas precedentes. En cambio, de quedar firme (consentido o ejecutoriado) el laudo y promoverse proceso que verse sobre la materia objeto del convenio y del proceso arbitral concluido, debe oponer el demandado en el proceso judicial la excepción de cosa juzgada y no la de convenio arbitral porque éste es sólo el medio que dio origen al proceso arbitral, el mismo que concluye no en mérito de dicho convenio sino de la decisión de los árbitros (laudo), y porque la ley omite el caso descrito como factor tipificante de la excepción de convenio arbitral, además de que, de acuerdo al artículo 59 -inciso 2)- del Decreto Legislativo Nro. 1071, el laudo produce efectos de cosa juzgada.

Sobre el particular, Chioventa apunta que “... en virtud de él (compromiso arbitral) nace una excepción de renuncia al conocimiento judicial. No es ésta una excepción de fondo, sino procesal; sin embargo, tiene un carácter particular, debido a que su resultado puede ser parcialmente favorable al demandado, en cuanto que la sentencia que la estima, si bien no niega la acción, admite, sí, que el demandado está exento de la acción del contrario mientras el compromiso permanezca en vigor...” (CHIOVENDA, 1999: 349).

Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández refieren que “la de compromiso o ‘arbitraje’ es una excepción de naturaleza muy peculiar. En rigor, ni siquiera es una excepción, sino un obstáculo que se opone *-hic et nunc-* a la prosecución del proceso y de naturaleza relativamente análoga a la litispendencia, o a la cosa juzgada. En abstracto (...) parece razonable pensar que el compromiso debería tener un tratamiento procesal en que se incluyeran los siguientes extremos: a) si el demandado decide invocar el convenio arbitral, debe hacerlo al principio del proceso, en el momento en que comparezca o inmediatamente después de

comparecido. Razón: si el demandado conserva el derecho a renunciar expresa o tácitamente al arbitraje contestando a la demanda, debe exigírsele que lo haga *a limine*, pues en caso contrario la actividad procesal devendría inútil e ineficaz; b) invocando el convenio arbitral, la cuestión debe ser resuelta con carácter previo. Razón: la eficacia del convenio arbitral no sólo excluye la decisión de la controversia por los tribunales ordinarios, sino que también excluye la actividad procesal misma. Si una de las metas del arbitraje es obtener una decisión rápida y menos costosa, parece evidente que es preciso evitar la propia actividad procesal, aunque ésta termine con una sentencia absolutoria de la instancia...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo II: 70).

2.14.2 Efectos

En lo que concierne a los efectos de la excepción de convenio arbitral, cabe señalar, en principio, que en caso de haber concurso de excepciones, si entre ellas figura la de incompetencia, litispendencia o *convenio arbitral* y el Juez declara fundada una de ellas, se abstendrá de resolver las demás (porque se estaría declarando incompetente para conocer tales excepciones y el proceso mismo); pero si concedida apelación, el superior revoca aquélla, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las restantes. Ello se desprende del artículo 450 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, si el Juez declara infundada la excepción de convenio arbitral, declarará también el saneamiento del proceso, vale decir, la existencia de una relación jurídica procesal válida (art. 449 del C.P.C.).

En cambio, si el Juez del proceso declara fundada la excepción de convenio arbitral, una vez consentido o ejecutoriado el auto respectivo, el cuaderno de excepciones se agrega al principal produciendo como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo (arts. 321 -inc. 4)- y 451 -inc. 5)- del C.P.C.).

Puntualizamos que la formulación y trámite de la excepción de convenio arbitral no afectan las actuaciones arbitrales, las que podrán iniciarse o proseguirse, siendo incluso factible, a discreción del tribunal arbitral, la emisión del laudo (art. 16 -inc. 5)- del Decreto Legislativo Nro. 1071).

3. PLAZO Y FORMA DE PROPONER EXCEPCIONES

Las excepciones se plantean simultáneamente y en un mismo escrito, ya sea conjuntamente con la contestación de la demanda o de la reconvencción (el demandante también puede proponerlas) o en forma separada, según el tipo de proceso de que se trate, y dentro del plazo (perentorio) que se disponga

para cada proceso. Serán sustanciadas en forma conjunta y se tramitarán en cuaderno aparte sin interrumpir el curso del proceso principal (por lo menos hasta su resolución, si son amparadas). Precisamente el artículo 447 del Código Procesal Civil se refiere al plazo y forma de proponer excepciones, señalando que éstas se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

El plazo máximo aplicable al proceso de conocimiento para formular excepciones o defensas previas es de diez días, contado desde la notificación de la demanda o de la reconvencción. El mismo plazo es el conferido para absolver su traslado. Así lo disponen los incisos 3) y 4), respectivamente, del artículo 478 del Código Procesal Civil.

El plazo máximo aplicable al proceso abreviado para proponer excepciones o defensas previas es de cinco días, contado desde la notificación de la demanda o de la reconvencción. Igual plazo concede el Código adjetivo para absolver su traslado (art. 491 -incs. 3) y 4)- del C.P.C.).

En lo concerniente al proceso sumarísimo, dispone el artículo 552 del Código Procesal Civil que las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda y que sólo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata. Se aprecia que únicamente el demandado puede proponer excepciones porque la reconvencción resulta improcedente en esta clase de proceso (art. 559 -inc. 1)- del C.P.C.), y podrá hacerlo, en interpretación correcta del artículo 552 del Código Procesal Civil, no sólo dentro del plazo para contestar la demanda (cinco días: primer párrafo del art. 554 del C.P.C.), sino, estrictamente, en el mismo escrito que contiene la contestación, aunque en un rubro, sección o apartado que se refiera expresamente a las excepciones que se formulen (para que no se confundan con los términos de la contestación de la demanda).

El plazo máximo aplicable a los procesos únicos de ejecución para contradecir la ejecución y **proponer excepciones procesales y defensas previas** es de cinco días, contado desde la notificación del mandato ejecutivo. Así lo establece el primer párrafo del artículo 690-D del Código Procesal Civil. El plazo para absolver la contradicción (y, por ende, las excepciones formuladas) es de tres días, de acuerdo a lo normado por el artículo 690-E del citado Código adjetivo.

Es de destacar que, tratándose de los procesos no contenciosos, no cabe hablar de plazos para proponer excepciones y defensas previas o para absolver su traslado, en razón de ser tales figuras jurídicas improcedentes en dicha clase de procesos (art. 761 -inc. 2)- del C.P.C.).

4. MEDIOS PROBATORIOS DE LAS EXCEPCIONES

Con la excepción el demandado se opone a la pretensión atacando sus razones mediante otras propias de hecho, tendientes a extinguir, variar o suspender los efectos de lo reclamado en juicio. Tales razones esgrimidas por el demandado no precisan ser demostradas si su base se encuentra en las alegaciones del demandante a las cuales les imprime diversa interpretación. En este caso no se refutan las alegaciones del sujeto activo de la relación jurídica procesal ni se contradice el derecho pretendido, sino que se le da un sentido o marco diferente para, exponiéndolas de otro modo, alcanzar un resultado jurídico en su favor.

La excepción tendrá que ser probada (documentalmente) cuando se aleguen hechos diversos a los consignados en la demanda. Aquí también se incluye la afirmación de la existencia de modalidades distintas a las aseguradas por el actor. Lo expuesto guarda concordancia con lo establecido en el artículo 196 del Código Procesal Civil, según el cual, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

El artículo 448 del Código Procesal Civil está referido a la oportunidad del ofrecimiento de los medios probatorios con motivo de las excepciones que se planteen, desprendiéndose de dicho numeral que únicamente pueden ser ofrecidos tales medios de prueba (de naturaleza documental) por el excepcionante en el mismo escrito en que son formuladas las excepciones o, tratándose del excepcionado, en el escrito en que este último las absuelve. El citado artículo 448 del Código Procesal Civil es concordante con el artículo 189 del citado cuerpo de leyes, que dispone que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.

Por otro lado, debe dejarse en claro que el artículo 448 del Código Procesal Civil no es incompatible con el uso de los medios probatorios del demandante que el demandado puede hacer tratando de acreditar una excepción. Hay que tener presente que la apreciación conjunta de las pruebas se efectúa sin hacer distinción alguna sobre su origen; consecuentemente, y de acuerdo al principio de comunidad o adquisición que postula la pertenencia al proceso de todo lo que en él se presente o actúe, es irrelevante si han sido aportadas por los litigantes u ordenadas por el Juez y, sobre todo, si es perjudicial un medio probatorio a la misma parte que lo ofreció puesto que ello no determina o crea un derecho respecto de su valor de convicción.

En lo que atañe al tema de los medios probatorios de las excepciones, advertimos que, de acuerdo a lo normado en el artículo 552 del Código Procesal Civil, en los procesos sumarísimos las excepciones y defensas previas se interponen al

contestarse la demanda, siendo permitidos solamente los medios probatorios de actuación inmediata.

5. DECISION JUDICIAL SOBRE LAS EXCEPCIONES E IMPUGNACION

Con arreglo a lo previsto en el artículo 449 del Código Procesal Civil, absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso (o sea, la existencia de una relación jurídica procesal válida). De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 del citado cuerpo de leyes.

El Juez decidirá sobre las excepciones no en forma separada sino mediante un solo auto, o sea, las resuelve conjuntamente. De haberse formulado varias excepciones, incluyéndose, además, a alguna de las siguientes: incompetencia, litispendencia y convenio arbitral, el juzgador dejará de resolver las restantes si declara fundada una o más de las tres excepciones mencionadas. Esto se debe a que la resolución en ese sentido evidencia la falta de competencia del Juez, lo cual conlleva a que no pueda seguir conociendo del proceso, debiendo hacerlo el Juez competente, el que previno o el Tribunal arbitral, según el caso. Naturalmente, si su resolución es apelada por el interesado y luego revocada por el superior jerárquico, la competencia del Juez se mantiene, estando obligado a pronunciarse sobre las demás excepciones en ejercicio de su función jurisdiccional. Todo ello se infiere del artículo 450 del Código Procesal Civil.

En cuanto a la apelación que se plantee contra el auto que resuelve una excepción, habrá que estar a si se declara fundada o no la excepción en cuestión. En caso de declararse fundada la excepción, será apelable el auto respectivo con efecto suspensivo (art. 450 -in fine- del C.P.C.). Si se declara infundada la excepción, será apelable la resolución correspondiente sin efecto suspensivo. En el primer supuesto, la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior (art. 368 -inc. 1)- del C.P.C.) y la apelación seguirá el trámite indicado en el artículo 376 del Código Procesal Civil. En el segundo supuesto, la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta (art. 368 -inc. 2)- del C.P.C.), siguiendo la apelación el trámite previsto en el artículo 377 del Código Procesal Civil.

6. EFECTOS DE LA EXCEPCION PROCESAL

Si las excepciones propuestas son declaradas infundadas, el efecto que se produce es el saneamiento del proceso, vale decir, la declaración judicial acerca de la existencia de una relación jurídica procesal válida (arts. 449 y 465 del C.P.C.).

Si las excepciones planteadas fuesen declaradas fundadas y la resolución judicial en ese sentido hubiese quedado firme (consentida o ejecutoriada), el cuaderno de excepciones (recuérdese que éstas se tramitan en cuaderno separado: art. 447 de C.P.C.) se agrega al principal, produciéndose una serie de efectos, dependiendo de la excepción procesal de que se trate. Así tenemos que, conforme se desprende del artículo 451 del Código Procesal Civil (numeral que regula los efectos de las excepciones procesales):

- Tratándose de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante, se suspenderá el trámite del proceso hasta que el demandante incapaz comparezca legalmente asistido o representado, dentro del plazo que para tal efecto debe señalarse en el auto que declara fundada dicha excepción. Vencido tal plazo sin cumplir el interesado (demandante) lo ordenado, el Juez declarará la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.
- Tratándose de la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, se suspenderá el trámite del proceso hasta que se subsane el defecto o insuficiencia en dicha representación, dentro del plazo que para tal efecto debe indicarse en el auto que declara fundada la excepción aludida. Vencido tal plazo sin cumplir el interesado lo ordenado, el Juez declarará la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.
- Tratándose de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, se suspenderá el trámite del proceso hasta que el interesado (accionante) subsane los defectos advertidos en la demanda, dentro del plazo que para tal efecto debe señalarse en el auto que declara fundada dicha excepción. Vencido tal plazo sin cumplir el interesado (demandante) lo ordenado, el Juez declarará la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.
- Tratándose de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, se suspenderá el trámite del proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que señale el auto que declara fundada dicha excepción y dentro del plazo que la referida resolución fije. Vencido tal plazo sin cumplir el interesado (demandante) lo ordenado, el Juez declarará la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.
- Tratándose de la excepción de incompetencia, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso, a no ser que estemos ante la excepción de incompetencia territorial relativa, en cuyo caso se remitirán los actuados al Juez competente que corresponda, quien deberá continuar

con el trámite del proceso en el estado en que éste se encuentre, pudiendo dicho magistrado, incluso, aun cuando la audiencia de pruebas hubiera ocurrido, renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 50 -último párrafo- del Código Procesal Civil. En los demás casos el Juez debe proceder a emplazar nuevamente con la demanda.

- Tratándose de la excepción de representación insuficiente del demandado, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de litispendencia, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de cosa juzgada, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de desistimiento de la pretensión, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de conclusión del proceso por conciliación, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de conclusión del proceso por transacción, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de caducidad, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de prescripción extintiva, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.
- Tratándose de la excepción de convenio arbitral, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso.

El artículo 451 del Código Procesal Civil resulta ser concordante con el artículo 321 -inc. 4)- de dicho cuerpo de leyes, que dispone la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo cuando queda consentida la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa sin que el demandante haya cumplido con sanear la relación procesal dentro del plazo concedido conforme al artículo

451 del Código Procesal Civil, en los casos que así corresponda. También guarda afinidad con el artículo 474 del citado Código, referido a la conclusión anticipada del proceso en caso de presentarse alguno de los supuestos previstos en el artículo 321 del Código adjetivo que, como se indicara, no dan lugar a una declaración sobre el fondo del asunto.

7. COSTOS, COSTAS Y MULTAS DE LAS EXCEPCIONES

Las costas son los gastos que efectúan las partes desde la presentación de la demanda hasta la ejecución del proceso, correspondiendo el pago de dichos gastos en forma obligatoria a la parte vencida por existir un mandato judicial (sustentado en la ley) en ese sentido. El artículo 410 del Código Procesal Civil señala como costas a los gastos referidos a tasas judiciales, honorarios de los órganos de auxilio judicial (perito, depositario, interventor, martillero público, curador procesal, etc.: art. 55 del C.P.C.), además de otros gastos incurridos dentro del proceso.

En cuanto a los costos, según el artículo 411 del Código Procesal Civil, son los gastos referidos al pago de honorarios profesionales del letrado del vencedor en el juicio, más el cinco por ciento de dichos honorarios que se destina al Fondo Mutua del Colegio de Abogados del Distrito Judicial al que corresponda. Dicho porcentaje tiene por finalidad satisfacer los honorarios profesionales de los abogados en los casos de auxilio judicial (beneficio de exoneración económica al litigante carente de recursos: art. 179 del C.P.C.).

La multa constituye una sanción económica impuesta por mandato de la ley a los intervinientes en un proceso por infringir determinadas normas procesales. En otros casos podrá imponer facultativamente el juez la multa, siempre que el texto legal le confiera expresamente tal potestad. La recaudación que se hace de ella significa un ingreso del Poder Judicial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 420 del Código Procesal Civil. Como sucede con las costas y costos, la multa genera intereses legales si no es pagada al tiempo de haber sido impuesta, teniendo el Juez la potestad de exigirlos a iniciativa propia después de quedar consentida o ejecutoriada la resolución aprobatoria de aquélla.

Ahora bien, conforme se infiere del artículo 457 del Código Procesal Civil, será de cargo de la parte vencida las costas, costos y multas referidos al trámite de las excepciones y defensas previas. En lo concerniente a las multas puntualizamos que, según se desprende de la última parte del indicado numeral, el excepcionante, si resultase vencido y fuese manifiesta la falta de fundamento de la excepción o defensa previa que planteara, puede ser condenado al pago de una multa (de 3 a 5 U.R.P.) si así lo estima pertinente el juzgador. Por otro lado, en lo que atañe

al pago de las multas del trámite de las excepciones y defensas previas a recaer, según el citado numeral, en la parte vencida, señalamos que ello será así siempre y cuando dicha parte hubiera desarrollado una conducta procesal que amerite la referida sanción económica por disposición de la legislación adjetiva, pues, si tal conducta no fue ejercida por la parte vencida sino por el sujeto procesal contrario, entonces, resultaría un despropósito atribuirle a aquélla las consecuencias de un comportamiento procesal de la que, obviamente, no es responsable.

8. IMPROCEDENCIA DE ALEGACION DE HECHOS CONFIGURANTES DE EXCEPCION EN VIA DE NULIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 454 del Código Procesal Civil, los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones.

El texto del artículo 454 del Código Procesal Civil guarda concordancia con lo señalado en el artículo 466 de dicho cuerpo de leyes, según el cual, consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida (vale decir, saneado el proceso), precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada (lo que incluye pedidos de nulidad basados en hechos que bien pudieron ser invocados con anterioridad por el interesado como fundamento de excepciones procesales). Al respecto, cabe indicar que, si bien el artículo 454 del Código Procesal Civil tiene por finalidad evitar conductas maliciosas y dilatorias por parte del demandado, no puede ser aplicado en todos los casos. En efecto, pueden darse situaciones que, constituyendo el presupuesto de alguna excepción, ameritan la nulidad de lo actuado pese a haber transcurrido la etapa procesal en que pudieron alegarse. Es más, no nos circunscribimos al ámbito de la excepción sino que extendemos sus alcances al de la nulidad (cuando su presupuesto no coincide con el de la excepción). En consecuencia, creemos que ante la existencia de casos que configuran vicios insubsanables (incapacidad procesal, por ejemplo), deben ser denunciados en cualquier etapa del proceso, ya sea por las partes o por el propio magistrado. Sobre esto último indicamos que el párrafo final del artículo 176 del Código Procesal Civil faculta a los Jueces a declarar de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución debidamente motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda.

9. LAS DEFENSAS PREVIAS

9.1 Definición

Las defensas previas (llamadas también defensas temporales o temporarias) son instrumentos procesales por los cuales el demandado solicita la suspensión del

proceso iniciado en tanto el accionante no efectúe aquello que el derecho sustantivo dispone como actividad preliminar a la interposición de la demanda. Las defensas previas no denuncian una omisión procesal porque no reposan en las leyes adjetivas sino en el ordenamiento sustantivo, sin embargo, afectan el proceso, aunque no implican su conclusión sino tan sólo evitan temporalmente su prosecución. Las defensas previas tampoco se oponen a la pretensión del actor, pues únicamente ponen de manifiesto que ella no es aún exigible. La calificación de previas alude a que el órgano jurisdiccional deberá decidir primero sobre ellas antes de revisar la cuestión principal o de fondo.

Monroy Gálvez concibe a las defensas previas como “... los medios a través de los cuales el demandado solicita que se suspenda la tramitación de un proceso hasta que el demandado no realice una actividad previa que la ley sustantiva la tiene regulada como tal, antes de interponer una demanda” (MONROY GALVEZ, 1993: 363).

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto dicen de las defensas temporales (previas) que “esta denominación corresponde a ese medio defensivo que se conoce como de *petición antes de tiempo*. La categoría puede comprender como arquetipo, todas las situaciones en las cuales falta exigibilidad al derecho sustancial que se presenta como pretensión. Sería el evento de la obligación sometida a término, o a condición suspensiva...” (QUINTERO; y PRIETO, 1995, Tomo II: 103).

Lino Palacio, en lo que concierne a las defensas temporarias (previas), enseña lo siguiente:

“... Denomínase defensas temporarias a aquellas oposiciones que tienden a poner de manifiesto el incumplimiento, por parte del actor, de las cargas que a éste imponen las leyes substanciales como condición previa a la interposición de ciertas pretensiones.

Tales cargas, que consisten en realizar un acto determinado, satisfacer obligaciones derivadas de un proceso anterior, o aguardar el vencimiento de un plazo o la conclusión de otro proceso, configuran requisitos extrínsecos de admisibilidad de la pretensión (concernientes las dos primeras al objeto y la tercera a la actividad), y su inobservancia (...) sólo hace perder a aquélla su eficacia actual obstando al examen de fundabilidad, pero no impide su renovación o reactualización una vez obviadas las deficiencias u omisiones de que se trate” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 116).

9.2 Clases de defensas previas

Entre las defensas previas tenemos las siguientes:

A. *Beneficio de inventario.*

“El inventario consiste en un acta descriptiva de la existencia de los bienes, documentos, etc., que se encuentran en un determinado momento en posesión-detentación de determinadas personas, o que formen parte de un determinado acervo patrimonial o estén custodiados o aun sólo materialmente colocados en un determinado lugar, se sepa o no quién es en aquel momento el que tiene jurídicamente su posesión o su detentación...” (REDENTI, 1957, Tomo III: 50). El inventario judicial es aquel que se practica con intervención del Juez competente y tiene por finalidad (según se colige de los arts. 763 y 767 del C.P.C.): a. individualizar los bienes; b. establecer la existencia de los bienes; y c. valorizar los bienes.

En la facción de inventario no se determina la propiedad de los bienes o su situación jurídica sino que solamente se describirán en forma ordenada los bienes que se encuentren en el lugar, su estado de conservación, las características que permitan su plena identificación. Por otro lado, el inventario no constituye título para solicitar la posesión de los bienes inventariados (arts. 764 y 768 -in fine- del C.P.C.).

El Código Civil prevé la facción de inventario en ciertos casos (arts. 50, 320, 384, 441, 520 -inc. 1)-, 661, 787 -inc. 3)-, 1006, etc.), los que, por ende, podrían ameritar la formulación de la defensa previa de beneficio de inventario si éste no se hubiera practicado en su oportunidad y, pese a ello, se iniciara un proceso que requiere como antecedente la correspondiente facción de inventario.

B. *Beneficio de excusión (art. 1879 del C.C.).*

Alvarado Velloso refiere que mediante la excepción (defensa previa) de beneficio de excusión “... el demandado en calidad de fiador afirma que aún no han excutado todos los bienes del deudor principal, con el objeto de que se paralice el procedimiento hasta tanto el actor acredite la excusión o su improcedencia” (ALVARADO VELLOSO, 1997, Primera parte: 202). Por su parte, Máximo Castro apunta que la defensa de beneficio de excusión “... la puede oponer el fiador cuando es demandado para el pago de la obligación a que dio su garantía, exigiendo que se ejecuten antes los bienes del obligado directo, para dirigir luego la acción contra él, sólo en tanto cuanto no alcance a cubrirse con la ejecución del primero” (CASTRO, 1926, Tomo Primero: 60).

El beneficio de excusión se halla contemplado en el artículo 1879 del Código Civil, conforme al cual el fiador no puede ser compelido a pagar

al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor. Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación (art. 1880 del C.C.). El subfiador también goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor (art. 1888 del C.C.). No procede el beneficio de excusión en los siguientes casos: 1. cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella (art. 1883 -inc. 1)- del C.C.); 2. cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor (art. 1883 -inc. 2)- del C.C.); y 3. en caso de quiebra del deudor (art. 1883 -inc. 3)- del C.C.).

C. Beneficio de división (art. 1887 del C.C.).

El beneficio de división (que puede ser alegado bajo la forma de una defensa previa) se encuentra previsto en el artículo 1887 del Código Civil, conforme al cual: A. si se ha estipulado el beneficio de la división, todo fiador que sea demandado para el pago de la deuda puede exigir que el acreedor reduzca la acción a la parte que le corresponde; y B. si alguno de los fiadores es insolvente en el momento en que otro ha hecho valer el beneficio de la división, éste resulta obligado únicamente por esa insolvencia, en proporción a su cuota.

D. Excepción de incumplimiento (art. 1426 del C.C.).

En aplicación del artículo 1426 del Código Civil, que trata sobre la excepción de incumplimiento (la misma que puede alegarse como defensa previa), en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene *derecho de suspender* el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... La excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) [...] puede ser ejercitada como defensa previa ya que está vinculada a la ausencia de una de las condiciones de la acción, es decir, ausencia del interés para obrar del demandante, ya que el cumplimiento de la obligación que éste exige en su pretensión debe ser resistida [sic -léase resistido-], en tanto, el mismo [sic -léase él mismo-] ha incumplido con la prestación a su cargo y mientras no la satisfaga o garantice su cumplimiento no puede alegar necesidad de tutela jurisdiccional...” (Casación Nro. 56-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7364).

E. Excepción de caducidad de plazo (art. 1427 del C.C.).

De acuerdo a lo normado en el artículo 1427 del Código Civil, que regula la excepción de caducidad de plazo (la cual puede invocarse como defensa previa), si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar *puede suspender* su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

F. Beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho (art. 1429 del C.C.).

En principio, cabe indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1428 del Código Civil, en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno y otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, el artículo 1429 del Código Civil contempla el beneficio de plazo en favor de quien incumplió la obligación tratándose de la resolución de pleno derecho (beneficio que puede ser invocado bajo la forma de una defensa previa). Así, según el referido precepto legal: A. En el caso del artículo 1428 del Código Civil la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto; y B. si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

G. Comunicación al deudor cedido de la cesión de derechos (arts. 1210 y 1215 del C.C.).

El artículo 1215 del Código Civil prescribe que la cesión (de derechos) produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente. La mencionada comunicación fehaciente de la cesión de derechos es una exigencia indispensable (y puede ser requerida bajo la forma de una defensa previa) a efecto de que pueda el deudor cedido oponerse a tal cesión si se está ante los supuestos descritos en el primer párrafo del artículo 1210 del Código Civil, a saber: a. que la cesión de derechos se oponga a la ley; b. que la cesión de derechos se oponga a la naturaleza de la obligación; o c. que la cesión de derechos se oponga al pacto con el deudor.

H. Aprobación de cuentas previa a donación en favor del tutor o curador (art. 1628 del C.C.).

Tal como lo señala el artículo 1628 del Código Civil, la donación en favor de quien ha sido tutor o curador del donante está sujeta a la condición suspensiva (lo que configura una defensa previa en caso de obviarse tal condición) de ser aprobadas las cuentas y pagado el saldo resultante de la administración.

I. Comunicación al donatario o a sus herederos de la revocación de la donación (art. 1640 del C.C.).

De acuerdo a lo normado en el artículo 1640 del Código Civil, no produce efecto la revocación (de la donación) si dentro de sesenta días de hecha por el donante, no se comunica en forma indubitable al donatario o a sus herederos (comunicación que puede exigirse bajo la forma de una defensa previa). Dicha comunicación adquiere relevancia porque asegura el hecho del conocimiento de la aludida revocación por parte del donatario o sus herederos, lo que posibilitaría que contradigan las causas de la revocación de la donación, facultad que les asigna el artículo 1641 del citado Código sustantivo.

9.3 Propuesta y trámite de las defensas previas

De acuerdo a lo normado en el artículo 455 del Código Procesal Civil, las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones. Como se aprecia, siendo su trámite el que corresponde a las excepciones, le son de aplicación a las defensas previas la misma normatividad. Así, tenemos que:

- Las defensas previas se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal (arts. 447 y 455 del C.P.C.).
- Sólo se admiten los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las defensas previas o en el que se absuelven (arts. 448 -primer párrafo- y 455 del C.P.C.).
- Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez resuelve la defensa previa dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. Si el Juez declara fundada una defensa previa, ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla el tiempo o acto previo exigido para el ejercicio del derecho de acción (arts. 449, 455 y 456 del C.P.C.).

- Se resuelven en un solo auto, siendo apelable con efecto suspensivo el que declara fundada una defensa previa, y lo será sin efecto suspensivo el que la declara infundada (arts. 450 y 455 del C.P.C.).

Los plazos aplicables a las defensas previas en el proceso de conocimiento son los siguientes: A. diez días para interponerlas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción (art. 478 -inc. 3)- del C.P.C.); y B. diez días para absolver su traslado (art. 478 -inc. 4)- del C.P.C.).

Los plazos aplicables a las defensas previas en el proceso abreviado son los siguientes: A. cinco días para interponerlas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción (art. 491 -inc. 3)- del C.P.C.); y B. cinco días para absolver su traslado (art. 491 -inc. 4)- del C.P.C.).

En el proceso sumarísimo: A. las defensas previas se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose sólo los medios probatorios de actuación inmediata (art. 552 del C.P.C.); y B. la absolución de las defensas previas tiene lugar en el curso de la audiencia única (que se realizará dentro de los diez días de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para que ello ocurra), actuándose en ella los medios probatorios pertinentes (art. 555 del C.P.C.).

En los procesos únicos de ejecución: A. se pueden proponer defensas previas dentro de los cinco días de notificado el demandado con el mandato ejecutivo, debiendo en el mismo escrito en que se proponen presentar los medios probatorios pertinentes (art. 690-D del C.P.C.); y B. se absolverá el traslado de las defensas previas (y de la respectiva contradicción) dentro de los tres días de notificado el ejecutante de la contradicción y proposición de defensas previas por el ejecutado, debiendo dicho ejecutante proponer los medios probatorios pertinentes (art. 690-E del C.P.C.).

En lo que se refiere a los procesos no contenciosos, cabe señalar que en dicha clase de procesos son improcedentes las defensas previas (art. 761 -inc. 2)- del C.P.C.).

9.4 Prueba de las defensas previas

El objeto de prueba en las defensas previas radica en demostrar si se ha cumplido o no el tiempo o acto previsto en la ley como antecedente para el ejercicio del derecho de acción.

La persona que plantee las defensas previas debe aportar los medios de prueba destinados a acreditar que todavía no ha transcurrido el tiempo o que no se ha

verificado el acto preliminar requerido como condición para el inicio del proceso. Advertimos que la prueba de las defensas previas es, por lo general, complicada, pues se trata de hechos negativos, presuntamente inexistentes. Así tenemos, por ejemplo, que la no realización del inventario (presupuesto de una defensa previa) no puede sino ser alegada; en cambio, su facción sí puede ser acreditada, pero, como resulta evidente, ello le compete al sujeto procesal que absuelve la defensa previa y no al que la formula.

La persona que absuelve las defensas previas, para desvirtuar lo invocado por el proponente, debe suministrar los medios probatorios que demuestren haberse cumplido el tiempo o el acto respectivos exigidos legalmente para el ejercicio de la acción. No obstante lo señalado precedentemente, atendiendo a que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos (art. 196 del C.P.C.), en este caso al proponente de la defensa previa, le será suficiente a la parte que absuelve aquélla simplemente negar las alegaciones de quien planteó la defensa previa en cuestión.

Del examen de los medios de prueba ofrecidos por los sujetos procesales, el Juez de la causa acogerá o desestimaré la defensa previa de que se trate. Si no se hubiera aportado medio probatorio alguno, entonces, como es obvio, declarará infundada la defensa previa formulada en el proceso.

9.5 Efectos del amparo de una defensa previa

Conforme se desprende del artículo 456 del Código Procesal Civil, es efecto del amparo de una defensa previa la suspensión del proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción.

En caso de no realizarse los respectivos actos dentro del plazo conferido por el Juez de la causa, deberá éste anular lo actuado y declarar la conclusión del proceso. En este caso concluirá el proceso sin declaración sobre el fondo, según se colige del artículo 321 -inc. 4)- del Código Procesal Civil.

Es de resaltar que la conclusión del proceso derivada del amparo de una defensa previa no obsta que pueda promoverse otro posteriormente, pero esta vez cumplido el tiempo o acto previsto en la ley como condición exigible para el ejercicio de la acción. Ello se explica por la naturaleza temporal o dilatoria de las defensas previas.

Por otro lado, como es obvio, si se declara infundada la defensa previa, sigue su curso el proceso al haberse declarado el saneamiento del mismo, o sea, la existencia de una relación jurídica procesal válida.

9.6 Costos, costas y multas de las defensas previas

Con arreglo a lo previsto en el artículo 457 del Código Procesal Civil:

- Las costas, costos y multas del trámite de las excepciones y **defensas previas** serán de cargo de la parte vencida.
- Adicionalmente y atendiendo a la manifiesta falta de fundamento, el Juez puede condenarla al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

CAPITULO XXXII

POSTULACION DEL PROCESO: REBELDIA

1. CONFIGURACION DE LA REBELDIA O CONTUMACIA

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto aseveran que “... un opositor es contumaz cuando habiéndosele brindado noticia adecuada de la existencia del proceso y de su condición de llamado a resistir la pretensión, mediante el acto de notificación prescrito por la ley, no comparece a éste...” (QUINTERO; y PRIETO, 1995, Tomo II: 135).

Máximo Castro apunta que “... si el demandado ni siquiera se presenta a estar a derecho, entonces su situación se agrava, porque se lo considera como desconociendo la autoridad del juez. Y ya no solamente se acusa la rebeldía, a objeto de darle por contestada la demanda, sino que se declara rebelde al demandado y se sigue el trámite el juicio aun sin su presencia” (CASTRO, 1926, Tomo Primero: 148).

Aldo Bacre define a la rebeldía como “... *la posición procesal en que se coloca la parte demandada, debidamente notificada, que no comparece dentro del plazo de citación, o que haga abandono, al igual que el actor, del proceso con posterioridad, luego de haber comparecido, y así lo solicite la parte interesada*” (BACRE, 1996, Tomo II: 391).

En opinión de Carlo Carli:

“Es *contumaz* (...) el justiciable que, debidamente citado, no responde al *acto citatorio* apersonándose ante el órgano jurisdiccional; pero si responde al acto citatorio, apersonándose o compareciendo ante el juez, sin cumplir con el *acto emplazatorio*, es decir, negándose a defender o no contestando la demanda, ya no puede hablarse de contumacia, sino de rebeldía. El caso puede darse sea porque el demandado comparece ante el juez, constituye domicilio y no contesta la demanda, es decir, no asume la *carga de la contestación*, o cuando por un defecto formal (condición de procedibilidad) se le devuelve el escrito de contestación de la demanda,

por ejemplo, por falta de copias (...) o si habiendo opuesto excepciones no contesta la demanda (...); para todos estos casos, la ley establece un determinado tipo de sanciones; se tendrán por reconocidos los documentos, (...) o se podrá estimar como admitidos los hechos pertinentes o lícitos, etc. (...), que en el proceso contumacial también operarán, pero no como sanciones sino como *consecuencias o efectos de la declaración de contumacia*. Finalmente, existe una tercera categoría: cuando dentro del proceso el justiciable no cumplimenta un acto procesal, por ejemplo no evacua un traslado, en que precluye su potestad, con efectos menos importantes: el *decaimiento o pérdida del derecho* que tenía para ejercitar el acto” (CARLI; citado por DE SANTO, 1988, Tomo I: 285-286).

Gallinal indica sobre el particular que:

“... En la acepción amplia, (la rebeldía) es la omisión en cumplir un acto del procedimiento, en el plazo señalado por la ley o por el juez. En este sentido, se llamaría rebelde, al que no comparece, al apelante que no expresa agravios, al testigo que no comparece, al perito que no dictamina (...).

No hay que confundir el *acuse de rebeldía*, que es el *decaimiento* de un derecho, con la *declaración de rebeldía*. En la rebeldía, la parte no es notificada sino excepcionalmente de las resoluciones. En el decaimiento (...), se ha perdido un derecho, que se ha dejado de usar; pero la parte continúa actuando en el expediente y es notificada en la forma ordinaria de todas las providencias y resoluciones. En éste el juez da por acusada la rebeldía con respecto al acto concreto; en aquélla es declarada la rebeldía con respecto a todo el juicio” (GALLINAL, s/a, Tomo II: 178-179).

Vergé Grau estima que “... *la rebeldía* es aquella situación procesal del demandado que se inicia con su incomparecencia, transcurrido el término del emplazamiento y termina con su eventual personación; mientras que la *declaración de rebeldía* es aquella que, de oficio, realiza el Juez en determinados juicios cuando, después de comprobada la regularidad del emplazamiento, se constata la situación procesal de rebeldía” (VERGE GRAU, 1989: 54). Dicho autor señala también que, en sentido amplio, “... a la rebeldía se la podría llamar incomparecencia del demandado y podría ser definida como aquella situación procesal del demandado que se inicia con su incomparecencia, transcurrido el tiempo del emplazamiento, y termina con su eventual personación, aun cuando distingamos en su tratamiento la ausencia voluntaria de la involuntaria, circunstancia que, por lo demás, no suele conocerse hasta después de dictada la sentencia o de haberse producido ya algunas consecuencias de la **rebeldía**” (VERGE GRAU, 1998: 588). Vergé Grau termina

diciendo que “en los **ordenamientos modernos** -y en la doctrina- la rebeldía ya no es considerada como una desobediencia a la citación o emplazamiento, sino como una **carga**. Comparecer, lo mismo que contestar, son cargas y, al mismo tiempo, expectativas del demandado en orden a una mejor defensa. En la mayoría de ordenamientos la rebeldía se asimila a la inactividad del demandado -o del actor en algunos sistemas- sólo que con consecuencias distintas, según sea esta inactividad voluntaria o no” (VERGE GRAU, 1998: 588).

El Código Procesal Civil regula lo concerniente a la rebeldía en el Título IV (“Rebeldía”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”), en los arts. 458 al 464. Precisamente, el artículo 458 del citado cuerpo de leyes establece lo siguiente:

“Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde.

También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el Artículo 79° *[del C.P.C.]*”.

El artículo 79 del Código Procesal Civil, a que alude el último párrafo del artículo 458 de dicho Código adjetivo (citado precedentemente), trata acerca de los efectos del cese de la representación judicial en estos términos:

“En todo caso de finalización de representación que tenga su origen en la decisión del representado capaz de actuar por sí mismo, cualquiera que fuera la causal de cese, éste sólo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior.

Cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía.

En caso de muerte o declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o del apoderado, remoción o cese de nombramiento del representante legal de un incapaz y circunstancias análogas, se suspenderá el proceso por un plazo máximo de treinta días, mientras se designa representante o curador procesal”.

1.1 Rebeldía del demandante

La rebeldía del demandante está prevista en el último párrafo del artículo 458 del Código Procesal Civil, del cual se infiere que será declarado rebelde el

litigante (**demandante** o demandado, aunque, por lo general, se trata del primero) que, notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece al proceso dentro del plazo fijado en el artículo 79 del Código Procesal Civil (cual es de cinco días de notificado de la conclusión del patrocinio de su abogado o de la renuncia de su apoderado). Sobre este caso de rebeldía, cabe señalar, en primer lugar, que el segundo párrafo del artículo 79 del Código Procesal Civil preceptúa que cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión de apoderado (entiéndase que aquí se está ante la renuncia del apoderado), cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía. En segundo lugar, en nuestra opinión, el supuesto de conclusión del patrocinio del abogado de una de las partes no amerita que se declare rebelde a ésta (pues bien puede contar con el concurso del letrado que le plazca para que lo asista en sus actuaciones procesales), a no ser que cumpla también la función de apoderado judicial, supuesto en el cual debe el sujeto procesal de que se trate designar a otro apoderado (que puede o no ser abogado) que sustituya al primero. Tampoco se produciría la declaración de rebeldía en caso de tratarse del abogado apoderado de quien obtuvo el auxilio judicial o del abogado que se desempeña como curador procesal, pues en ambas hipótesis, por la particularidad de los hechos que dan lugar a la intervención de los nombrados, ante el cese **voluntario** de la representación que ejercen (circunscribiéndonos al supuesto contemplado en el último párrafo del art. 458 del C.P.C.), debe el juzgador designar de oficio a nuevo abogado apoderado del auxiliado o curador procesal, según sea el caso.

Gallinal anota sobre el tema que “... la rebeldía del actor, no puede tener lugar sino después de trabado el juicio y se ve pocas veces, porque no es explicable que se inicie una acción y después se abandone. Pero producida, por ejemplo, en el caso de que el actor lo siga por intermedio de apoderado, después de trabado, el apoderado muera o se incapacite, el juez emplaza al actor para que se apersona por sí o por otro apoderado, y que el actor no lo haga, en este caso, si el demandado lo pide, el juez puede declarar rebelde al actor” (GALLINAL, s/a, Tomo II: 179).

Vergé Grau, en lo que atañe a la rebeldía del demandante contemplada en el último párrafo del artículo 458 del Código Procesal Civil, precisa lo siguiente:

“Se asimila a la rebeldía la falta de designación de nuevo Abogado o de nuevo apoderado cuando los primeramente designados han concluido su mandato renunciando al cargo y, además, han transcurrido los plazos señalados en el art. 79 (del C.P.C.) sin haberse nombrado otros. De hecho, aquí no se trata de incomparecencia inicial, sino de inactividad

sobrevenida, puesto que el litigante ya compareció en el proceso (por lo que conoce su existencia). Los cambios en su actividad procesal después de su comparecencia pueden tener efectos **asimilables a los** que produce la rebeldía (p.e. *la ficta confessio*), pero no se trata, en sentido técnico, de rebeldía, de incomparecencia inicial que puede ser debida a desconocimiento del emplazamiento y del proceso y que requiere un trato específico. La inactividad sobrevenida ha de reputarse siempre voluntaria salvo, claro está, que existan defectos en los actos de comunicación, lo cual también tiene su propio régimen de ineficacia...” (VERGE GRAU, 1998: 606).

2. FUNDAMENTO DE LA REBELDIA

Atilio González asegura que “... el fundamento de dicha institución (rebeldía) estriba en la necesidad de evitar que el proceso, a consecuencia de la inactividad de una de las partes, quede detenido y se frustre eventualmente la tutela jurisdiccional del Estado” (GONZALEZ, 1979: 235).

Máximo Castro, en lo que toca al fundamento de la rebeldía, expresa lo siguiente:

“... La defensa es de derecho natural e inviolable, trátase de la persona o simplemente de los bienes. Pero el buen sentido indica que en materia civil, el principio no puede ser tan absoluto que deje en manos del demandado sustraerse a las condenaciones que en su contra deben recaer, por solo su negativa a defenderse. Es, por el contrario, justo y necesario que sea juzgado aun sin ser oído, si emplazado legalmente no se presenta, o si emplazado legalmente no contesta la demanda (...).

De otra manera la autoridad judicial no llenaría su misión, que es compeler a cada uno al cumplimiento de las obligaciones que la ley impone o que las personas libremente contraen.

La inviolabilidad de la defensa no significa alterar las reglas del proceso, en daño de la parte que reclama el apoyo de la justicia, sino sólo que no ha de ser coartada la libertad de alegar y producir las pruebas del derecho sometido a decisión” (CASTRO, 1926, Tomo Primero: 148-149).

3. REQUISITOS DE LA DECLARACION DE REBELDIA

Según De la Plaza, son presupuestos de la rebeldía: “... a) la ausencia de la parte; b) la voluntariedad de su incomparecencia; c) la existencia de un proceso pendiente” (DE LA PLAZA, 1951, Volumen I: 362).

Lino Palacio asevera que “... la declaración de rebeldía se halla supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) La notificación de la citación, practicada en debida forma, en el domicilio de la parte; 2º) La incomparecencia de ésta una vez transcurrido el plazo de la citación, o el abandono posterior a la comparecencia; 3º) La falta de invocación y justificación de alguna circunstancia que haya impedido la comparecencia; 4º) La petición de la parte contraria” (PALACIO, 1977, Tomo IV: 191).

Para Atilio González, la declaración de rebeldía se halla subordinada a la concurrencia de los siguientes supuestos procesales:

- “1º) la debida citación;
- 2º) la incomparecencia o el abandono;
- 3º) la falta de alegación y prueba de circunstancias que hubieran obstado a la comparecencia oportuna;
- 4º) la petición de la contraparte” (GONZALEZ, 1979: 129).

Del texto del artículo 458 -primer párrafo- del Código Procesal Civil se desprende que son requisitos para la declaración de rebeldía del demandado:

- A. La notificación válida de la demanda al demandado.
- B. El vencimiento del plazo para contestar la demanda sin que tal contestación se produzca.

Según se infiere del último párrafo del artículo 458 del Código Procesal Civil, la declaración de rebeldía de cualquier litigante (demandante o demandado, aunque en esta hipótesis casi siempre se trata del primero de los nombrados) también puede ser declarada si se cumplen estos presupuestos:

- A. La notificación válida referida a la conclusión del patrocinio del abogado o a la renuncia del apoderado del litigante en cuestión.
- B. La no comparecencia al proceso (por sí mismo o designando nuevo apoderado) del litigante en cuestión dentro del plazo fijado en el artículo 79 del Código Procesal Civil (que es de cinco días de notificado dicho litigante sobre la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado). El referido artículo 79 del Código Procesal Civil regula los efectos del cese de la representación judicial, señalando lo siguiente:
 - En todo caso de finalización de representación que tenga su origen en la decisión del representado capaz de actuar por sí mismo, cualquiera

que fuera la causal de cese, éste sólo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior.

- Cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía.
- En caso de muerte o declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o del apoderado, remoción o cese de nombramiento del representante legal de un incapaz y circunstancias análogas, se suspenderá el proceso por un plazo máximo de treinta días, mientras se designa representante o curador procesal.

En relación al tema examinado en este punto, advertimos que no procede la declaración de rebeldía, sino más bien la designación por el Juez del respectivo curador procesal, en aquellos casos en que no sea posible emplazar de modo válido al demandado por ser éste indeterminado o incierto o por ignorarse lo relacionado a su domicilio o residencia. Ello se colige del artículo 61 -inc. 1)- del Código Procesal Civil.

4. EFECTOS DE LA DECLARACION DE REBELDIA

Sobre el particular, Vergé Grau nos informa que “el tratamiento de la rebeldía en Derecho comparado es, naturalmente, dispar. Sin embargo pueden señalarse dos tipos de ordenamientos; unos siguen el sistema de dictar sentencia en contumacia sobre el fondo, exigiendo o no alguna actividad probatoria, pero permitiendo impugnar la sentencia en oposición, en todo caso, en cuanto el demandado comparece (y renovar en todo o en parte el proceso); otros países (...) siguen el sistema de la (ficta *litiscontestatio*); es decir, se dicta sentencia sólo según el resultado de las pruebas y, una vez firme, el proceso sólo es rescindible si el demandado justifica su anterior ausencia” (VERGE GRAU, 1998: 592).

Montero Aroca asevera que, “... cuando no se trata de derechos fundamentales, la rebeldía del demandado puede producir los siguientes efectos: 1) Que la incomparecencia equivalga a conformidad con la pretensión, es decir a allanamiento (...). 2) Que al no comparecido se le tenga por conforme con los hechos expuestos en la demanda por el actor (...), y 3) En general (...) la rebeldía produce el efecto de dar por contestada la demanda, entendiéndose que en términos de oposición (...). La resistencia puede consistir en la mera negación de los elementos de la pretensión,

y a este supuesto (se) equipara formalmente (...), salvo casos concretos, la rebeldía del demandado” (MONTERO AROCA, 1979: 107).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, en lo que atañe a los efectos de la rebeldía, predicán lo siguiente:

“... La sentencia deberá ser dictada según el mérito de la causa, teniendo presente el reconocimiento que significa el silencio mantenido frente al traslado corrido (...).

(...)

El silencio del demandado tiene dos significados: uno referido a los hechos lícitos y pertinentes invocados en la demanda, donde el juez puede tenerlos por reconocidos; y el otro, referente a los documentos adjuntados con ella, a los cuales se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso.

(...) En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.

(...)

(...) Pese a la incomparecencia del accionado, dado que el juez ha de dictar sentencia de acuerdo con el mérito de la causa, (...) a pedido de parte, el juez abrirá la causa a prueba, pudiendo asimismo dictar aquellas medidas que entienda sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos. Es decir, (...) que la sola falta de contestación de demanda y falta de comparecencia a juicio no determinan *per se e ipso facto* que en todos los casos la causa (se) pueda tramitar de puro derecho. Ello dependerá de la naturaleza de la acción entablada y de los hechos que sean necesarios acreditar o probar a los efectos de poder obtener una sentencia justa” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 210-212).

Prieto-Castro y Ferrándiz sostiene que son efectos de la declaración de rebeldía los que describe a continuación:

“A) *Efectos procesales*.- (...) La resolución que declara la rebeldía y da por contestada la demanda se ha de *notificar* (...) personalmente al rebelde; y en cuanto a las demás resoluciones que recaigan después, sólo se notifican ‘en estrados’ (...).

(...)

- B) *Efectos en cuanto al fondo.*- (...) En la actualidad, ciertos sistemas estiman la rebeldía como conformidad del rebelde con la petición del actor (es decir, como allanamiento); en otros, se arguye simplemente reconocimiento de los hechos de la demanda (*ficta confessio*), que sólo releva de la prueba al actor, y en algunos, por último, no se asocian más consecuencias que las implícitas en la propia conducta del demandante, sin perjuicio para él, de manera que el actor ha de probar los hechos de su demanda, siendo posible una absolución si la misma fuese infundada” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1979, Volumen 2: 121-122).

Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández, acerca de los efectos de la declaración de rebeldía en el orden procesal formal, señalan que “... la declaración de rebeldía supone, en ciertos casos, que se tenga por contestada la demanda y, en todos, que el demandante pueda pedir y obtener la retención de bienes muebles (una suerte de depósito) y el embargo de bienes inmuebles del demandado rebelde...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo I: 434). Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández agregan que “... la rebeldía, en un orden procesal material (...), no tiene más significado jurídico que el real significado fáctico de la inactividad, esto es, la consiguiente pérdida de posibilidades y oportunidades de defensa y contraataque. En todo caso, esa inactividad se ha de entender como oposición a la demanda” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo I: 434).

4.1 Efectos de la rebeldía previstos en nuestro ordenamiento procesal

4.1.1 Efectos de la rebeldía relacionados con la notificación de su declaración y de otras resoluciones judiciales

Conforme se desprende del artículo 459 del Código Procesal Civil, la resolución que contiene la declaración de rebeldía será notificada por cédula al rebelde, siempre que se conozca su dirección domiciliaria, porque si ésta se ignorase, tal notificación se hará mediante edictos, en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del Código Procesal Civil. Igualmente, se le notificarán al rebelde, por cédula o mediante edictos (según se conozca o no su dirección domiciliaria), sólo las resoluciones judiciales que se indican a continuación (previstas en el art. 459 del C.P.C.):

- La resolución que declara saneado el proceso (vale decir, la existencia de una relación jurídica procesal válida).
- Las resoluciones que citen a audiencia.
- La citación para sentencia.

- La sentencia.
- La resolución que requiera el cumplimiento de la sentencia.

Puntualizamos que, según se infiere de la parte final del artículo 459 del Código Procesal Civil, las resoluciones judiciales que se expidan en el proceso y que no sean las señaladas precedentemente, se tendrán por notificadas al rebelde el mismo día en que tales resoluciones fueron notificadas a la parte contraria.

4.1.2 Efectos de la rebeldía en relación con el material fáctico de la demanda

En aplicación de la primera parte del artículo 461 del Código Procesal Civil, constituye efecto de la declaración de rebeldía del demandado el causar presunción legal relativa (o *juris tantum*, que admite prueba en contrario) acerca de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda. Al respecto, conviene tener presente que la presunción (la cual, dicho sea de paso, es legal o judicial) es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado (art. 277 del C.P.C.), y, además, que la presunción legal relativa se halla normada en el artículo 279 del Código Procesal Civil, que dispone que cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción, y que éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

La rebeldía del demandado también trae como consecuencia, una vez declarados dicho estado y el saneamiento del proceso, que se produzca el juzgamiento anticipado del proceso, vale decir, la expedición de la sentencia sin admitir otro trámite salvo el informe oral (arts. 460 y 473 -inc. 2)- del C.P.C.). Sin embargo, no operará el juzgamiento anticipado del proceso (debiéndose seguir, entonces, con la tramitación regular del proceso) en los casos (previstos en el art. 461 del C.P.C.) en que la declaración de rebeldía del demandado no cause presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, a saber:

1. Cuando habiendo varios demandados en el proceso (supuesto de litis-consorcio pasivo), todos ellos notificados válidamente con la demanda, alguno contestase esta última.
2. Cuando la pretensión reclamada por el actor se sustente en un derecho indisponible o irrenunciable (por razones de orden público o vinculadas a las buenas costumbres).
3. Cuando la ley exige que los hechos en que se funda la pretensión reclamada por el accionante se acrediten documentalmente y dicho sujeto procesal no hubiera aportado la prueba requerida.

4. Cuando el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción los hechos expuestos en la demanda.

Sobre el particular, no podemos dejar de mencionar que, con arreglo a lo previsto en el último párrafo del artículo 15 de la Ley Nro. 26872 (Ley de Conciliación):

- A. La inasistencia de la parte invitada a la Audiencia de Conciliación (extra-judicial), produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación (extrajudicial) y reproducidos en la demanda.
- B. La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconven-ción, en el supuesto que el solicitante no asista.
- C. En tales casos, el Juez impondrá en el proceso una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal a la parte que no haya asistido a la Audiencia (de conciliación extrajudicial).

4.1.3 Efectos de la rebeldía en relación con el trámite del proceso

Si el demandado, a quien se le ha notificado en forma válida la demanda, no contesta ésta dentro del plazo de ley, será declarado rebelde. Una vez decretado dicho estado, el órgano jurisdiccional debe emitir resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida o la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación jurídica procesal. También puede conceder un plazo subsanatorio si los defectos advertidos en la relación jurídica procesal fuesen subsanables, vencido el cual, declarará saneado el proceso si tales defectos fueren subsanados o, de lo contrario, declarará nulo el proceso así como su conclusión. En caso de que el Juez opte por declarar saneado el proceso y quedase firme (consentido o ejecutoriado) el auto de saneamiento, la causa se encuentra expedita para ser resuelta, sin necesidad de realizarse ningún otro trámite (salvo el informe oral), debiendo el magistrado emitir el fallo correspondiente. Se produce así una de las hipótesis de procedencia del juzgamiento anticipado del proceso (regulada en los arts. 460 y 473 -inc. 2)- del C.P.C.), la misma que se funda en la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos invocados en la demanda, derivada precisamente de la declaración de rebeldía. No obstante lo señalado precedentemente, pese a las declaraciones de rebeldía del demandado y de saneamiento del proceso, éste seguirá su curso, siendo inviable el juzgamiento anticipado del proceso (vale decir, la expedición de sentencia sin más trámite), si se está ante cualquiera de los casos señalados en el artículo 461 del Código Procesal Civil, conforme al cual, la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que: 1. habiendo

varios emplazados, alguno contesta la demanda; 2. la pretensión se sustente en un derecho indisponible; 3. requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o 4. el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción (los hechos expuestos en la demanda).

4.1.3.1 Ingreso del rebelde al proceso

De acuerdo a lo normado en el artículo 462 del Código Procesal Civil, el rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre.

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner opinan que “... en cualquier momento, el rebelde puede comparecer a juicio. En tal oportunidad el juez deberá decretar el cese del estado de rebeldía y habiendo constituido domicilio dentro del radio del juzgado, deberá ordenar que en el futuro rija el régimen de notificaciones previsto (...) (en el) código de rito. Tal presentación no podrá alterar la secuela normal del juicio ni retrotraer el procedimiento...” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 212-213).

Prieto-Castro y Ferrándiz indica sobre la materia que “... siendo la rebeldía en cuanto tal una renuncia a la defensa del propio derecho, la Ley no pone obstáculos a la comparecencia ulterior del rebelde, lo que puede hacer en cualquier momento. Pero si así ocurre, no hay *restitutio in integrum*, esto es, la oportunidad de realizar los actos correspondientes al tiempo de su rebeldía ha quedado pasada (*preclusión*), o, lo que es lo mismo, no se vuelve atrás en el procedimiento, porque ello significaría una dilación inadmisible y el procedimiento en rebeldía no tendría sentido...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1979, Volumen 2: 123).

Andrés de la Oliva y Miguel Angel Fernández, acerca del ingreso del rebelde al proceso, manifiestan que “... el estado o situación de rebeldía termina en cualquier momento procesal en que el demandado comparezca. A partir de ese momento, la ‘sustanciación’ (...) se entenderá con él, lo que significa que a él se le harán las notificaciones, citaciones, etcétera, pudiendo el demandado realizar todos y sólo los actos previstos legalmente como posteriores al momento de su tardía comparecencia, es decir, sin que el proceso retroceda...” (DE LA OLIVA; y FERNANDEZ, 1990, Tomo I: 434).

Gallinal, en lo que concierne al ingreso del rebelde al proceso, hace estas precisiones:

“... El rebelde no es más que un ausente, ausencia que puede tener causas diversas, inocentes o culpables; por una ficción, los estrados representan al litigante rebelde, y por consiguiente, cuando comparece, cesa la ficción.

No habría razón alguna que justificase, la privación del derecho que tiene todo litigante de defenderse en juicio y mucho menos la habría en este caso, en el que se presume, que esa intervención no ha cesado (...).

La substanciación de la causa, no puede retrogradar, de modo que el rebelde está obligado a aceptar el juicio en el estado en que lo encuentre el día de su presentación.

El rebelde que comparece, que jamás ha dejado de ser parte, hará uso de sus derechos, según lo permita el estado de la causa, no teniendo derecho de pedir que se modifiquen en parte alguna los procedimientos producidos, y por lo tanto, no tendrá derecho a pedir el levantamiento del embargo pedido y decretado, en virtud de circunstancias ya producidas, que han engendrado un derecho que, viene a ser irrevocable, a no concurrir causas especiales.

(...)

Si se siguiera estrictamente la regla (...) de que el rebelde ha de aceptar el juicio en el estado en que se halle cuando comparezca, no podría producirse prueba en segunda instancia, puesto que sólo puede otorgarse cuando no se produjo en la primera, por causa no imputable al que la solicita. Sin embargo, por un principio de equidad, porque puede haber casos en que no haya culpa en el rebelde y porque a la causa de la justicia interesa, facilitar los medios para esclarecer la verdad, (...) (se) puede en algunos casos (...) producir prueba en segunda instancia” (GALLINAL, s/a, Tomo II: 185-186).

5. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE REBELDIA

El artículo 463 del Código Procesal Civil regula un caso especial de procedencia de las medidas cautelares, desprendiéndose del citado precepto legal que, una vez declarada la rebeldía del demandado (la cual, como es sabido, causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo en los supuestos previstos en el art. 461 del C.P.C.), es factible la concesión de medidas cautelares contra aquél, destinadas a asegurar el resultado del proceso, las mismas que deberán ser solicitadas por el actor con observancia de los requisitos exigidos en el artículo 610 del Código Procesal Civil (que versa sobre los requisitos de la solicitud cautelar), a saber: A. la exposición de los fundamentos (fácticos y jurídicos) de la pretensión cautelar; B. el señalamiento de la forma de la medida cautelar que se solicita (secuestro conservativo o judicial, embargo en forma de depósito, embargo en forma de inscripción, embargo en forma de retención,

embargo en forma de intervención en recaudación o en información, embargo en forma de administración, medida temporal sobre el fondo, medida innovativa, medida de no innovar, etc.); C. la indicación, si fuera el caso, de los bienes sobre los que debe recaer la medida cautelar; D. el ofrecimiento de contracautela; y E. la designación del órgano de auxilio judicial correspondiente (depositario, custodio, interventor recaudador o informador, etc.), si fuera el caso (debiéndose acreditar su identificación, si fuese una persona natural, anexando a la solicitud cautelar copia legalizada de su documento de identidad personal). Puntualizamos que, pese a normar el artículo 463 del Código Procesal Civil un caso especial de procedencia de medidas cautelares en virtud de la declaración de rebeldía del demandado, no puede inferirse del citado numeral la exención de alguno de los requisitos de la solicitud cautelar descritos precedentemente.

Al respecto, Vergé Grau precisa que “... el *fumus boni iuris* que, con carácter general, constituye presupuesto de las medidas cautelares (que el art. 611 lo traduce en la prueba anexa que otorgue el carácter verosímil al derecho invocado) es, en estos casos, la propia situación de rebeldía y la presunción que de ella se deriva de que el demandado no tiene nada que oponer a la pretensión del actor (...). (...) En el Código peruano no se menciona si en estos juicios en rebeldía han de darse también los presupuestos de las medidas cautelares señalados, con carácter general, en el art. 610 (...), especialmente si ha de fundamentarse la petición y ofrecer contracautela. Ello no obstante, en el caso que nos ocupa no tiene excesiva importancia la cuestión pues por aplicación de la ficta confessio y de los arts. 460 y 461 (del C.P.C.), se producirá inmediatamente la resolución de saneamiento y la sentencia. Esta, dictada en primera instancia, permite ya la adopción de medidas cautelares sin que sea preciso cumplir con los requisitos 1 y 4 del artículo 610 (del C.P.C.)...” (VERGE GRAU, 1998: 606-607).

Por otro lado, y conforme se desprende de la parte final del artículo 463 del Código Procesal Civil, habiendo el demandado planteado reconvencción contra el demandante sin que éste cumpliera con contestarla dentro del plazo de ley, la declaración de rebeldía del último de los nombrados trae como consecuencia que proceda la concesión de medidas cautelares contra el referido demandante, debiendo en este caso el demandado cumplir con los requisitos previstos en el artículo 610 del Código Procesal Civil para la solicitud cautelar de que se trate.

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, acerca de la procedencia de las medidas cautelares en caso de rebeldía, exponen estas consideraciones:

“... Cabe agregar la posibilidad que tiene el accionante de solicitar aquellas medidas precautorias necesarias para asegurar el objeto del juicio (...).

(...) La mera declaración de rebeldía no importa la obligación automática del juez de decretar medidas precautorias. (...) (Se) faculta al juez a decretarla: no (se) la impone automáticamente porque la verosimilitud del derecho, sólo presunta, o, por lo menos, la circunstancia de que la pretensión no es totalmente infundada, no es la única condición de admisibilidad de la medida cautelar: la naturaleza del juicio, el contenido mismo de la pretensión (...) y otras modalidades que la realidad puede ofrecer, son elementos de juicio a tener en cuenta, una vez que la parte las ha solicitado.

Tema debatido es el de saber si para poder decretar las medidas precautorias autorizadas por la ley, es menester que la rebeldía esté firme o si es suficiente que esté decretada.

Nosotros pensamos que tal requisito no es exigido por la ley, y por tanto no debe ser requerido (...). Por ello, propiciamos que las medidas precautorias puedan ser decretadas luego del análisis propuesto después de la declaración de la rebeldía, y aun en el mismo auto, antes de que ella esté notificada. Su fundamento está en el principio de preclusión procesal” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 212).

Morello puntualiza que:

“... Para la procedencia de las medidas cautelares no es necesario que la rebeldía se haya notificado, siendo suficiente su sola declaración (...).

El andamio de tales medidas no es, desde luego, mecánico o automático; la presunción de ser verosímil el derecho del actor, por la sola circunstancia de la declaración de rebeldía, no obsta, sin embargo, a que el juez deniegue la cautela si de los propios términos de la demanda y de la documentación a ella acompañada se desprende, de un modo manifiesto, que no es procedente...” (MORELLO, 2001: 352).

6. COSTAS Y COSTOS EN CASO DE REBELDIA

La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y son, por principio general, de cargo de la parte vencida, salvo declaración expresa y motivada de exoneración (art. 412 -primer párrafo- del C.P.C.), sin embargo, aun en la hipótesis de que la parte vencedora en el proceso fuese el demandado declarado rebelde, corresponderá a éste el pago de las costas y costos causados directamente por su rebeldía (art. 464 del C.P.C.).

Al respecto, Vergé Grau señala lo siguiente: “... Son a cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía, dice el art. 464 del Código (C.P.C.). El precepto es coherente con la presunción de voluntariedad de la rebeldía, pero no lo es en caso contrario; en ausencia voluntaria. Por ello, la condena en costas habrá de anularse si, comparecido el demandado, se produce, también a petición suya, la nulidad de las actuaciones. Pero, además, la norma sólo se refiere a las costas causadas por la rebeldía, no a las generales del juicio, por lo que si se desestima la demanda las costas no pueden corresponder al demandado, sino al actor” (VERGE GRAU, 1998: 607).

7. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA REBELDIA

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la rebeldía, ha establecido lo siguiente:

- “... En el artículo cuatrocientos cincuentiocho del Código acotado [C.P.C.] no se menciona que el Juez de oficio declara la rebeldía; [...] por ello el recurrente estaba obligado a impulsar el proceso solicitando se declare la rebeldía del demandado, por lo que no es aplicable en este caso el inciso quinto de artículo trescientos cincuenta del Código Adjetivo [C.P.C.]; como el proceso estuvo paralizado por más de cuatro meses, sin que se haya impulsado por el recurrente, se había producido el abandono de conformidad con el artículo trescientos cuarentiséis del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 2624-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7203).
- “... Respecto a la falta de declaración de rebeldía de la codemandada [...], dicho omisión [sic -léase dicha omisión-] no es convalidable pues [...] las normas procesales son de carácter imperativo y su inobservancia acarrea la nulidad...” (Casación Nro. 1137-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2003, págs. 9875-9876).
- “... Según lo dispone el artículo 459 del Código Procesal Civil[,] la declaración de rebeldía se le notificará al rebelde por cédula o por edictos, según corresponda, de igual manera se le notificará la resolución de saneamiento y las que citen a audiencia, por consiguiente el juzgado no podía señalar fecha para audiencia sin notificar previamente la declaración de rebeldía...” (Casación Nro. 968-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, pág. 20466).
- “... Al haber presentado su contestación a la demanda en forma extemporánea, la recurrente ha sido declarada rebelde, y, por tanto, ha sido

correcta la aplicación por las instancias de mérito del artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Procesal Civil, en virtud del cual la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda...” (Casación Nro. 2168-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, pág. 22706).

- “... El artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Procesal Civil establece como efecto de la declaración de rebeldía, la presunción relativa sobre [la verdad de] los hechos expuestos en la demanda, no así sobre [la verdad de] los hechos expuestos en la contradicción, ya que éstos resultan la respuesta a los hechos afirmados en la demanda...” (Casación Nro. 338-2007 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, pág. 21394).
- “... La rebeldía solamente origina una presunción legal relativa y no definitiva...” (Casación Nro. 2654-99 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-01-2000, pág. 4532).
- “... La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el Juez en resolución motivada adopte otro criterio, como exige el inciso cuarto del Artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Adjetivo, de donde resulta: a) que la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; b) que la presunción relativa es ‘juris tantum’, esto es sujeta a probanza y por tanto no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión, y c) que si el Juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, aplicando el inciso segundo del artículo cuatrocientos setentitrés del mismo Código, al momento de pronunciar sentencia, no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia, obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella” (Casación Nro. 1868-98 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-07-1999, págs. 3093-3094).
- “... La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el Juez en resolución motivada adopte otro criterio, como exige el inciso cuarto del Artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Adjetivo [C.P.C.], de donde resulta: a) que la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar

en [la] sentencia...” (Casación Nro. 3314-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8762-8763).

- “... Siendo la pretensión de alimentos indisponible en los términos del inciso segundo del Artículo cuatrocientos sesentiuno del citado Código Procesal y cuatrocientos ochentisiete del Código sustantivo no es de aplicación la presunción legal relativa de la veracidad de los hechos afirmados en la demanda que origina la declaración de rebeldía...” (Casación Nro. 547-2000 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-08-2000, pág. 5709).
- “... Sobre la declaración de rebeldía debe señalarse que ella tan sólo causa presunción relativa de verdad [de los hechos expuestos en la demanda], pero que no necesariamente debe suponer el amparo de la demanda, como puede entenderse además del artículo 461 inciso 4° del Código Procesal Civil, pues son los juzgadores quienes, de acuerdo a su apreciación conjunta de la prueba en atención a lo dispuesto por el artículo 197 del Código Formal [C.P.C.], se deben formar convicción de la veracidad de los hechos que sustentan la demanda y de no considerarlos acreditados deben desestimar la misma de acuerdo a lo que anota el artículo 200 del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 2007-2003 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, págs. 13579-13580).
- “... El artículo 461 del Código Procesal Civil establece que la consecuencia de la declaración de rebeldía es causar la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos [expuestos en la demanda]; empero, no exime a la parte demandante de la obligación de probar su pretensión...” (Casación Nro. 4489-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, pág. 21500).
- “... La demandada al no haber cumplido con contestar la demanda fue declarada rebelde, aplicándosele a su parte la presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda de naturaleza Juris Tantum a tenor de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos sesenta del Código Procesal Civil [sic -en realidad es el art. 461 del C.P.C.-], sujeta a la valoración del juzgador en cuanto a las pruebas presentadas por la parte no rebelde y a las actuadas en el proceso...” (Casación Nro. 5396-2006 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23323-23324).
- “... La declaración de rebeldía no exime al Juzgador a examinar la prueba y verificar los fundamentos de la pretensión para formarse convicción...”

(Casación Nro. 3026-2000 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7041-7042).

- “... La presunción contenida en el artículo 461 del Código Procesal Civil, respecto a la veracidad de los hechos expuestos en la demanda una vez declarada la rebeldía de los demandados, es ‘iuris tantum’, esto es, sujeta a probanza y, por tanto, no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión...” (Casación Nro. 683-2008 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22827-22828).
- “... La presunción relativa de la declaración de rebeldía [sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda] no prevalece frente al juicio de hecho establecido en la instancia...” (Casación Nro. 2765-2008 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23464-23465).
- “... Si bien [según] el artículo cuatrocientos sesentiuno del Código Procesal Civil, la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, [...] la presunción legal no puede ir más allá de lo reconocido por el demandante...” (Casación Nro. 2260-2002 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2003, pág. 10181).
- “... La declaración de rebeldía no constituye cosa juzgada, solamente causa una presunción relativa de verdad de los hechos, cuya eficacia puede ser exceptuada si es que el juez considera que los hechos no le producen convicción, a tenor de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos sesentiuno inciso cuarto del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 538-2001 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7491).
- “... El artículo 461 del Código Procesal Civil establece que: ‘La declaración de rebeldía causa **presunción legal relativa** sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda...’ [...] Que, lo anotado implica que la presunción derivada de la declaración de rebeldía de la emplazada no vincula al órgano jurisdiccional, el que puede amparar o desamparar la [demanda] incoada, luego de valorar debidamente los medios probatorios. En consecuencia, no existe contravención alguna derivada del hecho de que en el presente caso se haya declarado fundada en parte la demanda, no obstante que la demandada ha sido declarada rebelde...” (Casación Nro. 1893-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2007, págs. 20831-20832).

- “... El Artículo cuatrocientos sesenta del Código acotado (C.P.C.) permite al juez, declarada la rebeldía y saneado el proceso expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el Artículo cuatrocientos sesentiuno (del C.P.C.); (...) como el proceso se encontraba en la excepción prevista en el inciso cuarto del Artículo cuatrocientos sesentiuno antes referido (esto es, la falta de convicción en el Juez sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda), el juez no podía expedir sentencia, sino realizar la audiencia de prueba” (Casación Nro. 532-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-12-1996, págs. 2550-2551).
- “... La rebeldía, de acuerdo a los artículos cuatrocientos cincuentiocho, cuatrocientos sesentiuno y cuatrocientos sesentidós del Código Procesal Civil, aún cuando el recurrente se haya apersonado al proceso y asistido a la audiencia única, no impide que se le aplique la presunción legal relativa [sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda] establecida en la norma como una sanción por no haber contestado la demanda dentro del plazo determinado por la Ley...” (Casación Nro. 160-01 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7373).
- “... Nuestro ordenamiento procesal no prohíbe, en modo alguno, que la parte declarada en rebeldía pueda interponer recursos impugnatorios...” (Casación Nro. 3780-2006 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23322-23323).
- “... En el presente proceso el Juez de primera instancia expidió sentencia amparando la demanda, pronunciando que fue objeto de apelación por parte del demandado [...], parte procesal que si bien tenía la condición de rebelde podía incorporarse al proceso sujetándose al estado en que éste se encontrase, conforme a lo establecido por el artículo cuatrocientos sesentidós del Código Procesal Civil, con la consiguientes [sic -léase consiguiente-] posibilidad de interponer los medios impugnatorios pertinentes que la ley procesal prevé en ejercicio irrestricto de su derecho de defensa...” (Casación Nro. 616-2004 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, págs. 14780-14781).

CAPITULO XXXIII

POSTULACION DEL PROCESO: SANEAMIENTO DEL PROCESO, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

1. PRINCIPIO DE SANEAMIENTO PROCESAL

Según Velásquez Restrepo:

“La función de saneamiento, supone la solución de todas las cuestiones susceptibles de resolver, sin tocar el fondo de la causa, abreviando la tarea del juez y evitando la dilación innecesaria del trámite y evitando, también, que al final se produzca una declaración de nulidad del proceso o una sentencia inhibitoria.

(...)

Entonces el saneamiento del proceso supone que todos estos asuntos, excepciones previas, falta de presupuestos procesales, litispendencia, excepciones mixtas (cosa juzgada, caducidad y transacción), falta de competencia, representación, nulidades, se resuelvan aun de oficio por el juez” (VELASQUEZ RESTREPO, 1990: 190-191).

Lino Palacio afirma que “... deriva (...) del principio de economía procesal, el principio de *saneamiento* o de *expurgación*, en cuya virtud se acuerdan al juez facultades suficientes para resolver, *in limine*, todas aquellas cuestiones susceptibles de impedir o entorpecer el pronunciamiento sobre el mérito de la causa o de determinar, en su caso, la inmediata finalización del proceso” (PALACIO, 1983, Tomo I: 288).

Peyrano dice del principio de saneamiento lo siguiente:

“... El principio (de saneamiento) (...), también denominado, indistintamente, como de inmaculación subsanación o expurgación, es consecuen- cial con el de economía procesal; teniendo especial importancia en orden a la consecución de una de las metas por éste perseguida: la economía de esfuerzos. Norte hacia el cual tiende el principio de saneamiento, dado que en su virtud se confieren al tribunal una serie de facultades, y a veces deberes, que propenden a que sean resueltas *in limine* todas las cuestiones que pudieran entorpecer el pronunciamiento sobre el mérito de la causa o cuya dilucidación en determinado sentido pueda provocar la inmediata finalización del proceso. Como surge de lo antedicho, corresponde al órgano jurisdiccional un papel preeminente en la tarea ‘expurgadora’ del debate (...).

(...)

Precisando el campo de acción de la directriz procesal *sub examine*, diremos que apunta a verificar si respecto de determinada demanda son de aplicación los genéricamente denominados ‘requisitos de admisibilidad del juzgamiento de mérito’, como también a dirimir todo tipo de cuestión que por necesidad deba dilucidarse con antelación al pronunciamiento de la sentencia de mérito” (PEYRANO, 1978: 281-283).

Gozáini, acerca del principio de saneamiento, hace estas precisiones:

“Se instala en el campo de las facultades de la jurisdicción, procurando expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión, generalmente, destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

(...)

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: a) depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, y b) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

(...)

El rechazo *in limine* de aquellas pretensiones manifiestamente infundadas sostiene una posibilidad más de actuar el principio; toda vez que el interés acusado no sería signo de protección por su ausente o nula exposición de

motivos, dando facultades al magistrado para realizar anticipadamente un análisis sobre el fondo, evitando hacerlo en la sentencia con el dispendio jurisdiccional sucesivo.

La subsanación puede obtener resultados eficaces si la ubicamos en los tramos iniciales del proceso.

La audiencia preliminar sería una modalidad por demás útil para alcanzar ese objetivo de precisar el contenido litigioso, depurándolo de lo inútil e innecesario.

(...)

En este tramo se ubica *el principio de saneamiento* o de expurgación, en cuya virtud, todas aquellas cuestiones susceptibles de impedir o entorpecer la marcha regular del proceso pueden ser evaluadas por el tribunal” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 1: 364-366).

El Código Procesal Civil regula lo concerniente al saneamiento del proceso, principalmente, en el Título V (“Saneamiento del proceso”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”), en los arts. 465, 466 y 467.

Al respecto, el artículo 465 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

“Tramitado el proceso conforme a esta SECCION [*Sección Cuarta (“Postulación del proceso”) del C.P.C.*] y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:

1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,
2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o,
3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo”.

2. FUNCION O FINALIDAD DEL DESPACHO SANEADOR O DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Ayarragaray sostiene que el despacho regulador del proceso o despacho saneador tiene tres propósitos: “... conocer las nulidades; apreciar la legitimidad de las partes y de su representación en juicio; juzgar las cuestiones previas o prejudiciales...” (AYARRAGARAY, 1959: 43).

Para Buzaid, la función del despacho saneador “... es de expurgar el proceso de vicios y defectos y resolver las cuestiones previas, a fin de permitir que el juez decida sobre el mérito de la causa...” (BUZOID, 1967: 139). Dicho autor agrega que “... la finalidad del proceso no es juzgar cuestiones sobre el proceso, sino componer el conflicto de intereses entre los litigantes, diciendo cuál de ellos tiene la razón. Desde este punto de vista, la denominación usada por el legislador parece adecuada para expresar la función del despacho, la cual consiste en *sanear*, más bien que en *ordenar*” (BUZOID, 1967: 139). Buzaid termina diciendo que “el instituto del despacho saneador tiene (...) la función de expurgar de vicios y defectos el proceso, verificar los presupuestos procesales y la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de la acción...” (BUZOID, 1967: 146).

En opinión de Vescovi, la audiencia preliminar “... tiene la función de sanear el proceso, resolviendo las excepciones procesales y examinando la existencia de los presupuestos procesales y posibles nulidades, a fin de evitar su planteo o examen tardío, en defensa del principio de celeridad. Dicho instituto (...) se combina con el intento de conciliación por parte del tribunal e inclusive la fijación del objeto del proceso (*thema decidendum*), para establecer los hechos que deben probarse o aquellos ya admitidos por las partes o que resulten inconducentes” (VESCOVI, 1999: 83).

Morales Molina estima que “la finalidad de la audiencia preliminar da una mayor flexibilidad, ubicada entre la fijación inicial del objeto de la demanda y la elucidación final de éste, ya que se permite en ella la modificación, simplificación o reducción del objeto, lo que entre nosotros se traduciría en la reforma y adición de la demanda, que comprendería también la ampliación del objeto, así como la de las personas de los litigantes, y la reducción de éstas. Además, sería una etapa simplificadora del proceso, al punto de poder prescindir de pruebas innecesarias, lo cual implica una nueva preclusión en cuanto a la iniciativa probatoria de las partes y a las consiguientes alegaciones determinadas por la reforma de la demanda, que lógicamente, trasciende en la de la defensa. Todo lo anterior, sin perjuicio de la purificación procesal, pues en ella se sanean los defectos procesales y se impide hasta donde es posible las nulidades causadas con anterioridad. (...) Por el aspecto probatorio, presenta la ventaja de que en la audiencia el juez y las partes, al precisar

definitivamente el objeto del proceso y, por ende, de determinar la cuestión de hecho materia de prueba, pueda el último prescindir de la práctica de la prueba innecesaria pedida por aquéllas o decretada de oficio, o decretar en esta forma las que se requiera en virtud de la precisión o modificación del objeto...” (MORALES MOLINA; citado por VELASQUEZ RESTREPO, 1990: 183-184).

3. OPORTUNIDAD PARA LA REALIZACION DEL DESPACHO SANEADOR O DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Briseño Sierra, en lo que concierne a la oportunidad del despacho saneador (o audiencia preliminar), expresa lo siguiente:

“Todas las cuestiones que a él atañen son preliminares a la asunción de la prueba sobre el mérito y por ende, se divide al proceso en dos fases, ocasión en que se inserta el *despacho saneador*, como un centinela apostado para permitir el ingreso a la segunda, solamente destinada a la instrucción y a la decisión de los procesos que están en condiciones. Es el último acto del primer momento procesal y se coloca entre la postulación y la instrucción, marcando el final del saneamiento que proceda como preparación al *judicium*. En sentido amplio, por consecuencia, es el acto que se destina a expurgar la instancia de defectos formales, es un juicio de admisibilidad, para que la causa llegue al momento del juicio debidamente ordenada y regulada.

(...)

(...) El *despacho* se dicta luego de practicarse el último acto de la fase postulatoria, que (...) es la contestación (o el transcurso inútil de su plazo) no sólo de la demanda, sino de la reconvención...” (BRISEÑO SIERRA, 1967: 149-150).

En relación a la oportunidad para el pronunciamiento judicial sobre el saneamiento del proceso, cabe señalar que se infiere de nuestro ordenamiento procesal lo siguiente:

- Tramitado el proceso conforme a la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”) del Código Procesal Civil, y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, se pronunciará acerca del saneamiento del proceso, para lo cual expedirá resolución declarando: 1. la existencia de una relación jurídica procesal válida; o 2. la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o 3. la concesión de un plazo, si los

defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental. En esta última hipótesis, subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida, y en caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido. La resolución que declara concluido el proceso (por invalidez de la relación jurídica procesal) o la que concede plazo para subsanar los defectos (en la relación jurídica procesal), es apelable con efecto suspensivo. Así lo determina el artículo 465 del Código Procesal Civil.

- Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451 del Código Procesal Civil (referidos a la decisión judicial sobre las excepciones y su impugnación y a los efectos de las excepciones). Ello lo dispone el artículo 449 del Código Procesal Civil.
- En los procesos de conocimiento, se cuenta con diez días como plazo máximo para subsanar los defectos advertidos en la relación jurídica procesal, conforme al artículo 465 del Código Procesal Civil (numeral a que se hizo referencia líneas arriba). Ello se desprende del artículo 478 -inc. 8)- del citado cuerpo de leyes.
- En los procesos abreviados, en aplicación del artículo 491 -inc. 8)- del Código Procesal Civil, el plazo máximo para la expedición del auto de saneamiento procesal es de diez días contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir.
- En los procesos sumarísimos, contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez fijará fecha para la audiencia de **saneamiento**, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerlo, bajo responsabilidad (art. 554 -penúltimo párrafo- del C.P.C.).
- En los procesos únicos de ejecución, 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 (reglas previstas en el art. 555 del

C.P.C.). Si no se formula contradicción, el Juez expedirá un auto sin más trámite, ordenando llevar adelante la ejecución. Así lo establece el artículo 690-E del Código Procesal Civil.

4. LA DECISION SANEADORA DEL PROCESO

Según Monroy Gálvez, “... la declaración de saneamiento del proceso constituye una nueva revisión que el juez hace a los aspectos formales de éste -ya lo hizo cuando recibió la demanda y antes de conceder su admisión-, a fin de permitir que su posterior desarrollo y avance, estos aspectos ya no retrasen ni obsten la decisión sobre el fondo...” (MONROY GALVEZ, 1993: 366).

Al respecto, Buzaid destaca que:

“... Considerado en cuanto a la *forma*, el despacho saneador *no es uno solo, ni es pronunciado en un único momento del proceso*. El puede escindirse en más de un pronunciamiento, los cuales, todos reunidos, forman su unidad jurídica (...).

(...) El despacho saneador *no es siempre y necesariamente un acto único*; su *unidad formal* se compone de distintos actos, emanados del Tribunal en momentos sucesivos, a fin de atender a la función para la cual fue creado” (BUZAID, 1967: 139-140).

Buzaid precisa que “... tal decisión (decisión saneadora o despacho saneador) debe ser clara y precisa, conteniendo *relación, fundamentos de hecho y de derecho* y dispositivo. La intención de la Ley fue la de exigir que en el despacho saneador apreciase el magistrado todas las cuestiones previas, no entrando en la fase siguiente de juicio definitivo de la causa sino después de verificar que no sólo concurren los presupuestos de constitución válida y regular del proceso, sino también los requisitos de admisibilidad de la acción...” (BUZAID, 1967: 140).

El Código Procesal Civil, sobre la materia, establece en su artículo 465 lo siguiente:

“Tramitado el proceso conforme a esta SECCION [*Sección Cuarta (“Postulación del proceso”)*] del C.P.C.] y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:

1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,
2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o,

3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo”.

5. EFECTOS DEL SANEAMIENTO DEL PROCESO

Conforme se desprende del artículo 466 del Código Procesal Civil, una vez firme (consentida o ejecutoriada) la resolución que declara la validez de la relación jurídica procesal, precluye toda posibilidad de cuestionar la validez de la indicada relación procesal, ya sea en forma directa o indirecta. Dicha preclusión opera también (según la indicada norma procesal) si, otorgado un plazo para que el interesado (accionante) subsane los defectos advertidos en la relación procesal, hubiera vencido tal plazo sin que el demandante cumpliera con subsanarlos. Al respecto, pensamos que lo dispuesto en el artículo 466 del Código adjetivo no significa que, en caso de declararse válida la relación jurídica procesal y haber un vicio en la misma de naturaleza tal que afecte el principio del debido proceso gravemente, deba el Juez pasarlo por alto. No. En este supuesto, deberá el magistrado declarar nulo lo actuado en uso de las facultades oficiosas que le concede el último párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil en relación a las nulidades insubsanables. Ejemplos de casos que darían lugar a la nulidad del proceso, no obstante haberse declarado negligentemente su saneamiento, lo constituyen la suplantación de un sujeto procesal en el juicio, la incapacidad absoluta de una de las partes, etc.

Fairén Guillén indica sobre el particular que:

“... No es posible, tras hacer semejante esfuerzo concentrador, admitir tardíamente, y sin más que la desidia -o incluso una oculta mala fe-, denuncias de vicios que hubieran podido hacerse -y ser corregidos- en la A.P. (audiencia preliminar) (...).

(...) Finalizada la A.P. (audiencia preliminar), no se podrá denunciar por las partes ningún vicio, de manera obstativa a la entrada en el fondo del asunto y a su resolución sobre el mismo; se les tendrá, si es posible, por subsanados de oficio; a menos que sean insubsanables en cuyo caso, se les tendrá en cuenta en la sentencia final.

De los vicios que se produjeran o fueran descubiertos después de la A.P. (audiencia preliminar), las partes los pondrán de manifiesto inmediatamente, por escrito; se les dará trámite juntamente con el fondo del asunto; y se resolverá sobre ellos en la sentencia final” (FAIREN GUILLEN, 1988: 76-77).

5.1 Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal

Según se colige de los artículos 465 y 467 del Código Procesal Civil, una vez firme (consentida o ejecutoriada) la resolución que declara la invalidez insubsanable de la relación jurídica procesal, o habiendo transcurrido el plazo concedido por el Juez (en la resolución que se pronuncia sobre el saneamiento del proceso) para que el actor subsane los defectos que invalidan dicha relación sin que éste haya cumplido con hacerlo, aquél procederá a declarar la conclusión del proceso (sin declaración sobre el fondo), condenando al accionante al pago de las costas y costos procesales, dado que a él correspondía la carga de establecer debidamente la relación jurídica procesal.

6. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL SANEAMIENTO DEL PROCESO

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al saneamiento del proceso, ha establecido lo siguiente:

- “... Uno de los mecanismos para establecer la validez de la relación jurídica procesal, verificando los presupuestos de forma y de fondo del proceso, es el saneamiento procesal...” (Casación Nro. 2389-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, págs. 9571-9572).
- “... El saneamiento procesal es un acto esencial para evitar que el proceso carezca de algún presupuesto procesal que lo invalide; o esté privado de alguna condición de la acción, que impida al Juez resolver sobre el fondo de la controversia...” (Casación Nro. 3203-2000 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2003, pág. 10390).
- “... A través del saneamiento el Juez vuelve a revisar la concurrencia de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción, a fin de que se emita una sentencia válida sobre el fondo del asunto...” (Casación Nro. 3071-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-02-2000, págs. 4655-4656).
- “... El saneamiento del proceso constituye una actividad razonada y decisoria del Juez, en donde éste debe pronunciarse sobre si tiene ante

sí un proceso existente, válido y útil; [...] la metodología de saneamiento integral y funcional que inspira a nuestro Código se resume en las siguientes fases sucesivas: **a)** análisis del proceso existente, en la que el Juez verifica si la relación jurídica procesal tiene los presupuestos necesarios para considerarse existente, como por ejemplo, si la persona que se desempeña como Juez tenga efectivamente jurisdicción; **b)** de los presupuestos procesales, en donde el Juzgador efectúa el examen de: la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda; **c)** de las condiciones del ejercicio válido de la acción, analizándose en esta fase la legitimidad y el interés para obrar de las partes; **d)** del debido proceso, en la que el Juez constata si en el decurso de la causa se han observado -hasta ese estado- las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, tal como por ejemplo el emplazamiento válido, el procedimiento prescrito por ley, etc.; y, **e)** la existencia de posibles nulidades subsanables o insubsanables, y que se establece atendiendo a los defectos, vicios u omisiones que se pueda haber incurrido en la constitución y desarrollo de la relación jurídica procesal...” (Casación Nro. 1288-05 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17454-17455).

- “... Son fines del saneamiento procesal: detectar preventivamente las nulidades y establecer una relación jurídica procesal válida, para de esta manera lograr que el proceso cumpla su principal finalidad: resolver el conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. El saneamiento persigue inmacular el proceso...” (Casación Nro. 4981-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, pág. 22423).
- “... La declaración de saneamiento del proceso constituye una nueva revisión que el Juez hace a los aspectos formales del proceso a fin de permitir que en su posterior desarrollo y avance, estos aspectos no retrasen ni obsten la decisión sobre el fondo del asunto...” (Casación Nro. 1789-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2008, págs. 21428-21429).
- “... Se evidencia que el Juez de la causa ha obviado emitir el correspondiente auto de saneamiento del proceso, [...] auto que constituye presupuesto indispensable para emitir un pronunciamiento de fondo que resuelva la litis. Por consiguiente, la omisión anotada constituye un vicio que anula la sentencia dictada por el A quo, y por ende, todo lo actuado con posterioridad...” (Casación Nro. 2324-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20762-20764).

- “... En el saneamiento procesal deben analizarse no sólo los presupuestos procesales sino también las condiciones de la acción, examinándose la presencia de causales de inadmisibilidad o improcedencia de la demanda...” (Casación Nro. 2157-2002 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, pág. 10117).
- “... Dentro del saneamiento procesal el Juzgador debe examinar su propia competencia...” (Casación Nro. 2108-03 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12727-12729).
- “... Tampoco es el saneamiento, la oportunidad procesal para pronunciarse sobre el derecho de la parte actora” (Casación Nro. 2028-97 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-1998, pág. 1723).
- “... Si bien toda demanda tiene como finalidad que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento con relación al fondo de la litis para declarar el derecho reclamado a favor del demandante o para denegar el mismo, debe de tomarse en cuenta que para ello es necesario que exista una relación jurídica procesal válida, ya que la no existencia de la misma impide que se efectúe dicho pronunciamiento...” (Casación Nro. 897-02 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, págs. 10074-10075).
- “... La declaración de conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación procesal es una de las facultades que otorga al (sic) norma procesal al Juzgador en la etapa de saneamiento del proceso...” (Casación Nro. 3071-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-02-2000, págs. 4655-4656).
- “... El saneamiento del proceso importa la facultad del juzgador de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haber verificado la concurrencia de las condiciones de la acción y de los presupuestos procesales; sin embargo, cabe acotar que nuestro ordenamiento jurídico procesal faculta al juzgador a que realice dicha labor en tres momentos diferentes: en la calificación de la demanda, en la etapa del saneamiento del proceso y, de manera excepcional, cuando se expide la correspondiente sentencia...” (Casación Nro. 2747-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-09-2008, pág. 23073).
- “... La validez de la relación jurídica procesal puede ser revisada en el auto admisorio, en la correspondiente audiencia o auto de saneamiento, y en la sentencia, como autoriza el artículo 121 del Código Procesal

Civil...” (Casación Nro. 2499-2008 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, pág. 23443).

- “... Nuestro ordenamiento procesal, en materia de verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la demanda, ha dispuesto tres momentos claramente diferenciados, los que constituyen filtros para que se presente una relación jurídico procesal válida. El primero de ellos se presenta en la calificación de la demanda, momento en que el juez debe verificar si se cumplen con las exigencias de ley para admitirla; el segundo momento se encuentra dado por la etapa de saneamiento, en el que ya sea por existir cuestionamientos de parte como por advertirlo de oficio, puede decretar la existencia de un defecto que invalida la relación procesal, con las consecuencias que decreta el artículo 465 del Código Procesal Civil; y, un tercer momento, que es en la emisión de la sentencia, en el cual, ya contando con los medios probatorios que han ofrecido las partes, advierte que existe un defecto que conlleva a la invalidez de la relación jurídico-procesal, el que podrá sancionar conforme lo permite el último párrafo del artículo 121 del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 5425-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23369-23370).
- “... La facultad saneadora del Juez se encuentra prevista en diversos estadios dentro de cada proceso, en los cuales las mismas partes o el Juez pueden poner en evidencia la falta de los requisitos o condiciones de la acción. [...] Que tales actos procesales se realizan normalmente en el saneamiento procesal pues en ella se resuelven las excepciones planteadas, de haberse propuesto, y/o se declara el saneamiento procesal; tal como lo establece el artículo cuatrocientos cuarentinueve del Código Procesal Civil, concordante con el numeral cuatrocientos sesenticinco de la misma norma, aplicables en cuanto al proceso de conocimiento; en el artículo cuatrocientos cuarentitrés [del C.P.C.] en cuanto al proceso abreviado; y, en el artículo quinientos cincuenticinco [del C.P.C.] respecto al proceso sumarísimo. [...] Que, además, la actividad saneadora del Juez no se limita a dicho acto procesal, sino que extraordinariamente puede ponerse de manifiesto incluso al emitirse la sentencia...” (Casación Nro. 1561-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7143-7144).
- “... Conforme lo dispone la parte final del artículo 121 del Código Procesal Civil, al momento de dictar sentencia el Juez puede pronunciarse excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal, supuesto normativo

que debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 466 del citado Código. Por ello, a pesar de estar el proceso saneado, sí resulta posible que el Juez pueda pronunciarse (de manera excepcional) sobre la validez de la relación procesal al momento de sentenciar, podría también hacerlo en un momento anterior, [...] procedimiento éste que se concilia con la función jurisdiccional del juzgador. [...] Que, sin embargo, una vez emitido un pronunciamiento respecto a la validez de la relación procesal en un momento posterior al saneamiento del proceso, ya no podría emitir otro pronunciamiento sobre el mismo extremo en un momento posterior, pues ello supondría pretender dejar sin efecto una resolución judicial que ya ha quedado consentida...” (Casación Nro. 4007-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, págs. 21752-21753).

- “... El inciso tercero del artículo cuatrocientos sesenticinco del Código Procesal Civil confiere al Juez la facultad de poder requerir a las partes a que subsanen los defectos a efectos de sanear el proceso, siendo en ese estadio que dispone que el demandante adecue su demanda, por lo que no se ha vulnerado el debido proceso de la recurrente...” (Casación Nro. 04-2001 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7359).
- “... Habiéndose declarado el saneamiento del proceso, ya precluyó cualquier alegación sobre la relación procesal entablada con la demanda y además, sobre cualquier vicio procesal que no trascienda sobre el fondo de la pretensión...” (Casación Nro. 4721-2007 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21519-21520).
- “... No habiéndose deducido en su momento la excepción respectiva y al haberse declarado saneado el proceso, ha precluido la oportunidad para cuestionar la validez de la relación procesal...” (Casación Nro. 2738-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, págs. 4995-4996).
- “... Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación judicial procesal válida, precluye toda petición referida directa o indirectamente, a la validez de la relación citada; (...) en consecuencia, la sentencia de vista no podía declarar nulo todo lo actuado e inadmisibles la demanda, cuando las partes habían convenido en que existía una relación procesal válida...” (Casación Nro. 166-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-10-1996, pág. 2349).
- “... La preclusión procesal que opera con el saneamiento, no puede ser removida por argumentos distintos [...] a los que han motivado la resolución

que declara infundadas las excepciones, sino que tiene que fundamentarse en forma especial, detectando la existencia de nulidad en ésta, para hacer aplicable la última parte del artículo ciento setentiséis del Código Procesal Civil [sobre declaración de oficio de las nulidades insubsanables], ya que de lo contrario, prevalece lo dispuesto en su numeral cuatrocientos sesentiséis [del C.P.C.]...” (Casación Nro. 2197-98 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7141).

- “... Después de declarado saneado el proceso, conforme a la doctrina procesal mayoritaria, ya no cabe la denuncia de un vicio que invalide la relación jurídica procesal, como lo sería el acto de notificación de la demanda...” (Casación Nro. 199-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-08-2000, pág. 5697).
- “... Siendo el saneamiento un acto procesal que fija las bases para que se establezca una relación jurídica procesal válida, el mismo dada su trascendencia no puede ser subsanado en los términos del artículo 172 del Código Procesal Civil, pues es aplicable el artículo IX del Título Preliminar del Código acotado que establece que las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario, que para el caso sub examen no existe...” (Casación Nro. 833-2004 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2005, pág. 14053).

7. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

Lo que concierne a la fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio es objeto de regulación legal en el artículo 468 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

- A. Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos.
- B. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos (esto último no significa otra cosa sino el *saneamiento probatorio*).
- C. Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se

prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

- D. Al prescindir de esta Audiencia (de pruebas) el Juez procederá al juzgamiento anticipado (del proceso), sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.

Los puntos controvertidos constituyen aquellas cuestiones afirmadas por los sujetos procesales y relevantes para la solución de la causa, respecto de las cuales no han coincidido las partes sino más bien existe discrepancia entre éstas.

Al respecto, Sentís Melendo refiere lo siguiente: “... En ningún momento, a lo largo del proceso, mientras no se llega a la etapa definitiva, puede ser la dirección del juez más eficaz que cuando se trata de establecer y fijar los verdaderos límites de la controversia. El proceso debe tener un momento preliminar o inicial en el cual se ha de determinar con fijeza lo que en él se controvierte; sin perjuicio de que posteriormente, a lo largo del *iter* que es el proceso, puede contemplarse alguna nueva reducción en esos límites. Parece absurdo (...) que se pueda discutir lo indiscutible, que se pueda convertir en hecho controvertido lo que después el juez reconocerá como hecho notorio, que se pueda alegar lo que en manera alguna se podrá probar, por carecerse de todo elemento probatorio...” (SENTIS MELENDO, 1964: 51).

El mencionado jurista precisa que con la fijación de los términos de la controversia “... no se quiere que una parte acepte hechos afirmados por la otra, si es que ella afirma otros distintos y contrarios; se quiere, sencillamente, que una pequeña diferencia de palabras o que una negativa genérica, no origine un desmesurado dispendio probatorio; que no se gasten energías en probar lo que, con un simple cambio de ideas, se verá que no es materia controvertida; que las litis se reduzcan a sus naturales límites...” (SENTIS MELENDO, 1964: 55).

Por su parte, Zepeda, en cuanto a la fijación del debate o de las cuestiones litigiosas, anota lo siguiente: “... Ya en orden al conocimiento mismo, para que el juez se ilustre sobre la materia respecto de la cual habrá de producirse el debate que dirigirá; para que pueda resolver sobre la pertinencia y relevancia de las pruebas que se ofrezcan y, consecuentemente, las admita o las deseche, según proceda; y para que, finalmente, pueda pronunciarse en justicia sobre los méritos de la causa, es necesario (...) que se precisen los hechos debatidos, que se delimiten las cuestiones litigiosas, que se determinen de modo claro y concreto las pretensiones deducidas, vale decir, que se fije la litis” (ZEPEDA, 1986: 186).

Además de fijar el Juez los puntos controvertidos, y según se colige del artículo 468 del Código Procesal Civil, resolverá lo concerniente a la admisión o rechazo

de los medios de prueba ofrecidos por las partes (lo que implica el *saneamiento probatorio*), si los hubieran (pues, puede tratarse de una causa de puro derecho, en la que no hay necesidad de ofrecer y actuar ningún medio probatorio, o estarse en el caso de que, pese a ser la cuestión debatida de hecho, no existe necesidad de actuar medio de prueba alguno, como cuando la declaración de rebeldía del demandado causa presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda). Sobre esto último, cabe señalar que en la resolución que admite la demanda o su contestación o cualquier otro escrito en el que se aporte medios de prueba, éstos simplemente se tienen por ofrecidos, lo que no implica su calificación (en la que se determinará la pertinencia o impertinencia y la procedencia o improcedencia de los medios probatorios ofrecidos, declarándose así su admisibilidad o inadmisibilidad), la misma que tendrá lugar cuando se fijen los puntos controvertidos, pues es en este estado del proceso que se produce (conjuntamente) el saneamiento probatorio (mediante el cual, insistimos, el Juez declara la admisión o rechazo de los medios de prueba suministrados por las partes).

7.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con la fijación de puntos controvertidos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la fijación de puntos controvertidos, ha establecido lo siguiente:

- “... Los puntos controvertidos son aquellos que resultan de los hechos expuestos por las partes y guardan relación necesariamente con lo que es materia del proceso, esto es, con el petitorio de la demanda...” (Casación Nro. 3057-2007 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-09-2008, págs. 23099-23100).
- “... Son puntos controvertidos las contradicciones a las pretensiones fijadas por el demandante, en el petitorio de la demanda; por consiguiente, no puede haber punto controvertido si éste no ha sido demandado expresamente por el actor y no ha sido fijado en el petitorio de la demanda...” (Casación Nro. 3052-2003 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs. 14180-14181).
- “... Los puntos controvertidos son los que van a ser materia de prueba [...], resultando una situación diferente la pretensión demandada, que es la consecuencia o efecto jurídico que se pretende luego de haberse acreditado los puntos controvertidos que son materia de prueba...” (Casación Nro. 395-2007 / El Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20392-20393).

- “... La fijación de los puntos controvertidos es aquella etapa procesal en la que [...] deben incluirse todas las controversias surgidas entre las partes sobre los hechos relevantes para la solución de la litis...” (Casación Nro. 1732-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, págs. 19816-19817).
- “... Los puntos controvertidos son utilizados por los magistrados como los lineamientos sobre los cuales deberá pronunciarse en la sentencia que resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses...” (Casación Nro. 1470-02 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9950).
- “... La fijación de los puntos controvertidos no son sino lineamientos que el juzgador debe reparar, para cuando [sic -léase para que cuando-] tenga que valorar los medios probatorios, ajuste su decisión a éstos...” (Casación Nro. 2114-2004 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16276-16277).
- “... La estación procesal en la que se fijan los puntos controvertidos busca establecer los extremos de la demanda y la contestación que van a ser necesariamente objeto de pronunciamiento por el juez de la causa, sean éstos fácticos o de derecho, derivados de los hechos que motivaron la litis o de la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto, por lo que resulta erróneo sostener que cuando se fijan los puntos controvertidos aquellos corresponden únicamente a los que serán materia de probanza...” (Casación Nro. 838-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19222-19224).
- “... La fijación de puntos controvertidos [...] no constituye la exposición de las pretensiones de las partes en el proceso; por el contrario [...] la fijación de los puntos controvertidos [...] consiste en la enumeración de los puntos sobre los cuales existe discrepancia, o no existe acuerdo entre las partes; precisión que resulta fundamental en el proceso a efectos del desarrollo de la actividad probatoria...” (Casación Nro. 2642-2006 / Madre de Dios, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, pág. 19662).
- “... La fijación del punto controvertido no es, procesalmente, un condicionante absoluto e inmodificable de la litis, sino una línea directriz que permita a los magistrados no desvincularse del tema central de la controversia...” (Casación Nro. 2460-2006 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20308-20310).

- “... La fijación de un punto controvertido no impide ni limita al juzgador pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda y contestación no considerados, siendo su único límite el previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes...” (Casación Nro. 838-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19222-19224).
- “... Si bien este Tribunal Supremo ha establecido [...] que la fijación de puntos controvertidos no impide al Juzgador pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda y la contestación, que no fueron considerados en los puntos controvertidos, ello no quiere decir que el razonamiento explicado en aquel proceso deba aplicarse en abstracto a la generalidad de los casos que son sometidos al control casatorio. Por el contrario, en aplicación del deber de motivación de las resoluciones judiciales [...] y a efecto de resguardar la congruencia procesal, el Juzgador necesariamente deberá exponer las razones por las que emite pronunciamiento respecto de un extremo de la demanda, o de la contestación, que no ha sido considerado como punto controvertido en la etapa correspondiente...” (Casación Nro. 2428-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19611-19613).
- “... La fijación de puntos controvertidos no determina la litis, sino la pretensión y la oposición a ésta, por ello, aún cuando no se haya fijado [...] el Juez debe limitarse a resolver la defensa de las partes...” (Casación Nro. 1466-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17897-17898).
- “... Las instancias de mérito no han resuelto los puntos fijados como controvertidos [...], incurriendo en la causal de nulidad prevista y sancionada por el artículo 122[,] segundo párrafo, del Código adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 1803-2006 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, pág. 18620).
- “... La ley procesal faculta al Juez, pronunciarse sobre la relación procesal, ya sea en el auto de calificación de la demanda, con el auto de saneamiento, o en la misma sentencia, por lo que mal puede alegarse que por haberse fijado los puntos controvertidos, el Juez se encuentre obligado a pronunciarse sobre el fondo de la litis...” (Casación Nro. 2793-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, pág. 17804).

CAPITULO XXXIV

POSTULACION DEL PROCESO: JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

1. JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

Lo relativo al juzgamiento anticipado del proceso se halla contemplado en el Capítulo I (“Juzgamiento anticipado del proceso”) del Título VII (“Juzgamiento anticipado del proceso”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”) del Código Procesal Civil, en el artículo 473, numeral que prescribe lo siguiente:

“El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral cuando:

1. Cuando advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,
2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad”.

La expedición de la sentencia tiene lugar, por lo general, luego de concluidas las fases procesales correspondientes (postulatoria y probatoria), sin embargo, como se ha podido apreciar del artículo 473 del Código Procesal Civil, existen ciertos casos en que la emisión del fallo respectivo puede acontecer antes de lo previsto. Así tenemos que, según se desprende de dicho precepto legal, el juzgamiento anticipado del proceso se configura en los siguientes supuestos:

- A) Configuración del juzgamiento anticipado del proceso cuando, al fijarse los puntos controvertidos, el Juez se da cuenta que se está ante una causa de puro derecho (cual es aquella en que sólo es necesario determinar judicialmente el derecho aplicable a la cuestión litigiosa, coincidiendo, por lo general, los

justiciables en los hechos invocados), por lo que no cabe otro trámite más (salvo el informe oral) que la expedición de la sentencia.

Sobre el particular, Alsina apunta lo siguiente:

“... Se dice que la cuestión es de *hecho* cuando las partes no están de acuerdo sobre los alegados en la demanda; *mixta* cuando no solamente se discuten los hechos sino también el derecho invocado; de puro derecho cuando hay conformidad sobre los hechos y sólo se discute el derecho.

Pero esta clasificación no es exacta, porque cuando se discuten los hechos también se niega implícitamente el derecho, con lo cual las situaciones podrían reducirse a dos: cuestiones de hecho y de puro derecho...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 215).

Alsina precisa que las cuestiones de hecho “... se producen tanto cuando el demandado niega el hecho y el derecho (...), como cuando el demandado niega solamente el hecho, pues con ello va implícito el desconocimiento del derecho. No es necesario que se nieguen todos los hechos, basta que algunos de ellos hayan sido controvertidos, pero siempre que se trate de hechos fundamentales, es decir, de los que originan, transforman o extinguen un derecho, con lo cual quedan excluidos los accesorios o accidentales” (ALSINA, 1961, Tomo III: 218-219). Dicho tratadista agrega que “... si el demandado reconoce el hecho constitutivo afirmado por el actor, pero niega que exista una norma jurídica que le ampare o que la norma invocada tenga la extensión que aquél le atribuye, se dice que la cuestión es de puro derecho...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 216). Alsina pone de manifiesto que, tratándose de cuestiones de puro derecho, “... el juez no tiene que preocuparse de la justificación de los hechos, pero ello no impedirá que pueda hacer uso de la facultad que le confiere (...) la ley (...), mandando practicar, para mejor proveer, cualquier diligencia de prueba...” (ALSINA, 1961, Tomo III: 216-217).

Enrique Falcón distingue entre causa de hecho, causa de derecho y causa mixta de este modo:

“Una causa es mixta cuando la discusión versa sobre cuestiones de hecho y de derecho. En la causa de hecho, los mismos son fundamento de la norma aplicable a través de la pretensión argüida. En la causa mixta, además de los hechos controvertidos, existen puntos de derecho que dan lugar a más de una interpretación, o puntos de derecho sobre los que se requiere una declaración formal en un sentido determinado y que es necesario fundarlos.

Una causa es de puro derecho cuando lo que se controvierte no son los hechos, que se tienen por válidos por ambas partes del proceso, sino de derecho, esto es, la aplicabilidad de una norma jurídica general o particular, legislativa o contractual y donde se quiere determinar el alcance, modalidad, orientación o explicitación, esto es, que se requiere su interpretación en un determinado sentido.

Así, mientras en la causa de hecho la exposición de los mismos adquiere relevancia fundamental y la referencia al derecho consiste en su sola mención normativa, en la causa de puro derecho los hechos ya se encuentran fijados y es el derecho el que está en duda; mientras que en la causa mixta ambas relaciones son objeto de controversia” (FALCON, 1993: 67-68).

- B)** Configuración del juzgamiento anticipado del proceso cuando, al fijarse los puntos controvertidos, el Juez se da cuenta que no es necesario actuar ningún medio probatorio en la audiencia de pruebas (o en la audiencia que concentra o en la que se desarrolla ésta, tratándose de los procesos sumarísimos y de los procesos únicos de ejecución). Tal hipótesis se produce no en caso de no aportarse prueba alguna (lo cual es imposible, pues, tanto el demandante como el demandado deben ofrecer los medios probatorios que acrediten sus aseveraciones, so pena de declararse infundada la demanda o su contestación), sino en caso de suministrarse prueba documental respecto de la cual no es necesario el reconocimiento (por haber sido aceptada su autenticidad por la contraparte o por no haber ésta planteado ninguna tacha). Al respecto, cabe indicar que el artículo 468 del Código Procesal Civil (concordante con el art. 473 -inciso 1)- del C.P.C.), en su parte final, establece: *a)* que sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas; *b)* que la decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia (de pruebas) o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida; y *c)* que al prescindir de esta Audiencia (de pruebas) el Juez procederá al juzgamiento anticipado (del proceso), sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.
- C)** Configuración del juzgamiento anticipado del proceso cuando ha quedado firme (consentida o ejecutoriada) la resolución que declara saneado el proceso (vale decir, la existencia de una relación jurídica procesal válida), en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad (lo cual resulta concordante con lo dispuesto en el art. 460 del C.P.C., según el cual, declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso y, si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo las excepciones previstas en el art. 461 del C.P.C.). Al respecto, cabe

señalar que la rebeldía es aquel estado provocado por la no comparecencia -dentro del plazo para contestar la demanda- del demandado al proceso civil promovido por el accionante, y su declaración por el Juez causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, a no ser que (conforme se desprende del art. 461 del C.P.C.): 1. habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; 2. la pretensión se sustente en un derecho indisponible; 3. requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; y 4. el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción (los hechos expuestos en la demanda).

1.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con el juzgamiento anticipado del proceso

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al juzgamiento anticipado del proceso, ha establecido lo siguiente:

- “... 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, ésta carece de objeto, por lo que conforme a lo dispuesto en el Artículo cuatrocientos setentitrés inciso primero del mismo Código, no habiendo necesidad de actuar medio probatorio alguno, el Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia, sin admitir otro trámite [salvo el informe oral, según el texto modificado y vigente del art. 473 del C.P.C.]” (Casación Nro. 225-98 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-1999, pág. 2338).
- “... El hecho de prescindir de la realización de la Audiencia de Pruebas constituye una facultad del Juez previsto [sic -léase prevista-] en el artículo cuatrocientos setentitrés del Código Procesal Civil [sobre juzgamiento anticipado del proceso]; más aún cuando han sido aportados al proceso únicamente pruebas documentales...” (Casación Nro. 1302-2003 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, pág. 11650).
- “... Al haber sido declarada rebelde la [...] demandada, el A-quo al amparo del artículo cuatrocientos sesenta del Código Procesal Civil dispuso el juzgamiento anticipado del proceso, lo que implica que no sea necesaria la fijación de puntos controvertidos, ni la admisión y actuación de medios probatorios...” (Casación Nro. 4296-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8781).

- “... Conforme al artículo cuatrocientos sesentiuono del Código adjetivo [C.P.C.], la declaración de rebeldía causa, entre otros, presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda; [...] si el juez opta por expedir resolución declarando la presunción legal relativa [sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda] y dispone el juzgamiento anticipado del proceso, aplicando el inciso segundo del artículo cuatrocientos setentitrés del Código Procesal Civil, al momento de pronunciar sentencia, no puede ignorar ni prescindir de su anterior resolución, de tal manera que si después de analizado el proceso para emitir sentencia obtiene una conclusión distinta a la presunción establecida, necesariamente debe referirse a ella...” (Casación Nro. 3062-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, págs. 10713-10714).
- “... Después de expedida una resolución declarando la presunción legal relativa de los hechos expuestos en la demanda, en la sentencia se ha desestimado la demanda, entre otras razones, porque no se han probado sus preces, lo que resulta un contrasentido, pues el Juzgado con el juzgamiento anticipado prescindió de las audiencias correspondientes a las pruebas y no permitió al demandado actuar las que ofreció, lo que evidentemente viola su derecho a un debido proceso” (Casación Nro. 1868-98 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-07-1999, págs. 3093-3094).

2. CONCLUSION ANTICIPADA DEL PROCESO

Micheli, acerca de la extinción (conclusión) anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo, hace estas afirmaciones:

- “El proceso se extingue en cuanto haya alcanzado su punto final que normalmente está constituido por el pronunciamiento de una providencia de fondo, por la cual el juez dispone en cuanto a la tutela jurídica pedida. Pero el proceso se puede extinguir también si se verifica un hecho que impida al proceso proseguir, con la consecuencia de que todo el proceso caiga en la nada, comenzando por la demanda introductiva (...), sin llegar a una sentencia de fondo, o que, de todas maneras, defina el juicio...” (MICHELI, 1970, Volumen II: 240).
- “... (La extinción del proceso sin sentencia de fondo) no perjudica de por sí la posibilidad de que el sujeto en el futuro inicie un nuevo proceso -ante el mismo o ante otro juez- para hacer valer la misma pretensión (...) y por otra parte la extinción no afecta el derecho hecho valer en juicio y

puesto como base de la pretensión misma...” (MICHELI, 1970, Volumen II: 241).

- “... El proceso, en cuanto ha tenido una existencia propia no carece de efectos sobre el derecho sustancial con él hecho valer en juicio, a través del perfil unilateral de la pretensión formulada como base de la demanda, pero el mismo no es perjudicado por el hecho de que el proceso ha tenido lugar sin llegar a una sentencia de fondo. Así, si se extingue el proceso, se verificará la decadencia que se había impedido por la proposición de la demanda...” (MICHELI, 1970, Volumen II: 241).
- “... Las pruebas recogidas en el proceso extinguido no pierden totalmente su eficacia, ya que las mismas tienen un relieve, en cuanto a actos procesales, como llevadas a cabo en una serie concreta de actos; (...) tales pruebas pueden ser valoradas por el futuro eventual juez, ante el cual se presenta la misma demanda entre las mismas partes, como argumentos de prueba (...) sin necesidad de una formal asunción en el nuevo proceso. La eficacia de las pruebas recogidas en el proceso extinguido, cualquiera que fuese dicha eficacia en este último (...) se reduce, pues, en el nuevo proceso a la de un comportamiento idóneo para formar la convicción del juez, siempre que exista una presunción que permita a dicho juez remontarse al hecho a probar partiendo del hecho conocido que, en la hipótesis en examen, es la prueba recogida en el proceso extinguido...” (MICHELI, 1970, Volumen II: 241-242).

Lo concerniente a la conclusión anticipada del proceso se encuentra regulado en el Capítulo II (“Conclusión anticipada del proceso”) del Título VII (“Juzgamiento anticipado del proceso”) de la Sección Cuarta (“Postulación del proceso”) del Código Procesal Civil, en el artículo 474.

El proceso termina ordinariamente con la sentencia, sin embargo, puede concluir anticipadamente en determinados casos contemplados en el artículo 474 del Código Procesal Civil. Así tenemos que, en aplicación del indicado numeral, la **conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo** acontece: 1. cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional; 2. cuando por disposición legal el conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable; 3. cuando se declara el abandono del proceso; 4. cuando queda consentida la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa sin que el demandante haya cumplido con sanear la relación jurídica procesal dentro del plazo concedido conforme al artículo 451 del Código Procesal Civil (que versa sobre los efectos de las excepciones), en los casos que así corresponda; 5. cuando el Juez declara la caducidad del derecho (invocado por el actor, se entiende); 6. cuando el demandante se desiste del

proceso o de la pretensión; 7. cuando sobreviene consolidación en los derechos de los litigantes (vale decir, cuando se confunden o se reúnen en la persona del demandado las calidades de acreedor y deudor); y 8. en los demás casos previstos en las disposiciones legales (por ejemplo, cuando el auto que califica la demanda la declara inadmisibile o improcedente, cuando ambas partes inasisten a la audiencia de pruebas, etc.). En cambio, en aplicación del artículo 474 del Código Procesal Civil, la **conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo** se produce en los siguientes casos: 1. cuando las partes concilian; 2. cuando las partes transigen; y 3. cuando el demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión.

2.1 Casos de conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo

En los subpuntos siguientes veremos los casos de conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo.

2.1.1 Hipótesis de sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 321 -inc. 1)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional.

“La sustracción de la materia no es otra cosa que un medio anormal de extinción del proceso, constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes, no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión deducida” (PEYRANO; citado en DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, 2003, Nro. 53: 319).

“La sustracción de la pretensión en el ámbito jurisdiccional supone que dicha pretensión no puede dilucidarse en la vía judicial por corresponder una distinta. Es decir, el tema de la controversia no podrá ser sometido ante ningún juez, dado que la prohibición no es respecto a éste como órgano singular de la administración de justicia, sino frente a todo el organismo judicial” (DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, 2003, Nro. 53: 319).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la hipótesis de conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo consistente en la sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional, ha establecido lo siguiente:

- “... De conformidad con el artículo trescientos veintiuno inciso primero del Código Procesal Civil: ‘Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando: Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional’; [...] se

entiende por sustracción de la materia a una situación de hecho derivada de la naturaleza de las cosas, en virtud del cual el proceso de pronto carece de un elemento esencial lo cual produce que carezca de objeto que el Órgano Jurisdiccional emita pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida; [...] ésta [sic] sustracción de la materia puede darse por diversos motivos, presentándose uno de ellos cuando lo que se peticiona judicialmente a la parte demandada es satisfecha [sic -léase es satisfecho-] de modo completo antes de que se dicte sentencia firme en el proceso; no teniendo así el Poder Judicial nada que ordenar al demandado que cumpla, puesto que éste ya lo ha cumplido...” (Casación Nro. 1580-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19599-19600).

- “... De acuerdo al artículo 321 inciso 1 del Código Procesal Civil, concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional, esto es, cuando la materia que involucra a las partes deja de ser litigiosa por alguna razón ajena al proceso y a ellas mismas, por lo tanto la transacción extrajudicial en referencia no encaja bajo esta figura procesal...” (Casación Nro. 3284-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, pág. 23177).
- “... La recurrente al señalar expresamente en el contrato de compraventa (...) que se desiste del reclamo judicial o extrajudicial, iniciado (...) o por iniciarse, respecto a cualquier tipo de merced conductiva, lo que se ha producido en sí es la sustracción del objeto litigioso del ámbito jurisdiccional en virtud de la renuncia del derecho a reclamar la suma puesto (sic) a cobro plasmado en un contrato elevado a escritura pública que en virtud del Artículo mil trescientos sesentiuno es obligatorio y responde a la voluntad común de las partes” (Casación Nro. 1653-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-11-1998, págs. 2048-2049).
- “... La Junta General de Accionistas (...) no puede tener el efecto de sustraer la pretensión del ámbito jurisdiccional que establece el Artículo trescientos veintiuno inciso primero del Código Procesal Civil, al haber ejercitado su contradicción sin que se allane ni reconozca el derecho solicitado (convocatoria -a través de proceso no contencioso- de Junta General de Accionistas)...” (Casación Nro. 1323-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-2000, pág. 6260).
- “... La impugnada al no resolver un pedido (de conclusión del proceso por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional) que la Ley procesal contempla, presentado oportunamente, ha afectado el derecho de defensa

y el principio de igualdad de las partes en el proceso” (Casación Nro. 1180-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-11-1999, pág. 4184).

2.1.2 Hipótesis del conflicto de intereses que deja de ser un caso justiciable por disposición legal

De acuerdo a lo normado en los artículos 321 -inc. 2)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo cuando por disposición legal el conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable.

“Este supuesto también corresponde a un caso de sustracción de la materia, pero debido esta vez a la extinción del objeto de litis por la regulación que a este tema da una disposición legal” (DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA, 2003, Nro. 53: 320).

Al respecto, Gelsi Bidart señala que “a veces la ley dispone la conclusión del proceso, clausurando toda una categoría de los mismos; verbigracia: las leyes ‘de emergencia’ de desalojos, suelen clausurar los procesos de desalojo pendientes que no se ajustan a determinados requisitos. Se pone simplemente fin al proceso, se impone su conclusión por acto de autoridad superior a la que rige en el proceso (tribunal) (GELSI BIDART, 1975: 493).

Sobre el particular, Carrión Lugo anota lo siguiente: “... Puede darse el caso en que los organismos gubernamentales autorizados emitan una disposición legal, por razones sociales o de emergencia, por ejemplo, mediante la cual establezcan la prohibición del desalojo por determinadas causales señaladas en el Código Civil. En este supuesto no estamos en la situación en que una pretensión procesal nunca hubiera estado tutelada por el derecho, sino en el caso en que estando la pretensión procesal tutelada por el derecho, mediante una disposición legal deja de ser un asunto que pueda someterse al conocimiento y decisión de los órganos jurisdiccionales o si habiendo sido sometida deja de ser justiciable...” (CARRION LUGO, 1994, Tomo I: 387).

2.1.3 Hipótesis de la declaración de abandono del proceso

Con arreglo a lo previsto en los artículos 321 -inc. 3)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin pronunciamiento alguno sobre el fondo cuando se declara el abandono del proceso.

El abandono es aquel instituto procesal que provoca la culminación de la instancia (y, por ende, del proceso) sin declaración sobre el fondo en razón de

la inactividad procesal de ambas partes y no de una sola (o también en caso de actividad inidónea para impulsar el proceso), no imputable a causas insuperables o ajenas a ellas y que tiene lugar durante un determinado lapso de tiempo prefijado normativamente (cuatro meses: art. 346 del C.P.C.). El abandono es un modo excepcional o alternativo -en relación a la sentencia- de conclusión de la litis, regulado en el Capítulo V (“Abandono”) del Título XI (“Formas especiales de conclusión del proceso”) de la Sección Tercera (“Actividad procesal”) del Código Procesal Civil, en los arts. 346 al 354.

2.1.4 Hipótesis del incumplimiento del saneamiento de la relación jurídica procesal en caso de excepción o defensa previa amparada

Conforme se desprende de los artículos 321 -inc. 4)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo cuando queda consentida la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa sin que el demandante haya cumplido con sanear la relación procesal dentro del plazo concedido conforme al artículo 451 del Código Procesal Civil (numeral referido a los efectos de las excepciones), en los casos que así corresponda.

Concluye, pues, anticipadamente el proceso sin declaración sobre el fondo cuando queda firme la resolución que ampara alguna de las siguientes excepciones: de incompetencia (salvo que se trate de la excepción de incompetencia territorial relativa, en cuyo caso se remiten los actuados al Juez competente que corresponda, quien continuará con el trámite del proceso en el estado en que éste se encuentre: art. 451 -inc. 6)- del C.P.C.), representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral. También concluye anticipadamente el proceso sin declaración sobre el fondo cuando, habiéndose declarado fundada alguna de las demás excepciones procesales previstas por el ordenamiento jurídico (cuales son las de incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y falta de legitimidad para obrar del demandado), el demandante no cumpliera con sanear la relación procesal dentro del plazo concedido por el Juez para tal efecto, conforme lo establecen los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 451 del Código Procesal Civil. Finalmente, concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando, habiendo quedado firme la resolución que declara fundada una defensa previa, el actor no cumple con realizar, dentro del plazo fijado por el Juez, el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción o, también, cuando se ampara una defensa previa por haberse

ejercido el derecho de acción antes de tiempo (antes de vencido el plazo para exigir la obligación, por ejemplo).

2.1.5 Hipótesis de la caducidad del derecho

Según se infiere de los artículos 321 -inc. 5)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo cuando el Juez declara la caducidad del derecho.

La caducidad o decadencia del derecho “... en su significado jurídico, es una sanción que hace perder o impide nacer un derecho, o, la decadencia o pérdida de un derecho porque no se ejercita dentro del plazo establecido por la ley la acción necesaria para su preservación” (VIDAL RAMIREZ, 1996: 184).

Al respecto, conviene tener presente lo dispuesto en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil, que integran el Título II (“Caducidad”) del Libro VIII (“Prescripción y caducidad”) del citado Código sustantivo.

2.1.6 Hipótesis del desistimiento del proceso o de la pretensión

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 321 -inc. 6)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo cuando el demandante se desiste del proceso o de la pretensión.

El desistimiento del proceso es aquel acto jurídico procesal a través del cual el demandante manifiesta expresamente su voluntad de apartarse del proceso (quedando incólume su pretensión), terminando de este modo la relación jurídica procesal (siempre que reúna dicho acto los requisitos de ley y sea declarado eficaz por el Juez, y, además, que no haya de por medio reconvencción formulada por el demandado). En cambio, el desistimiento de la pretensión constituye una manifestación expresa de voluntad (sujeta a las formalidades de ley) dirigida no sólo a apartarse del proceso sino también a abdicar de la pretensión del proponente, por ende, además de poner término a la relación procesal, afecta la cuestión de fondo (enmarcada en la pretensión del actor), la misma que, una vez renunciada y aprobada por el Juez, no puede ser objeto de debate en otro juicio.

El Código Procesal Civil considera al desistimiento (del proceso y de la pretensión) como una forma especial -en relación a la sentencia- de conclusión del proceso, regulándolo en el Capítulo IV (“Desistimiento”) del Título XI (“Formas especiales de conclusión del proceso”) de su Sección Tercera (“Actividad procesal”), en los arts. 340 al 345.

2.1.7 Hipótesis de la consolidación en los derechos de los litigantes

De acuerdo a lo normado en los artículos 321 -inc. 7)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo cuando sobreviene consolidación en los derechos de los litigantes.

La consolidación en este caso supone que, en el curso del proceso, se reúnen en la persona del demandado las calidades de acreedor y deudor respecto del demandante, dando lugar así a la extinción de la obligación que se reclama, pues resultaría inconcebible que se siga exigiendo al demandado el pago de algo a lo que éste tiene derecho a cobrar. La consolidación está prevista en el Título VI (“Consolidación”) de la Sección Segunda (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”) del Código Civil, en los arts. 1300 y 1301.

2.1.8 Otras hipótesis previstas legalmente

Según se colige de los artículos 321 -inc. 8)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo en los demás casos previstos en las disposiciones legales, como, por ejemplo, cuando queda firme la resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda (arts. 426 -último párrafo- y 427 -penúltimo párrafo- del C.P.C., respectivamente), cuando el Juez declara concluido el proceso por inasistencia de ambas partes a la audiencia de pruebas (art. 203 -in fine- del C.P.C.), etc.

2.2 Casos de conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo

En los subpuntos siguientes veremos los casos de conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo.

2.2.1 Hipótesis de la conciliación de las partes

Con arreglo a lo previsto en los artículos 322 -inc. 2)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo cuando las partes concilian.

La conciliación judicial es el acto de concertación o avenencia entre las partes desarrollado ante el Juez (quien debe aprobarla) y por el cual aquéllas llegan a un acuerdo sobre la materia debatida judicialmente, extinguiendo de ese modo toda controversia sobre el particular y, por ende, el proceso mismo (siempre que se esté ante derechos disponibles). Constituye una forma especial -en relación a la sentencia- de conclusión del proceso que adquiere la calidad de cosa juzgada, o sea, es inmutable e irrevisable su contenido. La conciliación judicial puede presentarse también cuando, habiendo proceso abierto o en trámite

y las partes concilian fuera de éste (ante un Centro de Conciliación Extrajudicial), el Juez *aprueba* la respectiva acta de conciliación y declara concluido el proceso (art. 327 del C.P.C.).

La conciliación judicial se encuentra regulada en el Capítulo I (“Conciliación”) del Título XI (“Formas especiales de conclusión del proceso”) de la Sección Tercera (“Actividad procesal”) del Código Procesal Civil.

2.2.2 Hipótesis de la transacción entre las partes

Conforme se desprende de los artículos 322 -inc. 4)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo cuando las partes transigen.

La transacción (judicial y extrajudicial) está normada, en principio, en el Título VII de la Sección Segunda (“Efectos de las Obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”) del Código Civil, en los arts. 1302 al 1312.

La transacción también es regulada en el Código Procesal Civil, en el Capítulo III (“Transacción judicial”) del Título XI (“Formas especiales de conclusión del proceso”) de la Sección Tercera (“Actividad procesal”), en los arts. 334 al 339.

2.2.3 Hipótesis de la renuncia del derecho que sustenta la pretensión del demandante

Según se infiere de los artículos 322 -inc. 5)- y 474 del Código Procesal Civil, se produce la conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo cuando el demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión.

Al respecto, Carrión Lugo anota lo siguiente:

“... En este caso el Código Procesal Civil no es claro, pues no señala cuándo estamos frente al desistimiento de la pretensión procesal y cuándo frente a la renuncia al derecho que sustenta la pretensión procesal. En la práctica suele confundirse desistimiento y renuncia. Teóricamente se entiende que la renuncia afecta el derecho en cuanto se quisiera hacer valer en un proceso, todavía dentro del ámbito del derecho material o sustantivo, en tanto que el desistimiento de la pretensión afecta el derecho material hecho valer dentro de un proceso y que está pendiente de decisión. Puede un litigante desistirse de la pretensión procesal, sin expresar que renuncia al derecho pretendido; cumplidos los requisitos para su procedencia, el Juez simplemente lo aprobará, sin que ello importe un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Si el actor presenta un escrito expresando que renuncia al derecho que ha invocado como

sustento de su pretensión, en observancia de la norma en comentario (art. 322 -inc. 5)- del C.P.C.), el Juez tendrá que examinar los alcances de la renuncia y, para aprobarla, deberá entender que lo expresado por el demandante importa un pronunciamiento unilateral sobre el fondo del conflicto de intereses. Confesamos que sobre esta norma (art. 322 -inc. 5)- del C.P.C.) no encontramos un supuesto que explique su sentido y que nos haga distinguir cuándo estamos realmente frente a un desistimiento de la pretensión procesal y cuándo frente a la renuncia del derecho que sustenta la pretensión” (CARRION LUGO, 1994, Tomo I: 392-393).

CAPITULO XXXV

PROCESO DE CONOCIMIENTO

1. CONFIGURACION DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO

En principio, cabe señalar que los procesos contenciosos (entre los que se encuentra el proceso de conocimiento) se caracterizan porque existe oposición entre las pretensiones de los titulares activo y pasivo de la relación jurídica procesal, esto es, hay un conflicto de intereses.

Ahora bien, el proceso de conocimiento, strictu sensu, llamado ordinario en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, es el proceso modelo por excelencia, pues su tramitación es de aplicación extensiva a todas aquellas controversias que carezcan de un trámite específico; incluso las reglas del proceso de conocimiento se aplican supletoriamente a los demás procesos. Esta clase de proceso se distingue por la amplitud de los plazos de las respectivas actuaciones procesales en relación con otros tipos de proceso. Además, la naturaleza de las pretensiones que en él se pueden ventilar -complejas y de gran estimación patrimonial- refleja su importancia dentro del contexto jurídico.

2. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Conforme se infiere del artículo 475 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, los procesos de conocimiento se tramitan ante los Jueces Civiles.

En lo que atañe a la competencia territorial, habrá que estar a lo dispuesto en las normas generales de competencia previstas en el Capítulo I (“Disposiciones generales”) del Título II (“Competencia”) de la Sección Primera (“Jurisdicción, acción y competencia”) del Código Procesal Civil.

3. ASUNTOS CONTENCIOSOS TRAMITADOS EN VIA DE PROCESO DE CONOCIMIENTO

Conforme lo dispone el artículo 475 del Código Procesal Civil, se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles:

- Los asuntos contenciosos que no tengan una vía procedimental (propia), no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su tramitación en la referida vía procedimental (art. 475 -inc. 1)- del C.P.C.).
- Los asuntos contenciosos cuya estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal (art. 475 -inc. 2)- del C.P.C.).
- Los asuntos contenciosos que son inapreciables en dinero (extrapatrimoniales) o en los que hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible la procedencia de la vía procedimental en mención (art. 475 -inc. 3)- del C.P.C.).
- Los asuntos contenciosos en los que el demandante considere (lógica y jurídicamente) que la cuestión debatida sólo fuese de derecho (art. 475 -inc. 4)- del C.P.C.).
- Los asuntos contenciosos que la ley señale (art. 475 -inc. 5)- del C.P.C.).

Entre los asuntos contenciosos cuyo trámite como proceso de conocimiento es previsto de modo expreso por la ley tenemos los siguientes:

- Separación de cuerpos o divorcio por causal (arts. 480 al 485 del C.P.C.).
- Nulidad o anulación de actos o contratos celebrados por los administradores de las fundaciones (art. 104 -inc. 9)- del C.C.).
- Desaprobación de cuentas o balances y responsabilidad por incumplimiento de deberes de los administradores de las fundaciones (art. 106 del C.C.).
- Desaprobación de cuentas en caso de liquidación de comité (art. 122 del C.C.).
- Ineficacia de actos onerosos (art. 200 del C.C.).
- Invalidez del matrimonio (art. 281 del C.C.).

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

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los asuntos contenciosos tramitados en vía de proceso de conocimiento, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo 475 inciso 1 del Código Procesal Civil [...] permite al Juez de la causa tramitar en vía de conocimiento aquellos asuntos contenciosos que no tengan una tramitación propia, ello cuando el Juez considere atendible tal tramitación de acuerdo a la complejidad de la materia controvertida, permitiendo en consecuencia el propio Código Formal que en circunstancias determinadas pueda tramitarse en la vía de conocimiento ciertas pretensiones siempre que el Juez considere atendible su empleo...” (Casación Nro. 519-2008 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, pág. 22838).
- “... Señalando la ley una vía procedimental propia, no es procedente recurrir al proceso de conocimiento, como establece el Artículo cuatrocientos setenticinco inciso primero del Código Procesal Civil, y aún (sic) en esa hipótesis, de que se pueda recurrir a otra vía, no se modifica la naturaleza de la acción interpuesta...” (Casación Nro. 228-95 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-05-1998, págs. 1023-1024).

3.1 Fijación judicial de la vía de proceso de conocimiento

Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Jueces Civiles, entre otros, los asuntos contenciosos que -copulativamente- no tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, que por su naturaleza o complejidad el Juez considere atendible su tramitación en la referida vía procedimental; y, también, los asuntos contenciosos que son inapreciables en dinero o respecto de los cuales hay duda sobre su monto (cuantía), siempre que el Juez considere atendible la procedencia de la indicada vía procedimental. En estos casos, la fijación del proceso de conocimiento por el Juez, a través de la

correspondiente resolución que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución a la vía procedimental propuesta por el actor, no puede ser impugnada por ninguna de las partes. Tal resolución, dicho sea de paso, tiene que fundamentarse en forma adecuada y se emite sin necesidad de citar previamente a la parte demandada. Ello se infiere del artículo 477 del Código Procesal Civil.

4. PLAZOS MAXIMOS APLICABLES AL PROCESO DE CONOCIMIENTO

El proceso de conocimiento se caracteriza por ser aquel que tiene los plazos más amplios (en relación con las demás clases de procesos) para la realización de los diferentes actos procesales. Así tenemos que, según se desprende del artículo 478 del Código Procesal Civil, los plazos máximos aplicables al proceso de conocimiento son los siguientes:

- A) Cinco días para interponer tachas (contra los testigos, documentos y medios de prueba atípicos) u oposiciones (a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial o a un medio de prueba atípico) a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.
- B) Cinco días para absolver las tachas u oposiciones, contados desde la notificación de la resolución que admite dichas cuestiones probatorias.
- C) Diez días para interponer excepciones (de incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral: art. 446 del C.P.C.) o defensas previas (como las de beneficio de inventario, beneficio de excusión, beneficio de división, beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho, etc.), contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención.
- D) Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas, contados desde la fecha en que se produce dicho traslado.
- E) Treinta días para contestar la demanda y reconvenir, contados desde la fecha en que se notifica la demanda (debe destacarse que la reconvención se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).

- F) Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación de la demanda o de la reconvencción se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, según el caso, conforme al artículo 440 del Código Procesal Civil. El plazo en cuestión se computará a partir de la notificación de la contestación de la demanda (que puede contener, además, la reconvencción: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).
- G) Treinta días para absolver el traslado de la reconvencción, contados precisamente desde la fecha en que acontece dicho traslado (lo cual se producirá con la notificación de la contestación de la demanda que, reiteramos, puede contener, además, la reconvencción: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).
- H) Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación jurídica procesal (contados desde la notificación de la resolución que concede un plazo para subsanar los defectos de que adolece dicha relación), conforme al artículo 465 del Código Procesal Civil, numeral este último que establece al respecto lo siguiente: A. tramitado el proceso conforme a la Sección Cuarta del Código Procesal Civil (“Postulación del proceso”) y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución concediendo un plazo (subsancatorio), si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental; y B. subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida, en caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.
- I) Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas.
- J) Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización, si fuera el caso, de las audiencias especial (dispuesta para: la actuación de la inspección judicial, cuando las circunstancias lo justifiquen: art. 208 -antepenúltimo párrafo- del C.P.C.; la fundamentación del dictamen pericial por los peritos en atención a la complejidad del caso: art. 265 -in fine- del C.P.C.; la fundamentación del dictamen pericial, en caso de falta de presentación del mismo, presentación extemporánea o incomparecencia de los peritos a la audiencia de pruebas: art. 270 del C.P.C.; etc.) y complementaria (dispuesta: por el Juez sustituto, en caso de haberse producido la promoción o el cese en el cargo del Juez que dirigió la audiencia de pruebas: art. 50 -in fine- del C.P.C.; por el Juez del proceso, en caso de haberse realizado la audiencia de pruebas antes de la integración del litisconsorte necesario a la relación jurídica procesal,

siempre que éste haya ofrecido medios probatorios: art. 96 del C.P.C.; etc.).

- K) Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al artículo 211 del Código Procesal Civil, según el cual, antes de dar por concluida la audiencia (de pruebas), el Juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará.
- L) Diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 del Código Procesal Civil, conforme al cual: A. la apelación contra las sentencias se interpone dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación; B. concedida apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición distinta del Código Procesal Civil, siendo tal actividad de responsabilidad del auxiliar jurisdiccional; C. en los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días; D. al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de lo que se conferirá traslado al apelante por diez días; E. con la absolución de la otra parte o del apelante si hubo adhesión, el proceso queda expedito para ser resuelto, con la declaración del Juez superior en tal sentido, señalando día y hora para la vista de la causa; y F. el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

5. PLAZO ESPECIAL DEL EMPLAZAMIENTO EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Antes que nada, debe tenerse presente que el plazo para contestar la demanda en el proceso de conocimiento es de 30 días (art. 478 -inc. 5)- del C.P.C.).

Ahora bien, se colige de los artículos 435 -tercer párrafo- y 479 del Código Procesal Civil que los plazos máximos de emplazamiento en el proceso de conocimiento serán de:

- Sesenta días, si el demandado se halla en el país.
- Noventa días, si el demandado estuviese fuera del país o se trata de persona indeterminada o incierta.

Debe tenerse en cuenta, además, que si la demanda se dirigiera contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los artículos 165 al 168 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal. Así lo establece el artículo 435 del indicado cuerpo de leyes.

6. PROCESO DE SEPARACION DE CUERPOS POR CAUSAL

6.1 Configuración

La separación de cuerpos también es denominada en la doctrina y en la legislación comparada:

- Separación judicial.
- Separación personal.
- Divorcio limitado.
- Divorcio imperfecto.
- Divorcio relativo.
- Divorcio no vincular.

A decir de Bonnecase, “... *se designa por separación de cuerpos el derecho reconocido a los dos esposos, por sentencia judicial, para no hacer vida en común.* En otros términos, el matrimonio no es disuelto; sencillamente cada uno de los esposos tiene derecho de vivir separado del otro...” (BONNECASE, 2003: 255).

Para Carbonnier, “la separación corporal consiste en una relajación del vínculo matrimonial merced a una resolución judicial que dispensa a los cónyuges del deber de convivencia...” (CARBONNIER, 1961, Tomo I, Volumen II: 217). Carbonnier precisa que “... la separación carece del carácter definitivo y radical propio del divorcio, por cuanto que el vínculo perdura, y *puede terminar -a voluntad de los cónyuges-* bien por el regreso a la situación precedente (*reconciliación*) bien en razón del tránsito al divorcio (*conversión*)...” (CARBONNIER, 1961, Tomo I, Volumen II: 218).

El Código Civil regula la separación de cuerpos en el Capítulo Primero (“Separación de cuerpos”) del Título IV (“Decaimiento y disolución del vínculo”) de la Sección Segunda (“Sociedad conyugal”) del Libro III (“Derecho de Familia”), en los arts. 332 al 347. Precisamente, el artículo 332 del citado cuerpo de leyes prescribe que la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

La separación de cuerpos debe ser declarada judicialmente, constituyendo así un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso de conocimiento si se funda en las causales señaladas en los incisos 1) al 12) del artículo 333 del Código Civil (art. 480 -primer párrafo- del C.P.C.). La separación de cuerpos se halla normada,

además, en el Subcapítulo 1 (“Separación de cuerpos o divorcio por causal”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título I (“Proceso de conocimiento”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 480 al 485.

6.2 Causales de la separación de cuerpos

El proceso de conocimiento de separación de cuerpos puede promoverse en base a las causales señaladas en los incisos 1) al 12) del artículo 333 del Código Civil (art. 480 -primer párrafo- del C.P.C.), que citamos a continuación:

1. El adulterio (art. 333 -inc. 1)- del C.C.).
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias (art. 333 -inc. 2)- del C.C.).
3. El atentado contra la vida del cónyuge (art. 333 -inc. 3)- del C.C.).
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común, la misma que deberá ser apreciada por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges (arts. 333 -inc. 4)- y 337 del C.C.).
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo (art. 333 -inc. 5)- del C.C.).
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (art. 333 -inc. 6)- del C.C.).
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía (art. 333 -inc. 7)- del C.C.).
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (art. 333 -inc. 8)- del C.C.).
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio (art. 333 -inc. 9)- del C.C.).
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio (art. 333 -inc. 10)- del C.C.).
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (art. 333 -inc. 11)- del C.C.).

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, siendo el plazo de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, debiéndose destacar que en tales casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil, según el cual ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda (de separación de cuerpos) en hecho propio (art. 333 -inc. 12)- del C.C.).

En los puntos que siguen estudiaremos con detalle cada una de las causales aludidas precedentemente. Advertimos que toda referencia doctrinaria a tales causales como de divorcio vale para la separación de cuerpos, y viceversa, pues, conforme se desprende de los artículos 333 y 349 del Código Civil, son de aplicación las mismas causales tanto para la separación de cuerpos como para el divorcio.

6.2.1 Adulterio

A juicio de Bossert y Zannoni, “... se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge. Se trata, por ello, de una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad recíproco que se deben los esposos” (BOSSERT; y ZANNONI, 1989: 276).

Suárez Franco considera que son elementos constitutivos del adulterio:

- “a) La cópula carnal con persona distinta del otro cónyuge, lo cual implica un elemento objetivo y, subjetivamente, un dolo eventual, porque el adúltero, presumiblemente, tiene conciencia de la falta que cometió.
- b) El ánimo deliberado de ejecutar el acto, o sea el elemento intencional y voluntario. De este modo, no hay adulterio si ha existido fuerza, es decir, si se ha obligado a la persona a cometerlo.

Tampoco lo hay si ha habido violación, o se ha realizado el coito en estado hipnótico o por un enfermo mental o privado de la razón. La conducta consistente en hacer público concubinato ha de considerarse como constitutiva de causa de adulterio (...), aun cuando no se pruebe concretamente que hubo cópula carnal” (SUAREZ FRANCO, 2001, Tomo I: 193).

De acuerdo a lo normado en el artículo 333 -inciso 1)- del Código Civil, el adulterio constituye causal de separación de cuerpos.

Al respecto, el artículo 336 del Código Civil establece:

- Que no puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó.

- Que la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en el adulterio, ha establecido lo siguiente:

- “... La causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpatória, consistente en la violación deliberada del deber de fidelidad por el hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal sólo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; [...] se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causal se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la pérdida al derecho de heredar, la pérdida de los gananciales, entre otros...” (Casación Nro. 5079-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22841-22842).
- “... La causal de adulterio [...] se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objetivo, se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte, de ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que produzca la disolución del vínculo matrimonial...” (Casación Nro. 2090-01 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8570-8571).
- “... El adulterio no es causal de divorcio con efectos permanentes sino de constitución inmediata, por lo que si se denuncian hechos adulterinos posteriores a los que se reclaman y se reputan extinguidos por caducidad, por perdón o por consentimiento, es posible admitir la configuración de la violación del deber de fidelidad, pues éste se recupera como deber fundamental de las relaciones conyugales tan pronto se haya extinguido la causal anterior por caducidad...” (Casación Nro. 1744-00 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7161-7162).
- “... Para poder determinar si hubo caducidad o no de la causal de adulterio prevista en el artículo 339 del Código Civil es preciso determinar la fecha en que el cónyuge ofendido tomó conocimiento del adulterio y si la acción se ha interpuesto dentro de los seis meses o en todo caso a los cinco años de haberse producido esta causal, lo que no ha sido establecido en autos, por lo que se comete un grave error en la sentencia de vista al preferir aplicar el plazo mayor de cinco años sin haber establecido la fecha en que se produjo la causal de adulterio, incurriendo con ello en error ‘in procedendo’ por contravención al artículo 339 del Código Civil,

como producto de una errónea apreciación de la prueba...” (Casación Nro. 1647-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2002, pág. 9133).

- “... El divorcio por la causal de adulterio a que se refiere el artículo trescientos treintitrés inciso primero del Código Civil [...], procede cuando uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con un tercero, requiriéndose que se acredite la existencia de cópula sexual...” (Casación Nro. 550-2004 / Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, págs. 14713-14714).
- “... El cónyuge ofendido debe acreditar esta causal [adulterio] con medios de prueba idóneos que revistan gravedad y se refieran a hechos concretos...” (Casación Nro. 1647-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2002, pág. 9133).
- “... La violencia que indica la recurrente no es motivación ni justifica el adulterio considerado acreditado por las instancias de fallo...” (Casación Nro. 2437-2004 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-2005, pág. 14673).

6.2.2 Violencia física o psicológica

La causal (de separación de cuerpos y divorcio) de violencia física y psicológica es conocida en la doctrina y la legislación comparada como sevicia y malos tratamientos.

Por su parte, Borda asevera que “... la sevicia consiste en los malos tratamientos realizados con *crueledad y espíritu de hacer sufrir*. Se requieren, pues, dos elementos: uno físico, los malos tratos; otro psicológico, la intención despiadada de hacer daño” (BORDA, 1984: 226).

Alterini precisa que “... en la sevicia hay un elemento intencional determinante: el propósito de hacer sufrir (advírtase que en las injurias... el propósito es ofender). Además, un elemento material: los malos tratamientos. Diríamos, pues, que la sevicia importa malos tratamientos con el propósito de hacer sufrir, ejecutados con crueldad; por ello mismo es frecuente que los hechos atribuidos al cónyuge como sevicia sean calificados por el juez como malos tratamientos, por la dificultad de escudriñar el elemento intencional de su autor” (ALTERINI, 1981: 588).

En lo que atañe a los malos tratamientos, Alterini nos informa que “... importan agresiones físicas que deben diferenciarse de las sevicias por la carencia del ánimo específico de hacer sufrir...” (ALTERINI, 1981: 589).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 -inciso 2)- del Código Civil, la violencia física o psicológica constituye causal de separación de cuerpos.

Dicha causal consiste, pues, en los maltratos físicos o ataques en el estado anímico que sufre uno de los cónyuges (generalmente la mujer) por parte del otro. Tratándose de la violencia física, debe producirse daño en la integridad física o corpórea del cónyuge afectado, no exigiéndose un determinado grado de maltrato o agresión, pues el inciso 2) del artículo 333 del Código Civil establece que el juez apreciará tanto la violencia física como la psicológica según las circunstancias. Se deja así al criterio judicial la valoración de ambas formas de violencia. La violencia psicológica consiste en el trato cruel, ofensivo, despótico, humillante, con el cual un cónyuge pretende martirizar, faltar el respeto, menospreciar, ofender y causar temor al otro cónyuge, quien de esta manera se ve afectado seriamente en su estado psíquico o anímico.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en la violencia física o psicológica, ha establecido lo siguiente:

- “... La violencia física que contempla el inciso segundo del Artículo trescientos treintitrés el (sic -léase del-) Código Sustantivo, se entiende como el trato reiterado, excesivamente cruel de uno de los cónyuges hacia el otro, quien dejándose arrastrar por brutales inclinaciones ultraja de hecho a su consorte y salva así los límites del recíproco respeto que ambos se deben...” (Casación Nro. 1992-T-96 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-03-1998, págs. 551-552).
- “... La causal de violencia física se configura con un acto intencional, de fuerza de un cónyuge sobre el otro, que le cause daño objetivamente constatable y que determine la imposibilidad de la vida en común que obliga el matrimonio” (Casación Nro. 2241-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-10-1998, págs. 1941-1942).
- “... La causal de sevicia o violencia física se funda en el incumplimiento de uno de los deberes conyugales como es el deber de asistencia, que tiene sustento ético-moral y en la falta de respeto a la integridad física del otro cónyuge cuyo sufrimiento no sólo hace mortificante la vida en común, sino que altera gravemente las relaciones familiares...” (Casación Nro. 112-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8111-8112).
- “... A diferencia de lo que sucede con la causal de divorcio por la condena por delito doloso establecida en el inciso décimo del artículo trescientos

treintitrés del Código Civil, en la que se requiere necesariamente la existencia de una sentencia condenatoria, en la causal de sevicia o violencia física no se requiere esta exigencia, pues el Juez Civil tiene la facultad de apreciar si el hecho denunciado califica como sevicia, no obstante que no hubiera seguido la acción civil o penal correspondiente...” (Casación Nro. 112-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8111-8112).

- “... Para que dicha causal (violencia física) se configure, no requiere, como propone el recurrente, una pluralidad de agresiones...” (Casación Nro. 675-98 / Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-11-1998, págs. 2069-2070).
- “... Resulta erróneo requerir la reiterancia y gravedad para acreditar la existencia de la causal aludida [violencia psicológica]...” (Casación Nro. 3174-01 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8360-8361).

6.2.3 Atentado contra la vida del cónyuge

Tal como lo señala el artículo 333 -inciso 3)- del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos el atentado contra la vida del cónyuge (denominada en la doctrina y la legislación comparada como causal de tentativa contra la vida del otro cónyuge).

Belluscio anota sobre el particular que “... esta causal supone la intención de provocar la muerte del cónyuge; por consiguiente, no se configura si se trata de un delito culposo ni tampoco si sólo hay intención de herir” (BELLUSCIO, 1981, Tomo I: 402).

En opinión de Borda:

“... El atentado contra la vida del cónyuge supone la *intención* de provocar su muerte; con toda lógica, la ley no distingue entre el autor principal y el cómplice: en ambos casos procede el divorcio. Pero no si se trata de un delito simplemente culposo, aunque de él hubiera derivado un peligro de muerte; tal, por ejemplo, un accidente automovilístico.

Si por las características del arma empleada o por otras circunstancias que rodearon el hecho queda de manifiesto que no hubo intención de matar, sino simplemente de herir, producir lesiones, desfiguraciones de rostro, etc., no procede declarar el divorcio por esta causal. Lo cual no significa, sin embargo, que haya de rechazarse la demanda, pues esos hechos configuran malos tratamientos o injurias graves” (BORDA, 1984: 225).

En relación a la causal de atentado contra la vida del cónyuge, Bossert y Zannoni formulan estas observaciones:

“Como la calificación de la tentativa por el juez del divorcio no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos del divorcio. Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio (o de separación personal).

En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de la causal que estudiamos, sin perjuicio de que los hechos configuren injurias graves.

Nos parece preferible esta segunda posición, ya que aun cuando los actos preparatorios no sean punibles según el derecho penal, nada obsta a que constituyan injurias graves, y, en su caso, sea causal de divorcio (o separación personal)” (BOSSERT; y ZANNONI, 1989: 277).

6.2.4 Injuria grave que haga insoportable la vida en común

Ripert y Boulanger enseñan que “... la expresión *injuria* (...) comprende todas las palabras, actos y hechos contrarios a las obligaciones del matrimonio y a la dignidad de la vida conyugal” (RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I: 360).

En opinión de Puig Peña, debe comprenderse dentro de la causal de injuria grave “... los ultrajes proferidos por medio de la palabra (*verbis*), de la escritura (*litteris*) o de actos (*rebus et factis*) que uno de los cónyuges haga al otro, sin causa que lo justifique y con la suficiente gravedad para sentirse realmente ofendido; gravedad que debería ser apreciada por los Tribunales en mérito de las circunstancias antecedentes o concomitantes, pues no es lo mismo una palabra injuriosa dirigida en el calor de una contienda conyugal, que la proferida fríamente y con el malsano propósito de provocar un estado de rebajamiento moral...” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 510).

Azpiri, en lo atinente a la causal de injuria grave, formula estas observaciones:

“Es todo comportamiento que constituya una violación grave o reiterada de los deberes derivados del matrimonio y que hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común (...).

Al aludir a que se trata de un comportamiento, se destaca que el acto realizado debe ser voluntario, es decir, realizado con discernimiento, intención y libertad (...).

No se exige que tal acto haya sido realizado con la intención de ofender al otro esposo; lo relevante del caso es que el otro pueda resultar ofendido. La falta de aseo o la extrema parquedad en la comunicación por parte de uno de los esposos pueden ser conductas no destinadas a injuriar al otro, pero es posible entender que el otro cónyuge se sienta ofendido por esas faltas de respeto.

Los hechos a analizar deben constituir una violación grave, o no tan grave pero reiterada, de alguno de los deberes matrimoniales (...). También es posible contemplar dentro de esta causal comportamientos de por sí no tan graves, pero que por su reiteración hagan insoportable la convivencia matrimonial (...). En suma, la gravedad de la conducta puede surgir de un solo hecho o de la reiteración de comportamientos desdorosos para el otro esposo. Estas conductas deben encuadrar dentro de la violación de un deber matrimonial -de uno cualquiera, por lo menos, aunque cobra en este aspecto especial significación el deber matrimonial de respeto mutuo entre los esposos (...)-.

(...)

(...) Tales comportamientos tendrán relevancia jurídica cuando adquieran tal trascendencia que hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común, pues, de lo contrario, constituirán conductas propias de la personalidad de los cónyuges, sin consecuencias legales. Esta fórmula abierta no permite establecer parámetros fijos acerca de las conductas que harán intolerable la convivencia, por lo que para cada caso concreto habrá que analizar las circunstancias personales de los esposos a fin de considerar si la violación del deber matrimonial ha hecho insoportable la vida en común” (AZPIRI, 2000: 247-248).

Valencia Zea, en cuanto a la causal que acapara nuestra atención, manifiesta lo siguiente:

“... Los ultrajes son las injurias que un cónyuge hace al otro y pueden ser de palabra o de hecho. En general, todo ultraje o injuria que un cónyuge ocasiona al otro implica violación de los deberes mutuos de respeto y afecto (...).

Dentro de un concepto general de ultraje o injuria, se comprenden casos como los siguientes:

- a) Todos los actos de infidelidad que no alcanzan a constituir una relación sexual extramatrimonial (...).
- b) Toda ofensa al honor u honra de uno de los cónyuges o de sus más próximos parientes (padres), especialmente la atribución de delitos no cometidos y que implican una profunda falta de respeto y consideración.
- c) (...) La enfermedad venérea padecida por el marido, y la conducta desarreglada de este.
- d) (...) La vigilancia infundada de uno de los cónyuges por el otro, las denuncias infundadas, el revelar intimidades de la vida conyugal, el trato sexual desconsiderado.

(...)

(...) Las injurias o ataques de palabra o por escrito (...) han de revestir tal gravedad que (...) deben de hacer imposible la paz y el sosiego domésticos” (VALENCIA ZEA, 1978, Tomo V: 210-213).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 333 -inciso 4)- del Código Civil, la injuria grave que haga insoportable la vida en común es una causal de separación de cuerpos.

Al respecto, según se desprende del artículo 337 del Código Civil, la injuria grave será apreciada por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en la injuria grave que haga insoportable la vida en común, ha establecido lo siguiente:

- “... La injuria debe entenderse como toda ofensa grave dirigida a afectar el honor del otro cónyuge; lo que quiere decir que no se trata de cualquier ofensa sino que ésta debe ser de tal magnitud que haga imposible la vida en común, y si los cónyuges se hallan separados, ésta dificulte o imposibilite que se vuelvan a unir...” (Casación Nro. 01-99 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).
- “... Constituye injuria grave el ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro, y para apreciar si el ultraje justifica

la drástica medida de la separación es menester que el Juzgador tome en cuenta la educación, costumbres y conducta de ambos cónyuges, tal como lo previene el Artículo trescientos treintisiete del Código Sustantivo...” (Casación Nro. 1285-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-11-1998, págs. 2094-2095).

- “... La injuria debe entenderse como toda ofensa grave dirigida a afectar el honor del otro cónyuge, lo que quiere decir que no se trata de cualquier ofensa sino que ésta debe ser de tal magnitud que haga imposible la vida en común, y si los cónyuges se hallan separados ésta dificulte o imposibilite que se vuelvan a unir, no siendo necesaria la reiterancia de la injuria...” (Casación Nro. 2562-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17926-17927).
- “... La injuria grave tiene dos elementos, uno objetivo que está dado por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que está tipificado por la intención deliberada de ofender al otro cónyuge” (Casación Nro. 01-99 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).
- “... La injuria grave tiene dos elementos, uno objetivo que se manifiesta por la exteriorización de la ofensa y otro subjetivo que se tipifica por la intención deliberada de ofender al otro cónyuge. De acuerdo a la doctrina moderna el ‘animus injuriandi’ exige conciencia de que el acto es ultrajante para el honor del cónyuges agraviado. La injuria en materia de divorcio no supone necesariamente la intención de dañar, pues la imputabilidad puede derivar del dolo o de la culpa; no es necesario que el acto se ejecute a sabiendas y con intención de dañar, sino, basta que lo sea voluntariamente, es decir, con discernimiento y libertad, lo que es suficiente para responsabilizar de las consecuencias de los actos ilícitos a su autor...” (Casación Nro. 2562-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17926-17927).
- “... Las injurias graves por su intensidad y trascendencia hacen imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia, la pluralidad de la ofensa no es requisito esencial, un solo hecho de particular gravedad puede ser suficiente para motivar el divorcio...” (Casación Nro. 2239-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9913-9915).
- “... Las injurias graves para que se configuren como causal de divorcio no requieren de reiterancia, en principio porque el código no lo exige y además porque para afectar gravemente el honor de una persona no se

requiere que exista (sic) ofensas sucesivas...” (Casación Nro. 01-99 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).

- “... Para determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, lo que debe establecerse es cuál es a juicio de la demandante -y no del juzgador- el hecho que ultraja sus sentimientos y su dignidad (injuria grave), pues se trata de una calificación eminentemente subjetiva y de orden moral que -a diferencia de la sevicia- no deja huella objetiva y que sólo puede ser calificada por el cónyuge agraviado” (Casación Nro. 1232-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, págs. 4324-4326).
- “... La configuración de la causal en mención (injuria grave) también se presenta en el caso de que los cónyuges se hallen separados, ya que en este supuesto la gravedad de las ofensas estará dada por la dificultad o imposibilidad que éstas crean para que se produzca la reconciliación entre los cónyuges” (Casación Nro. 01-99 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-1999, pág. 3386).
- “... Tampoco es cierto que el artículo doscientos ochentinueve del precitado Código [C.C.] establezca que la negativa a hacer vida en común constituya injuria grave, lo que implica más bien una tergiversación del recurrente...” (Casación Nro. 3242-2000 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7229).
- “... El artículo veinticuatro del Código sustantivo [C.C.] prescribe el derecho de la mujer casada a llevar el apellido del marido agregado al suyo, por consiguiente, el no hacer uso de esta facultad no configura la causal de divorcio invocada [injuria grave]...” (Casación Nro. 3242-2000 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7229).

6.2.5 Abandono injustificado de la casa conyugal por el plazo de ley

La causal (de separación de cuerpos y divorcio) de abandono injustificado de la casa conyugal por el plazo de ley es también conocida en la doctrina y la legislación comparada como causal de abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal.

Pavón advierte que “... para que esta causa pueda servir de base al divorcio (...) debe ser por parte del cónyuge que lo hace, el resultado de una determinación reflexiva y, al mismo tiempo con maldad, o sea con intención de no cumplir las

obligaciones que la ley le impone, en virtud del matrimonio, hacia el otro cónyuge y los hijos. Por consiguiente, no basta que se aleje del hogar conyugal, desde que esta ausencia puede derivar de las necesidades de negocios, cumplimiento de obligaciones que le impone una función pública o privada, busca de medios de subsistencia, cuestiones pasajeras entre ambos cónyuges, fuerza mayor u otra infinita variedad de circunstancias que son ajenas a la causa que tratamos y cuya apreciación depende del Tribunal, en presencia de los casos particulares” (PAVON, 1946, Tomo II: 111).

A decir de Belluscio:

“... Se entiende por abandono la supresión de la vida en común -sea mediante el alejamiento de un cónyuge, la expulsión del otro del hogar, o el hecho de no permitirle la entrada- con sustracción a los deberes y cargas resultantes del matrimonio, en especial el deber de cohabitar.

El simple hecho material del alejamiento, ausencia o separación no basta para constituir el abandono (...): se requiere además (...) el factor moral de la imputabilidad que la ley califica en este caso de voluntariedad y malicia en la acción.

En primer lugar, la ley requiere que el abandono sea voluntario (...); abandono supone en sí una acción voluntaria, pues de lo contrario no sería tal sino mera separación o dejación del hogar. La voluntariedad no es, pues, la calificación del abandono sino un requisito necesario para configurarlo. Este requisito consiste en la falta de razón alguna que lo justifique; hay abandono voluntario, pues, cuando no ha sido determinado por causas atendibles y ajenas a la voluntad del que lo comete. Por el contrario, no hay abandono voluntario cuando existe causal (...) atribuible al otro cónyuge, cuando lo realiza el cónyuge demente, o cuando el alejamiento se debe a causas razonables, como motivos de trabajo, salud, persecución política, enrolamiento militar para defender la patria, etc.

El abandono es malicioso cuando se realiza con el deliberado propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes conyugales. Este requisito cubre al de voluntariedad, pues no se concibe malicia sin voluntariedad” (BELLUSCIO, 1981: 414-415).

Borda califica al abandono voluntario y malicioso del hogar como “... el alejamiento de uno de los cónyuges, *con ánimo de sustraerse a las obligaciones que nacen del matrimonio, en particular las de cohabitación y asistencia*” (BORDA, 1984: 229). Dicho jurista señala, además, que:

“... Para que el abandono pueda considerarse voluntario y malicioso es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) *El propósito de sustraerse a los deberes conyugales de cohabitación y asistencia.* Esta es la nota característica esencial del abandono, que permite calificarlo de *malicioso*. En el marido, será particularmente importante que al alejarse haya dejado de contribuir a los gastos del hogar; pero el hecho de que continuara contribuyendo no basta para excluir el carácter malicioso del abandono, pues las obligaciones maritales no se limitan al sostenimiento económico del hogar y el alejamiento supone violar del deber de cohabitación (...).
- b) *El abandono del hogar hace presumir su carácter voluntario y malicioso;* el cónyuge que pretenda que su alejamiento obedece a razones legítimas debe probarlo...” (BORDA, 1984: 229).

Borda termina diciendo que el alejamiento del hogar no es motivo de divorcio (o de separación de cuerpos) en estos casos:

- “a) *Que exista una causal de divorcio atribuible al otro cónyuge.* Cuando, en efecto, se demuestra que éste ha sido culpable de la separación por haber incurrido en alguno de los hechos que la autorizan, no es justo exigir al inocente que continúe en el hogar común durante el período tan penoso del juicio (...).
- b) *Que el alejamiento obedezca a motivos razonables,* aunque no se trate, como en el caso anterior, de causales de divorcio imputables al otro cónyuge. Tal sería, por ejemplo, que razones de trabajo hubieran impuesto una separación o que uno de los esposos buscara reposo para su salud quebrantada, máxime si el clima del hogar no es pacífico, o que el marido se hubiera inscripto voluntariamente bajo bandera para defender su patria en un conflicto bélico o que el alejamiento del marido se deba a hostilidad que le mostraban los parientes de su mujer en cuya casa vivía. Tampoco podrá reputarse voluntario el abandono del hogar hecho por un demente, aunque no haya sido declarado tal.
- c) Tampoco podrá alegarse abandono si el alejamiento se ha producido a raíz de una separación de hecho, realizada de común acuerdo...” (BORDA, 1984: 230).

Según se colige del artículo 333 -inciso 5)- del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en el abandono injustificado de la casa conyugal por el plazo de ley, ha establecido lo siguiente:

- “... El abandono del hogar conyugal, consiste en su dejación, con el propósito evidente de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales...” (Casación Nro. 2862-99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-07-2000, págs. 5526-5527).
- “... El inciso quinto del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, precisa la causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono excede de este plazo; es en esta causal donde se encuentra inmerso el incumplimiento de la obligación de cohabitación, debidamente regulada en el artículo doscientos ochentinueve del Código Civil...” (Casación Nro. 3006-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8753-8754).
- “... El abandono debe reunir tres elementos, los que son: el objetivo, el subjetivo y el temporal; por el primero, se entiende la dejación material o física del hogar conyugal; por el segundo, que el cónyuge ofensor se sustraiga intencionalmente al cumplimiento de su deberes conyugales, es decir en forma voluntaria, intencional y libre; y por el tercero, que transcurra un determinado período de tiempo, que en sede nacional es dos años continuos o que la duración sumada de los períodos excedan a dicho plazo” (Casación Nro. 577-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-11-1998, pág. 2050).
- “... Se debe rectificar (...) la resolución de vista que señala que la acción de divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, tiene el plazo de caducidad de dos años, lo cual no resulta exacto, por cuanto el Artículo trescientos treintinueve del Código Civil en los demás casos no señala dicho plazo de caducidad, sino que la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan” (Casación Nro. 2862-99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-07-2000, págs. 5526-5527).
- “... El Código Sustantivo no establece como requisito para interponer la acción de divorcio por dicha causal (abandono injustificado de la casa conyugal) que previamente tiene que existir la declaración de ausencia del cónyuge culpable, cuando el abandono dura más de dos años continuos y no se conoce el paradero del demandado...” (Casación Nro. 1486-97 /

Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-07-1998, págs. 1407-1408).

- “... El inciso quinto del artículo trescientos treintitrés del Código Civil, aplicable al caso por remisión del artículo trescientos cuarentinueve del mismo Cuerpo de Leyes, dispone como causal para demandar el divorcio, el abandono injustificado del hogar conyugal por un período de más de dos años o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda dicho plazo; de donde resulta que deben acreditarse: a) El lugar en que se ha fijado el domicilio conyugal; b) La intención deliberada de abandonar el hogar conyugal, con el fin de evadir las responsabilidades propias del matrimonio; y c) La prolongación del abandono por los plazos anteriormente citados...” (Casación Nro. 2554-00 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7195-7196).
- “... Tanto la causal de abandono injustificado del hogar conyugal como la de separación de hecho de los cónyuges, guardan relación estrecha para ser acumuladas como pretensiones subordinadas, pues ambas importan el alejamiento físico entre el marido y la esposa por un determinado período de tiempo, siendo que en el primer caso se analiza principalmente el aspecto subjetivo, esto es, el ánimo deliberado de uno de los cónyuges (propiamente del cónyuge emplazado) de poner fin a la relación conyugal, mientras que en la segunda causal, tal aspecto subjetivo no resulta relevante para amparar la demanda sino sólo el aspecto temporal, salvo para determinar cuál es el cónyuge perjudicado con la separación. Sea por una u otra vía, el divorcio tiene por objeto poner fin a la sociedad de gananciales y el cese de las obligaciones habidas entre los cónyuges, entre otros, por lo que no se da la figura de la acumulación indebida de pretensiones...” (Casación Nro. 1608-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23666-23668).

6.2.6 Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

Conforme lo señala el artículo 333 -inciso 6)- del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

A juicio de Lehmann:

“... Concurre (...) grave infracción del matrimonio en la conducta deshonrosa o inmoral, prescindiendo de que se dirija contra el otro cónyuge.

Por ejemplo: embriaguez, vida inmoral, actos delictivos” (LEHMANN, 1953: 242).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, ha establecido lo siguiente:

- “... Conducta deshonrosa significa dirigir sus acciones causando vergüenza y deshonor en la otra parte por algún hecho y que la persona que actúa de esta manera lo hace atentando contra su fama, su honor, su estima y respeto de la dignidad, entendiéndose el honor como la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos...” (Casación Nro. 447-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-1998, págs. 655-656).
- “... La conducta deshonrosa consiste en la realización de actos continuos y permanentes de parte de uno de los cónyuges, que sobrepasen los límites del mutuo respeto y la consideración que debe existir entre ambos, no constituyendo causal de separación de cuerpos y de divorcio cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que ‘haga insoportable la vida en común’...” (Casación Nro. 2307-2000 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7975).
- “... Por conducta deshonrosa debe entenderse el proceder incorrecto de una persona, que se encuentra en oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres, que afectan la buena imagen, el honor y el respeto de la familia, condiciones en las cuales resulta insoportable la vida en común; pudiendo manifestarse en una gama de hechos y situaciones, como pueden ser la vagancia y la ociosidad, la ebriedad habitual, la reiterada intimidad amorosa con persona distinta del cónyuge, salidas injustificadas, entre otras, ya que la ley no establece un *numerus clausus* al respecto sino un *numerus apertus*...” (Casación Nro. 2090-01 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8570-8571).
- “... A efecto de determinar la existencia de la conducta deshonrosa se requiere que la persona que la cometa proceda de forma tal que habitualmente deje de observar las reglas de la moral o las reglas sociales, es por ello que la causal no se configura por un hecho determinado, sino por un constante proceder” (Casación Nro. 1431-98 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-09-1999, pág. 3597).
- “... De acuerdo al artículo trescientos treintitrés inciso seis del Código Civil, concordado con el artículo trescientos cuarentinueve del mismo Código, es causal de divorcio: ‘La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común’; apreciándose entonces que para la configuración de esta causal se requiere la presencia de dos elementos: a) la existencia

de una conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges; y, **b)** que dicha conducta sea de tal magnitud que ha insoportable [sic -léase que haga insoportable-] la vida en común; [...] este último [requisito] significa que la conducta de la que uno de los cónyuges está siendo víctima por parte del otro ha llegado a un punto en la que no puede ser soportada por la víctima, convirtiendo la vida en común en insostenible; lo que significa que el resultado final de la conducta deshonrosa es el quebrantamiento de la vida en común que es propia, lógicamente, del matrimonio, de conformidad con el artículo doscientos treinticuatro del Código Civil...” (Casación Nro. 4362-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, pág. 21953).

- “... Esa norma (inc. 6 del art. 333 del C.C.) conforme a su texto establece que la conducta deshonrosa como causal de separación de cuerpos, debe ser tal que haga insoportable la vida en común, actual o futura...” (Casación Nro. 508-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-06-1999, págs. 2993-2994).
- “... La precitada causal (conducta deshonrosa) no requiere que los esposos hagan vida en común, sino que los dos extremos que exige la ley queden acreditados, es decir, si la conducta de la demandada es realmente deshonrosa y si, en efecto, tornaría insoportable la convivencia...” (Casación Nro. 1285-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-11-1998, págs. 2094-2095).
- “... Cuando el Código Civil señala como causal de divorcio la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no se refiere a que si los cónyuges anteriormente han estado separados o unidos, sino si después de la conducta deshonrosa pueden o no vivir juntos...” (Casación Nro. 447-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-1998, págs. 655-656).
- “... Si entre [los] cónyuges ya no existe vida en común, es decir, si no se realiza uno de los fines del matrimonio, sino que por el contrario, están separados de hecho, resulta evidente que no puede configurarse la causal en análisis [conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común]; vale decir, un hecho no puede convertir en insoportable una vida en común que ya no existía...” (Casación Nro. 4362-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, pág. 21953).
- “... La sentencia de vista ha establecido [...] que la causal de conducta deshonrosa puede ser incoada válidamente por el cónyuge agraviado, aún cuando al momento de producirse los hechos denunciados como

deshonestos e inmorales los cónyuges se encuentren viviendo separadamente, en razón de que encontrándose vigente el vínculo matrimonial, subsiste la obligación de los cónyuges a mantener el respeto mutuo, sin afectar el derecho que ambos tienen al honor y buena reputación, de tal manera que si el cónyuge agraviado por el comportamiento deshonesto del otro da por concluida cualquier posibilidad de llevar la vida en común con éste, tiene expedito su derecho para invocar válidamente la causal...” (Casación Nro. 2626-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7203-7204).

- “... Al haber quedado establecido en [...] la recurrida la declaración de la demandada de haber intimidad sexual con un tercero, resulta evidente que dicha conducta deshonesto [...] haga insoportable la vida en común pues con dicha declaración se trastoca el honor de su cónyuge...” (Casación Nro. 2090-01 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8570-8571).
- “... Mientras el matrimonio se mantiene, los cónyuges se deben fidelidad y respeto mutuos y al vivir la esposa con otro varón, está quebrantando los deberes matrimoniales, lo que también constituye conducta deshonrosa” (Casación Nro. 83-96 / Cono Norte - Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-12-1997, pág. 200).
- “... No puede aplicarse analógicamente la norma del Artículo trescientos treintiséis del Código Civil, pues dicha norma se refiere a un acto determinado, el de adulterio cometido por uno de los cónyuges mientras que en el caso de la conducta deshonrosa es la sucesión de actos que apreciados en su conjunto configura la causal y justamente en base a ello harían insoportable la vida en común” (Casación Nro. 1431-98 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-09-1999, pág. 3597).

6.2.7 Uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía

Suárez Franco apunta que “esta causal comprende, en primer término, a aquellas personas que se dedican a ingerir sustancias alucinógenas o estupeficientes; pero de manera expresa exige que ese uso o consumo sea habitual, vale decir, que implique utilización repetida y continuada de tales sustancias y, además, que tal consumo sea compulsivo, con lo cual da a entender que a la persona que frecuenta el vicio le sea imposible sustraerse de él por medios ordinarios, aunque medien sus buenas intenciones o propósitos” (SUAREZ FRANCO, 2001, Tomo I: 204-205).

Stilerman y De León ponen de manifiesto que:

“Las toxicomanías consisten en la ingesta de drogas en condiciones desmedidas, buscando producir en quien las ingiere sensaciones de goce y placer. Estas drogas (cocaína, marihuana, heroína, etc.) estimulan la imaginación y las ideas, llevando al sujeto a desarrollar graves trastornos de conducta, deterioro físico o mental y retracción social.

En el sujeto que se habitúa a ingerir drogas, éstas pasan a ser elementos indispensables de su metabolismo; esto favorece el hábito, surgiendo, una vez instaurado, una poderosa necesidad del tóxico que va en aumento, a tal punto que puede conducir al drogadicto a realizar conductas delictivas a fin de procurarse la droga para equilibrar su metabolismo” (STILERMAN; y DE LEON, 1994: 204).

Según se desprende del artículo 333 -inciso 7)- del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos el uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347 de dicho cuerpo de leyes, conforme al cual, en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistente las demás obligaciones conyugales.

6.2.8 Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio

Por disposición del artículo 333 -inciso 8)- del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

Entre las enfermedades graves de transmisión sexual se encuentran las siguientes:

- A. La sífilis.
- B. La gonococia.
- C. El chancro blando.
- D. La enfermedad de Nicolas-Favre.
- E. El sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida).

Pero las enfermedades de transmisión sexual no se reducen a las indicadas precedentemente, pues tenemos también los micoplasmas, las clamídeas, el herpes (bucal y genital), la sarna y la hepatitis B.

6.2.9 Homosexualidad sobreviniente al matrimonio

A tenor de lo dispuesto en el artículo 333 -inciso 9)- del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

El fundamento de esta causal no es tanto considerar a la homosexualidad como una conducta deshonrosa o inmoral (puesto que se trata de una alteración de carácter físico-psicológico en la sexualidad de una persona), ya que de ser así quedaría comprendida dentro de la causal prevista en el inciso 6) del artículo 332 del Código Civil (cual es la causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común), sino que se basa en lo desagradable o intolerable que puede resultar para un cónyuge convivir con una persona homosexual y, también, en el rechazo del cónyuge inocente a seguir sosteniendo relaciones sexuales con el consorte homosexual.

6.2.10 Condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio

Sobre el particular, Ripert y Boulanger apuntan que:

“... La deshonra resultante de una condena a una pena grave, recae indirectamente sobre el cónyuge del condenado; la ley reconoce a ese cónyuge, *herido en su honor*, el derecho de obtener la ruptura del matrimonio.

Esto supone que el cónyuge no aprobó la actividad criminal...” (RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I: 356).

Los mencionados tratadistas afirman que para la configuración de la causal (de separación de cuerpos y divorcio) de condena criminal se requiere:

- “1° Que haya una *condena* (...);
- 2° Que la condena haya sido pronunciada *por un tribunal* (...);
- 3° *Que sea definitiva* (...);
- 4° Que no haya sido borrada ni por *rehabilitación* ni por *amnistía* (...). Pero el indulto, que es la simple remisión de la pena, no borra la condena. Con mayor razón, el divorcio puede pedirse si la pena fue cumplida o si está prescripta.
- 5° Que haya sido *pronunciada durante el matrimonio* (...). Poco importa que el crimen haya sido cometido antes del matrimonio...” (RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I: 357).

De acuerdo a lo normado en el artículo 333 -inciso 10)- del Código Civil, es causal de separación de cuerpos la condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

La razón de ser de esta causal no radica en el tiempo de privación de libertad del cónyuge culpable -que implicaría un incumplimiento de sus deberes matrimoniales-, sino en el agravio que significa para el cónyuge inocente que su pareja sea un vulgar delincuente. Debido a ello, si tuviera conocimiento del evento delictivo (por estar siendo procesado o haber sido condenado antes del matrimonio) no podría invocarse esta causal, pues al casarse está sobreentendido el perdón del agravio sufrido, que conociera desde antes (al respecto, el art. 338 del C.C. prescribe que no puede invocar la causal en estudio quien conoció el delito antes de casarse). Tampoco se puede invocar esta causal si se le iniciara un proceso penal a uno de los cónyuges después de celebrado el matrimonio, ya que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (art. 2 -inc. 24), literal e)- de la Constitución de 1993). Por consiguiente, será necesaria la respectiva sentencia condenatoria, al ser ésta la que determina la comisión del hecho delictual por el cónyuge culpable y que da lugar a la certeza del agravio inferido -indirectamente- al cónyuge inocente.

6.2.11 Imposibilidad de hacer vida en común

Con arreglo a lo previsto en el artículo 333 -inciso 11)- del Código Civil, constituye causal de separación de cuerpos la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

La imposibilidad de hacer vida en común en que consiste esta causal no debe derivar de la configuración de alguna de las causales previstas en los incisos 1) al 10) y 12) del artículo 332 del Código Civil (que contemplan hechos que, de por sí, no hacen posible o soportable la vida en común), porque si ese fuera el caso habría que invocar la causal que corresponda contenida en alguno de los incisos aludidos precedentemente. La causal que estudiamos en este punto no significa otra cosa sino la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado tal que no es posible que uno y otro puedan hacer vida en común. Para que se configure esta causal no es suficiente que los esposos tengan caracteres distintos (pues es obvio que, por más afinidad que tenga una persona respecto de otra, siempre los seres humanos tendrán diferente forma de pensar y de sentir), sino que resulta imprescindible que tales caracteres sean incompatibles, lo que acarrea un estado de permanente conflicto entre los cónyuges y justifica la separación de cuerpos (o el divorcio) de estos últimos.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en la imposibilidad de hacer vida en común, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo 333, inciso 11°, del Código Civil, establece como causal de separación de cuerpos la relativa a la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. [...] Dicha causal se presenta como una causal basada en las dos maneras que hay de concebir el divorcio: como remedio y sanción. Siendo evidente que la causal de imposibilidad de hacer vida en común se presenta como una causal en que el divorcio es remedio y sanción ya que la única forma de dar solución a un matrimonio en el que se presente tal causal, es poniéndole fin, porque uno de los cónyuges es el que hace imposible la vida en común. Es que la imposibilidad de hacer vida constituye [sic] aquellas determinadas conductas de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida en común...” (Casación Nro. 5711-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23370-23371).
- “... La imposibilidad de hacer vida en común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y su imputabilidad al otro consorte; quien con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio; por eso y por tratarse de una causal inculpatoria deben exponerse los hechos que, imputados al otro consorte, provoca la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común...” (Casación Nro. 1500-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23652-23654).
- “... A pesar que la ratio legis de la norma fue la de identificar y encasillar esta nueva causal [imposibilidad de hacer vida en común] con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera, por cuanto los factores que determinan la incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino de la pareja, por lo que [...] no puede pretenderse la incompatibilidad de caracteres, pues se estaría vulnerando el artículo 335 del Código Civil...” (Casación Nro. 4895-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22437-22438).
- “... Los hechos con los que se pretende acreditar la causal de imposibilidad de hacer vida en común [...] sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, y no por el que los cometió...” (Casación Nro. 4895-2007 /

Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22437-22438).

- “... De acuerdo con el principio de la invocabilidad contemplado en el artículo trescientos treinticinco del Código acotado [C.C.], la mencionada causal [imposibilidad de hacer vida en común] sólo puede ser invocada por el cónyuge agraviado, no por el que cometió los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida en común; [...] se trata de una nueva causal inculpatoria y, en consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida en común y quien [sic -léase quién-] los provocó a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda...” (Casación Nro. 1500-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23652-23654).

6.2.12 Separación de hecho por el plazo legal

Trabucchi refiere que “la separación, se dice, de hecho, cuando los cónyuges, sin ningún procedimiento formal, se separan (o se apartan) cada uno por su cuenta” (TRABUCCHI, 1967, Tomo I: 292).

Kemelmajer de Carlucci concibe a la separación de hecho como “... el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno (o) de ambos esposos...” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1978: 3). La citada autora agrega que:

“Los motivos por los cuales los cónyuges no recurren al procedimiento del divorcio y prefieren esta situación jurídico-fáctica, son variadísimos (...):

- 1º) En la mayoría de los casos se trata de razones económicas: las partes suponen que un procedimiento judicial originará notables gastos que no pueden afrontar; otras veces, ante la carencia de bienes para dividir, los cónyuges entienden que el procedimiento no es necesario.
- 2º) En algunas ocasiones, los cónyuges no acuden al divorcio alentados por la esperanza de una pronta reconciliación, que se estima con mayores posibilidades cuando no se rompe el fuego del *strepitus fori*.
- 3º) En muchas oportunidades, es simplemente un sentimiento éticamente valorable (...), de no dar a publicidad sus fracasos materiales, evitando una acción judicial o poniendo fin a una ya existente” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1978: 4-5).

Bossert y Zannoni, al estudiar lo concerniente a la causal (de separación de cuerpos y divorcio) de separación de los cónyuges sin voluntad de unirse (separación de hecho), manifiestan lo siguiente:

“... La separación de los cónyuges sin voluntad de unirse puede deberse tanto al abandono de hecho del hogar por parte de uno de ellos, o a la decisión común de vivir en delante separados sin mediar juicio de separación personal o de divorcio, o a la circunstancia de que uno de los cónyuges se retira del hogar por las ofensas recibidas del otro que hacen intolerable la vida conyugal. En todos estos casos, la interrupción de la cohabitación durante un lapso prolongado constituye la revelación más evidente de que el matrimonio ha fracasado. Es por ello que la separación de hecho se erige en un supuesto objetivo en que procede decretar la separación personal o el divorcio, y no requiere el análisis de los hechos o las causas que llevaron a los cónyuges a interrumpir su convivencia. Se limita a constatar el hecho objetivo de que dejaron de cohabitar y que, cada cual, continuó la vida separadamente del otro.

Esto, sin perjuicio de que el cónyuge demandado alegue y pruebe que no medió separación ‘sin voluntad de unirse’ sino que se trató de una separación temporaria por razones ajenas a la voluntad de ambos” (BOSSERT; y ZANNONI, 1989: 290).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 -inciso 12)- del Código Civil:

- Es causal de separación de cuerpos la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.
- Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.
- En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil, según el cual ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda (de separación de cuerpos) en hecho propio.

En relación a la mencionada causal de separación de cuerpos consistente en la separación de hecho por el plazo legal, el Código Civil ha establecido, además, lo siguiente:

- En caso de separación convencional o de *separación de hecho*, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea

conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden (art. 345 -primer párrafo- del C.C.).

- Son aplicables a la separación convencional y a la *separación de hecho* (según el art. 345 -in fine- del C.C.) las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341 del Código Civil. El artículo 340 del citado cuerpo de leyes versa sobre el ejercicio de la patria potestad en la separación de cuerpos por causal y prescribe en su último párrafo: A. que el padre o la madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos; y B. que el otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido. Por su parte, el artículo 341 del Código Civil trata acerca de las providencias judiciales en beneficio de los hijos, señalando claramente que, 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 beneficiosas para los hijos.
- Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil (causal de separación de cuerpos consistente en la separación de hecho por el plazo legal) el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo (art. 345-A, primer párrafo, del C.C.).
- El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la *separación de hecho*, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (art. 345-A, segundo párrafo, del C.C.).
- Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la *separación de hecho*, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, en cuanto sean pertinentes (art. 345-A, último párrafo, del C.C.). El artículo 323 del Código Civil norma lo relativo al concepto y distribución de los gananciales, estableciendo: A. que son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322 del Código Civil (según el cual, realizado el inventario -de los bienes de la sociedad de gananciales-, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren); B. que los gananciales

se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos; y C. que cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera. El artículo 324 del Código Civil trata sobre la pérdida de gananciales por separación de hecho y prescribe que en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. El artículo 342 del Código Civil regula la determinación judicial de la pensión de alimentos en la sentencia recaída en el proceso de separación de cuerpos, estableciendo que el juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa. El artículo 343 del Código Civil versa sobre la pérdida de derechos hereditarios en caso de separación de cuerpos por causal, señalando que el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden. El artículo 351 del Código Civil (aplicable, reiteramos, a la hipótesis de la separación de cuerpos de hecho, en lo que sea pertinente) trata sobre la reparación del daño moral al cónyuge inocente y preceptúa que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. Finalmente, el artículo 352 del Código Civil (aplicable, insistimos, al caso de separación de cuerpos de hecho, en lo que sea pertinente) norma lo concerniente a la pérdida de gananciales del cónyuge culpable y señala que el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de separación de cuerpos (o de divorcio) consistente en la separación de hecho por el plazo legal, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo 333 inciso 12° del Código Civil [...] regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa. A través de esta causal, nuestra Legislación recoge la teoría del divorcio remedio...” (Casación Nro. 157-2004 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15529-15530).

- “... El divorcio por causal de separación de hecho puede ser interpuesto por cualquiera de los cónyuges[,] lo que se busca es solucionar una situación conflictiva por el quebrantamiento injustificado y permanente de deber de cohabitación. A esta causal de divorcio [...] se le ha denominado divorcio remedio que reposa en su aspecto objetivo, sin embargo, en nuestro ordenamiento civil [...] está concebido no sólo desde el aspecto objetivo (la separación de hecho), sino también reposa en el ámbito subjetivo, pues en su análisis y aplicación el juez está obligado a determinar al cónyuge culpable de la separación injustificada a efectos de establecer las medidas de protección a favor del cónyuge perjudicado, análisis en el cual debe determinarse las causas o razones que motivaron la separación (abandono injustificado, violencia doméstica, adulterio, etc.). Consecuentemente la causal de divorcio por separación de hecho legislativamente es una de naturaleza mixta, pues contempla características objetivas del sistema divorcio remedio y subjetivas del sistema divorcio sanción...” (Casación Nro. 5079-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22841-22842).
- “... Nuestro ordenamiento civil establece que la causal de separación de hecho contiene tres elementos configurativos que son los siguientes: **a)** el objetivo o material; **b)** subjetivo o psíquico; y **c)** temporal. En cuanto al elemento objetivo, éste se presenta cuando se evidencia el resquebrajamiento permanente y definitivo de la convivencia, lo que sucede no sólo con el alejamiento físico de uno de los cónyuges del hogar conyugal sino también cuando ambos esposos viven en el mismo inmueble pero incumpliendo con el deber de cohabitación o vida en común. En cuanto al elemento subjetivo, este viene a ser la falta de intención para renormalizar [sic] la vida conyugal, poniendo fin a la vida en común por mas [sic -léase por más-] que algún deber se cumpla[,] lo que supone que esta separación debe haberse producido por razones que no constituyan verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor. En cuanto al elemento temporal se presenta con la exigencia del transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro, a los que tuvieran...” (Casación Nro. 157-2004 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15529-15530).
- “... En busca de la protección a la familia las normas que la regulan [a la causal de separación de hecho] establecen determinados requisitos para que pueda entablarse y en su caso ampararse [la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho], como es el plazo de dos años sino [sic -léase si no-] existen hijos y de cuatro si lo [sic -léase los-] hay, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones alimentarias; y la fijación

de una indemnización al cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente a su parte de los bienes de la sociedad conyugal independientemente a la pensión de alimentos que pudiera corresponder...” (Casación Nro. 606-2003 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, págs. 11119-11120).

- “... La separación de hecho, como causal de divorcio, se conceptúa como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por la voluntad de uno de ellos o de ambos; es por ello, que cuando ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado; es más, cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción por esta causal, si se tiene en cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón...” (Casación Nro. 806-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22130-22135).
- “... En el divorcio por la causal de separación de hecho, cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva, caso que contempla el inciso 12° del artículo 333 del Código Civil y que pertenece a la teoría del divorcio remedio, en el que se busca no un culpable sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales. [...] Que, este caso, en el que cualquiera de los cónyuges puede ser quien active el aparato jurisdiccional, es el de la separación de hecho...” (Casación Nro. 709-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22872-22873).
- “... La causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio...” (Casación Nro. 2080-2007 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, pág. 22184).
- “... La separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; [...] ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado [...], [...] a través de esta causal es posible que el accionante funde su pretensión [de divorcio] en hechos propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el artículo trescientos treinticinco del Código Civil...” (Casación Nro. 3362-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2008, pág. 21187).

- “... En la separación de hecho como causal de divorcio no trasciende el motivo que produjo la separación, el que más bien puede considerarse para tratar el tema del perjuicio que se puede ocasionar a uno de los cónyuges...” (Casación Nro. 2163-2003 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12482-12483).
- “... El divorcio por la causal de separación de hecho no exige la expresión de razones por la cuales la separación se ha materializado, pues sólo basta acreditar los plazos establecidos en la norma denunciada [art. 333 -inc. 12)- del C.C.]...” (Casación Nro. 2597-2006 / El Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17801-17802).
- “... Debe analizarse lo dispuesto en el artículo 345-A glosado [del C.C.], del cual se desprende como requisito de procedibilidad para interponer la presente acción [sobre divorcio por causal de separación de hecho], el que la parte demandante acredite encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas de común acuerdo, a favor del cónyuge demandado; [...] cuando la norma alude a que el demandante se encuentre ‘al día’ en el pago por el concepto indicado, se desprende que previamente haya existido una sentencia o mandato judicial que le condene al pago periódico de determinada suma por concepto de alimentos o, que el actor haya acordado con su contraparte la forma (que incluye la periodicidad del pago) y el monto por el referido concepto; de manera tal que si la parte actora al momento de interponer su demanda no logra acreditar venir acudiendo con el pago en la fecha pre establecida (sea en vía judicial o mediante acuerdo) por concepto de alimentos a favor del cónyuge demandado y perjudicado (sea mujer u hombre), acarrearía sin lugar a dudas la improcedencia de su demanda...” (Casación Nro. 630-2007 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23497-23498).
- “... Por lo general todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que en procesos como el de autos [sobre divorcio por causal de separación de hecho] los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aún [sic] cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, de existir fijará una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio...” (Casación Nro. 764-2007 / Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23502-23503).

- “... Con relación al agravio sobre omisión de fijar indemnización por ser inocente la cónyuge demandada [en proceso de divorcio] en causal de separación objetiva [separación de hecho], [...] este Colegiado Supremo tiene fijado su criterio en el sentido de que tal derecho sólo cabe otorgarlo cuando el cónyuge que se considere inocente solicita formalmente indemnización por tal concepto, sea en la demanda o en la reconvención, y, en su caso, acredita con medio probatorio idóneo su estado de necesidad...” (Casación Nro. 1557-2008 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, pág. 23367).
- “... **2.** En los procesos sobre divorcio -y de separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. **3.** Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal: **3.1.** A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios. **3.2.** De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya **alegado o expresado** de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata. **3.3.** En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados. **3.4.** En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado -y probado- la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello. **3.5.** En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes,

el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural. **4.** Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes. **5.** El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil. **6.** La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar...” **Nota:** Lo señalado en el presente extracto ha sido establecido como **precedente judicial vinculante** (conocido antes como doctrina jurisprudencial) por el tercer pleno casatorio civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, correspondiente a la Casación Nro. 4664-2010 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-05-2011, págs. 30171-30190, encontrándose dicho extracto exactamente en la pág. 30189.

- “... La recurrida tiene suficiente motivación desde el punto de vista adoptado por la Sala Civil para aprobar la sentencia consultada que declara fundada en parte la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho [...]; [...] el haber seguido el proceso [sobre divorcio por causal de separación de hecho] en rebeldía de la demandada no constituye impedimento alguno para proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales y fijarse una pensión de alimentos y una indemnización a favor de la emplazada por establecerlo así los artículos 345 y 345-A del Código Civil...” (Casación Nro. 1965-2002 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9917).

- “... Con relación a la indemnización por daños y perjuicios derivada del proceso de [divorcio por] separación de hecho, no existe una sustentación sólida sobre los parámetros para la determinación del daño, puesto que, efectivamente, un solo informe psicológico no puede ser determinante, más aún si este es de parte...” (Casación Nro. 1750-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, pág. 23532).
- “... Estando acreditada la existencia de un daño moral y personal, atribuible al demandante, causado a resultas de la separación [de hecho], el Juez está en la obligación de fijar un monto indemnizatorio...” (Casación Nro. 3090-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21333-21334).
- “... De hallarse debidamente el cónyuge e hijos perjudicados, el artículo trescientos cuarenticinco - A del Código Civil faculta al Juez a aplicar tres grupos de medidas a favor de ellos: **a)** una pensión de alimentos; **b)** indemnización por los daños sufridos y adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal; y, **c)** las demás medidas contempladas en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, trescientos cuarentitrés, trescientos cincuentiuno y trescientos cincuentidós del mismo Código, en cuanto sean pertinentes; debiendo precisarse que el Juez no está obligado a indefectiblemente aplicar las tres citadas medidas, sino que queda a su criterio razonado aplicar la mas conveniente [sic -léase la más conveniente-] al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicio **que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios**, pudiendo ser incluso las dos o tres medidas simultáneamente, ello dependiendo del caso concreto...” (Casación Nro. 1484-2007 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23646-23647).
- “... Debe evaluarse con arreglo a lo actuado el derecho de alimentos que le podría asistir a la demandada y su estado de necesidad, así como los posible [sic -léase posibles-] daños que haya sufrido como producto de la separación de hecho de su cónyuge, para efectos de fijar con equidad el quantum indemnizatorio a favor del cónyuge perjudicado con la separación...” (Casación Nro. 928-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18786-18787).
- “... En el caso específico de la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino por el contrario debe entenderse que en este supuesto subsiste la obligación

alimentaria, en favor del cónyuge perjudicado con la separación, siempre y cuando estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus propias necesidades por otros medios; conforme lo establece el artículo trescientos cincuenta del Código Civil...” (Casación Nro. 2126-2005 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17498).

- “... La fijación de una pensión de alimentos sólo es viable a favor del cónyuge perjudicado con la separación [de hecho], lo que conforme se desprende del proceso, la recurrente no ha cumplido con probar dicha situación de perjuicio; pues como se advierte de las pruebas presentadas por el actor, ésta tuvo una hija extramatrimonial con otra persona...” (Casación Nro. 4382-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22097-22098).
- “... Habiendo quedado establecido en las instancias de mérito, que la demandada viene siendo asistida por el demandante con una pensión alimentaria ordenada en la tramitación de un proceso judicial de alimentos; para que esta obligación de pasar alimentos, establecida por sentencia judicial, se extinga, es preciso que el demandante en la presente causa [sobre divorcio por causal de separación de hecho] desvirtúe el estado de necesidad alimentaria que fue establecido en la sentencia de alimentos; por tanto, al no haberse demostrado este extremo indispensable del proceso, la demanda deviene en infundada en cuanto a la extinción de la obligación alimentaria, debiendo continuar percibiendo la demandante la pensión de alimentos establecida en proceso judicial regular...” (Casación Nro. 2126-2005 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17498).

6.3 Caducidad de la acción de separación de cuerpos por causal

Lo relativo a la caducidad de la acción de separación de cuerpos por causal se encuentra regulado en el artículo 339 del Código Civil, desprendiéndose de dicho precepto legal lo siguiente:

- La acción de separación de cuerpos basada en la causal de adulterio, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de separación de cuerpos basada en la causal de atentado contra la vida del cónyuge, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.

- La acción de separación de cuerpos basada en la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de separación de cuerpos basada en la causal de condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años (impuesta después de la celebración del matrimonio), caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de separación de cuerpos basada en la causal de violencia física o psicológica (que el juez apreciará según las circunstancias), caduca a los seis meses de producida la causa.
- La acción de separación de cuerpos basada en la causal de injuria grave (que haga insoportable la vida en común), caduca a los seis meses de producida la causa.
- La acción de separación de cuerpos basada en alguna de las demás causales (a saber: causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda este plazo; causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; causal de uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía; causal de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; y causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad, y de cuatro años en caso de tenerlos) está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

6.4 Órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de separación de cuerpos por causal

El órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de separación de cuerpos por causal específica es el Juez de Familia del lugar del domicilio del demandado o del lugar del último domicilio conyugal, a elección del demandante. Así lo determinan los artículos 24 -inciso 2)- del Código Procesal Civil y 53 -apartado: *en materia civil*, literal a)- de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

6.5 Legitimación para promover la acción de separación de cuerpos por causal

Azula Camacho asevera que en el proceso de separación de cuerpos por causal “... las partes están constituidas por los cónyuges, que actúan directamente, salvo que sean incapaces, pues entonces lo hacen por conducto de su respectivo representante, si lo tienen o, de no, por un curador *ad litem*” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo III: 306).

Dicho tratadista agrega que “... solo está facultado para instaurar la demanda y obtener sentencia favorable el cónyuge que no sea autor de los hechos constitutivos de la causal y tampoco haya sido el causante de la conducta del otro” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo III: 309).

En lo que concierne a la legitimación para promover la acción de separación de cuerpos por causal específica, y conforme a nuestro ordenamiento jurídico, debe tenerse presente lo siguiente:

- A. La acción de separación de cuerpos corresponde a los cónyuges, pero si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica, pudiendo incluso representar al incapaz el curador especial a falta de ascendientes (art. 334 del C.C.).
- B. Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda de separación de cuerpos en hecho propio, a no ser que se trate de la causal de separación de hecho de los cónyuges por un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad (arts. 333 -inc. 12)- y 335 del C.C.).
- C. No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó, siendo inviable el inicio o la prosecución de la acción en caso de cohabitación posterior al conocimiento del adulterio (art. 336 del C.C.).
- D. No puede invocar la causal de separación de cuerpos a que se refiere el inciso 10) del artículo 333 del Código Civil (cual es la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio), quien conoció el delito antes de casarse (art. 338 del C.C.).
- E. Para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 del Código Civil (que trata sobre la causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges

tuvieren hijos menores de edad) el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo (art. 345-A, primer párrafo, del C.C.).

6.6 Intervención del Ministerio Público en el proceso de separación de cuerpos por causal

En principio, cabe indicar que, según se desprende del artículo 113 del Código Procesal Civil, el Ministerio Público puede intervenir en un proceso civil:

1. Como parte.
2. Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite.
3. Como dictaminador.

Ahora bien, tratándose del proceso de separación de cuerpos por causal, y conforme lo ordena el artículo 481 del Código Procesal Civil, el representante del Ministerio Público debe constituirse como parte (interviniendo como tal en el referido proceso), por lo que no emite dictamen alguno.

6.7 Impulso del proceso

Pese a que en el último párrafo del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil se dispone como regla general que el Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, en dicho precepto legal se indica también que están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en el Código Procesal Civil, encontrándose entre estos últimos el proceso de separación de cuerpo por causal específica, el mismo que, con arreglo a lo previsto en el artículo 480 -segundo párrafo- del mencionado Código adjetivo, sólo se impulsa a pedido de parte.

6.8 Acumulación originaria de pretensiones accesorias

En el proceso de separación de cuerpos por causal específica debe el actor proponer en la demanda la acumulación de las siguientes pretensiones que, en relación con la principal de separación de cuerpos, tienen la calidad de accesorias (ello según el art. 483 -primer párrafo- del C.P.C.):

- A. Alimentos.
- B. Tenencia y cuidado de los hijos.
- C. Suspensión o privación de la patria potestad.

- D. Distribución de bienes gananciales (porque en virtud de la separación de cuerpos fenecerá el régimen de sociedad de gananciales).
- E. Las demás pretensiones concernientes a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal de separación de cuerpos.

En el proceso de separación de cuerpos por causal específica, la acumulación originaria de las pretensiones accesorias indicadas precedentemente será viable siempre y cuando no exista decisión judicial firme en los eventuales procesos en que se ventilen en forma autónoma tales pretensiones. Si respecto de las referidas pretensiones accesorias debatidas en forma autónoma en otros procesos hubiera recaído una decisión judicial que quedó consentida, entonces, será posible su acumulación originaria (esto es, en la demanda respectiva) a la pretensión principal de separación de cuerpos por causal específica, siempre que se proponga la variación de las indicadas pretensiones accesorias. Ello se colige del artículo 483 -primer y último párrafos- del Código Procesal Civil.

Según se infiere del segundo párrafo del artículo 483 del Código Procesal Civil, en el proceso de separación de cuerpos por causal específica, para la acumulación originaria de las pretensiones accesorias señaladas líneas arriba, no se exigirá los requisitos previstos para la acumulación objetiva en general en los incisos 1) y 3) del artículo 85 del Código Procesal Civil, cuales son, respectivamente, los siguientes:

- Que las pretensiones materia de acumulación sean de competencia del mismo Juez.
- Que las pretensiones materia de acumulación sean tramitables en una misma vía procedimental.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la acumulación originaria de pretensiones accesorias, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo cuatrocientos ochentitrés del acotado cuerpo legal [C.P.C.] dispone que, salvo que existiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban

resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal; [...] la norma citada es una norma imperativa que se encuentra directamente relacionada con la afectación de derechos de los menores habidos dentro del matrimonio y el estado de los bienes gananciales, y cuya finalidad es salvaguardar del libre albedrío de las partes la decisión que debe adoptarse respecto del destino de aquellos, de tal forma que constituye un deber y no una facultad su acumulación en calidad de pretensiones accesorias a la demanda principal de divorcio o de separación de cuerpos, según corresponda y, por tanto, deben tener su correlato en el pronunciamiento final que ampare la demanda...” (Casación Nro. 1940-03 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12521-12522).

- “... Según el análisis del artículo 483 del Código Procesal Civil se puede establecer que en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal específica el actor debe proponer en la demanda la acumulación de las pretensiones que, en relación con la principal de separación o divorcio, tienen la calidad de accesorias, tales como: alimentos, tenencia, suspensión o privación de la patria potestad, distribución de gananciales y otras pretensiones concernientes a derechos y obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal de separación de cuerpos y/o divorcio. [...] Bajo ese contexto, se tiene que en los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal específica, la acumulación originaria de las pretensiones accesorias indicadas [...] serán viables [sic -léase será viable-] siempre y cuando no exista sentencia firme en aquellos procesos en que se ventilen en forma autónoma tales pretensiones; empero, si respecto de dichas pretensiones accesorias debatidas en forma autónoma en otros procesos hubiere recaído una sentencia judicial que quedó consentida, entonces, será posible su acumulación originaria -en la demanda respectiva- a la pretensión principal de separación de cuerpos o divorcio por causal específica, siempre que se proponga la variación de las indicadas pretensiones accesorias...” (Casación Nro. 2753-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18693-18694).

No podemos dejar de mencionar que, en aplicación del segundo y tercer párrafos del artículo 480 del Código Procesal Civil: A. cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos; B. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas

y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria, en la cual oír a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo; y C. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones.

6.9 Acumulación sucesiva de pretensiones accesorias

En caso de existir procesos pendientes de sentencia en que se estén ventilando en forma autónoma las pretensiones a que hace referencia el artículo 483 del Código Procesal Civil (cuales son las siguientes: A. alimentos; B. tenencia y cuidado de los hijos; C. suspensión o privación de la patria potestad; D. distribución o separación de bienes gananciales; y E. las demás pretensiones concernientes a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal de separación de cuerpos por causal), que en relación con la pretensión de separación de cuerpos por causal específica son consideradas pretensiones accesorias, es factible la acumulación de tales procesos pendientes de sentencia con el proceso de separación de cuerpos por causal (art. 484 -primer párrafo- del C.P.C.).

La acumulación de procesos aludida en el párrafo anterior procede a pedido del demandante o del demandado en el proceso de separación de cuerpos por causal específica (vale decir, a instancia de cualquiera de los cónyuges), debiendo el solicitante acreditar (se entiende documentalmente) la existencia del expediente correspondiente al proceso que se quiere acumular al de separación de cuerpos por causal específica. Una vez presentada la solicitud de acumulación de procesos con la prueba pertinente sobre la existencia del referido expediente, el Juez que conoce del proceso de separación de cuerpos por causal específica cursará el respectivo oficio al Juez que conoce del proceso en que se debate la pretensión o pretensiones accesorias indicadas en el artículo 483 del Código Procesal Civil (señaladas en el párrafo anterior), a efecto de que este último magistrado le remita dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad, el expediente del proceso que dirige (art. 484 -último párrafo- del C.P.C.).

La resolución que expida el Juez que conoce del proceso de separación de cuerpos por causal específica, respecto del pedido de acumulación sucesiva de procesos al que hemos estado refiriéndonos en los párrafos precedentes, no puede ser recurrida por las partes, dada la calidad de inimpugnable que le asigna la parte final del artículo 484 del Código Procesal Civil.

6.10 Medidas cautelares procedentes en el proceso de separación de cuerpos por causal

Conforme se desprende del artículo 485 del Código Procesal Civil, en el proceso de separación de cuerpos por causal específica son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre:

- A. Separación provisional de los cónyuges.
- B. Alimentos.
- C. Tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales.
- D. Administración y conservación de los bienes comunes (que integran la sociedad de gananciales).

De la lectura del citado precepto legal se colige que versa sobre la procedencia, en el proceso de separación de cuerpos por causal específica, de las denominadas medidas temporales sobre el fondo, que el Código Procesal Civil regula de manera especial en el Sub-Capítulo 2° (“Medidas temporales sobre el fondo”) del Título IV (“Proceso cautelar”) de su Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), por lo que debe tenerse en cuenta lo normado en los artículos 674, 677 y 680 del referido cuerpo de leyes, numerales que prescriben lo siguiente:

- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida (medida cautelar temporal sobre el fondo) puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y no afecten el interés público (art. 674 del C.P.C.).
- 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 del Código Procesal Civil (art. 677 del C.P.C.).

- En cualquier estado del proceso (de *separación* o divorcio) 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 (art. 680 del C.P.C.).

6.11 Efectos de la separación de cuerpos

A juicio de Belluscio:

“Esencialmente, los efectos referentes a los derechos y deberes matrimoniales que han sido legislados son la supresión del deber de cohabitación (...) y el mantenimiento en ciertas condiciones del de asistencia material (...).

(...)

(...) La separación personal es la dispensa del deber de cohabitación y de los que sea consecuencia necesaria de él: el débito conyugal y la asistencia en su aspecto espiritual. Persiste, en cambio, aunque en diferentes condiciones, el deber de asistencia material.

Queda por verse si el deber de fidelidad cesa o no cesa. Es universal la solución negativa...” (BELLUSCIO, 1990: 40-42).

Al respecto, Valencia Zea expresa que:

“La separación de cuerpos suspende la vida en común de los casados, pero no disuelve el matrimonio (...).

1. Todas las obligaciones relativas a la cohabitación, a la de vivir bajo un mismo techo, se suspenden. Pero subsisten, en general, las demás: la de protección que se deben los cónyuges, la de educación de los hijos comunes, ejercicio de la patria potestad, etc.
2. Si el matrimonio no se disuelve, indica ello que la obligación máxima entre cónyuges, o sea la fidelidad, subsiste (...).
3. En general, toda separación de cuerpos produce la disolución de la sociedad conyugal. Sin embargo, (...) (se) prevé el caso de subsistencia de la sociedad conyugal si la separación tiene como causa el mutuo consentimiento y los cónyuges han expresado su decisión de mantenerla vigente.
4. El deber de socorro y ayuda mutuo (...) subsiste entre cónyuges separados con el mismo alcance que entre divorciados. En consecuencia:

el cónyuge inocente tiene derecho a ser alimentado por el cónyuge culpable de la separación (...). Si ambos cónyuges resultan inocentes (...), el cónyuge necesitado tiene derecho a ser alimentado por el otro, conforme a dictados elementales de equidad” (VALENCIA ZEA, 1978, Tomo V: 248-249).

Suárez Franco estima que los efectos de la sentencia que declara la separación de cuerpos son los que se describen de inmediato:

- “1) Cesa definitivamente la obligación de cohabitación, la cual podía ya haberse decretado provisionalmente. Es tal vez el efecto más importante; decretada la separación, cada cónyuge adquiere el derecho de habitar separadamente del otro, sin que corra el riesgo de que se le impute un abandono de hogar; como consecuencia de esto, cada cónyuge puede adquirir su propio domicilio, sin autorización del otro cónyuge.
- 2) El cónyuge favorecido con la custodia de los hijos goza del derecho de llevarlos a vivir a su casa.
- 3) Subsiste la obligación de fidelidad, por cuanto el matrimonio no se ha disuelto, y quedan vigentes las demás obligaciones.
- 4) El cónyuge condenado a pagar alimentos debe cumplir su obligación en la forma y términos de la sentencia.
- 5) Se disuelve la sociedad conyugal (...) y debe procederse a su liquidación...” (SUAREZ FRANCO, 2001, Tomo I: 227).

El Código Civil, acerca de los efectos de la separación de cuerpos en relación a los cónyuges, establece lo siguiente:

- La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial (art. 332 del C.C.).
- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales, entre otras causas, por separación de cuerpos (art. 318 -inc. 2)- del C.C.).
- El juez señala en la sentencia (recaída en el proceso de separación de cuerpos) la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como *la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa* (art. 342 del C.C.).
- El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (art. 343 del C.C.). Al respecto, la Corte Suprema de

Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... El artículo trescientos cuarentitrés del Código Civil prescribe que **el cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden**; [...] [se] exige, expresamente, como elementos constitutivos de la sanción [...] los siguientes: **a)** la separación de uno de los cónyuges; **b)** que esta separación haya sido por su culpa, esto es, el legislador le establece dos elementos, uno objetivo, el alejamiento de los cónyuges y uno subjetivo, la culpa, los mismo [sic -léase los mismos-] que deben de concurrir copulativamente; [...] con relación al **punto a)**, esto es, la separación de uno de los cónyuges, es preciso esclarecer que este requisito [...] debe entenderse como el distanciamiento físico y permanente, que efectúa uno [sic -léase una-] de las partes, respecto de la relación matrimonial, esto es, no configura este elemento, el simple distanciamiento o alejamiento de dos personas temporalmente, sino el prolongado y continuo [sic -léase continuo-] alejamiento de las partes, lo cual implica la inobservancia flagrante y actual de los deberes propios del matrimonio; [...] Que, con relación al **punto b)**, el cónyuge culpable es aquel que con su conducta en forma deliberada, motivada o no, se aleja de la otra parte, esto es, la culpa es el elemento atributivo que se le imputa o atribuye al cónyuge, cuyo comportamiento ha generado el distanciamiento de las partes, por ende, solo se toma en cuenta el hecho de que uno de los cónyuges aparece como causante de la separación acontecida en la relación matrimonial; [...] la norma antes aludida, pareciera reproducir o reiterar lo dispuesto por el artículo trescientos cincuentitrés del Código Sustantivo [C.C.], sin embargo, se está ante dos supuestos de pérdida de derechos hereditarios [...]. En el primer caso, esto es, en el artículo trescientos cuarentitrés del Código acotado [C.C.], el contexto dentro del cual se desarrolla [...] esta sanción, es que debe haberse producido [sic -léase de haberse producido-] la separación de hecho, el cónyuge culpable pierde los derechos hereditarios que le corresponden [...]. En el segundo caso, regulado en el artículo trescientos cincuentitrés del Código Civil, el cónyuge divorciado no tiene derecho a heredar, como lógica consecuencia a la disolución completa y definitiva de la relación matrimonial...” (Casación Nro. 1406-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20735-20737).

- En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los *alimentos* de los hijos y los *de la mujer o el marido*, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden (art. 345 -primer párrafo- del C.C.).

- El juez velará por la *estabilidad económica del cónyuge* que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (art. 345-A, penúltimo párrafo, del C.C.).
- Son aplicables *a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho*, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, referidos a la distribución de los gananciales (art. 323 del C.C.), a la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable en caso de separación de hecho (art. 324 del C.C.), a la determinación de la pensión alimenticia en la sentencia recaída en el proceso de separación de cuerpos (art. 342 del C.C.), a la pérdida de derechos hereditarios del cónyuge culpable de la separación (art. 343 del C.C.), a la reparación del daño moral al cónyuge inocente en caso de divorcio (art. 351 del C.C., aplicable, insistimos, a la separación de cuerpos basada en la causal de separación de hecho por el plazo legal) y a la pérdida que sufre el cónyuge culpable del divorcio respecto de los gananciales procedentes de los bienes del otro cónyuge (art. 352 del C.C., aplicable, reiteramos, a la separación de cuerpos sustentada en la causal de separación de hecho por el plazo de ley). Así lo determina el último párrafo del artículo 345-A del Código Civil.
- La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de *separación de cuerpos*, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez (art. 24 del C.C.).
- Son causales de *desheredación del cónyuge* las previstas en el artículo 333, incisos 1) al 6), del Código Civil (art. 746 del C.C.). Tales causales de desheredación son las siguientes causales de separación de cuerpos: 1. el adulterio (art. 333 -inc. 1)- del C.C.); 2. la violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias (art. 333 -inc. 2)- del C.C.); 3. el atentado contra la vida del cónyuge (art. 333 -inc. 3)- del C.C.); 4. la injuria grave, que haga insoportable la vida en común (art. 333 -inc. 4)- del C.C.); 5. el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo (art. 333 -inc.

5)- del C.C.); y 6. la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (art. 333 -inc. 6)- del C.C.).

El Código Civil, en lo que atañe a los efectos de la separación de cuerpos en relación a los hijos, prescribe lo siguiente:

- Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (art. 340 del C.C.). Sobre el particular, no podemos dejar de mencionar que, a tenor del artículo 341 del Código Civil, 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 beneficiosas para los hijos.
- El juez señala en la sentencia (recaída en el proceso de separación de cuerpos) la *pensión alimenticia* que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa (art. 342 del C.C.).
- En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la *patria potestad*, los *alimentos* de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los *hijos menores de edad* y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden (art. 345 -primer párrafo- del C.C.).

6.12 Conclusión de la separación de cuerpos por reconciliación o divorcio de los cónyuges

El estado de separación de cuerpos -declarado por sentencia, como es obvio- concluye en los siguientes casos:

- Reconciliación de los cónyuges.
- Divorcio de los cónyuges.

6.12.1 Conclusión de la separación de cuerpos por reconciliación de los cónyuges

En relación al tema, Bossert y Zannoni formulan estas apreciaciones:

“La reconciliación puede operarse tanto antes de la demanda de separación personal o de divorcio, como durante el juicio, y, por supuesto, luego de la sentencia de separación personal (...).

Antes de la demanda de divorcio o de separación personal podrá hablarse de reconciliación cuando ha mediado separación judicial o de hecho entre los esposos, ya que si ellos han continuado conviviendo podría inferirse tolerancia de un cónyuge ante los agravios del otro, pero no reconciliación. Si la reconciliación acaece durante el juicio de separación personal o divorcio, produce la caducidad de la acción y, además, extingue para lo sucesivo el derecho de alegar las causas que la fundaron. Y si la reconciliación ocurre después de la sentencia de separación personal, cesan sus efectos y, para el futuro, los cónyuges reasumen en plenitud los derechos y deberes del matrimonio.

El elemento subjetivo que constituye sustancialmente la reconciliación lo es el recíproco perdón de los agravios y puede traducirse en una manifestación de voluntad expresa de los cónyuges o resultar tácitamente de la conducta que ellos asumen (...).

(...) Se presumirá la reconciliación si los cónyuges reiniciaran la cohabitación. La reanudación de la cohabitación importa un hecho objetivo que hace presumir legalmente la existencia del elemento subjetivo sustancial de la reconciliación.

Sin embargo, para que opere la presunción legal, deberá acreditarse la inequívoca voluntad de perdonar agravios, de reconstruir la vida en común...” (BOSSERT; y ZANNONI, 1989: 334-335).

Los indicados juristas, al tratar lo relativo a los efectos de la reconciliación de los cónyuges, manifiestan lo siguiente:

“... *‘La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda’*. Se extingue, de tal modo la acción de separación personal o de divorcio vincular, si aquélla sobreviene durante su sustanciación y cesan los efectos

de la separación personal decretada, si los esposos se reconcilian luego de la sentencia.

Quiere esto decir que se restablecen en plenitud los deberes y derechos personales entre los cónyuges, y cualquiera de los cónyuges puede presentarse ante el juez, haciendo saber la reconciliación para que el tribunal ordene dar por terminado el pleito y disponga el archivo del expediente. Esto implicará la caducidad de pleno derecho de las medidas precautorias eventualmente dispuestas sobre los bienes y las providencias relativas a la atribución de la vivienda (...), tenencia de los hijos, etcétera. Asimismo, se restablece la vocación hereditaria recíproca entre los esposos, sin que la separación judicial provisoria pueda ser invocada en el futuro (...).

En lo relativo al régimen patrimonial del matrimonio, la reconciliación provoca el restablecimiento *ipso iure* para el futuro de las condiciones de ganancialidad (...).

(...) La reconciliación obsta a que ulteriormente se decrete la separación personal o el divorcio vincular, por hechos anteriores a ella. (...) La reconciliación de los esposos en trance de separación personal o divorcio importa el perdón de los agravios por lo que, si quien fue culpable anteriormente no vuelve a reincidir en hechos capaces de originar la separación o el divorcio, el otro cónyuge no puede invocar los que fueron perdonados.

Sin embargo, la doctrina (...) y la jurisprudencia, consideran que las conductas culpables anteriores a la reconciliación pueden ser alegadas posteriormente si el cónyuge demandado reincide en ellas, puesto que constituyen antecedentes de comportamiento culpable.

Lo que ocurre es que estos hechos anteriores a la reconciliación no bastarían por sí solos para fundar una demanda de divorcio (o separación personal) posterior a ella; pero sí adquieren relevancia en el contexto de la conducta culpable posterior” (BOSSERT; y ZANNONI, 1989: 336-337).

Como se ha podido observar, la sentencia que declara el estado de separación de cuerpos no reviste la calidad de cosa juzgada, por cuanto sus efectos son susceptibles de ser revertidos en virtud de la reconciliación de los cónyuges (debidamente inscrita en el Registro de Personas Naturales). Es de destacar que, una vez reiniciada la vida en común de los cónyuges en razón de haberse producido la reconciliación entre ellos, el régimen de sociedad de gananciales correspondiente

es uno nuevo, pues el anterior régimen feneció y fue materia de liquidación debido a la separación de cuerpos que se produjo (arts. 318 -inc. 2)- y 332 del C.C.). También cabe puntualizar que, debido a la reconciliación de los cónyuges, se restituye a ambos en el ejercicio de la patria potestad y en el cumplimiento recíproco de las obligaciones de carácter alimentario. En suma, la conclusión del estado de separación de cuerpos declarado judicialmente por la reconciliación de los cónyuges, acarrea el restablecimiento de todas las relaciones, deberes y derechos derivados del matrimonio existentes antes de la emisión de la sentencia recaída en el proceso de separación de cuerpos, con excepción, claro está, de lo concerniente al régimen de sociedad de gananciales que, insistimos, es uno nuevo que reemplaza al anterior régimen liquidado.

Lo concerniente a la reconciliación de los cónyuges se encuentra normado en el artículo 346 del Código Civil, según el cual: A. cesan los efectos de la separación (de cuerpos) por la reconciliación de los cónyuges; B. si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso; C. si ocurriere (la reconciliación de los cónyuges) después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso; D. tanto la sentencia como la reconciliación (de los cónyuges) producida después de ella se inscriben en el registro personal (en la actualidad es el Registro de Personas Naturales); E. reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación (de cuerpos) sólo por causas nuevas o recién sabidas, no pudiéndose invocar en este juicio los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas.

6.12.2 Conclusión de la separación de cuerpos por divorcio de los cónyuges

En tanto que la separación de cuerpos solamente suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial (art. 332 del C.C.), el divorcio tiene efectos de mayor gravedad y de carácter definitivo que se resumen, precisamente, en la disolución del vínculo del matrimonio (art. 348 del C.C.), lo cual conlleva, como es evidente, a la conclusión del estado de separación de cuerpos.

Al respecto, el artículo 354 del Código Civil prescribe: A. que, transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio; y B. que igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

7. PROCESO DE DIVORCIO POR CAUSAL

7.1 Configuración

Bonnecase concibe al divorcio como “... la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial” (BONNECASE, 2003: 251).

Pavón califica al divorcio como “... la institución establecida por la ley para suprimir, en virtud de las causas que enumera, el desorden que se produce entre los cónyuges y reglar sus efectos, sea con disolución del vínculo matrimonial o sin ella, según el sistema que cada país haya adoptado” (PAVON, 1946, Tomo II: 54).

Azpíri asevera que “... el divorcio vincular produce la disolución del matrimonio en vida de los esposos, por sentencia judicial, extinguiéndose, como regla, todos los derechos-deberes personales y patrimoniales, sin perjuicio de alguna excepción...” (AZPIRI, 2000: 225).

Puig Peña dice del divorcio lo siguiente:

“... Consiste en aquella institución por cuya virtud se rompe o disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las que no se ha promovido impugnación, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo consorcio. Son notas, pues, fundamentales del divorcio las siguientes:

- 1.^a Es una institución jurídica comprensiva de una serie de relaciones que se abren en el Derecho a virtud de un *pronunciamiento judicial*. No hay divorcio sin que se declare tal por las autoridades del Estado.
- 2.^a Este recurso rompe unas nupcias *legal y válidamente contraídas*. En esto se diferencia el divorcio de la nulidad el matrimonio, que supone un estado de derecho viciosamente establecido. En el divorcio, el matrimonio no adolece de ningún vicio; se ha celebrado con todos los requisitos de forma y fondo que las leyes exigen, y es después de su vida plenamente jurídica cuando las partes provocan la ruptura de este vínculo perfectamente establecido.
- 3.^a El vínculo de referencia queda deshecho mediante el mismo, de tal forma que *los cónyuges quedan en libertad de pasar a contraer nuevo matrimonio*. En esto se diferencia de la simple separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas obligaciones particulares,

como la de cohabitación; pero el vínculo queda en pie, conservándose en su consecuencia el deber de fidelidad y no pudiendo los cónyuges pasar a nuevas nupcias” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 498-499).

El divorcio se encuentra regulado en el Capítulo Segundo (“Divorcio”) del Título IV (“Decaimiento y disolución del vínculo”) de la Sección Segunda (“Sociedad conyugal”) del Libro III (“Derecho de Familia”) del Código Civil, en los arts. 348 al 360. Justamente, el artículo 348 del citado cuerpo de leyes preceptúa que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

El divorcio precisa ser declarado judicialmente, constituyendo así un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso de conocimiento, siempre y cuando se funde en las causales señaladas en los incisos 1) al 12) del artículo 333 del Código Civil (art. 480 -primer párrafo- del C.P.C.). El Código Procesal Civil regula el proceso de conocimiento de divorcio en el Subcapítulo 1° (“Separación de cuerpos o divorcio por causal”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título I (“Proceso de conocimiento”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), en los arts. 480 al 485.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que “... por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley pueden acudir al órgano jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial entre ellos...” (Casación Nro. 5079-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22841-22842).

7.2 Causales de divorcio

En cuanto a las causales de divorcio, Carbonnier enseña que:

“La función de las causas de divorcio no se reduce a provocar su declaración sino también a determinar el sentido en que ha de pronunciarse. El divorcio da origen a la disolución del vínculo pero, además, precisa la *culpabilidad* o *inocencia* de los esposos que litigan.

El cónyuge que demuestra la existencia de un motivo de divorcio consigue, a la vez, que el juez afirme la culpabilidad del demandado. Si, aparte de esto, consigue neutralizar toda causa de divorcio contraalegada por aquél, no sólo demuestra que uno de los dos es culpable sino que también evidencia su propia inocencia logrando que el pronunciamiento jurisdiccional tenga lugar en beneficio suyo. El cónyuge inocente goza de determinados beneficios (...); el culpable queda sujeto a algunas sanciones privadas (...).

Cuando las causas de divorcio que aleguen ambas partes resulten plenamente probadas, el divorcio se declara *coimputable* a los cónyuges. Trátase, pues, de un divorcio con dos culpables sin que ninguno de ellos pueda beneficiarse de la declaración y en cambio quedan sujetos a las sanciones imponibles al contendiente culpable...” (CARBONNIER, 1961, Tomo I, Volumen II: 167).

El proceso de conocimiento de divorcio puede promoverse en base a las causales señaladas en los incisos 1) al 12) del artículo 333 del Código Civil (art. 480 -primer párrafo- del C.P.C. y art. 349 del C.C.), a saber:

1. El adulterio (arts. 333 -inc. 1)- y 349 del C.C.).
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias (arts. 333 -inc. 2)- y 349 del C.C.).
3. El atentado contra la vida del cónyuge (arts. 333 -inc. 3)- y 349 del C.C.).
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común, la misma que deberá ser apreciada por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges (arts. 333 -inc. 4)-, 337 y 349 del C.C.).
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo (arts. 333 -inc. 5)- y 349 del C.C.).
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (arts. 333 -inc. 6)- y 349 del C.C.).
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía (arts. 333 -inc. 7)- y 349 del C.C.).
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (arts. 333 -inc. 8)- y 349 del C.C.).
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio (arts. 333 -inc. 9)- y 349 del C.C.).
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio (arts. 333 -inc. 10)- y 349 del C.C.).
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (arts. 333 -inc. 11)- y 349 del C.C.).

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, siendo el plazo de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, debiéndose destacar que en tales casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil, según el cual ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio (arts. 333 -inc. 12)- y 349 del C.C.).

Por último, en cuanto a las causales de divorcio, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado de modo general lo siguiente:

- “... Resulta evidente, para este Supremo Tribunal que en este caso se presenta un conflicto intersubjetivo de intereses en donde debe de aplicarse el principio del iura novit curia, puesto que si bien es cierto se ha errado en la invocación de la causal de divorcio, no se han cambiado los hechos que sustentan el mismo, sino que estos mismos hechos sustentan otra causal de divorcio, prevista taxativamente en la ley, y que el A Quo ha aplicado correctamente, sustentando su decisión y valorando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes procesales legitimadas y naturalmente interesadas en el resultado del proceso, sino que la oposición ha provenido de la Sala de Familia, perjudicándose así los derechos e intereses comunes (y no controvertidos) de los litigantes...” (Casación Nro. 1500-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23652-23654).
- “... Se debe tener en cuenta el hecho que los cónyuges, moral y jurídicamente, están sujetos a determinadas reglas o deberes que posibilitan la vida en común, tales como el de cohabitación, fidelidad, asistencia y demás establecidos en el Código Civil. En ese contexto de recíproco respeto y fiel cumplimiento de las obligaciones matrimoniales, el cónyuge culpable causante del decaimiento del vínculo matrimonial, con su conducta es pasible de infringir uno o más deberes consustanciales al matrimonio, deberes que se encuentran reflejados en las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil, siendo ello así, nada impide accionar conjuntamente (al demandase) [sic -léase (al demandarse)-] o sucesivamente (con motivo de la reconvenición) por una o más causales de divorcio, más aún si legislativamente no se ha establecido su exclusión. [...] Por las razones expuestas, las instancias de mérito al emitir decisión por ambas causales de divorcio antes aludidas [separación de hecho y adulterio], en modo alguno han contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, específicamente el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, pues se ha emitido pronunciamiento sobre todas las cuestiones puesta a debate [sic -léase puestas a debate-] las mismas

que no son excluyentes...” (Casación Nro. 5079-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22841-22842).

7.3 Caducidad de la acción de divorcio por causal

Lo que atañe a la caducidad de la acción de divorcio por causal se halla normado en el artículo 339 del Código Civil (numeral aplicable al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.), infiriéndose del referido artículo lo siguiente:

- La acción de divorcio basada en la causal de adulterio, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de divorcio basada en la causal de atentado contra la vida del cónyuge, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de divorcio basada en la causal de homosexualidad sobreviniente al matrimonio, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de divorcio basada en la causal de condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años (impuesta después de la celebración del matrimonio), caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida.
- La acción de divorcio basada en la causal de violencia física o psicológica (que el juez apreciará según las circunstancias), caduca a los seis meses de producida la causa.
- La acción de divorcio basada en la causal de injuria grave (que haga insoportable la vida en común), caduca a los seis meses de producida la causa.
- La acción de divorcio basada en alguna de las demás causales (cuales son las siguientes: causal de abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda este plazo; causal de conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común; causal de uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía; causal de enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; causal de imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial; y causal de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años,

si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad, y de cuatro años en caso de tenerlos) está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

7.4 Competencia para conocer del proceso de divorcio por causal

Tiene competencia para conocer del proceso de divorcio por causal específica, el Juez de Familia del lugar del domicilio del demandado o del lugar del último domicilio conyugal, a elección del demandante. Ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 -inciso 2)- del Código Procesal Civil y 53 -apartado: *en materia civil*, literal a)- de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

7.5 Legitimidad activa para incoar la acción de divorcio por causal

Azula Camacho, acerca de la legitimidad activa en el proceso de divorcio, considera que:

“Las partes en este proceso están constituidas por los cónyuges. Cuando cualquiera de ellos es incapaz concurre al proceso por conducto de su representante legal, si lo tiene, o de no, por el curador que se le designe para la litis. Esa representación (...) no reside en los padres, puesto que estos la ejercen con base en la patria potestad, la cual finaliza por el hecho del matrimonio.

(...)

Además, interviene como parte principal y forzosa el agente del ministerio público en interés de los hijos (...). De acuerdo con esta disposición, que supedita el objeto de la intervención del ministerio público a la defensa de los intereses de los hijos, consideramos que cuando estos no existen o son mayores de edad no se requiere la presencia de dicho funcionario...” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo III: 286).

El referido autor señala, además, que:

“La ley solo legitima para demandar el divorcio al cónyuge que no ha dado lugar a los hechos que estructuran la causal que se invoca como fundamento del mismo (...).

Lo anterior significa que cuando los dos cónyuges son responsables de la misma causal, pero por hechos independientes, cada uno puede demandar con base en la conducta del otro. *Contrario sensu*, si el hecho que configura la causal por parte de un cónyuge, es consecuencia o resultado de la conducta del otro, a este se le cierra la posibilidad de reclamar el divorcio (...).

Estriba lo dicho en que, en el primer caso, no existe compensación de culpas entre los dos cónyuges, mientras que, en el segundo, el cónyuge que, con su conducta propicia la culpa del otro, es también responsable de ella (...).

Cuando la causal de divorcio es la separación judicial o de hecho superior a dos años, como (...) no (se) la incluye entre las que solo puede invocar el cónyuge inocente o que no da lugar a los hechos que la configuran, se concluye que cualquiera de los dos está legitimado para demandarla.

Se desprende de lo anterior que en la referida causal no obra ningún aspecto de carácter subjetivo, (...) lo cual, además, es exclusivo de ella, pues no obra respecto de las restantes que requieren la inocencia en el demandante.

Algunos doctrinantes critican este criterio y son partidarios de limitar la legitimación para demandar el divorcio al cónyuge inocente, vale decir, quien no dio lugar a los hechos, pues no es razonable que quien origina la separación pueda invocarla como fundamento de su pretensión.

Tal aseveración, sin embargo, no tiene asidero en la ley ni la realidad. En efecto, en cuanto a lo primero, por la perentoriedad y claridad de la disposición no permite darle ese alcance, porque contempla (...) solo el aspecto objetivo de la separación y el tiempo; respecto de lo segundo, por la aquiescencia o consentimiento del cónyuge que no dio lugar a la separación de hecho, al mantener esa situación durante todo ese tiempo, cuando podía formular su propia demanda con base en esa situación...” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo III: 293-294).

En lo que atañe a la legitimidad activa para incoar la acción de divorcio por causal específica, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, debe tenerse presente:

- Que la acción de divorcio corresponde a los cónyuges, pero si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica, pudiendo ejercerla, representando al incapaz, el curador especial a falta de ascendientes (art. 334 del C.C., aplicable en caso de divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).
- Que ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda de divorcio en hecho propio, salvo que se trate de la causal de separación de hecho de los cónyuges por un período ininterrumpido de dos años, período que se hace extensivo a cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores

de edad (arts. 333 -inc. 12)-, 335 y 355 del C.C.). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... El artículo trescientos treinticinco del Código Sustantivo [...] prohíbe a los cónyuges amparar su demanda de divorcio en hecho propio. [...] Que, dicha norma supone que el cónyuge demandante haya propiciado la causal sustento de su pretensión...” (Casación Nro. 1431-2000 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6697).

- Que no puede intentarse el divorcio por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó, y que la cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción (art. 336 del C.C., aplicable en caso de divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).
- Que no puede invocar la causal de divorcio a que se refiere el inciso 10) del artículo 333 del Código Civil (cual es la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio), quien conoció el delito antes de casarse (art. 338 del C.C., aplicable en caso de divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).
- Que para invocar la causal de divorcio de separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, o de cuatro años si los cónyuges tuvieron hijos menores de edad, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo (arts. 333 -inc. 12)-, 345-A, primer párrafo, y 349 del C.C.).

7.6 Intervención del Ministerio Público en el proceso de divorcio por causal

En el proceso de divorcio por causal específica, conforme se desprende del artículo 481 del Código Procesal Civil, es parte el representante del Ministerio Público (debiendo constituirse e intervenir como tal en el mencionado proceso), por lo que no emite dictamen alguno.

7.7 Impulso del proceso de divorcio por causal

Entre las excepciones que prevé el Código Procesal Civil, por las que se exime al Juez de su obligación de impulsar el proceso de oficio, tenemos la correspondiente al proceso de divorcio por causal específica, en el que, por mandato del artículo 480 -segundo párrafo- del citado Código, sólo se impulsa a pedido de parte.

7.8 Variación de la pretensión de divorcio a la de separación de cuerpos

Según se colige de los artículos 357 del Código Civil y 482 del Código Procesal Civil, en cualquier estado del proceso de divorcio por causal, y siempre que no se haya emitido aún la sentencia de primera instancia, tanto el demandante como el reconviniente están facultados para variar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos. Lo señalado constituye una excepción a la regla general contemplada en el artículo 428 del Código Procesal Civil, por la cual sólo se pueden modificar la demanda y la reconvenición hasta antes de que sean notificadas.

En lo que concierne a la variación de la pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo normado en el artículo 358 del Código Civil, aunque la demanda o la reconvenición tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien. Lo indicado en dicho precepto legal representa una salvedad al principio de congruencia procesal que impide al magistrado, entre otras cosas, resolver en forma extrapetita, lo cual sucede cuando el pronunciamiento trata sobre algo ajeno a las pretensiones de las partes, o sea, cuando alguna de las pretensiones invocadas (como es la de divorcio, en el caso particular) es sustituida por otra (como es la de separación de cuerpos, circunscribiéndonos al caso particular) que no ha sido planteada en el proceso por los litigantes.

Las disposiciones contenidas en los artículos 357 y 358 del Código Civil y 482 del Código Procesal Civil (vistos líneas arriba) se fundan en la importancia que reviste la institución matrimonial para la sociedad en su conjunto y en la necesidad imperiosa de tratar de preservar el vínculo matrimonial a como dé lugar para evitar los efectos nocivos de su ruptura definitiva. Las mencionadas normas legales tienen por objeto, pues, favorecer la reconciliación entre los cónyuges.

7.9 Acumulación originaria de pretensiones accesorias

En el proceso de divorcio por causal específica el actor debe proponer en la demanda la acumulación de las siguientes pretensiones que, en relación con la principal de divorcio, tienen la calidad de accesorias (ello conforme al art. 483 -primer párrafo- del C.P.C.): A. alimentos; B. tenencia y cuidado de los hijos; C. suspensión o privación de la patria potestad; D. distribución de bienes gananciales (porque en razón del divorcio fenecerá el régimen de sociedad de gananciales); E. las demás pretensiones concernientes a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal de divorcio.

En el proceso de divorcio por causal específica, la acumulación originaria de las pretensiones accesorias indicadas en el párrafo anterior procederá siempre y cuando no exista decisión judicial firme en los eventuales procesos en que se ventilen en forma autónoma dichas pretensiones. Si respecto de las pretensiones accesorias debatidas en forma autónoma en otros procesos hubiera recaído una decisión judicial que quedó consentida, será posible su acumulación originaria (vale decir, en la demanda respectiva) a la pretensión principal de divorcio por causal específica, siempre que se proponga la variación de las indicadas pretensiones accesorias. Ello se infiere del primer y último párrafos del artículo 483 del Código Procesal Civil.

Conforme se desprende del segundo párrafo del artículo 483 del Código Procesal Civil, en el proceso de divorcio por causal específica, para la acumulación originaria de las pretensiones accesorias señaladas anteriormente, no se exigirá los requisitos previstos para la acumulación objetiva en general en los incisos 1) y 3) del artículo 85 del citado cuerpo de leyes, cuales son, respectivamente, los siguientes: A. que las pretensiones materia de acumulación sean de competencia del mismo Juez; y B. que las pretensiones materia de acumulación sean tramitables en una misma vía procedimental.

Al respecto, debe tenerse presente lo normado en el segundo y tercer párrafos del artículo 480 del Código Procesal Civil, según el cual: A. cuando haya hijos menores de edad, tanto el demandante como el demandado deberán anexar a su demanda o contestación una propuesta respecto a las pretensiones de tenencia, régimen de visitas y alimentos; B. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas y atendiendo a la naturaleza de las pretensiones, puede citar a una audiencia complementaria, en la cual oír a los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el acuerdo; y C. el Juez evalúa las coincidencias entre las propuestas atendiendo a un criterio de razonabilidad, asimismo tomará en consideración la conducta procesal de aquel que haya frustrado el acto conciliatorio respecto a dichas pretensiones.

7.10 Acumulación sucesiva de pretensiones accesorias

Si existieran procesos pendientes de sentencia en que se estén ventilando en forma autónoma las pretensiones citadas en el artículo 483 del Código Procesal Civil (cuales son las siguientes: A. alimentos; B. tenencia y cuidado de los hijos; C. suspensión o privación de la patria potestad; D. distribución o separación de bienes gananciales; y E. las demás pretensiones concernientes a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal

de divorcio por causal), que en relación con la pretensión de divorcio por causal específica son consideradas pretensiones accesorias, es viable la acumulación de tales procesos pendientes de sentencia con el proceso de divorcio por causal (art. 484 -primer párrafo- del C.P.C.).

La acumulación de procesos a que se hace mención líneas arriba procede a pedido del actor o del demandado en el proceso de divorcio por causal específica (o sea, a solicitud de cualquiera de los cónyuges), debiendo el peticionante acreditar (documentalmente) la existencia del expediente correspondiente al proceso que se quiere acumular al de divorcio por causal específica. Una vez presentada la solicitud de acumulación de procesos con la prueba pertinente sobre la existencia del indicado expediente, el Juez que conoce del proceso de divorcio por causal específica cursará el respectivo oficio al Juez que conoce del proceso en que se debate la pretensión o pretensiones accesorias citadas en el artículo 483 del Código Procesal Civil (mencionadas en el párrafo precedente), a efecto de que este último Juez le remita dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad, el expediente del proceso que dirige (art. 484 -último párrafo- del C.P.C.).

La resolución que emita el Juez que conoce del proceso de divorcio por causal específica, acerca de la solicitud de acumulación sucesiva de procesos que estamos examinando en este punto, no puede ser recurrida por ninguna de las partes, en atención a la calidad de inimpugnable que le otorga el último párrafo del artículo 484 del Código Procesal Civil.

7.11 Medidas cautelares procedentes en el proceso de divorcio por causal

“Como consecuencia de la extensión de la competencia del tribunal que entiende en el divorcio, a él compete adoptar todas las medidas cautelares y provisionales que sean necesarias sobre las personas de los cónyuges y de los hijos menores, su residencia, y sus relaciones patrimoniales. Todas ellas tienen carácter provisional y transitorio, y pueden ser ampliadas, modificadas, reducidas o sustituidas durante el curso del proceso, al par que quedan subordinadas a lo que se resuelva en la sentencia o después de ella” (BELLUSCIO, 1981: 431).

Suárez Franco, en lo atinente a las medidas preventivas en el proceso de divorcio, hace estas precisiones:

“... Son de diversa naturaleza: unas que se refieren a los cónyuges, otras a los hijos y unas últimas de carácter económico patrimonial versan sobre los bienes (...). Estas medidas podrá el juez dictarlas con la admisión de la demanda o antes si hubiere urgencia.

1ª) *En relación con los cónyuges.* a) *Autorizar a los cónyuges para que vivan separados.* La separación de los cónyuges es una consecuencia inmediata y prácticamente ineludible, frente a la situación creada por la presentación de la demanda por parte de uno de los cónyuges. Es presumible que en la mayoría de los casos el hecho de la iniciación del juicio cause un más grave traumatismo en las resquebrajadas relaciones matrimoniales de los cónyuges; por tal motivo, el juez no debe demorar esta primera medida, a nuestro juicio, de ineludible pronunciamiento.

(...)

b) *Evitar suplantación del parto (...).*

2ª) *En relación con los hijos. Custodia de los hijos.* El juez, en el acto en que decreta las medidas provisionales, resolverá con especial cuidado y prestancia lo tocante a la custodia de los hijos concediéndosela a uno de los padres, o a uno de sus parientes más próximos o a un tercero, para lo cual deberá tener en cuenta ante todo el interés de los hijos.

(...)

3ª) *De carácter económico patrimonial.* a) *Sostenimiento de los cónyuges.* (...) Corresponde al juez determinar la cantidad con que los cónyuges, según sus facultades, deben contribuir para su habitación y sostenimiento, así como para el mantenimiento de los hijos que queden bajo la custodia y para las expensas de la litis (...).

(...)

b) *El embargo y secuestro de los bienes.* El juez, a solicitud de parte, puede decretar el embargo y secuestro de los bienes que se le soliciten, siempre y cuando se ofrezca caución suficiente para prever posibles perjuicios..." (SUAREZ FRANCO, 2001, Tomo I: 210-211).

De acuerdo a lo normado en el artículo 485 del Código Procesal Civil, en el proceso de divorcio por causal específica 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.

- Administración y conservación de los bienes comunes (que conforman la sociedad de gananciales).

El referido artículo 485 del Código Procesal Civil trata, pues, acerca de la procedencia, en el proceso de divorcio por causal específica, de las llamadas medidas (cautelares) temporales sobre el fondo, que el citado cuerpo de leyes contempla de manera especial en el Sub-Capítulo 2° (“Medidas temporales sobre el fondo”) del Título IV (“Proceso cautelar”) de su Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), por lo que debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 674, 677 y 680 del Código Procesal Civil, que establecen lo siguiente:

- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida (medida cautelar temporal sobre el fondo) puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y no afecten el interés público (art. 674 del C.P.C.).
- 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 del Código Procesal Civil (art. 677 del C.P.C.).
- En cualquier estado del proceso (de separación o *divorcio*) 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 (art. 680 del C.P.C.).

7.12 Conversión de la separación de cuerpos en divorcio

Bossert y Zannoni, en lo que atañe a la conversión de la separación personal (separación de cuerpos) en divorcio, sostienen que:

“... Si bien la separación personal y el divorcio vincular constituyen alternativas a disposición de los cónyuges ante el conflicto matrimonial,

lo cierto es que aun en los casos en que ellos hubiesen optado por acudir a su separación personal, y no al divorcio vincular, (...) la separación personal siempre puede transformarse en divorcio vincular (...).

(...)

(...) Si uno o ambos cónyuges solicitan la conversión ante el juez que entendió en el juicio, éste deberá realizar un control de legalidad a efecto de determinar si están reunidos los presupuestos legales: si la sentencia de separación se encuentra firme, y si ha transcurrido el plazo que la ley establece...” (BOSSERT; y ZANNONI, 1989: 340).

Sobre el particular, Azpiri expone lo siguiente:

“Es posible acceder al divorcio vincular habiendo obtenido previamente la separación personal; para ello será necesario convertir la sentencia anterior en divorcio vincular.

(...)

El juez competente será el que hubiere intervenido en el juicio de separación personal, aunque esta regla puede sufrir excepciones cuando ambos esposos hubieran trasladado su domicilio.

Cuando el pedido de conversión es unilateral, debe ser notificado al otro esposo en su domicilio real y, si es desconocido, por edictos, puesto que de esta manera se garantiza el derecho de defensa en juicio en un proceso de estado de familia.

Si bien el otro esposo no puede oponerse a la conversión, la única defensa a esgrimir sería que el plazo no ha transcurrido o bien que se ha producido una reconciliación entre ellos no denunciada dentro del expediente, en virtud de lo cual (...) han cesado los efectos de la sentencia de separación personal.

Debe darse intervención al fiscal, por tratarse de un pedido del cual deriva la modificación del estado de las personas.

La sentencia que acoge el pedido se limita a decretar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.

La misma deberá ser notificada a las partes e inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como todas las sentencias que modifican un estado de familia” (AZPIRI, 2000: 267-268).

Lo relativo a la conversión de la separación de cuerpos en divorcio se encuentra regulado en el artículo 354 del Código Civil, conforme al cual:

- Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.
- Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

7.13 Fin del proceso de divorcio por reconciliación de los cónyuges

Ripert y Boulanger, en relación a la reconciliación de los cónyuges, predicán lo siguiente:

“... Cuando hay reconciliación es porque el esposo ofendido consiente en *perdonar*: olvida los agravios del otro; la reconciliación vale pues como *renuncia al derecho de pedir el divorcio*.

(...)

(...) La reconciliación impide la demanda de divorcio o detiene el procedimiento ya comenzado, cuando se produce en el curso de la instancia; produce el efecto de una amnistía, que borra el pasado (...).

La excepción de reconciliación de los esposos es de orden público; por lo tanto puede ser opuesta en cualquier estado de la causa (...); y, ante el silencio de las partes, puede ser suplida de oficio por el juez (...).

(...) Los agravios perdonados pueden revivir, por así decir, y ser renovados en su virtualidad como causas de divorcio en dos casos: 1° si el esposo culpable de ellos reincide y comete nuevas fallas; y 2° cuando se descubren hechos antiguos y desconocidos que por sí solos fueran suficientes para la admisión del divorcio (...). En los dos casos, esos hechos nuevos o recién descubiertos, y que en consecuencia no fueron objeto del perdón acordado, podrán servir de base a una demanda de divorcio, y aunque por sí solos no fueran bastantes para motivarla, se los sumará a los hechos perdonados para ser apreciados en conjunto...” (RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I: 376-378).

Según Carbonnier:

“... La estimación de la reconciliación se condiciona a la presencia de un elemento *material* y otro *psicológico*, pues los cónyuges han de avenirse física y espiritualmente. Las manifestaciones de voluntad -expresas o presuntas- por parte de los cónyuges, carecen de eficacia si no van completadas con el requisito de la intencionalidad (aunque se trate de manifestaciones duraderas), ya que el hecho de convivir pudiera ser equívocamente interpretado en caso de faltar dicho presupuesto (puede suponerse que los consortes se resignan a continuar conviviendo provisionalmente en interés de los hijos). Se requiere la voluntad de ambos esposos; la sola voluntad del cónyuge inocente es inoperante pues la reconciliación no consiste en un perdón unilateral sino que se configura como ‘*reconciliatio matrimonii*’, debido a que la vida conyugal se hace de nuevo tolerable y sus vínculos vuelven a estrecharse.

Una vez demostrada la reconciliación, todas las causas de divorcio (...) quedan enervadas a virtud de la avenencia matrimonial. Técnicamente estamos en presencia de una excepción que paraliza la acción de divorcio no ejercitada, o la extingue en caso de haberse deducido. La reconciliación es una excepción de orden público que, al igual que las demás defensas esgrimibles en materia de divorcio, se dirige a la consolidación de la unión matrimonial, por lo que puede hacerse valer en cualquier fase litigiosa, pudiendo apreciarse de oficio por el juzgador, cuando de las actuaciones procesales se desprenda que los esposos se reconciliaron con posterioridad a los acaecimientos alegados como motivos de disolución.

Los efectos de la reconciliación sólo se extienden a los hechos anteriores. La vida conyugal puede hacerse intolerable por la superveniencia de nuevos agravios o el descubrimiento de datos ignorados; incluso cabe que, en tal situación, puedan argüirse de nuevo las causas de divorcio que hubieran sido detenidas por obra de la reconciliación...” (CARBONNIER, 1961, Tomo I, Volumen II: 165-166).

Lo concerniente al fin del proceso de divorcio por reconciliación de los cónyuges se halla normado en el artículo 356 del Código Civil, en estos términos:

“Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian.

Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346 [*del C.C.*].

Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud”.

El artículo 346 del Código Civil, a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 356 de dicho Código sustantivo (citado precedentemente), versa sobre la reconciliación de los cónyuges respecto de los cuales se tramita o se ha tramitado un proceso de separación de cuerpos, y señala lo siguiente:

“Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso.

Tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal [*en la actualidad es el Registro de Personas Naturales*].

Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas”.

7.14 Facultad judicial de declarar la separación de cuerpos en vez del divorcio

Con arreglo a lo previsto en el artículo 358 del Código Civil, aunque la demanda o la reconvención tenga por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien. La referida norma legal establece así una salvedad al principio de congruencia procesal que prohíbe al Juez, entre otras decisiones, resolver en forma extrapetita, lo que acontece cuando el pronunciamiento judicial versa acerca de cuestión extraña a las pretensiones de los sujetos procesales, vale decir, cuando alguna de las pretensiones planteadas por aquéllos (como es la de divorcio, circunscribiéndonos al caso particular) es sustituida por otra (como es la de separación de cuerpos, centrándonos en el caso particular) que no ha sido invocada en el proceso por las partes.

El artículo 358 del Código Civil se basa en la incuestionable importancia que tiene el matrimonio en la sociedad y en la necesidad de conservar, en la medida de lo posible, el vínculo matrimonial, a fin de evitar las terribles consecuencias que conlleva la disolución de dicho vínculo tanto para los hijos como para los mismos cónyuges. El indicado precepto legal está dirigido, pues, a favorecer la reconciliación entre los cónyuges, y ésta es factible si sólo se declara la separación de cuerpos en vez de una situación definitiva como es el divorcio.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República se ha pronunciado de esta manera: “... La norma antes citada (art. 358 del C.C.) establece

que aunque en (sic) la demanda o la reconvencción tenga por objeto el divorcio, el Juez sólo puede declarar la separación si parece probable que los cónyuges se reconcilien, empero en la presente causa el demandante no ha probado los hechos que alega para la obtención del divorcio; (...) al no haberse (sic) probado el actor su pretensión, no puede disponerse la separación de los cónyuges, máxime aún que no fue solicitada” (Casación Nro. 454-96 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-12-1996, págs. 2593-2594).

7.15 La sentencia en el proceso de divorcio por causal

Carbonnier estima que los caracteres jurídicos de la sentencia definitiva que declara el divorcio son los que enuncia a continuación:

- “1.º Se trata de una sentencia *constitutiva*. La sentencia disuelve el vínculo y confiere a los cónyuges una nueva situación, la de consortes divorciados. Su calidad constitutiva determina que los efectos operen a partir del día en que fue dictada, sin alcance retroactivo.
- 2.º Se trata de una resolución *oponible respecto de terceros*. Por tanto debe ponerse en su conocimiento mediante (...) especialmente inscripción en el registro del servicio del estado civil. La fecha de dicha transcripción sirve de referencia para graduar la eficacia ‘*erga omnes*’ de la sentencia de divorcio (pues su alcance pecuniario se cifra en la disolución del régimen matrimonial)” (CARBONNIER, 1961, Tomo I, Volumen II: 176).

Azula Camacho precisa que la sentencia en el proceso de divorcio, si acoge los pedimentos del demandante, contiene estos pronunciamientos:

- “A) *Decretar el divorcio de los cónyuges (...).*
- B) *Declarar disuelta la sociedad conyugal formada entre los cónyuges (...).*
- C) *Disponer en poder de quién quedan los hijos menores*, que puede ser al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos o de una tercera persona, atendiendo para ello (a) su edad, sexo y la causa del divorcio.
- D) *Determinar a quién le corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados*, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine la suspensión o pérdida de la misma; o si los hijos deben quedar bajo guarda.
- E) *Señalar la proporción con que cada cónyuge debe contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes (...).*
- (...)

F) *Fijar, si fuere el caso, el monto de la pensión alimenticia que uno de los cónyuges debe dar al otro (...).*

(...)

G) *Disponer que se comunique al funcionario que corresponda (...) para que inscriba la sentencia en el folio donde se sentó la partida de matrimonio y en la de nacimiento de cada uno de los cónyuges” (AZULA CAMACHO, 2000, Tomo III: 298-301).*

7.16 Consulta de la sentencia de divorcio

En principio, cabe señalar que la consulta es un instrumento procesal de control de resoluciones judiciales por el cual la instancia superior conoce en ciertos casos expresamente contemplados en la ley lo resuelto por el inferior jerárquico, que no ha sido objeto de impugnación por parte de los justiciables o sus representantes. Para tal efecto son elevados los autos de oficio por el Juez a quo.

Ahora bien, lo concerniente a la consulta de la sentencia de divorcio se halla contemplado en el artículo 359 del Código Civil, según el cual, si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la consulta de la sentencia de divorcio, ha establecido lo siguiente:

- “... Los autos deben elevarse en consulta al Superior (de no apelarse la sentencia que declara el divorcio), tal como la norma antes acotada (art. 359 del C.C.) indica, debiéndose advertir que esta consulta responde al acatamiento de una norma de carácter imperativo que no persigue la absolución del grado porque no hay grado que absolver sino simplemente su examen o conformidad con lo resuelto por el Juez inferior” (Casación Nro. 230-96 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-05-1998, pág. 1008).
- “... El Artículo trescientos cincuentinueve del Código Civil dispone que si no se apela de la sentencia que declara el divorcio será consultada. (...) Que, esa es la situación del proceso, porque al no ser apelada la sentencia que declaró fundada la demanda de divorcio se elevó en consulta al superior. (...) Que, a pesar de ello la Sala Civil que conoció la consulta, desnaturalizando el proceso consideró que se trataba de una apelación y resolvió como tal, revocó la apelada y reformándola declaró infundada la demanda” (Casación Nro. 3154-98 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-09-1999, págs. 3567-3568).

- “... La reformatio in peius es una locución latina, que se traduce como ‘reformatar en peor’ o ‘reformatar en perjuicio’. La expresión se utiliza cuando, tras un recurso de apelación, el órgano jurisdiccional revisor dicta la sentencia resolviendo la causa modificando en perjuicio del recurrente los términos en que fue dictada la primera sentencia. Empero esta regla no es aplicable en los procesos de divorcio, por aplicación del instituto de la ‘consulta’ que permite al superior revisar lo resuelto aun cuando no medie apelación. Y si bien este proceso no fue elevado en consulta, sino por apelación del actor, el Colegiado Superior procedió [modificando la resolución impugnada en perjuicio del recurrente] en ejercicio de sus funciones...” (Casación Nro. 633-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, pág. 22966).

7.17 Efectos del divorcio

Azpiri, en lo relativo a los efectos del divorcio, afirma que:

“... El vínculo matrimonial se disuelve (...) por sentencia de divorcio vincular (...). Esto significa que los hasta entonces cónyuges, luego de la sentencia, quedan emplazados en el estado de divorciados vincularmente y, como consecuencia de ello, se extinguen todos los efectos del matrimonio, salvo los que expresamente la ley reconoce como subsistentes.

(...)

Una de las consecuencias del fin del matrimonio es la recuperación de la aptitud nupcial, ya que no subsiste el matrimonio anterior, que es el impedimento establecido (...) para contraer un nuevo vínculo.

(...)

(...) La sentencia de divorcio vincular hace cesar totalmente la vocación hereditaria entre los cónyuges (...).

(...)

Cuando la mujer hubiere optado por utilizar el apellido del marido pierde este derecho luego de la sentencia de divorcio vincular.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque (...) (se) permite que la esposa continúe con su utilización si hay acuerdo entre los esposos o ella solicitare conservarlo para el ejercicio de su industria, comercio o profesión cuando fuese conocida de dicha manera en esa actividad” (AZPIRI, 2000: 335-337).

Suárez Franco anota que son efectos del divorcio los que describe a continuación:

- “a) *Con relación a los cónyuges*. El divorcio vincular del matrimonio civil trae como consecuencia, tal vez la más importante, el rompimiento del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en libertad para volver a contraer matrimonio válido.

El rompimiento del vínculo (...) ocasiona a su vez la terminación de las obligaciones recíprocas entre los esposos, a saber: la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua y se disuelve la sociedad conyugal (...).

- b) *Con relación a los hijos*. Los hijos nacidos dentro del matrimonio mantienen, obviamente, su carácter de legítimos, y la custodia y el ejercicio de la patria potestad corresponderá a quien el juez se las asigne (...).

(...)

- c) *Con relación a los bienes*. Este efecto del divorcio comprende tres cosas muy distintas:

1ª) La primera (...) se refiere a la disolución de la sociedad conyugal (...). Por consiguiente, para su liquidación debe optarse por una de dos vías: o de común acuerdo ante notario, valiéndose de escritura pública, o por conducto judicial ante el mismo juez que conoció del divorcio.

2ª) Consiste en la revocación de donaciones (...) derecho que (...) (se) reserva al cónyuge inocente, sin que el cónyuge culpable pueda invocar derechos o concesiones estipuladas exclusivamente a su favor en capitulaciones matrimoniales. Cuando en la secuela del juicio se estableciere la culpabilidad de ambos cónyuges y el juez decretase el divorcio, ninguno podrá invocar el derecho de revocatoria de donaciones.

3ª) (...) Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar *ab intestato* en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal (...). La sentencia de divorcio ocasiona (...) la disolución de la sociedad conyugal, lo cual trae a su vez la liquidación de ella, en la que les será adjudicada su cuota de gananciales a cada uno de los cónyuges, y con esto precluye todo derecho de carácter económico con relación a los bienes matrimoniales. Disuelto el matrimonio, los cónyuges dejan de ser tales y pierden todo

vínculo familiar entre sí, lo cual trae como consecuencia la pérdida de toda vocación hereditaria” (SUAREZ FRANCO, 2001, Tomo I: 222-224).

El Código Civil, acerca de los efectos del divorcio, prescribe lo siguiente:

- A. Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone (art. 360 del C.C.).
- B. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio (art. 348 del C.C.).
- C. Fenece el régimen de sociedad de gananciales por divorcio (art. 318 -inc. 3)- del C.C.). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente:
 - “... Por el divorcio fenece la sociedad de gananciales generada por el vínculo matrimonial[,] por lo que al ampararse la demanda se da por concluido el régimen patrimonial, siendo en ejecución de sentencia que se formalizarán las etapas de liquidación previstas en el artículo 320 del Código Civil...” (Casación Nro. 575-2004 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2006, págs. 15281-15282).
 - “... En ejecución de sentencia [del proceso de divorcio] se establecerá tal calidad de los bienes que puedan existir y que integraron la sociedad de gananciales...” (Casación Nro. 2101-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20420).
- D. El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (art. 352 del C.C.). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... Las instancias inferiores han resuelto declarando disuelto el vínculo matrimonial ordenando la pérdida de la sociedad de gananciales por parte de la cónyuge culpable así como la pérdida del derecho alimentario por ser la causante del divorcio; [...] de lo anterior se colige que las instancias se han excedido en su pronunciamiento toda vez que no fue peticionada la pérdida de la sociedad de gananciales, con lo cual se ha afectado el derecho al debido proceso que tiene la recurrente, pues se ha contravenido lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código adjetivo, siendo de considerar además que el artículo trescientos cincuentidós del Código Civil sólo dispone que el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro...” (Casación Nro. 2554-00 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7195-7196).

- E. El régimen de separación de patrimonios fenece por divorcio (arts. 318 -inc. 3)- y 331 del C.C.).
- F. Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (art. 340 del C.C., aplicable también al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... Ambas partes, demandante y demandada, han celebrado un acuerdo de conciliación respecto a la patria potestad y otras pretensiones acumuladas; sin embargo, por aspectos de fondo, dicho acuerdo no puede infringir la naturaleza indisponible del derecho sustancial y someterse a un acuerdo o avenimiento de las partes, por cuanto la declaración de suspensión de la patria potestad, en los casos de separación o divorcio por culpa de uno de los cónyuges, constituye un efecto o consecuencia de tales supuestos cuyo cumplimiento no admite pactarse en sentido contrario, ya que además, no se trata de una separación convencional” (Casación Nro. 719-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10-12-1998, pág. 2205).
- G. 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 beneficiosas para los hijos (art. 341 del C.C., numeral que integra la normatividad referida a la separación de cuerpos y que resulta aplicable también al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).
- H. El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa (art. 342 del C.C., que integra la normatividad referida a la separación de cuerpos y que resulta aplicable también al divorcio por disposición del art. 355 del C.C.).

I. Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso (art. 350 del C.C.). Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo trescientos cincuenta del Código Civil regula los efectos de la declaración de divorcio respecto de los cónyuges, siendo su efecto inmediato el cese de la obligación alimenticia entre el marido y la mujer, obligación que nace del deber de asistencia mutua como consecuencia inmediata del matrimonio que consagra el artículo doscientos ochenta y ocho del citado Código material. El supuesto que la norma establece parte de la premisa de que al momento de la declaración de divorcio, ambos cónyuges se estuvieran procurando alimentos mutuamente por el sólo [sic] hecho del matrimonio y de los deberes que surgen de aquél, en cuyo caso, al darse por concluido el vínculo matrimonial, inmediatamente cesan todos sus efectos, incluido el de prestarse alimentos entre las partes...” (Casación Nro. 4670-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).
- “... El demandante viene abonando a la demandada una pensión de alimentos en virtud a un mandato judicial [...], el mismo que, por su naturaleza, no constituye cosa juzgada; en tal contexto, las instancias de mérito no podían pronunciarse [en el proceso de divorcio] sobre el cese de una obligación que ya fue determinada por otro órgano jurisdiccional en un proceso que aún se encuentra en trámite; y si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta del Código Civil, es efecto del divorcio respecto de los cónyuges -entre otros-, el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer, dicha norma debe ser interpretada dentro de un contexto en que los cónyuges se hubieran prestado mutuamente, y sin coerción alguna, los citados alimentos, circunstancia que no se presenta en este caso,

pues fue la demandada quien, ante el cese unilateral del aporte de parte del demandante, tuvo que recurrir al Poder Judicial para efectos de obtener un fallo que lo compela a cumplir con prestarlos; [...] interpretar lo contrario implicaría contravenir abiertamente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ya que se estaría ordenando el cese de la pensión de alimentos dispuesta en un proceso judicial distinto al que nos ocupa [sobre divorcio], vulnerando la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues es en dicho proceso, y no en éste, que el actor debe hacer valer las razones por las cuales estima que ya no le corresponde seguir abonando los alimentos ordenados por el Juez a favor de su cónyuge...” (Casación Nro. 4670-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).

- “... Existe interpretación errónea del artículo trescientos cincuenta del Código Civil, cuando el Colegiado Superior estima que, aún existiendo un proceso de alimentos en el que se ha determinado la obligación alimenticia a cargo del demandante, debe cesar la prestación de aquella a favor de la cónyuge demandada, porque ésta no acreditaría encontrarse dentro de los supuestos regulados en el segundo párrafo de la norma antes citada, no obstante que tales aspectos [...] no corresponden ser analizados en este proceso [sobre divorcio] sino en el que derive del otorgamiento de la pensión alimenticia ya fijada [...], por tanto, el artículo trescientos cincuenta del Código Civil debe interpretarse sistemáticamente con la norma contenida en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y concluirse que habiendo un proceso de alimentos en trámite, el cese, exoneración o extinción de la prestación alimentaria debe resolverse en dicho proceso...” (Casación Nro. 4670-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).
- “... Los alimentos a favor de la cónyuge demandada han sido fijados por el [...] Juzgado [...] y hasta que no exista sentencia recaída en un proceso específico que determine la extinción de la obligación alimentaria, la pretensión invocada con el fin de que se ordene el cese de la citada prestación [alimentaria] no corresponde ser amparada en este proceso de divorcio, por lo que debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la vía que estime pertinente...” (Casación Nro. 1608-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23666-23668).

- J. Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí (art. 353 del C.C.).
- K. La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de *divorcio* o nulidad de matrimonio. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez (art. 24 del C.C.).
- L. Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral (art. 351 del C.C.). En relación a esto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: "... Si bien es verdad el artículo trescientos cincuentiuno del Código Civil prescribe que: 'Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral', cierto es también, que la aplicación de [la] indemnización por daño moral está sujeto [sic -léase está sujeta-] precisamente a la acreditación dentro del proceso de la existencia de tales hechos que generado [sic -léase que generaron-] dicho daño; de tal modo que de no acreditarse los mismos, no hay lugar a la condena de pago de dicha indemnización..." (Casación Nro. 1484-2007 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23646-23647).

CAPITULO XXXVI

EL PROCESO ABREVIADO: ASPECTOS GENERALES

1. CONFIGURACION

El proceso abreviado (equivalente al denominado juicio, procedimiento o proceso sumario o de menor cuantía, conforme lo dispone la Tercera Disposición Final -inc. 2)- del C.P.C.) es un proceso contencioso de duración intermedia en relación al de conocimiento (en el que los plazos para las diferentes actuaciones procesales son los más amplios que prevé el Código Procesal Civil) y al proceso sumarísimo (cuyo trámite es el más corto y simple que establece el Código adjetivo).

El proceso abreviado se encuentra regulado en el Código Procesal Civil de la siguiente manera:

- SECCION QUINTA : PROCESOS CONTENCIOSOS.
- TITULO II : PROCESO ABREVIADO (arts. 486 al 545 del C.P.C.).
- Capítulo I : Disposiciones generales (arts. 486 al 494 del C.P.C.).
- Capítulo II : Disposiciones especiales (arts. 495 al 545 del C.P.C.).
- Sub-Capítulo 1° : Retracto (arts. 495 al 503 del C.P.C.).
- Sub-Capítulo 2° : Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos (arts. 504 al 508 del C.P.C.).
- Sub-Capítulo 3° : Responsabilidad civil de los Jueces (arts. 509 al 518 del C.P.C.).

- Sub-Capítulo 4° : Expropiación (arts. 519 al 532 del C.P.C.).
- Sub-Capítulo 5° : Tercería (arts. 533 al 539 del C.P.C.).

Es de destacar que el proceso abreviado equivale al denominado juicio, procedimiento o proceso sumario o de menor cuantía, conforme lo dispone el inciso 2) de la Tercera Disposición Final del Código Procesal Civil.

2. ASUNTOS CONTENCIOSOS TRAMITADOS EN PROCESO ABREVIADO

De acuerdo a lo normado en el artículo 486 del Código Procesal Civil, se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

- a) Retracto (arts. 486 -inc. 1)- y 495 al 503 del C.P.C.).
- b) Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos (arts. 486 -inc. 2)- y 504 al 508 del C.P.C.).
- c) Responsabilidad civil de los Jueces (arts. 486 -inc. 3)- y 509 al 518 del C.P.C.).
- d) Expropiación (arts. 486 -inc. 4)- y 519 al 532 del C.P.C.).
- e) Tercería (arts. 486 -inc. 5)- y 533 al 539 del C.P.C.).
- f) La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal (art. 486 -inc. 7)- del C.P.C.).
- g) Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo (art. 486 -inc. 8)- del C.P.C.). En este caso, la resolución que declara aplicable el proceso abreviado, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable, tal como lo prevé el artículo 487 del Código Procesal Civil.
- h) Los demás asuntos contenciosos que la ley señale (art. 486 -inc. 9)- del C.P.C.). Entre los asuntos contenciosos cuyo trámite como proceso abreviado es previsto de modo expreso por la ley tenemos los siguientes:
 - Pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral (Cuarta D.F. -primer párrafo- del C.P.C.).
 - Autorización de divulgación de correspondencia, comunicaciones, grabaciones de la voz o memorias, en caso de desacuerdo de

- herederos del autor o destinatario (art. 16 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Cesación de la contestación del nombre e indemnización (art. 26 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
 - Cesación de usurpación del nombre e indemnización (art. 28 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
 - Impugnación de cambio o adición de nombre (art. 31 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
 - Impugnación de acuerdos de asociación (art. 92 del C.C.).
 - Disolución de asociación por actividades o fines contrarios al orden público o a las buenas costumbres (art. 96 del C.C.).
 - Impugnación de acuerdos de los administradores de fundaciones (art. 104 -inc. 9)- del C.C.).
 - Requerimiento de presentación de cuentas y balances de fundación y de suspensión de administradores de fundación (art. 106 del C.C.).
 - Ampliación o modificación de los fines de fundación (art. 108 del C.C.).
 - Disolución de fundación por imposibilidad del fin fundacional (art. 109 del C.C.).
 - Disolución de comité por actividades o fines contrarios al orden público o a las buenas costumbres (arts. 96 y 120 del C.C.).
 - Limitación de la representación de la sociedad conyugal (art. 292 del C.C.).
 - Sustitución de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en caso de abuso de facultades o actuación dolosa o culposa (arts. 297 y 329 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
 - Privación de la patria potestad (arts. 463 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
 - Autorización a los hijos para vivir separados de sus padres y fijación de atribuciones de la persona encargada de su cuidado (art. 465 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
 - Restitución de la patria potestad (art. 471 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).

- Fijación de retribución del tutor (art. 539 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Justificación de desheredación (art. 751 del C.C.).
- Remoción judicial de albacea (art. 796 -inc. 5)- del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Partición judicial de bienes hereditarios antes del vencimiento del plazo de la indivisión hereditaria (art. 850 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Partición judicial de la herencia en caso de inexistencia de régimen de indivisión hereditaria (art. 854 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Partición judicial obligatoria de la herencia (art. 855 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Oposición del acreedor de la herencia a la partición y al pago o entrega de los legados (art. 875 del C.C.).
- Partición de bien en régimen de copropiedad (art. 984 del C.C. y Cuarta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Fijación judicial del plazo para la devolución del mutuo (art. 1657 del C.C. y Tercera D.F. -inc. 2)- del C.P.C.).
- Nulidad del pacto social (art. 35 de la L.G.S.).
- Nulidad de acuerdos societarios (arts. 35 y 38 de la L.G.S.).
- Comprobación de valorización de aportes no dinerarios en la sociedad anónima (art. 76 de la L.G.S.).
- Impugnación de acuerdos de junta general de accionistas (art. 143 de la L.G.S.).
- Impugnación de acuerdo de exclusión de accionistas en la sociedad anónima cerrada (arts. 143 y 248 de la L.G.S.).
- Oposición a prórroga de la sociedad colectiva (arts. 274 y 275 de la L.G.S.).
- Oposición al acuerdo de exclusión de socio en la sociedad colectiva (art. 276 de la L.G.S.).
- Exclusión de socio en la sociedad colectiva (art. 276 de la L.G.S.).

- Oposición al acuerdo de exclusión de socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (art. 293 de la L.G.S.).
- Exclusión de socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (art. 293 de la L.G.S.).
- Impugnación de acuerdos de asamblea de obligacionistas (arts. 143 y 323 de la L.G.S.).
- Nulidad de transformación de sociedades (art. 343 de la L.G.S.).
- Nulidad de fusión de sociedades (art. 365 de la L.G.S.).
- Nulidad de escisión de sociedades (arts. 365 y 390 de la L.G.S.).
- Responsabilidad en las sociedades irregulares (art. 424 de la L.G.S.).

3. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS ABREVIADOS

De conformidad con lo señalado en el artículo 488 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos abreviados los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, son competentes los Jueces Civiles.

En lo que toca a la competencia para conocer de los procesos abreviados (y de las otras clases de procesos), deben tenerse en cuenta, además, las reglas contenidas en el Título II (“Competencia”) de la Sección Primera (“Jurisdicción, acción y competencia”) del Código Procesal Civil.

4. PLAZOS MAXIMOS APLICABLES AL PROCESO ABREVIADO

Los plazos máximos aplicables al proceso abreviado, conforme se desprende del artículo 491 del Código Procesal Civil, son los siguientes:

- A) Tres días para interponer tachas (contra los testigos, documentos y medios de prueba atípicos) u oposiciones (a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia, a una inspección judicial o a un medio de prueba atípico) a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.
- B) Tres días para absolver las tachas u oposiciones, contados desde la notificación de la resolución que admite dichas cuestiones probatorias.

- C) Cinco días para interponer excepciones (de incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral: art. 446 del C.P.C.) o defensas previas (como las de beneficio de inventario, beneficio de excusión, beneficio de división, beneficio de plazo en la resolución de pleno derecho, etc.), contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción.
- D) Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas, contados desde la fecha en que se produce dicho traslado.
- E) Diez días para contestar la demanda y reconvenir, contados desde la fecha en que se notifica la demanda (puntualizamos que la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).
- F) Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación de la demanda o de la reconvencción se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, según el caso, conforme al artículo 440 del Código Procesal Civil. El plazo en cuestión se computará a partir de la notificación de la contestación de la demanda (que puede contener, además, la reconvencción: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).
- G) Diez días para absolver el traslado de la reconvencción, contados precisamente desde la fecha en que acontece dicho traslado (lo cual se producirá con la notificación de la contestación de la demanda que, insistimos, puede contener, además, la reconvencción: art. 445 -primer párrafo- del C.P.C.).
- H) Diez días para la expedición del auto de saneamiento procesal (vale decir, aquel que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida), contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir (ya sea que el demandado haya o no contestado la demanda o reconvenido).
- I) Veinte días para la realización de la audiencia de pruebas.
- J) Cinco días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización, si fuera el caso, de las audiencias especial (dispuesta para: la actuación de la inspección judicial, cuando las circunstancias lo justifiquen: art. 208 -antepenúltimo párrafo- del C.P.C.; la fundamentación del

dictamen pericial por los peritos en atención a la complejidad del caso: art. 265 -in fine- del C.P.C.; la fundamentación del dictamen pericial, en caso de falta de presentación del mismo, presentación extemporánea o incomparecencia de los peritos a la audiencia de pruebas: art. 270 del C.P.C.; etc.) y complementaria (dispuesta: por el Juez sustituto, en caso de haberse producido la promoción o el cese en el cargo del Juez que dirigió la audiencia de pruebas: art. 50 -in fine- del C.P.C.; por el Juez del proceso, en caso de haberse realizado la audiencia de pruebas antes de la integración del litisconsorte necesario a la relación jurídica procesal, siempre que éste haya ofrecido medios probatorios: art. 96 del C.P.C.; etc.).

- K) Veinticinco días para expedir sentencia, conforme al artículo 211 del Código Procesal Civil, según el cual, antes de dar por concluida la audiencia (de pruebas), el Juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará.
- L) Cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 del Código Procesal Civil, conforme al cual: A. la apelación contra las sentencias se interpone dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación; B. concedida apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición distinta del Código Procesal Civil, siendo tal actividad de responsabilidad del auxiliar jurisdiccional; C. en los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días; D. al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de lo que se conferirá traslado al apelante por diez días; E. con la absolución de la otra parte o del apelante si hubo adhesión, el proceso queda expedito para ser resuelto, con la declaración del Juez superior en tal sentido, señalando día y hora para la vista de la causa; y F. el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

5. PLAZO ESPECIAL DEL EMPLAZAMIENTO EN EL PROCESO ABREVIADO

En principio, debe tenerse presente que el plazo para contestar la demanda en el proceso abreviado es de 10 días (art. 491 -inc. 5)- del C.P.C.). Ahora bien, se desprende de los artículos 435 -tercer párrafo- y 492 del Código Procesal Civil que los plazos máximos de emplazamiento en el proceso abreviado serán de:

- Treinta días, si el demandado se halla en el país.

- Cuarenticinco días, si el demandado estuviese fuera del país o se trata de persona indeterminada o incierta.

Si la demanda se dirigiera contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los artículos 165 al 168 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal. Así lo establece el primer párrafo del artículo 435 del Código adjetivo.

6. PROCESOS ABREVIADOS EN LOS QUE RESULTA IMPROCEDENTE LA RECONVENCION

Según se desprende del artículo 490 del Código Procesal Civil, es improcedente la reconvención en los procesos abreviados de:

- Retracto.
- Título supletorio.
- Prescripción adquisitiva.
- Rectificación o delimitación de áreas o linderos.
- Responsabilidad civil de los Jueces.
- Tercería (de propiedad y de derecho preferente).

7. LA APELACION EN EL PROCESO ABREVIADO

Conforme a la parte inicial del artículo 494 del Código Procesal Civil, en el proceso abreviado tendrá efecto suspensivo la apelación de:

- a) La resolución que declara improcedente la demanda.
- b) La resolución que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable.
- c) La resolución que declara fundada una excepción.
- d) La resolución que declara fundada una defensa previa.
- e) La sentencia (cuyo plazo para apelar es de cinco días, conforme al art. 491 -inc. 12)- del C.P.C.).

En los cuatro primeros casos enunciados anteriormente será aplicable el trámite previsto en el artículo 376 del Código Procesal Civil (numeral referido al plazo y

trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo). En el último caso (apelación de la sentencia), será de aplicación el trámite contemplado en el artículo 373 del mencionado cuerpo de leyes (que versa precisamente sobre el plazo y trámite de la apelación de sentencias).

Las apelaciones contra resoluciones que no sean las enunciadas en los acápites a), b), c), d) y e) enunciados líneas arriba, se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada (parte final del art. 494 del C.P.C.).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la apelación en el proceso abreviado, ha establecido lo siguiente: “... *De conformidad con el artículo cuatrocientos noventicuatro del Código Procesal Civil en la tramitación de los procesos abreviados tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa, y de la sentencia, estableciéndose de manera expresa que las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, por resolución debidamente motivada, constituyendo esta última parte uno de los casos de excepción a que se refiere el segundo párrafo del artículo trescientos setentidós del mismo cuerpo legal [C.P.C.]; [...]* de lo expuesto anteriormente, se aprecia que el Juez tiene la facultad de decidir la tramitación inmediata de apelaciones concedidas sin efecto suspensivo, para lo cual debe fundamentar esta decisión debidamente...” (Casación Nro. 1657-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7532-7533).

CAPITULO XXXVII

PROCESO ABREVIADO DE RETRACTO

1. CONCEPTO DE RETRACTO

Marín Pérez define al retracto legal como “... el derecho que por Ministerio de la Ley tienen ciertas personas en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en lugar del comprador. (...) No sólo se da en las enajenaciones a título de venta, sino en las que se hagan por causa distinta, pero a título oneroso análoga a la misma...” (MARIN PEREZ, 1983, Volumen II: 248).

Gimeno Sendra refiere que “... existirá un derecho de retracto cuando concurren estos dos requisitos: a) la existencia previa de un contrato de compraventa o dación en pago, y b) la subsistencia de un derecho a favor de un tercero, en virtud del cual está autorizado a adquirir la cosa, mediante el pago del mismo precio o de las mismas condiciones que ha satisfecho el adquirente originario” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 499).

Diez-Picazo y Gullón apuntan que “por virtud de los derechos de tanteo y de retracto se confiere a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica (v.gr., arrendatario, enfiteuta, colindante, comunero, etc.) la facultad de adquirir una cosa determinada, cuando su propietario ha decidido venderla (tanteo: comprar por el tanto) o cuando la ha enajenado efectivamente (retracto). En sí mismos considerados los derechos de tanteo y de retracto son, como el derecho de opción, simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados derechos potestativos (...). Los derechos de tanteo y de retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto que en ningún caso confieren a su titular un poder directo o inmediato sobre la cosa” (DIEZ-PICAZO; y GULLON, 1979, Volumen III: 51).

Santos Briz anota que “el tanteo y el retracto, en principio presentan distintas fases del mismo derecho: mientras el tanteo ha de ejercitarse antes de la perfección del contrato traslativo que lo origina, el retracto ha de ejercitarse después, es decir, una vez perfecto dicho contrato. Así, puede decirse que tanteo es el derecho de preferencia que tiene su titular para subrogarse en el lugar del futuro comprador de una cosa, y retracto es un derecho de preferencia que atribuye a su titular la facultad de subrogarse en el lugar del que ha adquirido una cosa a título oneroso, por compra o dación en pago...” (SANTOS BRIZ, 1973, Tomo II: 701). El indicado jurista agrega que “... tal vez fuese preciso buscar una nueva concepción de estos derechos (de adquisición o preferencia), y sin perjuicio de distinguir (...) sus aspectos obligacional y real, ver en el retracto una *forma de liquidar o extinguir una situación anterior* (...). Esta relación de liquidación o extinción se aprecia con más nitidez (...) en ciertos contratos, como el de sociedad, pero en otros contratos o relaciones aparece de una forma más fugaz y sin regulación especial, lo que no obsta a que se vea el efecto liquidatorio, en este caso de los derechos de preferencias, mediante el ejercicio de la facultad que, dimanada de un pacto previo o de la Ley, recae en la persona titular del derecho. De esta forma, la resolución o la subrogación o sustitución pasan a segundo plano, como meros medios para llegar al fin de la liquidación de una relación jurídica preexistente” (SANTOS BRIZ, 1973, Tomo II: 705).

Badenes Gasset, en relación a la nomenclatura de la expresión retracto legal, enseña lo siguiente:

“La palabra retracto (...), se aplica con referencia al retracto legal sin tener en cuenta su verdadero sentido gramatical. En efecto, se entiende por retraer, volver a traer, traer otra vez, traer de nuevo, reintegrar una cosa al estado en que ya se ha encontrado. Si, según la Real Academia, la preposición *re* denota ordinariamente repetición, reiteración, unida al verbo *traer*, denotará una repetición en la tracción, es decir, que lo que se hace al retraer es traer de nuevo, por segunda vez, con repetición. Retrayendo se recupera un objeto que salió del mismo patrimonio.

Es necesario, para que estemos ante un retracto propiamente tal, que la relación jurídica creada y cuyo desdoblamiento aquél origina, constituya entre los contratantes una situación transitoria, no definitiva y acabada. Este estado de interinidad es requisito vital en el retracto, pues por existir previamente un estado tal es por lo que el que retrae incorpora la cosa retraída con el carácter de retorno inmediato al desapoderamiento. La retracción ha de ser inmediata y sin solución de

continuidad al desapoderamiento. El retrayente mantiene un invisible contacto con la cosa; actúa en cierto modo sobre ella; no se considera extraño respecto a la misma, no se ha desprendido por completo de lo que enajenó, y si se produce una adquisición que no trae causa de la enajenación anterior, no se readquiere jurídicamente. Aunque la cosa estuvo en poder de la misma persona en otra ocasión y otra vez vuelve a ella, no es retracto si hubo un tiempo durante el cual no obró su voluntad sobre aquélla, ya que si se realiza una nueva adquisición, no es retracción jurídicamente hablando, como no lo sería si en lugar de comprarla de nuevo le hubiese sido dejada en testamento o donada por el que fue su comprador.

(...) Debería llamarse retracto legal, los casos en que efectuado el desapoderamiento, y una vez salida la cosa de su patrimonio, la Ley le retorna la cosa, o mejor dicho, presta la suficiente fuerza a la acción que desarrolla para conseguir el retorno, la reintegración apetecida (...).

No obstante, y dejando bien sentado la impropiedad de la nomenclatura, no cabe duda que la denominación *retracto legal* está consagrada por la tradición científica (...), si bien no debe olvidarse que si la esencia de este derecho consiste en la sustitución de una persona por otra en el lugar que ocupa el adquirente, mejor debería llamársele derecho de subrogación, o derecho de sustitución, o derecho de adquirir por sustitución o también derecho de adquisición preferente o derecho de preferencia en la adquisición” (BADENES GASSET, 1979, Tomo II: 978-979).

En nuestro ordenamiento jurídico, el retracto (**legal** y no el convencional -llamado también pacto de retroventa-) es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso abreviado (art. 486 -inc. 1)- del C.P.C.), y se halla regulado en el Sub-Capítulo 1º (“Retracto”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 495 al 503.

El retracto también se encuentra normado en el Código Civil, en el Capítulo Décimo Primero (“Derecho de Retracto”) del Título I (“Compraventa”) de la Sección Segunda (“Contratos nominados”) del Libro VII (“Fuentes de las Obligaciones”), en los arts. 1592 al 1601.

Conforme al artículo 1592 -primer párrafo- del Código Civil, “el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa”.

El artículo 1593 del Código Civil precisa que el derecho de retracto también procede en la dación de pago. Esta última figura jurídica se encuentra prevista en el Capítulo Sexto (“Dación en pago”) del Título II (“Pago”) de la Sección Segunda (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”) del indicado cuerpo de leyes, en los arts. 1265 y 1266.

1.1 El proceso de retracto

Badenes Gasset sostiene que el proceso de retracto:

“Es un proceso de cognición, constitutivo y especial por razones jurídico materiales, que tiende a satisfacer una pretensión fundada en normas que conceden al pretendiente el derecho de retraer una cosa determinada.

Se trata, por lo tanto, de un auténtico proceso, ya que en él interviene un Juez en cuanto tal. Es un proceso de cognición, por la índole de la actividad judicial a que aspira; constitutivo, porque la situación a que el proceso de retracto atiende, en caso de solución estimatoria, no se limita a constatar ni se extiende a imponer relaciones que antes existían, sino a crearlas *ex novo*; y especial por razones jurídico materiales, ya que el retracto es una figura de derecho material, que debe a este carácter la singularidad procesal que se le reconoce” (BADENES GASSET, 1979, Tomo II: 1041).

Serra Domínguez, acerca del proceso de retracto, hace estas precisiones:

“... Tradicionalmente se ha venido considerando el retracto como ‘el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago’ (...). Pero (...) no puede aceptarse desde un punto de vista doctrinal. En efecto, el retrayente no se subroga en las mismas condiciones que el comprador, lo que supondría una única relación jurídica: vendedor y retrayente, y exigiría la citación del vendedor en el proceso; sino que a la primitiva relación contractual entre vendedor y comprador se une una nueva relación jurídica entre el comprador y el retrayente. No existe una única compraventa, sino dos compraventas; y como sea que la segunda compraventa debería ser otorgada únicamente por el comprador primitivo, sólo éste debe ser demandado. La consideración del retracto dentro de los derechos de adquisición preferente (...), permite explicar buen número de los problemas procesales de la institución, desvaneciendo algunos errores doctrinales, como por ejemplo el considerar que el retracto implica una invalidación de la venta anterior, siendo así que parcialmente la validez de dicha venta constituye el presupuesto esencial para el éxito de la acción de retracto.

Tampoco puede considerarse el proceso de retracto como un proceso sumario. Más que un proceso especial debe ser tratado como un proceso ordinario en que se intercalan diversas especialidades procedimentales, que afectan principalmente a la iniciación del proceso. Y de considerarse proceso especial la especialidad proviene más que de la limitación del objeto del conocimiento del juzgador, o de la disminución de los medios de prueba, del propio contenido del proceso, es decir, es un proceso especial por razones jurídico-materiales, a nuestro entender un no proceso especial en cuanto el desarrollo del proceso es dependiente en todos los casos de la cuestión material que en él mismo se debate, que imprimirá un sello especial a las alegaciones y a las pruebas. La característica del proceso de retracto es únicamente el carácter reglado de las especialidades procedimentales derivadas del tratamiento positivo de la relación material. Mientras en los demás procesos las partes pueden obtener la consecuencia jurídica utilizando los medios que estimen más convenientes; en el proceso de retracto debe atenerse inexcusablemente a la normatividad legal.

Las consecuencias de la falta de sumariedad del proceso de retracto, determinan que exista una total amplitud de conocimiento por parte del juez (...); que puedan proponerse y practicarse toda clase de medios de prueba sin la menor limitación; y por último que no pueda acudir a otro proceso ulterior para discutir sobre la misma cuestión, es decir la producción en toda su amplitud de los efectos de cosa juzgada. Esta última característica deriva lógicamente de la amplitud del conocimiento del juzgador...” (SERRA DOMINGUEZ, 1969: 479-480).

El proceso abreviado de retracto -reiteramos- se encuentra normado en el Sub-Capítulo 1º (“Retracto”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos Contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 495 al 503.

2. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL PROCESO DE RETRACTO

Conforme se desprende del artículo 488 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos abreviados (entre los que se cuenta el de retracto) los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales (que no es el caso del retracto). Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, son competentes los Jueces Civiles.

De conformidad con lo prescrito en el inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil, además del Juez del domicilio del demandado (que, al ser dos sujetos los demandados -el enajenante y el adquirente del bien que se intenta re-traer-, lo será el del domicilio de cualquiera de ellos: art. 15 del C.P.C.), también es competente, a elección del demandante (retrayente), el Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes (materia del retracto).

3. TITULARES DEL DERECHO DE RETRACTO

Badenes Gasset sostiene que “intervienen en el retracto legal tres personas: el vendedor, que enajena una cosa de su patrimonio, sin propósito alguno de retraerla; el comprador, que en esa inteligencia la recibe, mediante el pago de su justo valor, y una tercera persona, el retrayente, a quien la Ley le concede el derecho de pedir preferentemente para sí la cosa vendida, siempre que deje indemne al comprador” (BADENES GASSET, 1979, Tomo II: 978).

El artículo 1599 del Código Civil hace referencia a los titulares del derecho de retracto, los cuales son los siguientes:

- El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas (art. 1599 -inc. 2)- del C.C.).
- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente (art. 1599 -inc. 3)- del C.C.).
- El propietario, en la venta del usufructo y a la inversa (art. 1599 -inc. 4)- del C.C.).
- El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos (art. 1599 -inc. 5)- del C.C.).
- Los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor (art. 1599 -inc. 6)- del C.C.).
- El propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquélla y ésta reunidas no excedan de dicha unidad (art. 1599 -inc. 7)- del C.C.).

Puntualizamos que, si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599 del

Código Civil (numeral citado precedentemente). Ello conforme al artículo 1600 del mencionado cuerpo de leyes.

4. LEGITIMACION PASIVA EN EL RETRACTO

En el proceso de retracto, “la legitimación pasiva incumbe al vendedor del inmueble, objeto de retracto y a los sucesivos compradores o adquirentes, quienes vienen a constituir un **litisconsorcio pasivo necesario**” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 501).

La legitimidad pasiva en el proceso que nos ocupa se encuentra regulada en el artículo 496 del Código Procesal Civil, según el cual la demanda (de retracto) se dirigirá contra el enajenante y el adquirente del bien que se intenta retraer.

5. BIENES OBJETO DE RETRACTO

En opinión de Borrell y Soler, “... las cosas que pueden ser objeto de retracto son las enajenadas por su propietario que reúnan los requisitos legales correspondientes a la clase de retracto que se ejercite. Así para el de comuneros la cosa que se ha vendido ha de ser la parte indivisa de una cosa común a dos o más; para el de aldaño, ha de ser una finca rústica lindante con otra del retrayente; para el de coherederos, una parte alícuota de una herencia, etc.” (BORRELL Y SOLER, 1952: 268).

El Código Civil, en su artículo 1594, establece claramente que el derecho de retracto procede respecto de:

- Bienes muebles inscritos.
- Bienes inmuebles.

6. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO

Para Gimeno Sendra, “... (se) exige como requisitos de la demanda (de retracto): 1º) un principio de prueba documental del título en que se funde el retracto; y 2º) la documentación de la consignación del precio de la cosa objeto del retracto *‘cuando se exija por ley o por contrato’*, y, si el precio no fuere conocido, de haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere...” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 502).

Prieto-Castro y Ferrándiz considera como requisitos para el ejercicio del derecho de retracto los siguientes:

“a) El primero de todos esos requisitos es que el derecho se ejercite dentro del *plazo legal*, de distinta duración, según los casos (...).

(...)

b) Segundo requisito de admisibilidad es la *consignación del precio* del objeto si fuese conocido, o, si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea, y expresando además en la demanda que se contrae la obligación de reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo realizado para la venta, como también los gastos necesarios y útiles efectuados en la cosa vendida.

(...)

c) En tercer lugar, el retrayente se debe comprometer bajo pena de nulidad de la enajenación, a *no enajenar* la cosa o no separar (en la enfiteusis) los dos dominios durante el tiempo que la ley señale, excepto, en ciertos casos, si viniere a peor fortuna” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 35-36).

A nuestro modo de ver, los principales requisitos para el ejercicio del derecho de retracto son lo que a continuación se indican:

- Observancia del plazo de retracto.
- Reembolso o consignación del precio del bien materia de retracto.
- Existencia del título en que se funda el retracto.

El artículo 495 del Código Procesal Civil versa sobre los requisitos y anexos especiales de la demanda de retracto en los siguientes términos:

“Además de cumplir con los Artículos 424° y 425° [*del C.P.C., referidos a los requisitos y anexos de la demanda en general*], la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado.

Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del Juez, dentro de segundo día”.

6.1 Observancia del plazo del retracto

Según Gimeno Sendra, “la naturaleza de dicho plazo es material, por lo que nos encontramos ante una **caducidad** y no ante un plazo de prescripción (...). Por

consiguiente, es plazo preclusivo, no susceptible de interrupción o de suspensión, y su cumplimiento habrá de ser vigilado ‘*ex officio*’...” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 505).

Serra Domínguez apunta que “el plazo de caducidad (del retracto) no determina el nacimiento de la acción de retracto, sino que por el contrario su cumplimiento determina la extinción de dicho derecho. Presupuesto para el ejercicio del derecho es simplemente que haya existido una venta o dación en pago. Desde ese momento puede ejercitarse la acción de retracto. Así lo ha entendido reiteradamente el Tribunal Supremo (español) advirtiendo del peligro de confundir el momento de nacimiento de la acción, con la iniciación del cómputo para su caducidad” (SERRA DOMINGUEZ, 1969: 486).

Los artículos 1596 y 1597 del Código Civil tratan sobre el plazo del retracto, por lo que serán citados seguidamente:

“Artículo 1596.- El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho.

Cuando su domicilio no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso. En este caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación”.

“Artículo 1597.- Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia”.

El artículo 2012 del Código Civil, a que hace mención el artículo 1597 de dicho Código (citado líneas arriba), norma el principio de publicidad registral, preceptuando que “se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

El artículo 497 del Código Procesal Civil, en concordancia con las reglas sustantivas citadas anteriormente, prescribe que la demanda (de retracto) será declarada improcedente si se interpone fuera del plazo de treinta días naturales computados a partir del conocimiento de la transferencia.

6.2 Reembolso o consignación del precio del bien materia de retracto

Gimeno Sendra expresa sobre el tema que:

“La finalidad de este requisito estriba (...) en evitar demandas temerarias. Mediante la consignación, el retrayente demuestra que puede y quiere ejercitar su derecho de retracto.

(...) Su ‘finalidad es impedir el planteamiento y tramitación del juicio de retracto, por quien no haya demostrado la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente (...). En conclusión, (...) una persona que no cumplió con el requisito esencial de procedibilidad al no consignar la totalidad del precio ya especificado, no puede ni debe beneficiarse de un derecho preferente de adquisición legalmente establecido, ya que nunca se puede estimar como un puro y simple formulismo la necesidad de tal consignación’.

(...)

(...) El ‘*quantum*’ de la consignación es exclusivamente el **precio** de la compraventa (...).

Naturalmente la cuantía de la consignación queda condicionada (...) a la circunstancia de que el precio sea conocido por el actor. (...) En el supuesto de que sea absolutamente ignorado, será suficiente con que el retrayente constituya caución suficiente para garantizar la consignación tan pronto como el precio se conozca (...).

(...)

Si se tratara de una compraventa a plazos, será suficiente consignar las cantidades entregadas a cuenta al vendedor” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 506-508).

Nuestro ordenamiento jurídico, en lo relativo al reembolso o consignación del precio del bien materia de retracto, establece lo siguiente:

- El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados (art. 1592 -segundo párrafo- del C.C.).

- La demanda (de retracto) debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado (art. 495 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Cuando el precio del bien fue pactado a plazos es obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del precio pendiente, aunque en el contrato que da lugar al retracto no se hubiera convenido (art. 1598 del C.C.).
- Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del Juez, dentro de segundo día (art. 495 -in fine- del C.P.C.).
- Si el retrayente desconoce la contraprestación pagada o debida por el adquirente, ofrecerá hacer el depósito u otorgar la garantía que corresponda, según el caso, dentro de segundo día de su conocimiento (art. 498 del C.P.C.).

6.3 Título en que se funda el retracto

El retrayente debe contar con el título correspondiente para ejercer el retracto y acreditarlo en juicio, vale decir, tiene que ser una de las personas señaladas en el artículo 1599 del Código Civil (referido a los titulares del derecho de retracto) y debe demostrar dicha calidad.

Al respecto, Serra Domínguez expresa lo siguiente:

“... Para que pueda darse curso a las demandas de retracto se requiere que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funda el retracto (...).

(...)

En cuanto a la presentación del título se justifica por el carácter excepcional del retracto y las perturbaciones que puede suponer una acción de retracto infundada para el tráfico jurídico. El legislador no puede exigir la presentación de un título que de por sí prejuzgue la sentencia. Tampoco basta la mera alegación de existencia del derecho. La primera produce certeza, y la segunda posibilidad. Pero entre la posibilidad y la certeza existen diversos grados de probabilidad que justifican la admisión de la demanda. Basta un mero principio de prueba reflejado documentalmente para que la demanda sea admitida, principio de prueba que puede consistir

tanto en un documento público, como en un documento privado, sin que sea preciso que el título se halle inscrito en el Registro de la Propiedad (...), hasta el punto de haberse declarado que el disfrute legal del estado de posesión con carácter de dueño acreditado con certificación del Registro es suficiente para el ejercicio de la acción de retracto (...).

Basta con que se acompañe cualquier justificación, correspondiendo al Juzgado determinar libremente cuándo la justificación debe considerarse o no cumplida...” (SERRA DOMINGUEZ, 1969: 482-483).

7. CASOS DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE RETRACTO

El artículo 500 del Código Procesal Civil trata sobre la improcedencia especial de la demanda de esta manera:

“Además de los supuestos del Artículo 427° *[del C.P.C.]*, la demanda será rechazada si el retrayente no cumple con alguno de los requisitos previstos en el Artículo 495° o con el señalado en el Artículo 498°, dentro del plazo allí establecido”.

Los numerales 427, 495 y 498 del Código Procesal Civil, a que hace referencia el artículo 500 de dicho Código (citado precedentemente), preceptúan lo siguiente:

“Artículo 427°.- Improcedencia de la demanda.- El Juez declara improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; o
5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

Si el Juez estima que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el Juez.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pone en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución

superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”.

“Artículo 495°.- Requisitos y anexos especiales.- Además de cumplir con los Artículos 424° y 425° *[del C.P.C., que tratan sobre los requisitos y anexos de la demanda en general]*, la demanda debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero del equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado.

Si en la transferencia se pactó plazo para el pago del saldo, el retrayente otorgará garantía suficiente, a criterio del Juez, dentro de segundo día”.

“Artículo 498°.- Prestación desconocida.- Si el retrayente desconoce la contraprestación pagada o debida por el adquirente, ofrecerá hacer el depósito u otorgar la garantía que corresponda, según el caso, dentro de segundo día de su conocimiento”.

Es de destacar, además, que es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público. Ello de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 1592 del Código Civil.

8. REQUISITO ESPECIAL DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RETRACTO

El artículo 499 del Código Procesal Civil establece un requisito especial de la contestación de la demanda de retracto. Así, según el citado numeral, si en la demanda se expresa que se desconoce el precio de la contraprestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer, en la contestación se deberá indicar expresamente esta circunstancia.

9. ACUMULACION DE PROCESOS DE RETRACTO

A tenor de lo dispuesto en el artículo 503 del Código Procesal Civil, en el caso del artículo 1600 del Código Civil (referido al orden de prelación de los retrayentes), procede la **acumulación sucesiva de procesos**. El artículo 1600 del Código Civil señala textualmente que si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599 (del Código Civil). Este último numeral establece quiénes son los titulares del derecho de retracto.

En cuanto a la acumulación sucesiva de procesos, a que hace referencia el artículo 503 del Código adjetivo, habrá que estar a lo dispuesto en las reglas contenidas

en el Capítulo V (“Acumulación”) del Título II (“Comparecencia al proceso”) de la Sección Segunda (“Sujetos del Proceso”) del Código Procesal Civil, especialmente en los artículos 83, 85, 86, 88, 89, 90 y 91 del citado cuerpo de leyes.

10. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE RETRACTO

La prueba en el proceso de retracto debe versar, principalmente, sobre:

- La titularidad del retrayente (es decir, se debe demostrar cualquiera de las calidades -copropietario, propietario colindante, etc.- a que hace mención el art. 1599 del C.C.).
- El pago de la prestación recibida por el enajenante del bien que se intenta retraer, así como de los tributos y los gastos pagados por el adquirente y, en su caso, de los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado. (El monto equivalente a tales conceptos debe ser debidamente consignado).
- La fecha del conocimiento de la transferencia del bien que se pretende retraer (a efecto del cómputo del plazo respectivo para ejercer la acción de retracto). Debe ponerse de relieve que, de acuerdo a lo normado en el artículo 501 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba del conocimiento de la transferencia corresponde a los demandados (enajenante y adquirente del bien que se intenta retraer).
- La falsedad de la alegación del retrayente sobre el desconocimiento de la prestación pagada o debida por el bien que se intenta retraer (cuya acreditación acarrea la declaración de conclusión especial del proceso de retracto: art. 502 del C.P.C.).

11. CONCLUSION ESPECIAL DEL PROCESO DE RETRACTO

El artículo 502 del Código Procesal Civil trata sobre la conclusión especial del proceso de retracto en estos términos: “En cualquier estado del proceso el Juez puede declarar su conclusión si, habiendo indicado el retrayente desconocer la prestación pagada o debida, se acredita que la conocía o que estaba en razonable actitud de conocerla. En la misma resolución el Juez le impondrá una multa no menor de veinte ni mayor de cuarenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos del proceso. La resolución es apelable con efecto suspensivo».

12. EFECTOS DEL RETRACTO

Borrell y Soler dice al respecto que:

“... El efecto fundamental del retracto consiste en que el retrayente se subroga en el lugar del comprador de la cosa en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de venta entre el vendedor y el comprador.

(...) Este (retracto legal) nace de una venta que no se resuelve por voluntad del vendedor, sino por la interposición de una tercera persona que elimina al comprador, ocupando su lugar en el contrato, o sea subrogándose en lugar del comprador. El retrayente, por tanto, adquiere la cosa tal como la había adquirido el comprador: con el derecho que sobre la misma le había transmitido el vendedor, con las cargas a que estaba afecta la cosa vendida y más tarde retraída (...).

(...)

Como consecuencia de esta subrogación, el retrayente está obligado a los pagos (...) (de) el precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta; y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida” (BORRELL Y SOLER, 1952: 297-298).

En relación a los efectos del retracto legal, Carlos Alvarez Martínez asevera que concurren los siguientes:

- “a) *Eliminación del adquirente de quien se retrae, con efectos retroactivos*, haciendo desaparecer su titularidad dominical, sin dejar rastros, para el tracto sucesivo de la finca retraída. Su situación posesoria intermedia (*possessio bona fide*), es, sin embargo, susceptible de generar derechos (por razón de frutos, expensas, etc.) y de producir responsabilidades (singularmente por dolo o culpa).
- b) *Extinción de actos dispositivos intermedios* (por enajenación o por constitución de derechos reales sobre la finca) que hubiera podido llevar a cabo el adquirente eliminando los que se entiendan efectuados *a non domino*, sin posible amparo en la fe pública registral. En consecuencia de este efecto, las cosas se restituyen a su estado primitivo, reflejándose la resolución del derecho dominical del adquirente en la extinción de cuantos derechos reales se hubieran constituido con sustento en aquel desaparecido derecho de propiedad, cuya caída les arrastra por el conocido principio *Resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis*. La publicidad del mandato legal hace inútiles las garantías del Registro, que por eso no entran en juego.
- c) *Adquisición dominical del retrayente retrotraída al momento en que se celebró la transmisión sobre que actúa el retracto* por sucesión derivada no del adquirente eliminado, sino del primitivo transmitente, que asume

la obligación de garantía o saneamiento para con el que retrae en iguales términos que se engendraran en el contrato originario. El retrayente deviene, pues, en propietario de la cosa retraída, como si hubiera sido adquirente de ella, con cuantos derechos se derivaran o pudieran derivar de aquella transmisión en que se interfiere tal como hayan sido modelados por el negocio que la efectuó o tal como hayan sido añadidos o rectificadas por la voluntad de sus iniciales suscriptores con anterioridad al momento en que surja la acción retractual. Ha de tenerse presente, pues, que para el retrayente ese contrato inicial viene, en cierto modo, a actuar como si fuera un contrato de ‘adhesión’, con las proyecciones que ello pueda significar al ser interpretado. Y no se olvide que la situación que nos ocupa nada tiene que ver con la institución, de antiguo conocida en el Derecho alemán, de la llamada ‘adquisición derivada de no titular’, porque (...) el retrayente no ‘trae causa’ del adquirente a quien subroga, ni éste puede estimarse tampoco carente de titularidad hasta que el retracto prospera.

- d) *Subsistencia del mismo negocio jurídico transmisivo que originó el retracto* para todo lo que aún esté pendiente de cumplimiento, asumiendo el retrayente cuantas titularidades en él nacieron, y cuyo contenido no se haya agotado, para hacerlas valer como derechos o para cumplirlas como obligaciones, frente al transmitente primitivo, con toda la extensión o alcance que correspondía al adquirente sustituido. Se exceptúan las obligaciones contractuales de tipo personalísimo (...).
- e) *Abono de los gastos del contrato, de cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y de los necesarios o útiles invertidos en la cosa que se retrae* (...).
- f) *Extinción de derechos por confusión o concurrencia de titularidades* en los casos en que el retracto se ejercite por arrendatario, usufructuario, enfiteuta, etc.” (ALVAREZ MARTINEZ, 1955: 473-474).

13. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL PROCESO DE RETRACTO

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al proceso de retracto, ha establecido lo siguiente:

- “... El derecho de retracto es considerado como un derecho de subrogación, por el cual el comprador es sustituido por un tercero ajeno al contrato de compraventa que le da origen y debe ser interpuesto dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta...”

(Casación Nro. 945-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20404).

- “... Tras el retracto existe un interés público, en la medida que éste opera por mandato de la ley y no por voluntad privada” (Casación Nro. 695-99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-11-1999, págs. 3854-3855).
- “... El retracto es acción de excepción que va contra la voluntad de los contratantes y su procedencia debe admitirse en forma restrictiva...” (Casación Nro. 2251-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20-11-1998, pág. 2068).
- “... La pretensión de retracto supone una excepcionalidad dentro del derecho de los contratos, desde que la libertad de contratar del vendedor es subrogada por imperio de la ley a favor del retrayente, quien reemplaza la posición del comprador con todos sus derechos y obligaciones. Por ende, la interpretación de esta institución jurídica debe ser restrictiva...” (Casación Nro. 3247-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2003, págs. 10401-10402).
- “... Conforme al artículo 1592 del Código Civil, el retracto es una acción de excepción que va contra la voluntad de los contratantes, por lo que su procedencia debe admitirse en forma restrictiva, esto es, que los titulares del derecho sólo pueden invocar las causales contenidas en el artículo 1599 del [Código] acotado [sobre los titulares del derecho de retracto], pues, al ser un derecho de excepción, no puede extenderse por analogía a titulares distintos a los indicados en dicha norma...” (Casación Nro. 815-2005 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17320-17321).
- “... En el retracto, el contrato de venta original permanece inatacable, sin sufrir rescisión ni resolución alguna, ya que el vendedor no devuelve el precio al comprador, sino que es el tercero retrayente, que reemplaza al comprador y ocupa su lugar vía subrogación, quien debe reembolsar al adquirente el precio, tributos y demás gastos pagados por éste, de modo que son las sumas abonadas por el subrogado las que deben ser satisfechas por quien demanda el retracto; contando siempre el vendedor con los medios legales para que el nuevo obligado en los hechos cumpla con ejecutar las prestaciones que le corresponden...” (Casación Nro. 2514-02 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, págs. 10701-10702).

- “... Al quedar intacto el contrato de compraventa que dio origen al retracto, éste no lo anula, ni lo rescinde ni lo resuelve; en consecuencia, el derecho adquirido en virtud de la buena fe registral no puede oponerse al derecho nacido por vía de retracto...” (Casación Nro. 695-99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-11-1999, págs. 3854-3855).
- “... Se ha aplicado erróneamente es (sic -léase esa-) norma de derecho material (art. 1595 del C.C.) por haberse interpretado erróneamente sus alcances, pues prescribe que el derecho de retracto es intransferible entre vivos, lo que evidentemente excluye por su propio contenido textual la transmisión mortis causa...” (Casación Nro. 1123-94 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-10-1995, pág. 1).
- “... El plazo señalado en el artículo 1597 [del C.C., numeral referido al plazo para el ejercicio del retracto en caso de conocimiento de la transferencia por medio distinto a la comunicación de fecha cierta o a las publicaciones] no es uno de caducidad ni de prescripción, sino que es uno que tiene que ver con una potestad del interesado, que puede ejercer o no en un determinado lapso, es decir, se trata de un plazo resolutorio; en el presente caso, por excepción contenida en la norma, la presunción del artículo 2012 [del C.C.] sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia, es decir, se da al comprador el beneficio de hacer valer la transferencia realizada e impugnada por el retrayente, para que la oponga una vez que ésta se halle inscrita por más de un año; quiere decir que el legislador interrumpe por el plazo de un año el conocimiento que puede imputarse al retrayente de que tiene conocimiento de las inscripciones de Registros Públicos, como lo establece el artículo 2012 del Código Civil. [...] Que en el presente caso, es fundamental establecer desde cuando la retrayente tuvo conocimiento de la transferencia para hacer valer su derecho, y dado que el artículo 1597 [del C.C.] señala la excepción de la presunción contenida en el artículo 2012 del Código Civil, sólo para efectos de oponer el derecho del comprador, se tiene que opera dicho principio después del año de inscrita la transferencia; es decir, en caso que la transferencia halla [sic] sido inscrita, el retrayente tiene el plazo de treinta días después de cumplido el año de dicha inscripción, para accionar válidamente su derecho de retracto, después de este plazo el derecho del retrayente se ha resuelto ya que el comprador podrá oponer su transferencia, debidamente inscrita; la razón estriba en la naturaleza y fines de los Registros Públicos sujeta a los principios de legalidad, publicidad y la fe pública registral...” (Casación Nro. 3845-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, págs. 8833-8834).

- “... No es el objeto principal de la controversia el monto del precio de venta, sino el de (sic) derecho del actor a retraer la transferencia ejecutada por su anterior propietario, constituyendo un requisito de procedibilidad de la demanda, la consignación del precio, como expresión de voluntad del retrayente de sustituirse como comprador del bien” (Casación Nro. 1488-97 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-07-1998, pág. 1408).
- “... No cabe duda que el legislador ha previsto que la determinación del importe a consignar con ocasión de la acción de retracto se realice por el accionante, toda vez que el certificado de depósito correspondiente es un requisito de admisibilidad de la demanda; (...) tal conclusión se refuerza por el hecho que el Artículo cuatrocientos noventicinco (del C.P.C.) señala expresamente que el importe del certificado de depósito en dinero debe ser realizado por el ‘equivalente’ a los conceptos que allí mismo se precisan (prestación recibida por el enajenante, los tributos y gastos pagados por el adquirente y, en su caso, los intereses debidos por éste que se hubieran devengado), no siendo suficiente la suma aritmética de sus valores nominales...” (Casación Nro. 1488-97 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-07-1998, pág. 1408).
- “... Los artículos 495 al 503 del Código Procesal Civil regulan el proceso de Retracto, precisando la primera de estas normas, que la demanda sobre tal materia, además de cumplir con los requisitos de los artículos 424 y 425 del Código acotado, debe estar anexada con el certificado de depósito en dinero equivalente de la prestación recibida por el enajenante, los tributos y los gastos pagados por el enajenante, y en su caso, los intereses debidos por éste y que se hubieran devengado; precisando el artículo 500 de dicho Código que la demanda será rechazada si el retrayente no cumple con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 495 o en su caso con el artículo 498 del citado Código, dentro del plazo establecido. [...] Que, en consecuencia el proceso de retracto es uno de naturaleza formal, en el que necesariamente deben cumplirse con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 495 del Código Procesal Civil para su admisión a trámite, ya que de faltar uno solo la demanda será rechazada, sin embargo en el caso de autos las sentencias de mérito han establecido que el demandante ha cumplido con el requisito del depósito de los montos de las prestaciones recibidas por los enajenantes con un cheque de gerencia [...]; lo que no se ajusta a lo dispuesto en la indicada norma, que por ser de orden público es de obligatorio e ineludible cumplimiento[,] al no haberse consignado el dinero en el modo establecido en la norma, mediante un certificado de depósito...” (Casación

Nro. 1408-2005 / Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, pág. 18634).

- “... El artículo mil quinientos noventinueve del Código Civil es claro al establecer los sujetos del derecho a retracto y, entre ellos, ha determinado en su inciso sétimo, que también goza de él el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y ésta reunida no excedan de dicha unidad. [...] Que, como se puede apreciar de los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho de retracto en el colindante, la Ley no le concede tal derecho por el simple hecho de ser colindante, sino porque desea que su predio rústico, al ser inferior a la unidad agrícola mínima, llegue a alcanzar o se acerque a la dimensión de dicha unidad con la adquisición del predio de su colindante, en caso de encontrarse en venta, pero que, al final, reunida con la adquisición futura no supere tampoco la unidad; puesto que la limitación al derecho de libre enajenación del propietario, se justifica únicamente en la contribución a favor de su colindante para que éste alcance dicha unidad agrícola, pero lógicamente no puede hablarse de contribución cuando se ostenta un área mayor, desapareciendo la referida limitación...” (Casación Nro. 0721-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, págs. 6777-6778).
- “... El orden de prelación establecido en el artículo mil quinientos noventinueve del Código Procesal Civil [sic -léase Código Civil-] (específicamente el referido a la preferencia que tiene el usufructuario respecto al colindante para reclamar para sí el derecho de retracto) hubiera podido ser aplicado al resolver la presente litis solamente en el caso de que los demandados hubiesen formulado reconvención para que se declare la existencia del derecho de retracto en su favor...” (Casación Nro. 400-00 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8811).
- “... No es objeto de la acción de retracto que el demandante demuestre ser propietario del inmueble sub litis...” (Casación Nro. 3539-2012 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2013, pág. 39474).

CAPITULO XXXVIII

PROCESOS ABREVIADOS DE TITULO SUPLETORIO, PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y RECTIFICACION O DELIMITACION DE AREAS O LINDEROS

1. TITULO SUPLETORIO

1.1 Configuración

Acerca de la denominación y significado de los títulos supletorios, Jorge Avendaño nos ilustra de esta manera:

“El nombre lo dice (...). Títulos *supletorios*, es decir *supletivos o sustitutorios*. Títulos que sólo caben *en vez de* los títulos originales. Contrario sensu: No proceden si existen títulos, si existe el dominio atribuido a titular distinto del solicitante.

El término ‘título’ tiene diversas acepciones en el campo del derecho civil. Título es calidad: así se dice que se reclama alimentos *a título* de hijo. Título es, en el ámbito de los derechos reales, el acto jurídico que constituye, modifica o extingue el derecho real. Así es título la compraventa, la donación o la permuta a mérito de las cuales se adquiere el dominio. Título es, desde el punto de vista notarial y registral, el instrumento en que consta el acto jurídico. Títulos son, en el lenguaje jurídico vulgar, los instrumentos a mérito de los cuales se han producido las transferencias de un inmueble (...).

En este último sentido es que se toma la denominación cuando hablamos de títulos supletorios. Y por esto cabe la formación de títulos supletorios o sustitutorios cuando los originales no existen. ¿Por qué razón pueden no existir? Porque nunca se extendieron documentos comprobatorios de las transferencias o porque han desaparecido los que se hubieran

otorgado. Supongamos, en la primera eventualidad, que un inmueble se ha transmitido en tres oportunidades durante los últimos treinta años, en dos de ellas por actos inter-vivos y en la restante por herencia. Pues bien, ocurrió que en ningún caso se extendió una escritura de venta o donación, ni siquiera un documento simple. Y en el caso de la sucesión, no medió testamento ni declaración de herederos. Sin embargo el actual poseedor es evidentemente propietario porque adquirió de quien también lo era y éste a su vez de quienes efectivamente lo fueron antes de él. La línea del derecho de propiedad es ininterrumpida e indiscutible en calidad jurídica. La dificultad consiste exclusivamente en que no hay instrumentos o títulos comprobativos de ese derecho de propiedad. No es que el poseedor actual sea sólo poseedor del bien. Es también propietario. Carece de documentos, pero no carece de derechos. La ley le franquea el camino para obtener títulos sustitutorios de aquellos que le faltan porque nunca se otorgaron. En fin de cuentas se trata casi de la expedición de duplicados. No hay sin embargo -esto es importante recalcarlo- cambio jurídico alguno. No hay cambio de título (acá título está tomado como sinónimo de calidad jurídica). No es que a mérito de los títulos supletorios se va a cambiar o mejorar el derecho del solicitante. No es que el poseedor se va a convertir en propietario. Quien era propietario va a seguir siéndolo. Y no lo será en mejores condiciones. Su derecho seguirá igual: si era inobjetable seguirá siéndolo. Y lo mismo si tenía algún vicio o defecto. Los títulos supletorios no agregan pues nada a quien los forma...” (AVENDAÑO, 1965: 3-4).

Brice, en cuanto a la terminología referida a los títulos supletorios, anota que:

“Se ha censurado el uso de la calificación de título supletorio para distinguir las justificaciones de dominio (...); sin embargo, somos partidarios de la designación, porque dichas justificaciones con el Decreto jurídico respectivo, vienen a llenar la falta de título propio y adecuado de la adquisición...” (BRICE, 1955: 52-53).

En nuestro ordenamiento jurídico, la formación de título supletorio es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso abreviado (art. 486 -inc. 2)- del C.P.C.), y se halla regulado en el Sub-Capítulo 2º (“Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 504 al 508.

Precisamente, el inciso 1) del artículo 504 del Código Procesal Civil contiene la definición legal del proceso que nos ocupa, estableciendo textualmente

dicho inciso que se tramita como proceso abreviado la demanda que formula el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente.

Al respecto, Chirinos Soto opina lo siguiente:

“El texto del inciso 1 del artículo 504° (...), que parece referirse al pedido de título supletorio, tiene la hipótesis que corresponde al caso de un comprador a quien su ‘transferente’ no le ha formalizado la cesión de dominio y, entonces, lo demanda para que lo haga él o lo hagan sus sucesores. Esa demanda es un otorgamiento de escritura común y corriente, pero no un título supletorio. En la petición de título supletorio, el solicitante puede contar con un documento -inclusive una escritura pública- de transferencia del bien, pero como no hay partida registral, no puede inscribir su propiedad. Para eso pide al juez que forme el título supletorio” (CHIRINOS SOTO, 1997, Fascículo 11: 7-8).

El citado autor nacional agrega que:

“El inciso 1 contempla el proceso para la formación de título supletorio (...). No se trata del propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su dominio. Se trata del propietario cuyo bien carece de inscripción registral. Hay enorme diferencia entre una y otra situaciones. Un propietario puede tener uno o más documentos que lo acrediten como tal y sin embargo no poder inscribir ese dominio, porque la finca carece de partida en el Registro. Entonces, pues, la formación de título supletorio debemos entenderla como el procedimiento destinado a posibilitar la primera de dominio en los Registros Públicos” (CHIRINOS SOTO, 1997, Fascículo 11: 9).

1.2 Procedencia

Como bien señala Jorge Avendaño, “... los títulos supletorios caben solamente cuando no hay títulos comprobativos del derecho de propiedad...” (AVENDAÑO, 1965: 4). Jorge Avendaño añade que “... su objetivo principal es lograr la primera inscripción de dominio (...), lo cual quiere decir que los títulos supletorios proceden cuando el inmueble no está inscrito...” (AVENDAÑO, 1965: 5).

En la misma línea se encuentra Chirinos Soto cuando afirma lo siguiente: “La condición fundamental para que se solicite la formación judicial de título supletorio respecto de un bien es que el mismo no se halle inscrito en el Registro Público. Esa condición se apoya en un argumento de lógica elemental, pues si

hay inscripción registral, quiere decir que hay título y, por tanto, no es necesaria la elaboración de un título que venga a suplir el inexistente» (CHIRINOS SOTO, 1997, Fascículo 11: 7).

1.3 Órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de título supletorio

Conforme lo dispone el artículo 488 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos abreviados (entre los que se cuenta el de título supletorio) los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, son competentes los Jueces Civiles.

Se colige del inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil que, además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante, el Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes en cuestión (de cuya propiedad se carece de documentos demostrativos).

1.4 Requisitos

Los requisitos del proceso de título supletorio pueden ser extraídos del artículo 505 del Código Procesal Civil, que regula los requisitos especiales aplicables -en lo que resulte pertinente- no sólo a dicho proceso sino también a los de prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos. El citado numeral establece, pues, lo siguiente:

“Artículo 505°.- Requisitos especiales.- Además de lo dispuesto en los Artículos 424° y 425° *[del C.P.C., referidos a los requisitos y anexos de la demanda]*, la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.
2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el

caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.

El Juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

3. Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.
4. Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.
5. Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio”.

1.5 Emplazamiento

El artículo 506 del Código Procesal Civil regula el emplazamiento en el proceso abreviado de título supletorio (y en los de prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos), estableciendo en su primer párrafo que, aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el Juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del citado cuerpo de leyes (numerales que versan sobre la notificación edictal).

Siguiendo con el emplazamiento en el proceso abreviado de título supletorio, el segundo párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil prescribe que en los casos del artículo 435 de dicho Código y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169 del mencionado Código. El artículo 435 del Código Procesal Civil trata sobre el emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, en los siguientes términos: A. cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los artículos 165, 166, 167 y 168 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal; B. cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal; y C.

el plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

1.6 Legitimación

Jorge Avendaño, en relación a la legitimidad activa en el proceso materia de nuestro estudio, sostiene con acierto que los títulos supletorios “... los solicita el propietario y no el poseedor...” (AVENDAÑO, 1965: 4).

Del inciso 1) del artículo 504 del Código Procesal Civil se infiere claramente que cuenta con legitimidad para formular la demanda de título supletorio el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho (de propiedad).

Asimismo, del indicado inciso 1) del artículo 504 del Código adjetivo podemos colegir que la legitimidad pasiva en el proceso de título supletorio recae en el inmediato transferente (del bien en cuestión) o en los anteriores a éste, o en sus respectivos sucesores.

Sobre el particular, Chirinos Soto hace estas precisiones: “La petición o demanda de título supletorio no tiene por qué ir dirigida contra el transferente o sus sucesores, porque no existe ningún elemento que permita vislumbrar siquiera su negativa. Más aún, (...) el vendedor o transferente puede haber otorgado escritura pública, pese a lo cual es menester la formación de título supletorio para obtener así título que haga posible la llamada inscripción ‘primera de dominio’ en el Registro de la Propiedad Inmueble. La petición va dirigida al juez, para que éste disponga la formación del título. Es verdad que la solicitud deberá ponerse en conocimiento de sus supuestos transferentes, de los colindantes y de la colectividad en general, a través de avisos judiciales, pero ello no le debe quitar su naturaleza no contenciosa. Quien otorga el título supletorio es, pues, el juez, sobre la base de las pruebas que aporte el peticionario, una de las cuales puede ser el documento otorgado por la persona que le transfirió la propiedad» (CHIRINOS SOTO, 1997, Fascículo 11: 8).

1.7 Intervención del Ministerio Público

En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil (vale decir, cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados -remisión al art. 435 del C.P.C.-; o cuando se trate de predios rústicos), o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 507 del Código Procesal Civil.

Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo señalado en los artículos 114 y 116 del Código Procesal Civil, el dictamen del Ministerio Público será fundamentado y se emitirá después de actuados los medios probatorios y antes de que se expida sentencia.

1.8 Prueba

La prueba en el proceso abreviado de título supletorio debe versar sobre el derecho de propiedad que alega el demandante respecto de un determinado bien, y que funda su pretensión dirigida a que se le otorgue el título de propiedad correspondiente que le falta (por ser inexistente o por haber desaparecido). Ante la carencia de documentos que acrediten el derecho dominial, quien demanda la formación de títulos supletorios debe, pues, hacer uso de los medios probatorios pertinentes establecidos en el Código adjetivo (como, por ejemplo, la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, exigida en el art. 505 -inc. 4)- del C.P.C.) a fin de demostrar la propiedad que ejerce sobre el bien.

Jorge Avendaño, en lo que concierne a la prueba en el proceso de título supletorio, afirma lo siguiente:

- “... El solicitante de los títulos supletorios debe acreditar posesión suya o de sus causantes...” (AVENDAÑO, 1965: 3).
- “... Tendrá que probar posesión porque ésta es la materialización y la antesala del derecho de propiedad, y además porque este último derecho no se prueba sino con títulos originales o de lo contrario con posesión...” (AVENDAÑO, 1965: 4).

1.9 Sentencia y efectos

“... Los títulos supletorios conceden a quien los pide títulos de propiedad que derivan del procedimiento del mismo nombre. A nadie se perjudica con su formación, desde que se trata de un procedimiento adecuado, en el que se permite la intervención de aquellos que pudieran ser perjudicados, para que hagan valer las defensas que tuvieren. La titulación supletoria reemplaza a los títulos originarios por otro que dimana de la posesión prolongada” (CASTAÑEDA, 1949: 186).

“... El fallo que se pronuncie en el procedimiento no contencioso de títulos supletorios, no sólo declara que lo actuado es título supletorio (...). Esa sería una declaración vana e inocua. Contiene algo más trascendente: declara indirectamente la propiedad, comprueba la existencia de este derecho...” (CASTAÑEDA, 1949: 186).

Jorge Avendaño anota al respecto que: “... Los títulos supletorios pueden ser judicialmente impugnados. Esto no solamente durante su tramitación, sino también una vez formados e incluso inscritos. Ellos pueden ser objetados de la misma manera y en idénticas condiciones que un título de dominio cualquiera. En lo sustantivo, la impugnación de los títulos supletorios depende no de los títulos supletorios mismos sino de la calidad del derecho de propiedad de que goza el titular. Si en la historia del dominio de quien formó los títulos supletorios hay algún vicio, el derecho de propiedad del titular actual será deficiente. No lo serán los títulos supletorios. Ocurre igual que si el titular actual tuviera documentos comprobativos de su propiedad, esto es títulos ordinarios no supletorios. En este caso si en su historia del dominio hubiera algún vicio, también su derecho podrá ser impugnado. No porque el último o el anterior acto jurídico hubiera sido formalmente defectuoso, sino porque su derecho adolecía de una deficiencia en su sustancia» (AVENDAÑO, 1965: 4).

El citado autor nacional concluye diciendo que:

“... Respecto de terceros, es decir del adquirente de buena fe y a título oneroso al amparo del Registro (...), los títulos supletorios están sujetos a régimen idéntico que los títulos ordinarios. Esto no quiere decir que los títulos supletorios ya no sean impugnables. Siguen siéndolo. El tercero que contrató al amparo del Registro está protegido contra la reivindicación, pero no porque los títulos supletorios sean inimpugnables sino porque lo protege la fe registral” (AVENDAÑO, 1965: 4).

1.10 Elevación en consulta de la sentencia

Cuando el dictamen del Ministerio Público, en el caso del artículo 507 del Código Procesal Civil (que -haciendo la remisión al segundo párrafo del art. 506 del C.P.C., el cual nos remite a su vez al art. 435 del C.P.C.- prevé la intervención del Ministerio Público cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados, o cuando se trate de predios rústicos, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía), fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior. Así lo establece el artículo 508 del Código Procesal Civil, aplicable al proceso abreviado de título supletorio (y, además, a los procesos de prescripción adquisitiva y de rectificación o delimitación de áreas o linderos).

1.11 Los títulos supletorios en la Ley Nro. 27157 y en el Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA

En la Ley Nro. 27157 (“Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común”), del 19-07-1999, así como en el Texto Unico Ordenado del Reglamento de la referida Ley Nro. 27157: Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA, del 06-11-2006, se regulan los casos en que el procedimiento de títulos supletorios es tramitado notarialmente como un asunto no contencioso. La Ley Nro. 27157 prevé el proceso de formación de títulos supletorios en su artículo 22, que preceptúa lo siguiente: “La primera inscripción de dominio a que se refiere el artículo 2018° del Código Civil [*primera inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble, para la cual se debe exhibir títulos por un período ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, títulos supletorios*] se declara notarialmente y para ello se debe seguir el mismo proceso a que se refiere el artículo 504° y siguientes del Código Procesal Civil [*es decir, formación de título supletorio*], en lo que sea aplicable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5° de la presente Ley [*referido a la función notarial*]”.

El Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA regula el procedimiento notarial de formación de títulos supletorios en su artículo 37, y prescribe: A. que procede tramitar notarialmente la formación de títulos supletorios de dominio, cuando el propietario carece de títulos que acrediten su derecho, siempre que la edificación objeto de regularización esté levantada sobre un terreno no inscrito; B. que el solicitante debe acreditar, por lo menos, cinco años de posesión; C. que procede también tramitar notarialmente la formación de títulos supletorios, cuando el título o títulos de propiedad del solicitante, no tiene (n) la antigüedad exigida por el artículo 2018 del Código Civil, no siendo necesario en este caso que el solicitante acredite los cinco años de posesión.

Se desprende del artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA que la prescripción adquisitiva de dominio o la **formación de títulos supletorios** a que se refieren (respectivamente) los artículos 21 y 22 de la Ley Nro. 27157, se tramitan por la vía de los asuntos no contenciosos de competencia notarial, conforme al procedimiento previsto en el citado Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA (en los arts. 39 al 43) y, supletoriamente, por las normas contenidas en el Código Procesal Civil. Además, según se infiere de la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA, para el trámite de saneamiento de titulación previsto en dicho Decreto Supremo (en el que está incluido el correspondiente a la formación de títulos supletorios), se aplica supletoriamente la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley Nro. 26662, del 20-09-1996). Igualmente, será de aplicación la normatividad contenida en la Ley

Nro. 27333 (“Ley Complementaria a la Ley Nro. 26662, la Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones”, del 27-07-2000), sobre todo los artículos 5 y 6 de dicha Ley.

1.12 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de otorgamiento o formación de título supletorio

En los subpuntos que siguen veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de otorgamiento o formación de título supletorio.

1.12.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales del proceso de otorgamiento o formación de título supletorio

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales del proceso de otorgamiento o formación de título supletorio, ha establecido lo siguiente:

- “... Esta Institución jurídica (formación de título supletorio) tiene como finalidad el perfeccionar el dominio del propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho y obtener el título de propiedad correspondiente” (Casación Nro. 488-98 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-05-2000, pág. 5335).
- “... De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 504 inciso 1 del Código Procesal Civil, está facultado para demandar título supletorio el propietario de un bien que carece de documento que acredite su derecho -sea por ejemplo por supuestos de deterioro, pérdida o destrucción- contra su inmediato transferente o los anteriores a éste o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente, debiendo el actor cumplir para ello con los requisitos especiales que establece el artículo 505 del mismo Cuerpo Procesal...” (Casación Nro. 3692-2006 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22166-22167).
- “... Cuando el propietario con el título respectivo desee una mayor formalización del mismo y obtenga un pleno efecto erga omnes, peticionará entonces el Otorgamiento de Escritura Pública correspondiente, de conformidad con los artículos mil cuatrocientos doce y mil quinientos cuarentinueve del Código Civil; sin embargo, si el título comprobativo de su derecho se pierde, extravía o deteriora al punto de hacerlo inútil, desapareciendo así el documento que acredita su derecho, no obstante la condición de propietario puede elegir por ejercer la pretensión de Títulos Supletorios, para que supla el anterior; así lo establece el artículo

quinientos cuatro inciso primero del Código Adjetivo [C.P.C.], cuando prescribe que puede interponer la demanda ‘el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente’; [...] sin embargo, lo anterior no significa que el propietario de un bien con título extraviado, perdido o deteriorado, está obligado a interponer única y exclusivamente la pretensión de Título Supletorio; toda vez que, siendo el fin defender, cautelar o preservar el derecho de propiedad, el titular del derecho [...] puede hacer uso de todos los mecanismos que le franquee la Constitución Política del Perú y la ley para la obtención de dicho fin; en tal virtud, si una persona que se considera propietaria de un inmueble ha extraviado su título de propiedad, está [sic -léase ésta-] se encuentra perfectamente legitimada para optar por interponer demanda de Prescripción Adquisitiva de Dominio respecto del bien, con lo cual estará renunciando a la acreditación de su derecho mediante el título que obtuvo pero se perdió y se sujetará a la acreditación de los requisitos de la usucapión establecidos por el artículo novecientos cincuenta del Código Civil, con el riesgo latente de resultar vencido dentro de un debido proceso; pero que será de cargo suyo, puesto que por dicha vía se decidió...” (Casación Nro. 2750-2003 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, pág. 13830).

- “... La Sala de Mérito [...] se ha limitado a realizar una interpretación literal del artículo 504 del Código Procesal Civil, que refiere que sólo aquel propietario que carezca de documentos que acrediten su derecho puede demandar título supletorio a su inmediato transferente; siendo que, realizando una interpretación teleológica [...] de dicha norma, se puede apreciar que no existe obstáculo alguno (ni menos afectación de derechos de terceros), para que un propietario con título imperfecto [...] pueda procurar el presente proceso [sobre formación de título supletorio], toda vez que la finalidad de éste [...] es sanear el título de la propiedad, a fin de que mediante sentencia judicial [...] se obtenga el mérito de un documento público susceptible de inscripción registral, para con ello constituir la primera de dominio o inmatriculación...” (Casación Nro. 2598-2006 / Cañete, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2007, págs. 20890-20891).
- “... Se advierte de manera liminar que los actores cuentan con un documento privado de compraventa, por lo que no se presenta el presupuesto de ‘ausencia de documento que acredite la propiedad de quien reclama el otorgamiento de títulos supletorios’; el mismo que constituye requisito

esencial para acceder a una demanda como la de autos, razón por la cual no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda, deviniendo ésta en improcedente de acuerdo al artículo 427 [...] del Código Procesal Civil; [...] los recurrentes no requieren del otorgamiento de título supletorio en tanto cuentan ya con documento privado de compra venta con firmas legalizadas mediante el cual se les transfiere la propiedad del predio [...], tendiendo [sic -léase teniendo-] además acceso a otros mecanismos o vías legales para satisfacer su pretensión...” (Casación Nro. 3692-2006 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22166-22167).

- “... Si el título comprobativo de su derecho se pierde, extravía o deteriora al punto de hacerlo inútil, desapareciendo así el documento que acredita su derecho pero no la condición de propietario, puede optar por ejercer la pretensión de Títulos Supletorios, para que supla el anterior; así lo establece el artículo quinientos cuatro inciso primero del Código Procesal Civil cuando prescribe que puede interponer demanda ‘el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente’; [...] lo anterior no significa que el propietario de un bien con título extraviado, perdido o deteriorado, está obligado a interponer única y exclusivamente la pretensión de Título Supletorio; toda vez que, siendo el fin defender, cautelar o preservar el derecho de propiedad, el titular del derecho [...] puede hacer uso de todos los mecanismos que le franquee la Constitución y la ley para la obtención de dicho fin; en tal virtud, si una persona que se considera propietaria del inmueble ha extraviado su título de propiedad, ésta se encuentra perfectamente legitimada para optar por interponer demanda de Prescripción Adquisitiva de Dominio respecto del bien, con lo cual estará renunciando a la acreditación de los requisitos de la usucapión establecidos por el artículo novecientos cincuenta del Código Civil, con el riesgo latente de resultar vencido dentro de un debido proceso; pero que será de cargo suyo, puesto que por dicha vía se decidió; [...] de la misma manera, la persona a la que no se le ha extraviado su título de propiedad sino que la conserva [sic -léase sino que lo conserva-] pero que advierte a posteriori que éste deviene en ineficaz, insuficiente o insubsanable por alguna causal contemplada en la ley[,] igualmente se encuentra legitimada para, en defensa de su derecho, recurrir a la usucapión, ya sea en su forma lata o corta, debiendo cumplir con los requisitos respectivos previstos en el citado artículo novecientos cincuenta del Código Sustantivo [C.C.]; con la posibilidad [...] de resultar vencida; no existiendo ninguna imposibilidad

jurídica en este caso, puesto que precisamente, en atención a la ineficacia atribuida al título del poseedor es que éste, para conservar su derecho, se somete a los requisitos de la usucapión...” (Casación Nro. 2448-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20306).

- “... No pudiendo [entiéndase no puede] un arrendatario solicitar la formación de títulos supletorios por cuanto éste tiene la calidad de poseedor inmediato ejerciendo la posesión a nombre del poseedor mediato conforme a lo preceptuado en [...] el artículo novecientos cinco del Código Civil vigente...” (Casación Nro. 3290-02 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2005, págs. 14065-14066).
- “... La nulidad de un título supletorio, apreciado como cualquier otro título de dominio, no tiene valor irrevocable; pues, incluso, deben ser calificados en su legalidad y suficiencia para su correspondiente inscripción en los Registros Públicos...” (Casación Nro. 294-95 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-12-1996, págs. 2527-2528).
- “... Si bien es cierto que el título supletorio formado sobre el terreno materia de litis es dudoso, por tratarse de terrenos eriazos y de propiedad del Estado, (...) su autenticidad sería resuelta en el proceso correspondiente, no siendo ésta (acción de tercería de propiedad) la vía para determinarla, ya que el citado título supletorio surte todos sus efectos legales mientras no se anule judicialmente” (Casación Nro. 109-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-11-1999, pág. 3962).

1.12.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos del proceso de otorgamiento o formación de título supletorio

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los requisitos del proceso de otorgamiento o formación de título supletorio, ha establecido lo siguiente:

- “... El requisito substancial para que prospere la formación de títulos supletorios es la posesión...” (Casación Nro. 1040-99 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, pág. 4324).
- “... El otorgamiento de título supletorio previsto en el artículo quinientos cuatro inciso primero del Código Procesal Civil [...] consiste en la demanda que se entabla contra el transferente o los anteriores a éste para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente ante la carencia de documentos que acrediten el derecho del actor; no exigiéndose

en este caso los requisitos de la posesión previstos para la prescripción adquisitiva de dominio a que se refiere el artículo novecientos cincuenta del Código Civil...” (Casación Nro. 43-2002 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2004, págs. 13228-13229).

- “... Los requisitos de los artículos quinientos cuatro y quinientos cinco del Código Procesal Civil son exigencias especiales a la demanda [sobre título supletorio] y su cumplimiento no importa necesariamente que se ampare la misma como concluye el recurrente, no advirtiéndose pues la afectación acusada [afectación al debido proceso]...” (Casación Nro. 3560-2001 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8549).
- “... El demandante no ha probado tener la propiedad del bien sublitis, primero, al no adjuntar pruebas fehacientes que acrediten que tiene la propiedad del bien y, segundo, que no posee dicho bien en forma exclusiva tal como manifiesta en su demanda, presupuestos que impiden la procedencia de la acción de Título Supletorio” (Casación Nro. 1137-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2000, pág. 4473).
- “... En este tipo de procesos [sobre formación de títulos supletorios] el juzgador deberá dilucidar respecto de la propiedad, pues solo será amparada la demanda si se encuentra acreditada la condición de propietario de la actora, conforme fluye del inciso 1 del artículo 504 de nuestro ordenamiento procesal civil [C.P.C.]. [...] Sin embargo, cabe señalar que una de las formas para corroborar la propiedad alegada es justamente la posesión por parte de la accionante respecto del bien (materia de litigio), toda vez que de acuerdo al artículo 896 del Código Procesal Civil [sic -en realidad es el art. 896 del C.C.], la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. [...] En consecuencia, se aprecia que resulta necesaria la realización de la inspección judicial en el predio materia de litis, a fin de verificar las condiciones del mismo, constatando si la demandante se encuentra en posesión mediata o inmediata o si existe un tercero que ejerce la ocupación; todo ello con el objeto de formar convicción en el juzgador respecto de la titularidad de la recurrente sobre el citado bien...” (Casación Nro. 1633-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2002, pág. 9677).
- “... Haciendo una interpretación hermenéutica, este requisito (del ofrecimiento de tres testigos en el proceso de formación de título supletorio) se ha cumplido, pues el actor en el acto postulatorio ofrece como medio probatorio la declaración de tres testigos, que el no haberse actuado en

su integridad dicho medio probatorio no puede acarrear la nulidad de actuados, pues el acto procesal ha alcanzado la finalidad a la que estaba destinado, por lo que no puede alegarse este de efecto (sic -entiéndase este defecto-) para anular los autos, mas aun (sic) si no se ha acreditado agravio conforme señala el Artículo ciento setenticuatro del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 488-98 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-05-2000, pág. 5335).

2. PRESCRIPCION ADQUISITIVA O USUCAPION

2.1 Concepto

Para Santos Briz, “la usucapión es un modo de adquirir el dominio sobre cosas corporales y sobre derechos reales de goce por medio de la posesión en concepto de dueño continuada durante el tiempo que señala la ley” (SANTOS BRIZ, 1973, Tomo II: 235).

En opinión de Barassi, “... la usucapión (prescripción adquisitiva) es la adquisición del derecho de propiedad o de otro derecho real de disfrute, por la posesión no viciada (no adquirida de un modo violento o clandestino), continuada durante un período legalmente determinado...” (BARASSI, 1955, Volumen II: 106). La usucapión -concluye Barassi- “... es, pues, un modo de adquisición a título originario en cuanto da lugar a la formación de un nuevo derecho distinto del derecho que cesa...” (BARASSI, 1955, Volumen II: 107).

Arean de Díaz de Vivar califica a la usucapión como “... un modo de adquisición del dominio y de otros derechos reales, por el cual la posesión continuada durante el tiempo determinado por la ley, y reuniendo los requisitos que ella establece, conduce a la adquisición” (AREAN DE DIAZ DE VIVAR, 1985: 287). Arean de Díaz de Vivar, en cuanto a la consideración de la usucapión como un modo originario de adquisición de un derecho, enseña lo siguiente:

“Para la mayoría de los autores la usucapión es un modo de adquisición de un derecho, que para algunos es derivado y para otros originario.

Entre nosotros predomina la última tendencia, a la cual adherimos, ya que el usucapiente se convierte en titular del derecho independientemente de que antes lo fue otra persona. No interesa el derecho del antiguo propietario, que la propia prescripción hace extinguir. No hay entre ellos nexos alguno, pues la adquisición se produce de pleno derecho por el solo cumplimiento del término legal de posesión. Si subsisten los derechos reales con que pudo gravar la cosa el anterior propietario, ello no se debe a transmisión alguna sino, sencillamente a que, tratándose de derechos de

esa naturaleza, son inherentes a la cosa” (AREAN DE DIAZ DE VIVAR, 1985: 290-291).

Lino Palacio señala que el proceso de adquisición del dominio por usucapión “... es aquel que tiene como objeto la pretensión consistente en obtener, mediante el pronunciamiento de una sentencia declarativa, un título supletorio de dominio a favor de quien ha poseído un inmueble...” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 311).

José Levitán, en lo relativo a la naturaleza de la acción de prescripción adquisitiva de dominio, sostiene que:

- “La acción declarativa de la prescripción adquisitiva de dominio es personal y no real...” (LEVITAN, 1979: 137).
- “... Como con ella (demanda de declaración de prescripción adquisitiva de dominio) no se pide ‘la cosa’, cuyo dominio ya tiene el demandante por ‘modo’ de adquirir, sino un título para acreditarlo, la acción intentada será personal y no real” (LEVITAN, 1979: 139).
- “... La acción (de prescripción adquisitiva de dominio) es exclusivamente declarativa; se limita a declarar el derecho del prescribiente; no lo constituye en propietario; puesto que el prescribiente ya es propietario por el solo transcurso del plazo prescriptorio. Ni le confiere ningún título supletorio. Le reconoce su derecho de propiedad, y no en forma supletoria sino en forma principal” (LEVITAN, 1979: 139).

El Código Civil regula la prescripción adquisitiva o usucapión en el Sub-Capítulo V (“Prescripción adquisitiva) del Capítulo Segundo (“Adquisición de la propiedad”) del Título II (“Propiedad”) de la Sección Tercera (“Derechos reales principales”) de su Libro V (“Derechos Reales”), en los arts. 950 al 953. En el artículo 952 -primer párrafo- del mencionado cuerpo de leyes se señala, dicho sea de paso, que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal, la prescripción adquisitiva es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso abreviado (art. 486 -inc. 2)- del C.P.C.), y se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 2º (“Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 504 al 508.

Precisamente, el inciso 2) del artículo 504 del Código Procesal Civil contempla la definición legal del proceso de prescripción adquisitiva, estableciendo

textualmente dicho inciso que se tramita como proceso abreviado la demanda que formula el poseedor para que se le declare propietario por prescripción.

2.2 Contenido

Al respecto, Hernández Gil sostiene que:

“El contenido de la usucapión es, espacialmente, la posesión, y temporalmente, la continuidad en ella, es decir, el transcurso del tiempo. A su vez, objeto de la posesión ha de ser una cosa o un derecho susceptible de posesión.

Si contenido de la usucapión es la posesión, tendremos que el asignado a la posesión, desde el punto de vista objetivo, rige también para la usucapión. Podrán, por tanto, ser objeto de usucapión, la propiedad y los derechos reales susceptibles de un ejercicio continuado (...). A donde no llega la posesión, no alcanza la usucapión, si bien no toda posesión es apta para servir de soporte a la usucapión” (HERNÁNDEZ GIL, 1980: 418).

Papaño, Kiper, Dillon y Causse expresan sobre el particular lo siguiente:

“Como solamente las cosas pueden ser objeto de los derechos reales (...), y la posesión también sólo recae sobre cosas (...), la prescripción adquisitiva, que tiene asimismo por objeto determinados derechos reales (...) y se logra por la posesión (...), sólo puede tener por objeto a las cosas (...).

Las cosas susceptibles de usucapión pueden ser inmuebles (...) o muebles (...), pero no pueden ser adquiridas por prescripción las que están fuera del comercio (...), ni tampoco las que son del dominio público del Estado, porque ellas son inenajenables e imprescriptibles, y además, porque estando afectadas al uso común (...), nadie podría arrogarse su uso y goce en forma exclusiva (...).

La usucapión, pues, sólo recae sobre cosas que están en el comercio (...), que pueden ser propiedad privada (...). (...) Se pueden prescribir todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición...” (PAPAÑO; KIPER; DILLON; y CAUSSE, 1990, Tomo III: 49).

2.3 Clases

Se infiere del Código Civil las siguientes clases de prescripción adquisitiva:

- a) Prescripción adquisitiva de bien inmueble (art. 950 del C.C.): Se subclasifica en:

- a.1) Prescripción adquisitiva corta u ordinaria: Por la cual se adquiere a los cinco años la propiedad inmueble mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario, siempre que haya justo título y buena fe.
- a.2) Prescripción adquisitiva larga o extraordinaria: Por la cual se adquiere a los diez años la propiedad inmueble mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario. No es exigible el justo título ni la buena fe.
- b) Prescripción adquisitiva de bien mueble (art. 951 del C.C.): Se subclasifica en:
 - b.1) Prescripción adquisitiva corta u ordinaria: Por la cual se adquiere a los dos años la propiedad de un bien mueble mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario, siempre que exista buena fe.
 - b.2) Prescripción adquisitiva larga o extraordinaria: Por la cual se adquiere a los cuatro años la propiedad de un bien mueble mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario. No es exigible la buena fe.

2.4 Competencia para conocer del proceso de prescripción adquisitiva

Conforme lo dispone el artículo 488 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos abreviados (entre los que se cuenta el de prescripción adquisitiva) los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, son competentes los Jueces Civiles.

Se colige del inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil que, además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante, el Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes en cuestión (materia de prescripción adquisitiva).

2.5 Requisitos de la prescripción adquisitiva

Se desprende del artículo 950 del Código Civil que para la prescripción adquisitiva corta u ordinaria de bien inmueble se requiere lo siguiente:

- Posesión continua.

- Posesión pacífica.
- Posesión pública.
- Posesión a título de propietario.
- Justo título.
- Buena fe.
- El transcurso del plazo de cinco años de posesión con las características mencionadas precedentemente.

Del artículo 950 del Código Civil se desprende, además, que para la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria de bien inmueble son necesarios los requisitos que se indican a continuación:

- Posesión continua.
- Posesión pacífica.
- Posesión pública.
- Posesión a título de propietario.
- El transcurso del plazo de diez años de posesión con las características señaladas en los anteriores acápites.

Tratándose de la prescripción adquisitiva corta u ordinaria de bien mueble, se puede observar del artículo 951 del Código Civil que se debe reunir los siguientes requisitos:

- Posesión continua.
- Posesión pacífica.
- Posesión pública.
- Posesión a título de propietario.
- Buena fe.
- El transcurso del plazo de dos años de posesión con las características indicadas líneas arriba.

En lo relativo a la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria de bien mueble, se puede apreciar del artículo 951 del Código Civil que es preciso contar con:

- Posesión continua.
- Posesión pacífica.
- Posesión pública.
- Posesión a título de propietario.
- El transcurso del plazo de cuatro años de posesión con las características descritas en los acápites que preceden.

2.5.1 Posesión en concepto de dueño

Acerca de la posesión en concepto de dueño como requisito de la usucapión, Hernández Gil expone lo siguiente:

“La posesión en concepto de dueño tiene un doble significado: En su significado estricto equivale a comportarse el poseedor como propietario de la cosa; bien porque lo es, bien porque tiene la intención de serlo. Quien es poseedor como consecuencia de ser propietario puede desentenderse en el uso de la cosa de revelar su condición de dueño, tanto en el sentido de atenerse sólo a la defensa posesoria, como también en el sentido contrario porque cualquiera sea su comportamiento, aunque éste no refleje el *animus domini*, siempre estará asistido de la tutela del derecho de propiedad. No le ocurre lo mismo a quien sólo le es dado invocar en su apoyo la posesión; entonces la conducta desempeña un cometido fundamental para identificarle como tal poseedor en concepto de dueño. En su significado más amplio poseedor en concepto de dueño (con los dos matices apuntados) es el que se comporta con la cosa como titular de un derecho susceptible de posesión, que son los derechos reales aunque no todos, y algunos otros derechos que, aun no siendo reales, permiten su uso continuado (...). En ningún caso se trata de una ‘creencia’; es intención, propósito, acompañado o no de la creencia, lo que da lugar a la posesión en concepto de dueño” (HERNANDEZ GIL, 1980: 423).

2.5.2 Posesión continua o ininterrumpida

Como bien lo hace notar Hernández Gil:

“... Posesión no interrumpida quiere decir posesión continuada, reiterada, mantenida. La posesión no es continua cuando el poseedor deja de ejercitar actos posesorios. Ahora bien, tanto la continuidad como la discontinuidad o la interrupción no son conceptos absolutos, sino relativos, en directa correspondencia con la realidad social y con la clase de los

bienes afectados por la relación posesoria. Una periodicidad e incluso las intermitencias regulares propias de ciertas formas de utilización no excluyen la continuidad.

(...) Se sostiene que la continuidad consiste en la reiteración de la posesión y la no continuidad, por tanto, es la intermitencia en la posesión sin dejar de subsistir, mientras que la interrupción es la desaparición de la posesión. Ha llegado a decirse que la continuidad es un requisito de la posesión y la no interrupción un requisito de la usucapión (...). En rigor, no existe la duplicidad de conceptos. La continuidad, entendida como falta de interrupción, es un modo de definir la posesión no interrumpida. Por lo mismo, cierta discontinuidad en el ejercicio, que puede excluir la estricta continuidad, si no constituye interrupción (...) no afecta para nada a la posesión ni a la usucapión...” (HERNÁNDEZ GIL, 1980: 461).

En lo que toca al tema de la posesión continua o ininterrumpida, debe tenerse presente la presunción legal (*juris tantum* o relativa) de continuidad de la posesión, contenida en el artículo 915 del Código Civil, según el cual, si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

2.5.3 Posesión pacífica

Hernández Gil, respecto de la posesión pacífica, apunta lo siguiente:

“El requisito básico indispensable para que la posesión sea pacífica es que no haya mediado violencia. Pero como la violencia no se da respecto de la propia posesión, sino respecto de la posesión de otro, es necesario que en la adquisición no haya intervenido la violencia. Ahora bien, dado que la violencia por sí sola no actúa como modo de adquirir, en rigor, lo que ocurre es que falta la posesión (...).

También es posesión pacífica aquella que, habiendo comenzado con un acto violento, ha experimentado la sanación derivada de la pérdida de la posesión por el despojado en virtud de la posesión del año y día del que actuó en contra de la voluntad del antiguo poseedor (...), o bien, si ha prescrito la acción de retener o recobrar (...).

Se ha suscitado el problema de si la posesión pacífica es la posesión no violenta, o bien, si aun sin haber mediado violencia, puede haber una posesión no pacífica. En el primer caso habría reciprocidad estricta: posesión pacífica es la no violenta. En el segundo caso cabría la posibilidad de una posesión, al mismo tiempo, no pacífica y no violenta. Suele entenderse

como posesión pacífica, desde este punto de vista más amplio, la que no lesione el derecho de otro poseedor. Esto es posible a los efectos de la usucapión, en la medida en que (...) no se limita a considerar contrario a la posesión sólo el acto estrictamente violento, sino también aquel realizado sin o contra la voluntad del poseedor...” (HERNANDEZ GIL, 1980: 446-447).

2.5.4 Posesión pública

El requisito de la usucapión consistente en la posesión pública es examinado por Hernández Gil de esta manera:

“... Hay una cierta redundancia al añadir a la palabra posesión la palabra pública porque a la posesión le es inherente una función de publicidad. Toda la teoría de la posesión muestra a ésta como una exterioridad o una exteriorización. La posesión es visible, perceptible sensorialmente. Mucho más que los derechos o que el propio derecho a la posesión. En esa asequibilidad que tiene para ser captada desde fuera descansa en gran medida la razón de ser de la protección. El mundo de los derechos se revela mucho menos al exterior y tiene un trasfondo de interioridades que son siempre las decisivas. La posesión vive más en la superficie (...). La función de legitimación, fundada en la apariencia, que desempeña la posesión, descansa en la publicidad que le es implícita. Los efectos jurídicos más importantes derivados de la posesión, que la trascienden hasta el punto de engendrar derechos, descansan en lo que la posesión muestra y en la creencia que funda en los observadores de buena fe. Por eso se equipara en algunos aspectos la publicidad posesoria a la publicidad registral. El propio adquirente por usucapión reputa al transmitente con poder de disposición en virtud de lo que aparece al exterior.

Es inherente a la posesión, en conjunto, una función de publicidad. Opera a modo de signo que, a la vez, la comunica en cuanto posesión y como probabilidad del derecho. El alcance significativo difiere en razón de las cosas y de las circunstancias. Quiero decir no ya que son distintos los efectos de la publicidad, que efectivamente es así, pero no de este lugar, sino que el significado de la publicidad descansa en significantes no exactamente iguales, a los cuales corresponde, sin embargo, un valor igual (...). La publicidad de la posesión no se traduce en el conocimiento por todos. Radica en resultar asequible a la percepción dentro de los límites y conforme a las características normales, socialmente consideradas, de la utilización de las cosas” (HERNANDEZ GIL, 1980: 435-436).

2.5.5 Buena fe

Valencia Zea dice de este requisito de la prescripción adquisitiva que:

“... La buena fe en la adquisición de una posesión en nombre propio, es la convicción de que el tradente o causante es titular del derecho de propiedad que se pretende adquirir, y que sólo así puede tenerse la conciencia de adquirirse el dominio por medios legítimos (...).

Si se adquiere por tradición, la buena fe implica la creencia de que el tradente es propietario; y si se adquiere por derecho hereditario, la buena fe es la convicción de que el dominio pertenecía al causante o *de cujus*” (VALENCIA ZEA, 1976, Tomo II: 389-390).

Dávalos Fernández opina que el poseedor de buena fe se trata “... de alguien que tiene la convicción de que es propietario, de ahí que no sólo sea necesario de que ignore los vicios del acto jurídico que supuestamente considera le transmitió el dominio, sino, además, considere que ese acto (título) es suficiente o idóneo para ello; es decir, no puede aludir buena fe quien conoce sobradamente la ineficacia de la transferencia de la propiedad por razón del medio empleado” (DAVALOS FERNANDEZ, 1992: 83). El mencionado autor añade que “la buena fe, además debe prevalecer en el poseedor durante todo el término exigido para la usucapión, o sea se pierde el derecho a la usucapión desde que se conoce la existencia del vicio que acompaña al título. No basta, por tanto, que exista buena fe al momento del acto jurídico, sino, además, debe mantenerse durante todo el término de la posesión. En ello radica precisamente la posesión en concepto de dueño, que el poseedor así lo cree” (DAVALOS FERNANDEZ, 1992: 83).

Al respecto, Rodríguez Ossorio afirma que “... es preciso que esa creencia (de que aquel de quien se recibió la cosa poseída era dueño de ella y podía transmitir válidamente su dominio) sea fundada y, por tanto, no bastará para que se cumpla dicho requisito (buena fe) cualquier suposición desprovista de fundamento sólido, sino que debe apoyarse en una de las causas que producen la transmisión del dominio, o sea que la persona de quien recibió la cosa era realmente dueño de la misma por alguno de los medios que la ley autoriza. Desde el momento en que existe el título se presume la buena fe...” (RODRIGUEZ OSSORIO, 1971: 352-353).

En lo relativo a la buena fe, debe tenerse presente que conforme a nuestro ordenamiento jurídico:

- Dicho requisito sólo es exigible tratándose de la prescripción adquisitiva corta u ordinaria de bienes inmuebles y muebles (arts. 950 y 951 del C.C.).

- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título (art. 906 del C.C.).
- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada (art. 907 del C.C.).
- El poseedor de buena fe hace suyos los frutos (art. 908 del C.C.).
- Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. Tal presunción no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona (art. 914 del C.C.).

2.5.6 Justo título

Antes que nada, debe precisarse que, de acuerdo a lo normado en el artículo 950 del Código Civil, el requisito del justo título únicamente es exigible en el caso de la prescripción adquisitiva corta u ordinaria de bien inmueble.

Para Valiente Noailles, “...*justo título* es aquel que permite transferir, revestido de las formas legales y efectuado por persona capaz, que no es precisamente el dueño. En otras palabras: justo título es el acto jurídico que por sí mismo permite operar la transferencia del dominio, cumpliendo con los requisitos de capacidad y forma que exige la ley, careciendo quien lo otorga del carácter de propietario. Es lo que los romanistas denominan *justa causa traditionis*” (VALIENTE NOAILLES, 1958: 248).

En opinión de Puig Brutau, el título en la usucapión debe reunir los siguientes requisitos:

- a) *Justo*. - (...) Como es natural ha de tratarse de un acto o negocio jurídico que, por la calificación jurídica que le corresponda, sea congruente con la transferencia del dominio o del derecho real a favor del usucapiente, aunque por concurrir determinado vicio o defecto no pueda cumplir su natural finalidad. Así, una compraventa, una donación, etc., son justos a los efectos de fundar la usucapión a favor del comprador o donatario; pero no lo son, por ejemplo, un contrato de depósito o de comodato para que el depositario o comodatario pueda adquirir por usucapión.
- b) *Verdadero*. - (...) Este requisito se refiere (...) a que el título (acto o negocio jurídico) ha de tener existencia real con independencia de los defectos que le acompañen. Por tanto, están excluidos los títulos simulados y putativos,

es decir, aquellos que no existen, ya sea porque las partes se hayan limitado a crear una apariencia de título (título simulado de manera absoluta) o porque haya mediado error acerca del hecho mismo de la existencia del título (título putativo).

- c) *Válido*.- (...) Indudablemente no podrá tratarse de una absoluta validez y eficacia porque, en semejante caso, el adquirente sería sin más propietario de la cosa adquirida y no debería recurrir a la usucapión.

(...)

(...) El título válido, apto para la usucapión ordinaria, no es el absolutamente válido, pero tampoco el absolutamente nulo, sino el meramente anulable.

(...)

- d) *Probado*.- (...) ‘el justo título debe probarse: no se presume nunca’...” (PUIG BRUTAU, 1978, Tomo III, Volumen I: 365-367).

2.5.7 Transcurso del plazo de prescripción adquisitiva

“El término o lapsus es consustancial a la usucapión. No hay usucapión instantánea, sino que es necesario poseer como si se fuera dueño, en virtud de una causa legítima y (...) durante un término (que previamente esté fijado por Ley)” (DAVALOS FERNANDEZ, 1992: 86).

En lo relativo al plazo de prescripción adquisitiva, el Código Civil establece que:

- El plazo para la prescripción adquisitiva corta u ordinaria de bien inmueble (que es la que se configura mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario, siempre que haya justo título y buena fe) es de cinco años (art. 950 del C.C.).
- El plazo para la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria de bien inmueble (que tiene lugar con la posesión continua, pacífica y pública como propietario, sin que sea exigible el justo título ni la buena fe) es de diez años (art. 950 del C.C.).
- El plazo para la prescripción adquisitiva corta u ordinaria de bien mueble (la misma que se alcanza con el concurso de la posesión continua, pacífica y pública como propietario, así como de la buena fe) es de dos años (art. 951 del C.C.).

- El plazo para la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria de bien mueble (que se produce con la posesión continua, pacífica y pública como propietario, sin que sea necesaria la buena fe) es de cuatro años (art. 951 del C.C.).
- Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles (art. 2021 del C.C.).

2.5.7.1 Interrupción y suspensión de la prescripción adquisitiva

El Código Civil regula la interrupción de la prescripción adquisitiva en su artículo 953, conforme al cual, se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye. Dicho numeral es concordante con lo dispuesto en el artículo 904 del Código Civil en el sentido de que se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera.

2.5.7.2 Accesión o unión de posesiones en la usucapión

“Ocurre con frecuencia que los derechos del ocupante originario pasan a otra persona, sea en virtud de fallecimiento o de cesión, sobre todo en la prescripción larga. De esta suerte, el derecho que en definitiva se obtiene es el resultado de sucesiones a título universal o a título singular. He aquí el supuesto de la accesión de posesiones” (LAFAILLE, 1929, Tomo Primero: 369).

El Código Civil, en su artículo 898, norma la adición del plazo posesorio (entiéndase accesión o unión de posesiones) en los siguientes términos: “El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien».

2.5.8 Requisitos especiales de la demanda de prescripción adquisitiva

Los requisitos de la demanda de prescripción adquisitiva pueden ser extraídos del artículo 505 del Código Procesal Civil, que norma los requisitos especiales aplicables -en lo que resulte pertinente- no sólo a dicho proceso sino también a los de título supletorio y rectificación o delimitación de áreas o linderos. El citado numeral establece así lo siguiente:

“Artículo 505°.- Requisitos especiales.- Además de lo dispuesto en los Artículos 424° y 425° *[del C.P.C., referidos a los requisitos y anexos*

de la demanda], la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.
2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.

El Juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

3. Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.
4. Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.
5. Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio”.

2.6 El emplazamiento en el proceso de prescripción adquisitiva

El primer párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil establece que aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el Juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del Código Procesal Civil (numerales que regulan la notificación por edictos).

Siguiendo con el emplazamiento en el proceso abreviado de prescripción adquisitiva, el segundo párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil prescribe

que: “En los casos del Artículo 435° *[del C.P.C.]* y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el Artículo 169° *[del C.P.C.]*”. El artículo 435 del Código Procesal Civil trata sobre el emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, en los siguientes términos:

“Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los Artículos 165°, 166°, 167° y 168° *[del C.P.C.]*, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.

Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta”.

2.7 Intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva

En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil (vale decir, cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados -remisión al art. 435 del C.P.C.-, o cuando se trate de predios rústicos), o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 507 del Código Procesal Civil.

Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo señalado en los artículos 114 y 116 del Código Procesal Civil, el dictamen del Ministerio Público será fundamentado y se emitirá después de actuados los medios probatorios y antes de que se expida sentencia.

2.8 La prueba en la usucapión

En el proceso objeto de nuestro estudio, la prueba debe girar en torno al cumplimiento o no de los requisitos exigidos para la adquisición de la propiedad por prescripción en los artículos 950 y 951 del Código Civil, según el tipo de prescripción adquisitiva de que se trate (vale decir, de bien inmueble o mueble; corta -u

ordinaria- o larga -o extraordinaria-). En tal sentido, las partes deberán hacer uso de los medios probatorios pertinentes previstos en el Código Procesal Civil para acreditar los hechos que invocan (como, por ejemplo, en el caso del demandante, la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, que constituye un medio de prueba exigible al accionante por mandato del art. 505 -inc. 4)- del C.P.C.).

Acerca de la prueba en la usucapición, Levitán señala que “la cautela y la prudencia aconsejan acreditar en el juicio no sólo la ocupación del inmueble, sino también que se ocupa a título de poseedor. Ello requiere prueba abundante, por diversos medios probatorios, para que no hayan dudas en el juzgador, de que la ocupación es *animus domini*. Todo elemento que sirva para demostrar la ocupación o para hacerla presumir, debe aportarse como prueba, y acompañar toda prueba que pueda justificar que la ocupación del inmueble la tiene el prescribiente, ‘para sí’ o sea ‘*animus domini*’, sin ‘reconocer’ en otro la propiedad” (LEVITAN, 1979: 240).

2.9 Efectos de la prescripción adquisitiva

A decir de Santos Briz:

“Fundamental efecto (de la prescripción adquisitiva) es (...) la adquisición del dominio y demás derechos reales. Otros efectos (...) son los siguientes:

- a) La usucapición puede ser alegada como acción o como excepción en el proceso civil. Es opinión común que no puede aplicarse de oficio por los Tribunales (...).
- b) La usucapición comprende la extinción de derechos creados sobre la cosa durante el lapso de tiempo necesario para la misma, cuando esos derechos están afectos de la misma posición pasiva o de omisión que observa el propietario contra el que se prescribe (...).
- c) La usucapición se retrotrae al momento del inicio del plazo. Por lo tanto, pertenecen al que usucupe los frutos de la cosa desde ese momento y surtirán su efecto los gravámenes que el mismo haya impuesto a partir del comienzo de su posesión, y, si no los ha reconocido, desaparecen los gravámenes ajenos no ejercitados durante el mismo lapso” (SANTOS BRIZ, 1973, Tomo II: 260-261).

En opinión de Puig Brutau:

“... El principal efecto (de la usucapición) es el de la adquisición del dominio o del derecho real de que se trate. No hace falta declaración judicial para que tal efecto se produzca; es decir, cuando una sentencia reconoce que

determinado sujeto de derecho ha adquirido el dominio de una cosa por usucapión, tiene valor puramente declarativa y no constitutiva del derecho mismo (...). Pero con la afirmación de este efecto básico no quedan solventadas todas las dificultades. Es preciso determinar qué normas rigen en cuanto a la extensión del derecho adquirido y desde qué momento habrá de considerarse propietario al usucapiente.

- a) Si se ha tratado de la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, como habrá mediado un título justo, verdadero y válido (...), este mismo título determinará los límites o el contenido del derecho adquirido. En otro caso, es decir, a falta de justo título, como la usucapión se fundará en la posesión y en la buena fe, o exclusivamente en la posesión cuando se trate de una prescripción extraordinaria, regirá la norma de que se prescribirá en la medida en que se haya poseído (*tantum praescriptum quantum possessum*).
- b) Por lo que afecta al momento en que se ha de estimar adquirido el derecho, la duda estriba en saber si la prescripción adquisitiva ha de tener efecto retroactivo. La opinión dominante se inclina en sentido afirmativo, aunque, en realidad, se trata de una afirmación dogmática que, en algún caso concreto, puede estar en pugna con una justa valoración de los intereses de las partes interesadas. Por ejemplo, se afirma resueltamente que dicha fuerza retroactiva dará lugar a que la propiedad adquirida quede libre de todos los gravámenes que se hayan impuesto, durante el transcurso del tiempo de la usucapión por parte de quien entonces era todavía propietario. Esta afirmación, más que resolver problemas concretos, se limita a subrayar la eficacia que, en principio, debería reconocerse a la usucapión; pero, en realidad, otras disposiciones pueden hacer que prevalezca la solución opuesta (...).

Otro efecto de la usucapión es que la ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás...” (PUIG BRUTAU, 1978, Tomo III, Volumen I: 379-380).

2.10 La sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva

Papaño, Kiper, Dillon y Causse, en lo que atañe a la sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva, anotan lo siguiente: “... Para que la adquisición se perfeccione no bastan la posesión y el trascurso del tiempo si lo poseído o el derecho ejercido ha sido sobre un inmueble o una cosa mueble registrable, porque debe existir previamente una resolución judicial que declare extinguido o desmembrado el dominio del propietario anterior. Antes de esta declaración, la posesión y el

tiempo sólo conforman para el usucapiente una situación de hecho, que le otorgan un derecho a la cosa mediante las acciones posesorias y los interdictos, pero no tiene todavía un *ius in rem*, o sea, un derecho en la cosa...” (PAPAÑO; KIPER; DILLON; y CAUSSE, 1990, Tomo III: 42).

Papaño, Kiper, Dillon y Causse ponen de relieve que “la sentencia dictada en el juicio de usucapión (...) hace cosa juzgada material. En consecuencia, el propietario anterior pierde su derecho de dominio (...), que adquiere el usucapiente (...). Por esa razón, el juez dispone la inscripción de la sentencia en el Registro de la Propiedad Inmueble, y la cancelación de la inscripción anterior si estuviere inscrito el dominio” (PAPAÑO; KIPER; DILLON; y CAUSSE, 1990, Tomo III: 79).

Lino Palacio, respecto de la sentencia en el proceso de adquisición del dominio por prescripción, reflexiona de este modo:

“... En el supuesto de estimar reunidos los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión, el juez debe dictar sentencia declarando adquirido el dominio por el actor respecto del inmueble de que se trate y ordenando la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, así como la cancelación de la anterior si existiere.

Dicha sentencia, en razón de configurar el acto conclusivo de un proceso contradictorio y plenario, posee eficacia de cosa juzgada en sentido material, de modo que importa obstáculo a la admisibilidad de la eventual pretensión que acerca del dominio del inmueble pudiere interponer el anterior propietario. Asimismo, a partir de la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad, la sentencia tiene efectos *erga omnes*.

Puede ocurrir, por otra parte, que el plazo legal de prescripción venza durante la sustanciación del proceso, en cuyo caso, debidamente probada esa circunstancia, el fallo puede hacer mérito de ella para acoger la pretensión (...). Igualmente cabe la posibilidad de que el vencimiento del plazo, ocurrido con posterioridad al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, sea computado como hecho sobreviniente en el fallo correspondiente a la instancia ulterior. De todos modos, aun mediando sentencia firme que rechazó la pretensión por no concurrir el requisito referente al transcurso del tiempo requerido para usucapir, no media obstáculo para que, operado ese hecho con posterioridad, el poseedor inicie un nuevo proceso, ya que en tal supuesto existe un cambio de circunstancias que altera el alcance de la cosa juzgada atribuible a la sentencia anterior” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 326-327).

Por último, es de subrayar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 952 -último párrafo- del Código Civil, la sentencia que accede a la petición (de declaración de la propiedad por prescripción) es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

2.11 Elevación en consulta de la sentencia de prescripción adquisitiva

Cuando el dictamen del Ministerio Público, en el caso del artículo 507 del Código Procesal Civil (que -haciendo la remisión al segundo párrafo del art. 506 del C.P.C., el cual nos remite a su vez al art. 435 del C.P.C.- prevé la intervención del Ministerio Público cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados, o cuando se trate de predios rústicos, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía), fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior. Así lo establece el artículo 508 del Código Procesal Civil, aplicable al proceso abreviado de prescripción adquisitiva (y, además, a los de título supletorio y rectificación o delimitación de áreas o linderos).

2.12 La prescripción adquisitiva en la Ley Nro. 27157 y en el Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA

En la Ley Nro. 27157, así como en el Texto Unico Ordenado del Reglamento de dicha Ley (Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA), se regula el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio tramitado notarialmente como un asunto no contencioso. La Ley Nro. 27157 prevé el proceso de prescripción adquisitiva de dominio en su artículo 21, que preceptúa lo siguiente: “La prescripción adquisitiva a la que se refiere el presente Título [*Título I de dicha Ley, referido al procedimiento para la regularización de edificaciones*] es declarada notarialmente, a solicitud del interesado y para ello se debe seguir el mismo proceso a que se refiere el artículo 504° y siguientes del Código Procesal Civil [*prescripción adquisitiva de dominio*], en lo que sea aplicable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5° de la presente Ley [*que trata sobre la función notarial*]”.

El Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA regula el procedimiento notarial de prescripción adquisitiva de dominio en su artículo 36, el cual citamos a continuación:

“Procede tramitar notarialmente la prescripción adquisitiva de dominio, cuando el interesado acredita posesión continua, pacífica y pública del inmueble por más de diez (10) años, esté o no registrado el predio.

El notario solicitará al registro respectivo, la anotación preventiva de la petición de prescripción adquisitiva, si el predio está registrado”.

Se desprende del artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA que la **prescripción adquisitiva de dominio** o la formación de títulos supletorios a que se refieren (respectivamente) los artículos 21 y 22 de la Ley Nro. 27157, se tramitan por la vía de los asuntos no contenciosos de competencia notarial, conforme al procedimiento previsto en el Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA (en los arts. 39 al 43) y, supletoriamente, por las normas contenidas en el Código Procesal Civil. Además, según se infiere de la Segunda Disposición Final del Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA, para el trámite de saneamiento de titulación previsto en dicho Decreto Supremo (en el que está incluido el correspondiente a la prescripción adquisitiva de dominio), se aplica supletoriamente la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley Nro. 26662). También será de aplicación la normatividad contenida en la Ley Nro. 27333, sobre todo lo previsto en el artículo 5 de la mencionada Ley.

2.13 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de prescripción adquisitiva

En los subpuntos que siguen veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de prescripción adquisitiva.

2.13.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales del proceso de prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales del proceso de prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... La usucapión puede definirse como una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad. Es pues algo más que un nuevo medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión...” (Casación Nro. 2161-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2003, págs. 10380-10381).
- “... Según lo dispuesto por el artículo novecientos cincuenta del Código Sustantivo, la propiedad del inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, reconociéndose de ese modo que la usucapión es un modo de adquirir la propiedad de un bien inmueble ajeno mediante la posesión ejercida sobre el mismo durante [el] plazo indicado en la norma...”

(Casación Nro. 1545-2000 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6836).

- “... La prescripción adquisitiva de dominio o llamada también ‘usucapión’ es un modo de adquirir la propiedad por parte del poseedor de una cosa, por efecto de la posesión prolongada durante cierto plazo...” (Casación Nro. 4146-2006 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, págs. 21949-21950).
- “... La institución de la prescripción (adquisitiva de dominio), es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, convirtiendo un hecho en derecho, como lo es la posesión en propiedad” (Casación Nro. 264-98 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2000, pág. 4504).
- “... La prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, tiene por objeto transformar una situación de hecho (la posesión), en una de derecho (reconocimiento de la titularidad), a favor del poseedor que no ha sido interrumpido durante el tiempo que poseyó, siempre que acredite los requisitos de continuidad, pacificidad, publicidad y como propietario, que exige la ley...” (Casación Nro. 1500-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21613-21614).
- “... El artículo 950 del Código Civil establece que por la usucapión o prescripción adquisitiva se adquiere la propiedad inmueble mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años o a los cinco años cuando median justo título y buena fe; como se advierte, la norma sustantiva señala dos formas de adquirir por prescripción la propiedad inmobiliaria: la Prescripción Larga o extraordinaria y la Prescripción Corta u ordinaria...” (Casación Nro. 2491-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, pág. 22776).
- “... El derecho de adquirir por usucapión es constitucional por tanto irrenunciable” (Casación Nro. 2107-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-04-2000, págs. 5095-5096).
- “... No resulta viable (la prescripción adquisitiva) vía excepción” (Casación Nro. 1182-98 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-04-2000, págs. 5186-5187).
- “... El proceso de prescripción adquisitiva no es uno constitutivo sino uno declarativo para comprobar que se ha cumplido con los requisitos de Ley

para usucapir...” (Casación Nro. 1362-2007 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22342-22343).

- “... El artículo 952 del Código Procesal Civil [sic -en realidad es el art. 952 del C.C.-] señala que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario, de lo que se infiere que la acción de prescripción adquisitiva es evidentemente declarativa, orientada al reconocimiento de un derecho[,] por lo que dada su naturaleza no es susceptible de prescripción extintiva pues el plazo que transcurre solo afirma el derecho de quien ha adquirido el bien por prescripción y continúa poseyendo...” (Casación Nro. 1479-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, pág. 21657).
- “... No se ha acreditado que los accionantes [en proceso de prescripción adquisitiva de dominio] hayan sido declarados propietarios, pues no existe resolución judicial que así lo demuestre, toda vez que el hecho de estar en posesión y conducir el inmueble por varios años, no les otorga la calidad de propietarios mientras no hayan hecho valer su derecho conforme a ley en la acción correspondiente [acción de prescripción adquisitiva de dominio]...” (Casación Nro. 1500-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21613-21614).
- “... La afirmación de los impugnantes que por tener la posesión del inmueble debe considerárseles propietarios al haber adquirido el dominio mediante prescripción adquisitiva, no resulta cierta, pues la petición para declarar la prescripción adquisitiva se tramita judicialmente y solo surtirá efectos después que la sentencia haya quedado ejecutoriada...” (Casación Nro. 2335-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17384).

2.13.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la interrupción y suspensión de la prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la interrupción y suspensión de la prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... Existen dos clases de interrupción de la prescripción adquisitiva: la natural y la civil, la primera corresponde al caso del abandono o la pérdida de la posesión y la segunda al caso en el que el deseo de continuar poseyendo se ve perturbado por presentarse a hacer valer sus derechos quien se considera como verdadero dueño...” (Casación Nro. 253-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6701).

- “... La prescripción adquisitiva [...] es susceptible de interrupción civil, mediante el ejercicio de una acción conducente a cuestionar la posesión que se ejerce sobre el predio...” (Casación Nro. 253-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6701).
- “... Existe interrupción civil de la posesión, cuando el propietario reivindica la cosa, a consecuencia de lo cual, en virtud de la intimación judicial, la posesión deja de ser pacífica, aun cuando se declare nula...” (Casación Nro. 2092-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, pág. 4975).
- “... La interrupción de la prescripción por citación con la demanda conducente a recuperar la posesión del bien, sólo deja de surtir efectos en los casos del artículo mil novecientos noventa y siete del Código Civil actual y en los casos del artículo mil ciento sesenta y cuatro del Código Civil de mil novecientos treinta y seis, que se refieren a la nulidad del emplazamiento, al desistimiento y al abandono; [...] en ese sentido no se encuentra dentro de los supuestos en los que queda sin efecto la interrupción de la prescripción adquisitiva el caso en que una demanda de desalojo interpuesta por quien alega propiedad hubiera sido declarada infundada, no sólo porque esta posibilidad no ha sido expresamente prevista en la Ley, sino porque la acción de desalojo no es la vía en la que se define el derecho de propiedad sobre un bien...” (Casación Nro. 253-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6701).

2.13.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la accesión o unión de posesiones en la prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la accesión o unión de posesiones en la prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... Conforme expresa el artículo ochocientos noventa y ocho del Código Civil, el poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquél que le transmitió válidamente el bien; debiendo significarse que la doctrina ha establecido la coexistencia de ciertos requisitos para la adición de posesiones, estableciendo como uno de ellos ‘existencia de continuidad en ambas posesiones’, de lo que se colige [...] que no puede existir adición [sic -léase adición-] cuando medie interrupción por parte de un tercero...” (Casación Nro. 1694-03 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2004, págs. 11955-11956).
- “... La norma glosada [art. 898 del C.C.] no contiene una disposición incondicional para el caso en que un nuevo poseedor pretenda adicionar a

su plazo posesorio el de aquél que se encontraba poseyendo anteriormente el mismo bien. [...] En efecto, la mencionada norma de derecho material establece como un requisito para que opere la adición del plazo posesorio del anterior poseedor al nuevo, el hecho de que se haya transmitido válidamente el bien. [...] Siendo ello así, no se advierte que el Colegiado Superior haya incurrido en interpretación errónea del artículo ochocientos noventiocho del Código Civil, al concluir que resulta exigible la declaración de herederos respectiva para que el recurrente pueda adicionar a su plazo posesorio aquél lapso de tiempo que poseyó su difunta madre, pues acreditando su calidad de heredero se podría demostrar una transmisión válida del predio sub-litis, lo cual constituye una condición [...] para la adición del plazo posesorio del antiguo al nuevo poseedor...” (Casación Nro. 1047-02 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2004, pág. 12649).

- “... Como en la prescripción larga no se requiere la existencia de justo título no es posible la suma de plazos posesorios, ya que esta adición solamente es posible cuando exista una transmisión válida del bien” (Casación Nro. 887-99 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-11-1999, págs. 4047-4048).

2.13.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación activa en la prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la legitimación activa en la prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... La Acción de Prescripción Adquisitiva de Dominio es la que interpone quien sin ser propietario ejerce la posesión de un bien a través de un lapso de tiempo...” (Casación Nro. 1041-97 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2000, págs. 4489-4490).
- “... Dicho dispositivo [art. 950 del C.C.] concede legitimidad para obrar al poseedor de un bien, para que se le declare propietario por prescripción, lo que puede ocurrir en cualquiera de las dos hipótesis previstas en la norma sustantiva, esto es, que el poseedor no tenga título para poseer y que lo tenga...” (Casación Nro. 374-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7152).
- “... Mediante esa posesión (mediata) puede adquirir el dominio mediante usucapión, aunque haya reconocido que tenga el derecho de propiedad otra persona, incluso aunque el derecho de esta última este (sic) inscrito en los Registros Públicos, pues la prescripción adquisitiva procede incluso

contra ésta por mucho que tenga su dominio inscrito como se infiere de los incisos segundo y tercero del Artículo quinientos cinco del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 1040-99 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, pág. 4324).

- “... Se encuentra habilitado para demandar prescripción adquisitiva de dominio quien alegue una posesión mediata o inmediata de un bien inmueble, pues el ordenamiento legal vigente no distingue si la posesión para adquirir la propiedad, vía prescripción adquisitiva, deba tener las características mencionadas por la impugnante, sino que sólo exige que la posesión sea continua, pacífica y pública. Además, cuando el artículo 950 del Código Civil señala que se deba poseer el inmueble como propietario, significa que existe el animus domini como elemento subjetivo, lo que equivale a la intención de poseer como propietario...” (Casación Nro. 2609-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, págs. 20499-20500).
- “... El artículo novecientos cinco del Código Civil define la posesión inmediata y mediata de la siguiente manera: Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título. [...] es imposible jurídicamente que un poseedor inmediato adquiera la propiedad mediante la usucapión...” (Casación Nro. 2272-2003 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, págs. 13616-13617).
- “... Es imposible jurídicamente que el servidor de la posesión adquiera la propiedad por prescripción adquisitiva, según la interpretación sistemática del artículo 897 del Código Civil...” (Casación Nro. 623-2003 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2004, pág. 12046).
- “... En los procesos de prescripción [adquisitiva], el demandante debe encontrarse poseyendo el bien al momento de interponer la demanda, porque de haber perdido la misma por una u otra razón ya no puede alegar la prescripción [adquisitiva]...” (Casación Nro. 412-2003 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, págs. 11129-11130).
- “... Es el poseedor no propietario quien puede demandar la prescripción adquisitiva y no el propietario poseedor...” (Casación Nro. 1126-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, pág. 10517).

- “... El demandante alega que es propietario del inmueble, por ello (...) no tiene legitimidad para obrar porque es el poseedor no propietario y no el propietario poseedor el que puede demandar para que se le declare propietario vía prescripción adquisitiva de dominio...” (Casación Nro. 2037-T-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-04-1998, pág. 591).
- “... Conforme lo señala la Sala Superior la propia demandante asume la calidad de propietaria por lo que no le es aplicable las normas atinentes a la prescripción adquisitiva, entre ellas el Artículo novecientos cincuenta del Código Civil referente a la propiedad inmueble. (...) Que, en situaciones como la presente están expeditos los procesos de otorgamiento de escritura o la de títulos supletorios, según sea el caso” (Casación Nro. 1012-98 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-1999, pág. 3546).
- “... El fundamento de esta institución (prescripción adquisitiva de dominio) radica en que ante la existencia de relaciones jurídicas inestables se debe otorgar seguridad a la propiedad misma, por lo que existiendo certeza de éste (sic) sobre el predio litigioso (...), no procede la adquisición por prescripción...” (Casación Nro. 135-98 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-03-2000, págs. 4823-4824).
- “... El recurrente ha manifestado tener la calidad de propietario del predio materia de litis habiéndolo adquirido por contrato de compraventa, siendo así, no resulta posible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva, razón por la cual el superior considera dejar a salvo su derecho a fin de que lo haga [valer] con arreglo a ley...” (Casación Nro. 31-2001 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7561).
- “... El demandante ya es propietario del inmueble materia del litigio, al haberlo adquirido mediante remate público, como consta en las copias certificadas del acta de remate [...], en la que se constata que el demandante obtuvo la buena pro, esto es, se le adjudicó en propiedad el bien materia de autos, de lo que se deduce que no requiere o necesita adquirir dicha propiedad por usucapión...” (Casación Nro. 1493-2002 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, pág. 9586).
- “... Quien tiene justo título, cualquiera que sea el origen de éste, aunque haya sido otorgado por el Juez en un proceso de otorgamiento de escritura, puede seguir la acción de prescripción para consolidar ese título que tiene deficiencias estructurales relativas a la propiedad” (Casación Nro. 698-

99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-10-1999, pág. 3777).

- “... Resulta perfectamente viable demandar la declaración de propiedad por prescripción de aquél [sic] que ostenta un título de propiedad, cuando dicho título es imperfecto. Se entiende como título imperfecto a aquél [sic] que se encuentra destinado a transferir la propiedad, pero que por circunstancias ajenas al adquirente, y propias del enajenante, impide que la citada transferencia se haga efectiva, esto es, llegue a concretarse; por tanto, quien detenta tal instrumento puede reclamar de quien es propietario inscrito en los Registros Públicos, la prescripción adquisitiva a su favor...” (Casación Nro. 1272-06 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19582-19583).
- “... Si el título de propiedad del que alega la prescripción [adquisitiva] es dudoso o adolece de algún defecto que impida la inscripción de la compraventa en los Registros Públicos, no existe inconveniente legal en demandar la prescripción adquisitiva de propiedad sustentada en el artículo novecientos cincuenta del Código Civil, porque de otra manera no podría obtener la prescripción...” (Casación Nro. 672-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7907-7908).
- “... La actora ha formulado demanda de prescripción adquisitiva de dominio, señalando ser poseedora del inmueble sublitis [...], así como ha sostenido en un proceso anterior el haber adquirido el mismo inmueble por compraventa teniendo la posesión continua, pacífica y pública del mismo, apreciándose que tales aseveraciones no la deslegitiman para interponer la presente demanda de prescripción adquisitiva de dominio, considerando la naturaleza de la acción de prescripción adquisitiva de dominio, en cuanto es un modo de adquirir la propiedad y también servir como medio de prueba de la propiedad...” (Casación Nro. 4810-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, pág. 22128).
- “... En autos el título traslativo por sí sólo [sic] hubiera bastado para establecer la existencia de una compra venta perfectamente configurada, pero a falta de concurrencia de la calidad de propietario en la persona del vendedor [...], aquélla no puede operar efectivamente ni producir sus efectos legales, razón por la cual la ley material faculta a los interesados interponer la demanda de prescripción adquisitiva para que legalmente se los declare propietarios y obtener así la cancelación de la inscripción a favor del antiguo dueño que les permita acceder al registro de su título

de dominio. Es por ello incorrecto afirmar que la pretensión así incoada sea jurídicamente imposible, pues los demandantes detentan un título imperfecto, el cual los faculta a recurrir al órgano jurisdiccional para que sea éste quien declare el derecho que corresponda, tanto más si los actores no demandan bajo el supuesto de la prescripción corta (con justo título) sino que invocan la prescripción larga (posesión continua, pacífica y pública como propietarios durante diez años)...” (Casación Nro. 1272-06 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19582-19583).

- “... Si se carece de documentos que acrediten el derecho de propiedad lo que cabe es interponer una demanda para la obtención de un título supletorio, conforme a lo normado en el artículo quinientos cuatro, inciso primero, del Código Procesal Civil. No obstante, es menester dejar establecido que el caso de autos presenta la particularidad de que habiéndose otorgado la escritura pública de compraventa del bien sublitis por sentencia emitida [...], ésta no ha podido ser inscrita en los Registros Públicos por la circunstancia de no haber intervenido en el otorgamiento la cónyuge [...]. Ante tal situación, excepcionalmente, debe considerarse la procedencia de la acción iniciada por los demandantes [sobre prescripción adquisitiva de dominio], considerando que de acuerdo al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se debe atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses, lo cual no sería posible en el caso sub examine en el supuesto que se desestimara la pretensión de la parte demandante...” (Casación Nro. 2696-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20792-20793).
- “... La sentencia de vista [...] ha estimado que resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva si se afirma haber adquirido ésta por compraventa, puesto que si ello es así, el actor ya es propietario, lo que no era materia controvertida; [...] precisamente el demandante, aunque alega tener un derecho de propiedad, ha interpuesto la demanda de prescripción adquisitiva, porque los demandados tienen su título de propiedad inscrito en los Registros Públicos y no hay impedimento para invocar la prescripción en esa situación, porque si tuviera un título de propiedad válido e inscrito en los Registros Públicos, no tendría necesidad de interponer la demanda de prescripción [adquisitiva]; [...] por ello, la sentencia de vista ha resuelto un punto no controvertido y en cambio ha dejado de decidir sobre todos los puntos controvertidos, infringiendo lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, artículo sétimo del Título Preliminar del acotado Código e incurriendo en la causal de

nulidad contemplada en los artículos ciento veintidós y ciento setentiuno del mismo Código...” (Casación Nro. 2432-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 7020).

- “... Tratándose de bienes sujetos al régimen de copropiedad, que no han sido objeto de división y partición, no es jurídicamente posible que uno de los copropietarios que conduce directamente los inmuebles adquiera la totalidad de los bienes por prescripción, puesto que [...] su posesión no está materialmente circunscrita a un área determinada, además que el bien es de su propiedad, resultando absolutamente contraproducente pretender adquirir la propiedad de un bien sobre el cual ya se tiene el dominio; con mayor razón si se tiene en cuenta que por la copropiedad cada copropietario puede ejercer la posesión sobre la totalidad del bien, con tal que ello no implique la exclusión de los demás...” (Casación Nro. 1695-2004 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2005, págs. 14902-14903).
- “La correcta interpretación del artículo 950° del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación”. **Nota:** Lo señalado en el presente extracto ha sido establecido como **doctrina jurisprudencial vinculante** (entiéndase, en la actualidad, precedente judicial vinculante) por el pleno casatorio civil realizado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, correspondiente a la Casación Nro. 2229-2008-Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-08-2009, págs. 25607-25618, encontrándose dicho extracto exactamente en la pág. 25618.

2.13.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación pasiva en la prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la legitimación pasiva en la prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... No se está recortando el derecho a la tutela jurisdiccional de la demandante, sino que se ha advertido en autos que la parte emplazada carece de titularidad sobre el derecho discutido por ser colindantes del inmueble a usucapir; razón por la cual los demandados carecen de legitimidad para obrar, debiendo de haber emplazado al propietario del inmueble en cuestión, el inmediato transferente, o sus respectivos sucesores...” (Casación Nro. 1557-2001 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8057-8058).

- “... Constituye (la prescripción adquisitiva de dominio) una forma legítima de adquirir la propiedad, oponible a quien se halla registrado como propietario...” (Casación Nro. 1541-98 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-03-2000, págs. 4802-4803).

2.13.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos de la prescripción adquisitiva

En los subpuntos siguientes citaremos la jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos de la prescripción adquisitiva.

2.13.6.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre los requisitos de la prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales sobre los requisitos de la prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... Los elementos para que opere esta figura [prescripción adquisitiva de dominio] son dos, esto es, la posesión del usucapiente, la que no puede ser cualquier posesión, sino la que se ejerce a título de propietario, en forma continua, pública y pacífica; y, el plazo o transcurso de tiempo que establezca la ley...” (Casación Nro. 4146-2006 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, págs. 21949-21950).
- “... Son requisitos de la prescripción adquisitiva: 1) la posesión continua (es aquella que se presenta en el tiempo, sin intermitencias ni lagunas); 2) la posesión debe ser pacífica (marginada de todo acto violento por parte del poseedor o que no haya sido objeto de algún reclamo judicial por terceros); 3) la posesión tiene que ser pública (a la vista de todos y no oculta); y 4) la posesión tiene que ser a título de propietario (quedan por consiguiente excluidos aquellos poseedores que gocen de la llamada posesión inmediata)...” (Casación Nro. 3479-2002 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2004, págs. 12677-12678).
- “... El artículo novecientos cincuenta del Código Civil señala que la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, por tanto, es la posesión el presupuesto básico que se exige respecto de dicha pretensión; [...] son dos los elementos de la posesión, uno material llamado corpus el cual comprende los actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, y otro psicológico, denominado animus consistente en ejercitar dichos actos materiales con la intención de conducirse como propietario, a título de

dominio...” (Casación Nro. 520-03 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, pág. 11720).

- “... La usucapión es un modo de adquirir la propiedad de un bien inmueble, el mismo que debe ser poseído a título de dueño y en forma continua, pacífica y pública, durante un lapso de diez años. Está regulada por el numeral novecientos cincuenta del Código Civil, el cual textualmente señala que ‘La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe’. En tal sentido, se requiere que la posesión sea continua, es decir, que esta se ejerza de manera permanente, sin que exista interrupción natural o jurídica; que sea pacífica, lo que implica que no haya sido adquirida mediante violencia, fuerza o intimidación; y, que sea pública, quiere decir que ésta se materialice en actos que sean de conocimiento público...” (Casación Nro. 606-2006 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, págs. 19766-19767).
- “... Otro de los requisitos que requiere la Prescripción Adquisitiva es que el bien materia de dicha acción se encuentre debidamente inscrito en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble...” (Casación Nro. 1043-2001 / Juliaca - San Román - Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2004, pág. 12065).
- “... La posesión reconocida y ejercida por la demandante sobre el bien de propiedad de los esposos demandados, al ser consecuencia de un acto de cesión de uso, deviene en una posesión autorizada por los propietarios, por lo que resulta innegable que la posesión ejercitada por dicha parte deviene en una posesión inmediata, en razón de que los legítimos propietarios le han concedido uno de los atributos de la propiedad; en tal sentido, la posesión que ha venido ejerciendo ésta ha sido con pleno reconocimiento a los derechos de propiedad de los codemandados. Al darse este reconocimiento, está descartado cualquier intento de pretender que su posesión se encuentra dentro de los requisitos previstos para usucapir que consigna el artículo novecientos cincuenta del Código Civil...” (Casación Nro. 1545-2000 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6836).
- “... Lo que se está ventilando es una acción de prescripción adquisitiva de dominio basada en el cumplimiento de los requisitos legales requeridos por los artículos novecientos cincuenta, novecientos cincuentidós y dos mil ciento veintidós del Código Civil, lo que requiere verificar la posesión

y el transcurso del tiempo...” (Casación Nro. 1556-01 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7858-7859).

2.13.6.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión en concepto de dueño

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión en concepto de dueño, ha establecido lo siguiente:

- “... El hecho de estar en posesión y conducir el inmueble por varios años, no le otorga la calidad de propietario, mientras no haya hecho valer su derecho conforme a la ley en la acción correspondiente...” (Casación Nro. 358-96 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-1998, págs. 378-379).
- “... La simple posesión del bien aunada al transcurso del tiempo no da derecho a adquirirlo en propiedad, sino que para ello se requiere que el ejercicio de aquel poder sea a nombre propio en calidad de propietario...” (Casación Nro. 135-98 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-03-2000, págs. 4823-4824).
- “... Que, la posesión la ejerza como propietario significa que se posea el bien con animus domini, es decir, sin reconocer la propiedad del bien en otra persona o poseedor mediato, sin que esto signifique que el poseedor tenga un título para poseer, pues éste (sic) último requisito solamente es necesario en la prescripción corta...” (Casación Nro. 887-99 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-11-1999, págs. 4047-4048).
- “... Uno de los requisitos para adquirir la propiedad de un bien inmueble por prescripción es haber poseído ‘como propietario’ es decir haberse comportado como tal cumpliendo las obligaciones y ejerciendo los derechos inherentes que de tal estado se deriva, con lo cual se alude al animus domini como elemento subjetivo de este derecho que equivale a la intencionalidad de poseer como propietario...” (Casación Nro. 1907-2004 / Juliaca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2006, págs. 17003-17004).
- “... La posesión para usucapir es que se debe poseer el inmueble como ‘propietario’, en clara alusión al ‘animus domini’ como elemento subjetivo, esto es, la intencionalidad de poseer...” (Casación Nro. 1545-

2000 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6836).

- “... El poseedor debe actuar con ‘animus domini’ sobre el bien, es decir, que no se trata de creerse propietario, sino comportarse como tal...” (Casación Nro. 3317-2007 / Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23449-23450).
- “... El ‘animus domini’ es la intención, justificada o no, de comportarse con una cosa a título de propietario, relacionada íntimamente con la doctrina de la posesión...” (Casación Nro. 0647-99 / Del Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8200-8201).
- “... Puede invocar la prescripción larga, quien posee el inmueble con animus domini, como cuando se arrienda el inmueble y sólo se tiene la posesión mediata...” (Casación Nro. 412-2003 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, págs. 11129-11130).

2.13.6.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión continua o ininterrumpida

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión continua o ininterrumpida, ha establecido lo siguiente:

- “... La posesión continúa [sic -léase continua-] es aquella que se presenta en el tiempo sin intermitencia ni lagunas...” (Casación Nro. 1694-03 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2004, págs. 11955-11956).
- “... La posesión es continua cuando se ejerce de forma ininterrumpida, sin intermitencias o lapsos...” (Casación Nro. 1272-06 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19582-19583).
- “... Que la posesión sea continua significa que ésta se ejerza de manera permanente, sin que exista interrupción natural o jurídica; el primer caso se presenta cuando el poseedor pierda la posesión o es privado de ella mediante actos perturbatorios o desposesorios del uso del bien, y el segundo caso se presenta cuando se interpela judicialmente al poseedor...” (Casación Nro. 2029-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, pág. 21725).

- “... Para que se cumpla el requisito [de la prescripción adquisitiva de dominio] de la posesión continua no es necesario que el poseedor tenga un ejercicio permanente de posesión sobre el bien, basta que se comporte como cualquier propietario lo haría, para lo cual el artículo 915 del Código Civil establece una presunción iuris tantum de continuidad...” (Casación Nro. 3317-2007 / Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23449-23450).

2.13.6.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión pacífica

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión pacífica, ha establecido lo siguiente:

- “... Para que proceda la prescripción adquisitiva de dominio no basta la posesión continua, sino la indiferencia de aquel que se cree con mejor derecho al predio, de modo que si se altera esta situación porque el propietario se hace presente se interrumpe la posesión, esta deja de ser pacífica...” (Casación Nro. 253-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6701).
- “... El requisito [de la prescripción adquisitiva] de posesión pacífica importa que ésta se encuentre exenta de violencia, ni la adquisición ni la continuidad en la posesión deben basarse en circunstancias que impliquen el uso de la coacción o la fuerza...” (Casación Nro. 0647-99 / Del Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8200-8201).
- “... En cuanto a la posesión pacífica, ésta debe ser exenta de violencia física o moral, significando que el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza...” (Casación Nro. 3317-2007 / Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23449-23450).
- “... La posesión pacífica [...] deberá entenderse como aquella que no ha sido adquirida por la fuerza, que no está afectada por la violencia y que no es objetada judicialmente en su origen...” (Casación Nro. 1583-2000 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2002, pág. 9473).
- “... La posesión pacífica exigida para usucapir deberá entenderse como aquella [sic] que no se tomó por la fuerza, esto es, que no está afectada de vicio de violencia, y que no se encuentra judicialmente objetada en su

origen...” (Casación Nro. 2473-2005 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2007, págs. 20145-20147).

- “... En el supuesto del artículo 950 del Código Civil, la posesión deja de ser pacífica cuando se produce el solo emplazamiento al poseedor (que reclama la adquisición del bien por prescripción) en un proceso judicial donde se discuta precisamente la posesión del predio, siendo indiferente la calidad con la que actúe el actor en dicho proceso...” (Casación Nro. 453-2003 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-11-2004, págs. 12965-12966).
- “... El inicio de procesos judiciales en que se discuta sobre la posesión del bien rompe con el requisito [de la prescripción adquisitiva de dominio] de pacificidad; siendo el caso precisar que tal exigencia no sólo comprende los procesos que puedan haberse instaurado por el actual propietario (a quien se demanda) sino también por los anteriores a éste o por aquellos con quienes pueda presentarse un conflicto respecto a la titularidad del dominio o posesión, pues por pacificidad deberá comprenderse la ausencia de oposición por quien entiende le asiste algún derecho...” (Casación Nro. 842-2008 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2008, págs. 23252-23253).
- “... La posesión deja de ser pacífica, cuando judicialmente se requiere la desocupación...” (Casación Nro. 3133-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21491-21493).
- “... Al incoarse la presente demanda [sobre prescripción adquisitiva de dominio] los accionantes ya no ostentaban una posesión pacífica, pues no puede considerarse tal, la que se ve perturbada por la acción judicial de reivindicación...” (Casación Nro. 1500-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21613-21614).
- “... Existirá interrupción civil de la posesión, cuando el propietario reivindica la cosa, a consecuencia de lo cual, en virtud de la intimación judicial, la posesión deja de ser pacífica...” (Casación Nro. 3133-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21491-21493).
- “... La posesión pacífica es, aquella que no se tomó por la fuerza, que no está afectada de vicio de violencia (*nec vi*), y que no es objetada judicialmente en su origen. No es pacífica la posesión que es materia de acción reivindicatoria, esto no excluye la defensa posesoria prevista en los Artículos novecientos veinte y novecientos veintiuno del acotado

(Código Civil)” (Casación Nro. 1676-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-1998, pág. 1234).

2.13.6.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión pública

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión pública, ha establecido lo siguiente:

- “... La posesión (...) pública quiere decir que ésta se materialice en actos que sean de conocimiento público que exterioricen actos económicos sobre el bien” (Casación Nro. 887-99 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-11-1999, págs. 4047-4048).
- “... Es pública [la posesión] cuando se ejerce en forma no clandestina...” (Casación Nro. 1272-06 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19582-19583).
- “... Con respecto a la posesión pública, [...] [debe existir] una exteriorización de los actos posesorios, que actúe el poseedor conforme lo hace el titular de un derecho, siendo necesario que la posesión sea ejercida de manera que pueda ser conocida por el propietario o el poseedor anterior, para que puedan oponerse a ella si esa es su voluntad...” (Casación Nro. 3317-2007 / Tumbes, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23449-23450).
- “... El hecho que sea el propio poseedor quien anteriormente haya demandado la prescripción adquisitiva de dominio no constituye un acto perturbatorio de la posesión, sino que mas (sic) bien evidencia la posesión pública del bien” (Casación Nro. 887-99 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-11-1999, págs. 4047-4048).

2.13.6.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la buena fe

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la buena fe, ha establecido lo siguiente:

- “... La buena fe es un estado del espíritu consistente en creer o estar convencido -por error- que se obra conforme a ley, y que jurídicamente se toma en consideración para proteger al interesado contra las consecuencias de la irregularidad de su acto. En los Derechos Reales rige el principio de que la posesión ilegítima es de buena fe cuándo [sic -léase cuando-]

el poseedor cree en su legitimidad por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título, en aplicación del artículo novecientos seis del Código Civil; en consecuencia, la buena fe se presume y la mala fe debe probarse...” (Casación Nro. 820-00 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8697-8698).

- “... La posesión ilegítima puede ser de buena fe cuando el poseedor cree en la legitimidad de su derecho o de mala fe cuando conoce el vicio que invalida su título...” (Casación Nro. 1801-2000 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7073-7074).
- “... Esta posesión [posesión de buena fe] no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona...” (Casación Nro. 3152-2000 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7607).
- “... El Artículo novecientos siete del Código Civil, establece que la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso hasta que sea citado a juicio, si la demanda resulta fundada; (...) este articulado precisa hasta qué momento dura la buena fe cuando el poseedor crea que posea (sic) el bien al amparo de un título que lo acredite como tal; y asimismo la citada norma precisa que el juicio cuya citación pone fin a la buena fe es uno en que el poseedor sea vencido...” (Casación Nro. 458-96 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-1998, págs. 373-374).
- “... La posesión de buena fe no es un requisito propio de la prescripción larga...” (Casación Nro. 887-99 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-11-1999, págs. 4047-4048).

2.13.6.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en el justo título

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al requisito de la prescripción adquisitiva consistente en el justo título, ha establecido lo siguiente:

- “... No debe confundirse el requisito de la prescripción adquisitiva ordinaria de poseer el bien como propietario, con el requisito de la prescripción extraordinaria de poseer el bien con justo título; el primero supone que el poseedor se comporta como propietario, en cambio en el segundo debe existir un título o documento de por medio...” (Casación Nro. 3818-00 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7458).
- “... Para la prescripción corta no sólo se requiere de la buena fe alegada por la recurrente sino también la existencia de título...” (Casación Nro.

40-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7460-7461).

- “... El concepto de justo título contenido en el segundo párrafo del artículo 950 del Código Civil se relaciona con la institución de la prescripción [adquisitiva de dominio] corta y es entendido como el título traslativo que por sí habría bastado para operar la transferencia de dominio, reuniendo las condiciones legales, pero en el que falta la calidad de dueño en la persona que efectuó la transmisión...” (Casación Nro. 2528-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18651-18652).
- “... La existencia de justo título hace presumir la buena fe de los adquirentes del bien...” (Casación Nro. 2528-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18651-18652).

2.13.6.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos especiales de la demanda de prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los requisitos especiales de la demanda de prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo 505 inciso 1 del Código Procesal Civil establece como requisito adicional con el que debe cumplir la demanda de prescripción [adquisitiva de dominio], entre otros, que se indique los nombres y lugar de notificación de los propietarios colindantes, requisito que tiene por finalidad poner en conocimiento de los colindantes la existencia de la demanda para que puedan hacer valer los derechos que les pudiera corresponder de ser el caso, sin embargo, no los convierte en parte [procesal] y, por tanto, no resulta necesaria [...] su notificación durante todo el decurso del proceso...” (Casación Nro. 257-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2006, págs. 18014-18015).
- “... El artículo 505 [del C.P.C.] referido a los requisitos especiales [de la demanda de prescripción adquisitiva de dominio], en su inciso 1 señala en su contexto: ‘Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes’. Que, de la revisión efectuada al escrito de demanda [de prescripción adquisitiva de dominio], es evidente advertir que al efectuar el desarrollo de los hechos, el demandante en forma detallada precisa el tiempo que se encuentra en posesión del bien

materia de litis, la persona que tiene inscrito su derecho sobre el bien (demandado); así como también acredita su conducción [...], también hace una descripción de cada uno de los colindantes, [...] en consecuencia, resulta evidente que el demandante ha cumplido con todos los requisitos para los efectos de interponer su demanda [de prescripción adquisitiva de dominio], reiterando que no resultaba necesario que los colindantes tuvieran que ser notificados...” (Casación Nro. 1657-2004 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16207-16208).

- “... Tratándose de un procedimiento especial como es el caso sub materia (sobre prescripción adquisitiva de dominio), el accionante debe cumplir con todos los requisitos que señala la norma procesal contenida en el Artículo quinientos cinco del Código Procesal Civil, como son plano de ubicación y plano perimétrico del predio sub materia, y tratándose de predios rústicos debe el Fiscal Provincial emitir el dictamen correspondiente, que estos requisitos de forma, no son susceptibles de convalidación pues inciden sobre el fondo de la cuestión litigiosa toda vez que a través de los planos de ubicación y perimétrico se tiene la ubicación precisa del bien y determinar (sic) si se afecta o no derechos de terceros” (Casación Nro. 1162-97 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-11-1999, pág. 3971).
- “... La ley [art. 505 del C.P.C.] exige [en el proceso de prescripción adquisitiva] la presentación de ‘planos de ubicación y perimétricos’ siendo insustancial que conste en dos documentos o en uno sólo [sic], siempre y cuando [...] se encuentren plenamente diferenciados...” (Casación Nro. 1556-01 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7858-7859).
- “... El inciso segundo del artículo quinientos cinco [del C.P.C.] [...] al hacer mención a la certificación municipal o administrativa [sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien] establece que ésta se presenta de ser el caso; es decir, que dicha certificación no constituye un requisito inflexible, quedando a criterio del Juzgador exigir o no tal requisito...” (Casación Nro. 3172-02 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, pág. 10042).
- “... Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad Inmueble, la parte actora debe acompañar copia de los asientos de inscripción correspondientes como dispone el inciso tercero del Artículo quinientos cinco del Código Procesal (Civil), lo que permitirá al juzgador conocer el nombre del propietario con derecho inscrito, así como cualquier otro

derecho inscrito...” (Casación Nro. 698-96 / Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-09-1998, págs. 1604-1605).

- “... Tratándose de un proceso de prescripción adquisitiva, el demandante debe probar la posesión ‘ad usucapionem’, esto es como propietario, para lo cual necesariamente debe ofrecer la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que estime pertinentes...” (Casación Nro. 1916-99 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, pág. 4342).
- “... El aludido artículo quinientos cinco de la Ley Procesal [C.P.C.] señala expresamente los requisitos adicionales que la demandante debe cumplir [en la demanda de prescripción adquisitiva], además de los señalados en los artículos cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos veinticinco del mismo cuerpo legal. [...] Que, la exigencia establecida en el inciso cuarto de la acotada norma procesal [ofrecimiento de declaración testimonial de por lo menos tres testigos] se refiere específicamente a la etapa postulatoria del proceso, en donde se determina la materia controvertida que va a ser objeto de éste, fijándose los hechos que serán motivo de prueba, para establecer una relación procesal válida...” (Casación Nro. 1451-2000 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6835-6836).
- “... El hecho de haberse actuado sólo dos de los [sic -léase de las-] seis testimoniales ofrecidas [en la demanda de prescripción adquisitiva] para demostrar la posesión del impugnante, no obsta [...] para establecer que no se cumplen los requisitos que prevé el numeral quinientos cinco inciso cuarto del Código acotado [C.P.C.], porque el citado dispositivo [...] regula sólo el ofrecimiento de no menos de tres ni más de seis testigos, y no su actuación, por lo que la norma acotada resulta también infringida pues por dicha equivocada apreciación las dos testimoniales actuadas no fueron amerituadas [sic -léase merituadas-] con arreglo al artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 1394-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8283-8284).
- “... El ofrecimiento de testigos en los procesos de prescripción adquisitiva de dominio, por expreso mandato del inciso cuarto del artículo quinientos cinco del Código Procesal Civil, tiene por finalidad recoger el testimonio de los vecinos de la zona en [...] que se encuentra ubicado el bien objeto de litis, con cuyas versiones se deberá establecer si quien recurre ante

el órgano jurisdiccional procurando el otorgamiento de un derecho real sobre el mismo es alguien que ha morado con ellos, que lo conocen desde época contemporánea o anterior al plazo prescriptorio en que se sustenta la demanda, además de que permite corroborar las circunstancias en las que el actor ingresó al inmueble, por lo que el mérito de las declaraciones testimoniales requeridas expresamente para estos procesos no debe ser soslayado, sino valorado conjuntamente con la demás prueba actuada...” (Casación Nro. 1548-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, pág. 19598).

2.13.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con el emplazamiento en el proceso de prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al emplazamiento en el proceso de prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... El proceso de prescripción adquisitiva [...] se ha tramitado de manera irregular, al haberse llevado sin conocimiento del propietario, a quien no se le cursa notificación alguna, [...] por lo que se ha incurrido en vicio procesal...” (Casación Nro. 2448-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2001, págs. 7314-7315).
- “... En tanto no se comprenda a los demás copropietarios del inmueble en la relación jurídico-procesal, no es posible extender los efectos de una sentencia a éstos si no han sido citados con la demanda (de prescripción adquisitiva) que motiva el fallo...” (Casación Nro. 268-95 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-12-1996, págs. 2592-2593).
- “... El inmueble es de propiedad de la sucesión [...], por lo que la demanda de prescripción adquisitiva de dominio debe entenderse con todos los integrantes de dicha sucesión...” (Casación Nro. 3875-2000 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8442-8443).
- “... La norma prevista en el Artículo quinientos seis del Código Adjetivo (referido al emplazamiento en el proceso de prescripción adquisitiva -y también en los procesos de título supletorio y rectificación o delimitación de áreas o linderos-), dispone copulativamente que se efectuará la notificación por radiodifusión siempre y cuando se trate de predios rústicos y el demandado sea incierto o indeterminado; sin embargo, éste (sic) último requisito no (se) cumple en el presente caso, por lo que no era necesario efectuar la notificación en la forma señalada...” (Casación Nro. 2211-99 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23-12-1999, pág. 4389).

2.13.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con la intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... La intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva se hace para cautelar el derecho de los rebeldes o de aquellos cuya citación se efectúa a través de publicaciones...” (Casación Nro. 381-96 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-11-1996, pág. 2427).
- “... Resulta de aplicación [...] por mandato expreso de la ley, lo dispuesto por el artículo 507 del Código Procesal civil [sic], que prescribe que antes de expedirse sentencia [en el proceso de prescripción adquisitiva] necesariamente se requiere dictamen del Ministerio Público, de modo tal que su omisión determina que se incurra en causal de nulidad...” (Casación Nro. 1021-2004 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2005, págs. 14001-14002).
- “... El Código Procesal Civil en su numeral 507 establece que[:] **‘En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará el dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia...’** Al respecto el acotado segundo párrafo del artículo 506 [del C.P.C.], en cuanto al emplazamiento en los procesos sobre Prescripción Adquisitiva y otros, determina que, **‘en los casos del artículo 435 -esto es en los casos del emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados- y siempre que se trate de predios rústicos,** se efectuará así mismo notificación por radio difusión [sic] por cinco días consecutivos como dispone el artículo 169’. [...] Que, de la revisión de autos se verifica que los demandados han sido debidamente identificados y emplazados, habiéndose apersonado al proceso y contestado la demanda [...]; lo que permite establecer que el caso de autos no se subsume dentro de los supuestos a que se contrae el artículo 507 concordante con la segunda parte del artículo 506 y con el [artículo] 435 del Código Procesal Civil. [...] Que, siendo así al haber declarado el Superior Colegiado la nulidad de la sentencia de primera instancia bajo un supuesto errado de los hechos y de las normas precitadas [...], esto es por la supuesta falta de pronunciamiento previo de parte del Ministerio Público, pese a que el caso de autos no lo exige, se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 171 del

Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 256-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17331-17332).

2.13.9 Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en el proceso de prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la prueba en el proceso de prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... La prescripción adquisitiva, al hacer perder la titularidad del bien al propietario, debe ser debidamente analizada y acreditada, toda vez que encontrándose consagrado constitucionalmente la propiedad, es menester la protección del titular del dominio...” (Casación Nro. 1362-2007 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22342-22343).
- “... Dentro del proceso por prescripción adquisitiva no se encuentra en discusión el mejor derecho de propiedad del sujeto pasivo de la relación procesal sino que al contrario se requiere que el sujeto activo acredite una posesión continua, pacífica y pública por un lapso supeditado a la buena fe o mala fe, según sea el caso” (Casación Nro. 1423-97 / Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-04-2000, pág. 5114).
- “... El Artículo novecientos cincuenta del Código Civil establece que la propiedad de un inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, disminuyendo a cinco años, en el supuesto que medie la buena fe. (...) Que, (...) la norma bajo análisis no contiene como requisito que el actor acredite la inscripción del bien por parte del demandado...” (Casación Nro. 1423-97 / Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-04-2000, pág. 5114).
- “... La sentencia de vista sólo tiene como sustento la declaración de los testigos [...], que no basta para declarar la prescripción adquisitiva de propiedad del inmueble sublitis; [...] esto determina que la Sala Superior debe analizar y merituar todos los otros medios probatorios presentados por las partes para decidir si se ha producido o no la prescripción y al no haberlo hecho en la sentencia de vista, ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setentiuono del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 1000-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, pág. 9603).

2.13.10 Jurisprudencia casatoria relacionada con la sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva, ha establecido lo siguiente:

- “... La acción de prescripción adquisitiva es evidentemente declarativa, pues busca el reconocimiento de un derecho, a partir de una situación de hecho determinada, o un pronunciamiento de contenido probatorio, que adquirirá certidumbre mediante la sentencia, de tal forma que la norma abstracta de la ley se convierte en una decisión concreta, estableciendo una relación de derecho entre las partes, limitándose la sentencia a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir que no es susceptible de ejecución, pues la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor” (Casación Nro. 2092-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, pág. 4975).
- “... La prescripción debe ser invocada, pues el Juez no puede fundar sus fallos en ella si no ha sido alegada, de tal manera que se necesita de una acción, a fin de que en sentencia se declare que se ha adquirido por prescripción el derecho de propiedad del bien en que incide” (Casación Nro. 2092-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, pág. 4975).
- “... Tratándose de un proceso de prescripción adquisitiva en que la demandada ha negado la condición de propietario del demandante y considera que el actor no tiene legitimidad para obrar, toda vez que no es heredero, no es pariente, no es propietario, por cuanto existe un título de propiedad a nombre de los demandados e inscritos [sic -léase inscrito-] en los Registros Públicos, lo que debió resolverse son los puntos controvertidos fijados [...], que consistían en: a) determinar si el demandante se encuentra en posesión del inmueble en forma pacífica, pública y continua; b) determinar si el actor se encuentra en posesión del inmueble durante diez o más años; c) determinar si el demandante ha adquirido por prescripción la propiedad del inmueble y d) determinar si procede la inscripción del inmueble antes referido en el Registro de la Propiedad Inmueble...” (Casación Nro. 2432-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 7020).
- “... No puede inscribirse, como propietario del íntegro de un predio por usucapión, a favor de aquel que apenas acredita poseerlo en parte...” (Casación Nro. 1419-99 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9092-9093).

- “... En mérito a la sentencia derivada de un proceso de prescripción extintiva, conforme se estable [sic -léase establece-] en el artículo 952 del Código Civil, no se anula título alguno, sino se cancela el asiento registral a favor del antiguo propietario...” (Casación Nro. 2339-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2006, pág. 17150).
- “... La cancelación de los asientos [registrales en favor del antiguo dueño] es una pretensión accesoría que corre la suerte de la principal [sobre prescripción adquisitiva de dominio]...” (Casación Nro. 1298-2001 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7769).
- “... La prescripción adquisitiva debe ser invocada por el poseedor ejercitando la acción correspondiente, ya que no produce efectos automáticamente, sino que éstos operan sólo cuando se invoca a título de acción declarativa del derecho, conforme a lo establecido en el artículo novecientos cincuentidós del Código Civil...” (Casación Nro. 0647-99 / Del Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, págs. 8200-8201).
- “... Para adquirir por usucapión se requiere de sentencia judicial que declare la prescripción adquisitiva...” (Casación Nro. 1070-2001 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7750-7751).
- “... El Juez no puede llegar a un juicio jurisdiccional por el cual considere que el demandado es propietario (de un bien) por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva sin que exhiba el título judicial que lo haya declarado conforme al trámite previsto en la ley procesal...” (Casación Nro. 3109-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-02-2000, pág. 4650).
- “... Mientras la recurrente no haya obtenido sentencia favorable en un proceso de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva, no podrá oponer su derecho de propiedad frente a terceros...” (Casación Nro. 988-2001 / Santa - Chimbote, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7743).
- “... El proceso de prescripción adquisitiva de propiedad es eminentemente declarativo y en consecuencia no es necesario esperar a que se efectúen las publicaciones o que se inscriba en los Registros Públicos la sentencia para demandar la nulidad de cosa juzgada fraudulenta...” (Casación Nro. 2160-98 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-11-1998, pág. 2103).

- “... Nada impediría que en la eventualidad de obtenerse la propiedad de un inmueble por Prescripción Adquisitiva Administrativa, pueda dicha decisión ser variada posteriormente por sentencia judicial; en tal supuesto, la obtenida en sede judicial resultará prevalente, puesto que una resolución administrativa no puede encontrarse por encima de una resolución judicial, estando además al hecho constitucionalmente reconocido que la potestad de administrar justicia la ejerce solo el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos correspondientes...” (Casación Nro. 1779-2003 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15516-15518).

3. RECTIFICACIÓN O DELIMITACIÓN (DESLINDE) DE ÁREAS O LINDEROS

La rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso abreviado (art. 486 -inc. 2)- del C.P.C.), y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 2° (“Título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 504 al 508.

Precisamente, el inciso 3) del artículo 504 del Código Procesal Civil contempla la definición legal del proceso de rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos, señalando textualmente dicho inciso que se tramita como proceso abreviado la demanda que formula el propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten éstos mediante deslinde.

Resulta importante tener presente lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Nro. 27333 (del 27-07-2000), referido al saneamiento del área, linderos y medidas perimétricas del terreno, y según el cual:

“13.1 Cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno, o cuando existan discrepancias entre el área real del terreno, sus medidas perimétricas y/o linderos, con los que figuren en la partida registral del predio, éstas podrán determinarse o rectificarse de acuerdo con los siguientes procedimientos:

- a) Por mutuo acuerdo:

Mediante escritura pública suscrita por el propietario del predio y los propietarios de todos los predios colindantes, en la que estos últimos

manifiesten su conformidad con el área, medidas perimétricas y/o linderos, según corresponda.

b) Procedimiento Notarial:

Se podrá tramitar como un asunto no contencioso de competencia notarial, según los procedimientos a los que se refieren los Artículos 504° y siguientes del Código Procesal Civil, en lo que sea aplicable, siempre y cuando el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida.

Cuando el área real es superior a la registrada procederá este trámite siempre y cuando exista una certificación registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada.

Este procedimiento se tramita de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 27157 [ver arts. 39 al 43 del D.S. Nro. 035-2006-VIVIENDA, del 06-11-2006].

c) Procedimiento Judicial:

Se tramita por el procedimiento judicial previsto en los Artículos 504° y siguientes del Código Procesal Civil, toda rectificación que suponga superposición de áreas o linderos, o cuando surja oposición de terceros.

13.2. Si, durante la tramitación de cualquiera de los procesos indicados en los incisos b) y c) precedentes, se produjese acuerdo entre los propietarios podrá otorgarse la escritura pública a la que se refiere el inciso a), dándose por concluido el proceso iniciado”.

Advertimos que la pretensión de rectificación de áreas o linderos implica, por lo general (en caso de ser reconocida), la delimitación de los mismos, razón por la cual dicha pretensión es asociada o incorporada al instituto del deslinde, cuya denominación, por cierto, es la que impera en la doctrina para designar al proceso en que se debate la delimitación de áreas o linderos. Es por ello que, en los puntos que siguen, se hará referencia al deslinde, término que deberá estimarse comprensivo, en lo que resulte pertinente, de la rectificación o delimitación de áreas o linderos. Sin embargo, veamos otros pronunciamientos doctrinarios que arrojarán más luces sobre el particular:

Valiente Noailles pone de manifiesto que “las siguientes etapas se precisan para la realización del deslinde: 1) *investigar los límites*: estudio de títulos, planos y demás elementos; 2) *mensura*: la comprobación material y geométrica sobre el terreno de las superficies pertenecientes a los fundos contiguos; 3) *amojonamiento*:

la colocación de marcas o mojones que indiquen la línea separativa entre ambas heredades” (VALIENTE NOAILLES, 1958: 362-363). Como se aprecia, la “... *mensura*, es la operación técnica que ubica sobre el terreno una heredad de acuerdo a un título, dándole su forma geométrica y la extensión de su área; *deslinde*, es la acción para determinar la línea separativa de dos heredades contiguas con límites confundidos; y *amojonamiento*, es el acto de señalar con mojones la línea separativa determinada por el deslinde” (RODRIGUEZ, 1937: 175). Al respecto, Lino Palacio enseña lo siguiente:

“... La mensura es la operación técnica consistente en ubicar con precisión el título de propiedad sobre el terreno y en comprobar, a través del plano que se levante, la coincidencia o diferencia que pudiere existir entre la superficie consignada en el título y la efectivamente poseída, determinando, eventualmente, en cuál de las propiedades linderas se halla la parte faltante.

El proceso de mensura reviste carácter voluntario, pues tiene por objeto satisfacer la petición unilateral del propietario de un terreno cuyos límites se encuentran determinados, y se dirige exclusivamente a comprobar la superficie exacta de aquél. Asimismo, dicha comprobación no otorga derechos de posesión o de dominio, los cuales, en su caso, deben hacerse valer en el correspondiente proceso contencioso (...).

Aparte de la finalidad precedentemente mencionada, la mensura judicial puede requerirse a título de diligencia preliminar con el objeto de preparar una pretensión reivindicatoria, posesoria o de división de condominio (...), y servir de prueba (...) en el proceso de deslinde.

(...) El deslinde, en cambio, es el acto en cuya virtud se establece, mediante una mensura, la línea divisoria entre dos propiedades contiguas cuyos límites se encuentran confundidos. Cuando el deslinde se reclama judicialmente, la correspondiente pretensión es objeto de un proceso contencioso que conduce al pronunciamiento de una sentencia con autoridad de cosa juzgada en sentido material.

El amojonamiento, finalmente, consiste en el hecho de colocar señales tendientes a precisar sobre el terreno los límites de las propiedades que han sido objeto de un deslinde.

(...) De lo expuesto se sigue que mientras el deslinde supone la mensura, esta última puede requerirse aunque no medie confusión de límites y al solo efecto de aplicar el título al terreno, operación que puede reportar ventajas cuando interesa determinar la superficie exacta de un inmueble a

fin de enajenarlo o de constituir sobre él algún derecho real” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 282-283).

3.1 Noción de delimitación de áreas o linderos o deslinde

Para Azula Camacho, “se entiende por deslinde el acto judicial en virtud del cual se fija la línea que divide o sirve de límite entre dos o más predios contiguos o colindantes de diferentes dueños. Es, por tanto, un acto esencialmente decisorio” (AZULA CAMACHO, 1995, Tomo III: 319).

A criterio de Valencia Zea, “... la acción de deslinde consiste en señalar los linderos y poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria. Puestos los mojones que sirven de límites a las propiedades colindantes, nadie los puede retirar...” (VALENCIA ZEA, 1976, Tomo II: 196).

De la Plaza afirma que la operación de deslinde “... se trata de una definición de derechos, que sobre la base de los títulos que nos asisten (operación de marcada condición jurídica) las *proyecta físicamente* sobre un fundo, para separarlos de aquellos otros con los que, por una u otra razón, pudieran confundirse...” (DE LA PLAZA, 1955, Volumen II, Segunda Parte: 732).

Trabucchi señala que la acción de deslinde propiamente dicha “... supone incertidumbre acerca de los lindes, y se ejercita en dos casos: en un primer supuesto cuando se llama al juez para que decida hasta dónde llega cada uno de los límites de dos fundos colindantes (*actio finium regundorum simplex*); en una segunda hipótesis, se ejercitará esta acción cuando existe una zona de terreno bien delimitada sobre la que se discute si pertenece a uno u otro propietario (*actio finium regundorum qualificata*). Es siempre una acción real, porque se otorga a los propietarios por razón de su dominio sobre los fundos colindantes, y no por sus relaciones personales...” (TRABUCCHI, 1967, Tomo I: 472).

Lino Palacio, en lo relativo a la pretensión de deslinde, opina de este modo:

“... Es aquella que puede interponer el poseedor de terrenos cuyos límites se hallan confundidos con los de un terreno colindante, a fin de que los límites confusos se investiguen, demarquen y amojonen (...).

Se trata, ante todo, de una pretensión declarativa, ya que tiene como finalidad el pronunciamiento de una sentencia que despeje el estado de incertidumbre existente con respecto al límite que separa a las heredades contiguas. Configura, además, el objeto de un proceso de conocimiento plenario que, como tal, culmina mediante sentencia provista de eficacia de cosa juzgada en sentido material” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 283-284).

En nuestro ordenamiento jurídico procesal, como se indicara anteriormente, la definición legal del proceso materia de nuestro estudio puede inferirse del inciso 3) del artículo 504 del Código Procesal Civil, conforme al cual se tramita como proceso abreviado la demanda que formula el propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten éstos mediante deslinde.

3.2 Competencia para conocer de la acción de deslinde

Conforme lo dispone el artículo 488 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos abreviados (entre los que se cuenta el de rectificación o delimitación de áreas o linderos -deslinde-) los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, son competentes los Jueces Civiles.

Se colige del inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil que, además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante, el Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes en cuestión (objeto del deslinde).

3.3 Requisitos de la acción de deslinde

A decir de Santos Briz, la acción de deslinde “... requiere como supuestos fundamentales la titularidad dominical respectiva por parte del actor y demandado sobre predios colindantes, y confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia, pues conferida por el ordenamiento jurídico para evitar intrusiones más o menos conscientes en propiedad ajena, es obvio que el eje cardinal de la misma radica en la mencionada confusión de límites (...) sin que la misma sea viable cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados...” (SANTOS BRIZ, 1973, Tomo II: 163-164).

Azula Camacho manifiesta que para la viabilidad de la pretensión de deslinde es indispensable que se cumplan estos requisitos:

- “A) *La existencia de por los menos dos predios*, lo que implica que sean inmuebles.
- B) *Que los predios sean contiguos o colindantes*.
- C) *Que cada uno de los predios pertenezca a diferente propietario*, pues lo que se trata de obtener es la determinación de uno de los atributos de la propiedad, cual es su individualidad, lo que no se justifica cuando el

dueño es uno solo, en razón de que en ese caso existe unidad entre ellos” (AZULA CAMACHO, 1995, Tomo III: 319).

Para Lino Palacio, constituyen requisitos de la pretensión de deslinde los que se indican a continuación:

- “1º) Que los terrenos pertenezcan a distintos propietarios.
- 2º) Que los terrenos sean contiguos, de manera tal que la pretensión es infundada en el supuesto de que aquéllos se encuentren separados por una calle o camino, un curso de agua u otro accidente similar (...).
- 3º) Que la contigüidad afecte a dos predios rústicos, ya que (...) la ‘acción de deslinde no se da para dividir los predios urbanos’. Entiéndese por estos últimos a aquellos terrenos que se encuentran edificados, aunque sea en el campo, razón por la cual no pueden considerarse excluidos del ámbito de la pretensión de deslinde los terrenos baldíos situados en las ciudades, así como las huertas, jardines o franjas libres existentes entre dos edificios.
- 4º) Que medie confusión de límites entre las heredades contiguas, de modo que no se conozca con certeza la línea divisoria a raíz de no haberse fijado nunca o de haber desaparecido los signos (mojones, cercos o piedras) mediante los cuales se exteriorizaba...” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 284-285).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico procesal, los requisitos de la demanda de rectificación o delimitación de áreas o linderos (deslinde) pueden ser extraídos del artículo 505 del Código Procesal Civil, que norma los requisitos especiales aplicables -en lo que resulte pertinente- no sólo a dicho proceso sino también a los de título supletorio y prescripción adquisitiva. El citado numeral establece así lo siguiente:

“Artículo 505º.- Requisitos especiales.- Además de lo dispuesto en los Artículos 424º y 425º *[del C.P.C., referidos a los requisitos y anexos de la demanda]*, la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.

2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.

El Juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

3. Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.
4. Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.
5. Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio”.

3.4 El emplazamiento en la acción de deslinde

El primer párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil establece que aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el Juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del Código Procesal Civil (que regulan la notificación edictal).

Continuando con lo atinente al emplazamiento en el proceso abreviado de rectificación o delimitación de áreas o linderos (deslinde), el segundo párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil prescribe que: “En los casos del Artículo 435° *[del C.P.C.]* y siempre que se trate de predios rústicos, se efectuará asimismo notificación por radiodifusión por cinco días consecutivos como dispone el Artículo 169° *[del C.P.C.]*”.

El artículo 435 del Código Procesal Civil trata sobre el emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, en los siguientes términos:

“Cuando la demanda se dirige contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá alcanzar a todos los habilitados para contradecir y se hará mediante edicto, conforme a lo dispuesto en los Artículos 165°, 166°, 167° y 168° [del C.P.C.], bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.

Cuando el demandante ignore el domicilio del demandado, el emplazamiento también se hará mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta”.

3.5 Intervención del Ministerio Público en la acción de deslinde

En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506 del Código Procesal Civil (vale decir, cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados -remisión al art. 435 del C.P.C.-; o cuando se trate de predios rústicos), o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, se solicitará dictamen del Ministerio Público antes de pronunciar sentencia. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 507 del Código Procesal Civil.

Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo señalado en los artículos 114 y 116 del Código Procesal Civil, el dictamen del Ministerio Público será fundamentado y se emitirá después de actuados los medios probatorios y antes de que se expida sentencia.

3.6 La prueba en la acción de deslinde

Trabucchi anota sobre el particular que “... se trata (el deslinde) de una acción caracterizada por su ‘duplicidad’, ya que en la misma las partes gozan de una análoga y recíproca posición de pretensión y defensa, por lo que no se las aplica el criterio general de *actore non probante, reus absolvitur*. Si el actor no demuestra fundadamente su pretensión, la situación quedará como al principio, hasta tanto que una de las dos partes no logre demostrar el título de su derecho prevalente (...). ¿Cómo se demostrará la extensión del título propio? Se admiten todos y cada uno de los medios de prueba: será relevante el hecho de la posesión, se pueden invocar costumbres acerca de la recíproca posición de los fundos, es posible presentar testimonios acerca de la antigua colocación de los mojones, etc. ...” (TRABUCCHI, 1967, Tomo I: 472-473).

Peña Guzmán, acerca de la manera de determinar la línea divisoria en el deslinde, señala que:

“... Una vez reunidos todos los antecedentes debe el juez determinar cuál es el lugar por donde debe pasar la línea divisoria, tomando en consideración los títulos que cada uno de los linderos hubiera presentado, en los que constaren la extensión y los límites de los respectivos fundos, a lo que debe agregarse cualquier otra diligencia tendiente a su determinación, como ser dictámenes periciales, convenios relativos a algún acto de partición, anotaciones en oficinas o registros catastrales, etcétera.

(...) Además de los títulos de propiedad de cada lindero, puede también establecerse los límites de las heredades por antiguos vestigios, como ser restos de postes o mojones que el tiempo hubiera deteriorado y por la posesión que cualquiera de los linderos probare haber tenido y si, a pesar de ello, no se lograre dicho propósito, se faculta al juez para ubicarla donde considere más conveniente, consultando los dictados de la equidad y de su buen saber y entender” (PEÑA GUZMAN, 1973, Tomo II: 654).

En el proceso de rectificación o delimitación de áreas o linderos (deslinde) las partes deberán hacer uso de los medios de prueba pertinentes previstos en el Código Procesal Civil para acreditar los hechos que invocan, debiéndose destacar los exigidos al demandante en el artículo 505 de dicho cuerpo de leyes (numeral que también es aplicable a los procesos de título supletorio y prescripción adquisitiva), entre los que se encuentran los siguientes:

- Prueba documental: 1° Planos de ubicación y perimétricos suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien (art. 505 -inc. 2)- del C.P.C.); 2° certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien (art. 505 -inc. 2)- del C.P.C.); 3° comprobantes de pago de los tributos que afectan al bien, siempre que el Juez considere necesaria su presentación (art. 505 -inc. 2)- del C.P.C.); y 4° copia literal de los asientos registrales respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos (art. 505 -inc. 3)- del C.P.C.).
- Declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años (art. 505 -inc. 4)- del C.P.C.).
- Inspección judicial del predio (art. 505 -inc. 5)- del C.P.C.).

3.7 La sentencia en la acción de deslinde

La sentencia a expedirse en el proceso que se examina obviamente dispondrá, en caso de ser estimatoria, la rectificación del área o lindero en cuestión o su delimitación, lo cual se materializará en la correspondiente etapa de ejecución de sentencia.

Lino Palacio pone de manifiesto que “dictada la sentencia de deslinde corresponde practicar el amojonamiento, es decir la colocación de señales indicativas de los límites que separan a las propiedades contiguas, cuya eventual remoción por cualquiera de los colindantes es susceptible de fundamentar un interdicto o una pretensión posesoria” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 289-290).

Peña Guzmán sostiene al respecto que “... el principal fin del deslinde es el poner fin al condominio por confusión de límites creado por la ley, quedando determinada la línea divisoria, en adelante y en forma definitiva, pero aun cuando se reconoce que la sentencia pasa a tener autoridad de cosa juzgada, nada impediría que renaciera el derecho a pedir el deslinde, en caso que las marcas del mismo hubieran desaparecido” (PEÑA GUZMAN, 1973, Tomo II: 656).

3.8 Elevación en consulta de la sentencia emitida en la acción de deslinde

Cuando el dictamen del Ministerio Público, en el caso del artículo 507 del Código Procesal Civil (que -haciendo la remisión al segundo párrafo del art. 506 del C.P.C., el cual nos remite a su vez al art. 435 del C.P.C.- prevé la intervención del Ministerio Público cuando la demanda se dirija contra personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados, o cuando se trate de predios rústicos, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía), fuera contrario a la pretensión demandada y la sentencia que ampara la demanda no fuese apelada, se elevará en consulta a la Corte Superior. Así lo establece el artículo 508 del Código Procesal Civil, aplicable al proceso abreviado de rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos (y, además, a los de título supletorio y prescripción adquisitiva).

3.9 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al proceso de rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos, ha establecido lo siguiente:

- “... La pretensión de rectificación o delimitación de áreas o linderos procede a favor del propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos de un predio cuando dichos datos han sido registrados

en forma equivocada, o para que se limiten éstos mediante deslinde cuando su delimitación no es precisa...” (Casación Nro. 1088-2000 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2000, págs. 6383-6384).

- “... La acción de rectificación de área [...] es una de naturaleza declarativa, por la cual se pretende establecer la extensión que realmente se posee, y que difiere de los títulos de propiedad que se ostentan, extensión que deberá ser precisada mediante una sentencia judicial...” (Casación Nro. 818-2000 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2003, pág. 11052).
- “... Analizando la pretensión de rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas, ésta tiene una función básicamente de dar certeza a una determinada situación jurídica, en donde lo que se busca es corregir el error cometido al momento de la declaratoria de fábrica realizada por un profesional de la construcción, en este caso un ingeniero [...], dada la denunciada discrepancia entre la realidad y lo declarado registralmente; [...] Esta búsqueda de certeza supone el ejercicio de una determinada facultad, la cual no resulta autónoma del derecho de propiedad mismo. Siendo así, mientras el derecho subjetivo exista a favor de determinado sujeto de derecho, éste podrá ejercer en cualquier momento tal facultad, la misma que mantendrá mientras tenga el derecho; [...] Entonces, mientras el demandante sea propietario de los inmuebles, la facultad de poder solicitar la rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas se mantendrá vigente, teniendo por tanto la condición de imprescriptible. Afirmar lo contrario implicaría delimitar el derecho de propiedad de una forma arbitraria y sin ninguna justificación...” (Casación Nro. 2176-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20288-20289).
- “... El deslinde es el ejercicio del derecho del propietario para lograr la certidumbre en los límites y certeza de los linderos de su propiedad e implica acudir al órgano judicial para la colocación de hitos o señales, institución diferente a la rectificación de área...” (Casación Nro. 260-2005 / Chíncha - Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, pág. 18653).
- “... La acción de deslinde [...] tiene por objeto establecer los linderos entre dos fundos rústicos cuando éstos se encuentran confundidos o [...] los que existen no son los verdaderos. Indudablemente que con ello se tutela el derecho de propiedad, que tiene entre sus características la exclusividad

y perpetuidad...” (Casación Nro. 1399-2007 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21653-21654).

- “... La pretensión de deslinde sólo procede para fijar la línea divisoria entre predios colindantes, no así frente a propietarios de superficies distantes una de otra...” (Casación Nro. 1187-05 / Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2006, págs. 15211-15212).
- “... El deslinde de predios vecinos significa, según el Artículo novecientos sesentiséis del Código Civil, la determinación de la línea divisoria que los separa, para sobre ella colocar los hitos materiales que la hagan visible, de manera que si no se define previamente esa línea, no se podrían colocar los hitos” (Casación Nro. 1753-97 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2000, pág. 4488).
- “... La acción de deslinde es siempre una acción real, pues corresponde al propietario y deriva de la relación jurídica entre una persona y una cosa: aquella como sujeto y esta como objeto. Se otorga al propietario por razón de su dominio, y se resuelve en base al derecho de propiedad que debe ser demostrado mediante títulos, y por tanto es vindicatoria, y al tener las mismas características y finalidad que la acción reivindicatoria, por su naturaleza, es imprescriptible...” (Casación Nro. 1399-2007 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21653-21654).
- “... Las instancias de mérito han incurrido en un error procesal al considerar que la pretensión de deslinde prescribe, y con ello se ha afectado el derecho a un debido proceso [...]. Por tanto, este proceso debe proseguir según su estado y concluir con el pronunciamiento sobre el fondo de la litis...” (Casación Nro. 1399-2007 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21653-21654).
- “... El artículo novecientos sesentiséis del Código material [C.C.] prescribe que: El propietario de un predio puede obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento; [...] el recurrente señala que, la norma [...] se aplica a los predios rústicos y urbanos, puesto que de su texto no se desprende una distinción en su aplicación; [...] lo alegado por el recurrente no es exacto, puesto que el legislador, al momento de redactar las normas del Libro de los Derechos Reales, dentro del Código Civil vigente, priorizó el tratamiento y regulación de los bienes prediales urbanos, dejando a las normas especiales, la regulación de los predios rústicos, conforme lo establece el artículo ochocientos ochentitrés del Código Civil; [...] sin embargo, la inclusión del artículo novecientos

sesentiséis del acotado, dentro de un libro orientado a la regulación de predios urbanos, no implicaba que la norma invocada sea aplicable a los predios urbanos, toda vez que su naturaleza se orientaba a que sea aplicada sólo a los predios rústicos; [...] en consecuencia, en el caso de autos, la Sala no ha errado en la interpretación del artículo novecientos sesentiséis del Código material toda vez que este se aplica, únicamente, a los predios rústicos más [sic] no así a los predios urbanos...” (Casación Nro. 2202-2002 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2003, págs. 10208-10209).

- “... La vía de deslinde no es la óptima para ventilar el mejor derecho de propiedad que pudiera corresponderle a alguna de las partes sobre determinada área urbana...” (Casación Nro. 3251-99 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-2000, pág. 6314).
- “... El artículo 504 inciso 3 del Código Procesal Civil establece que se tramita en la vía abreviada la demanda que formula ‘el propietario o poseedor para que se rectifiquen el área o los linderos, o para que se limiten éstos mediante deslinde’; es decir, la norma impone la implícita exigencia de acreditar la condición de propietario o poseedor para ostentar legitimidad para obrar demandando el deslinde, y, en ese sentido, aún [sic] cuando ese aspecto no haya sido fijado como punto controvertido, el juzgador necesariamente debe dilucidarlo en mérito a la prueba actuada, [...] existiendo discrepancias en cuanto al derecho de propiedad que ambas partes reclaman para sí respecto del total o de una parte de los predios en conflicto, existe carencia de legitimidad para obrar en tanto no se dilucide certeramente el derecho de propiedad o de posesión de cada una de las partes...” (Casación Nro. 524-2005 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-10-2006, págs. 17200-17201).
- “... La exigencia de identificar a los colindantes y sus respectivos domicilios, sólo es aplicable al proceso de rectificación de áreas y linderos...” (Casación Nro. 1658-2004 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-07-2006, págs. 16498-16499).
- “... La pretensión demandada [rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas] es una de naturaleza real, dado que no se desarrolla al interior de una relación jurídica obligatoria entre el demandante y sus colindantes, pues en los de autos los demandados son emplazados no porque tengan la obligación de rectificar el área, linderos o medidas perimétricas que fueron declarados en la respectiva declaratoria de fábrica formulada por el ingeniero constructor, sino porque la pretensión demandada podría

contener una reivindicación encubierta, por tanto, para no afectar derechos de terceros, el ordenamiento dispone el emplazamiento a los colindantes (artículo quinientos seis del Código Procesal Civil)...” (Casación Nro. 2176-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20288-20289).

- “... No se ha cumplido con la publicación del extracto de la demanda (de deslinde parcial y fijación de hitos), a que se refiere el Artículo quinientos seis del Código Procesal Civil omisión que no puede darse por convalidada, en razón a la naturaleza de la misma, por lo que se ha incurrido en causal de nulidad...” (Casación Nro. 2704-97 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-03-2000, pág. 4839).

CAPITULO XXXIX

PROCESO ABREVIADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

1. PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Según Rocco, “... la acción de responsabilidad civil contra los funcionarios del orden judicial constituye una acción autónoma, que tiene por contenido la declaración de certeza de la responsabilidad a título de dolo o a título de culpa del juez, con la consiguiente condena al resarcimiento del daño” (ROCCO, 1970, Volumen II: 35).

Jannelli hace notar que “... se prevé la responsabilidad no solamente con respecto a la actividad del juez que se traduzca en dictar sentencia, sino que se extiende a todas las actividades propias del magistrado...” (JANNELLI; citado por GELSI BIDART, 1965: 18). Al respecto, Lino Palacio precisa que “... si un juez comete un acto ilícito civil que es ajeno al desempeño de sus funciones, responde como cualquier particular” (PALACIO, 1979, Tomo II: 300).

Parellada se inclina por el criterio que asigna a la responsabilidad civil de los Jueces naturaleza extracontractual, sosteniendo así lo siguiente:

“... El juez no se encuentra ligado por contrato con las partes, ni -por supuesto- con los terceros -no litigantes- que pueden sufrir los daños originados en la providencia errónea. Por tanto, la responsabilidad personal del juez es extracontractual.

Ahora bien, no ignoramos que para una parte de la doctrina la órbita contractual no abarca sólo los supuestos en que dañador y dañado se encuentran vinculados por contrato, sino todos aquellos casos en que existe una obligación entre ambos, cualquiera sea su fuente -contractual o legal-. El juez tiene la obligación legal de proveer las pretensiones de las partes y resolver la situación procesal de los encausados, por lo que, para quienes

sostienen tal postura, la cuestión puede presentar aristas de trascendencia, que los lleven a distinguir según la víctima sea un litigante o un tercero.

Por nuestra parte, hemos sostenido que la distribución entre las órbitas de la responsabilidad civil se efectúa partiendo de la existencia de obligación voluntariamente asumida, por lo que el juez sólo puede incurrir en responsabilidad extracontractual frente a las partes o terceros” (PARELLADA, 1990: 145-146).

La responsabilidad civil de los Jueces es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso abreviado (art. 486 -inc. 3)- del C.P.C.), y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 3º (“Responsabilidad civil de los Jueces”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 509 al 518.

Precisamente, en el artículo 509 -primer párrafo- del Código Procesal Civil se establece que el Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

Del último párrafo del artículo 509 del Código adjetivo se infiere que el proceso de responsabilidad civil de los Jueces sólo se impulsará a pedido de parte.

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL JUEZ POR ACTO JURISDICCIONAL

En lo que atañe a la responsabilidad del Estado y del Juez por acto jurisdiccional, cabe destacar que el artículo 516 del Código Procesal Civil dispone expresamente que la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio.

Julio Prat nos enseña sobre el tema lo siguiente:

“Se ha sostenido que los principios de justicia y de equidad imponen responsabilizar al Estado y éste puede repetir contra el juez en determinados casos, ya que el inocente injustamente perjudicado soporta un *surplus de carga*, por este hecho, que exige su reparación.

Para otros es simple aplicación del principio del *riesgo profesional* inseparable e inherente al funcionamiento de la justicia, que justamente por ser ésta una función de tan delicada y singular importancia, requiere que la reparación de los daños sea efectiva más que en el ejercicio de cualquier otra función estática (...).

Si el ejercicio de esta función tan delicada exige una medida y un equilibrio casi extrahumano al juzgador (...) por los inmensos daños que produce tanto de índole patrimonial como moral, es la misma sociedad que debe soportar los riesgos que sobrevengan ocasionando perjuicios sin excluir que si el juzgador es el directamente culpable del error, es él, el que debe soportarlos finalmente, aunque para garantía de la víctima, el Estado los absorba previamente, restituyendo primariamente el equilibrio roto por el error judicial” (PRAT, 1978, Tomo IV, Volumen II: 101).

Kemelmajer de Carlucci y Parellada refieren que “... la culpa grave, el dolo y la concusión del juez le es atribuible al Estado en razón de un *deber legal de garantía* por el hecho de sus funcionarios...” (KEMELMAJER DE CARLUCCI; y PARELLADA, 1986: 59).

Kemelmajer de Carlucci y Parellada, respecto de quién es el responsable definitivo del daño suponiendo que ha sido el Estado el que ha indemnizado totalmente a la víctima, predicen lo siguiente:

- “a) Si el daño fue producido por culpa grave, dolo o concusión del juez, (...) para algunos autores, la acción recursoria se enmarca en la responsabilidad *contractual*, dado que el juez está unido al Estado por un vínculo convencional previo.

Esa vinculación, aunque no fuese típicamente contractual, no impediría la aplicación supletoria de las normas sobre este tipo de responsabilidad (...). Sin embargo, tratándose de una relación de Derecho Público la que une al juez con el Estado, es indudable que deben aplicarse prioritariamente las normas que la rigen (...).

- b) Si el daño está originado en el hecho de un tercero (por ej., denunciante calumnioso, testigo falso, autor de documentos apócrifos, etc.), el Estado, que normalmente no está unido a éstos por relaciones convencionales, repetirá por vía de una acción de naturaleza extracontractual.
- c) Si los perjuicios provinieron del mal funcionamiento del servicio de la justicia atribuible a otros funcionarios, o a co-contratantes del Estado, la acción de repetición se rige por las mismas pautas señaladas supra ‘a’.

(...)

Finalmente, advertimos que el Estado puede llegar a ser quien soporte en definitiva el daño, sea porque éste provenga de la culpa leve del magistrado, o porque el tercero no fue identificado, etcétera” (KEMELMAJER DE CARLUCCI; y PARELLADA, 1986: 110-111).

3. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Lo relativo a la competencia para conocer del proceso de responsabilidad civil de los Jueces se encuentra normado en el artículo 511 del Código Procesal Civil en estos términos: “El Juez Especializado en lo Civil, o el Juez Mixto, en su caso, es el competente para conocer los procesos de responsabilidad civil de los jueces, inclusive si la responsabilidad fuera atribuida a los Vocales de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema”.

No podemos dejar de mencionar lo dispuesto en el artículo 27 del Código Procesal Civil, referido a la competencia del Estado, y según el cual:

“Es Juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Departamental, Local o ente de derecho público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.

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

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

4. CAUSAS O FACTORES DE ATRIBUCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

“En principio, el accionar del juez no importa un daño, sino el restablecimiento de los derechos vulnerados; pero nada impide que existan casos en los que el daño se configure, sea por error o malicia o por falta de prestación absoluta o inoportuna prestación del servicio de justicia” (PARELLADA, 1990: 122).

“... Los factores de atribución de la responsabilidad de los magistrados son los comunes del ámbito subjetivo de la responsabilidad, o sea, el dolo y la culpa” (PARELLADA, 1990: 149).

Monroy Cabra asevera que los Jueces incurrir en responsabilidad civil en los siguientes casos: “... 1) Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. 2) Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. 3) Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer...” (MONROY CABRA, 1979: 204).

Lino Palacio estima que “... incurre en responsabilidad civil, y se halla obligado a la correspondiente reparación, el juez que, en el ejercicio de sus funciones ocasiona un daño por acción u omisión derivados de su culpa o negligencia...” (PALACIO, 1979, Tomo II: 299). El mencionado tratadista pone de relieve que “... este tipo de responsabilidad no comprende todos los errores de que puede adolecer una resolución judicial en cuanto a la conceptualización jurídica del caso o a la valoración de los hechos y de la prueba. Debe tratarse, por el contrario, de errores inexcusables o derivados de la conducta maliciosa del juez...” (PALACIO, 1979, Tomo II: 299).

Conforme a nuestro ordenamiento procesal, como se señalara anteriormente, el Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con **dolo** o **culpa inexcusable** (art. 509 -primer párrafo- del C.P.C.).

4.1 El dolo

“... Las irregularidades dolosas del juez generan la responsabilidad del funcionario y del Estado, por los daños causados al justiciable, sea por acción o por omisión, se trate de perjuicios materiales o morales...” (MOSSET ITURRASPE, 1986: 160).

Pino Carpio, acerca del tema tratado en este punto, expresa que el dolo cometido por el Juez en la sustanciación de un juicio tendría lugar “... si en el curso de su tramitación o al sentenciársele, el Juez obrara con la intención deliberada de perjudicar a uno de los litigantes y favorecer al otro, no obstante que no le asiste el derecho; u omitiera aquello que se precisa para la idoneidad del procedimiento o para la validez de la sentencia...” (PINO CARPIO, 1965, Tomo IV: 265). El citado autor nacional concluye diciendo que “... tipifica (...) al dolo en cuestión, la mala fe y el propósito deliberado de hacer daño a uno de los litigantes. El motivo, la causa que el Juez tenga para proceder dolosamente, no hace falta tenerse en cuenta; pero sí será un punto fundamental para valorar la prueba, el hecho de que se sepa que obró llevado de una baja pasión, como sería cualquier causal que existiera” (PINO CARPIO, 1965, Tomo IV: 265).

El Código Procesal Civil precisa, en el segundo párrafo de su artículo 509, que la conducta es dolosa si el Juez:

- Incurre en falsedad o fraude.
- Deniega justicia al rehusar un acto.
- Deniega justicia al omitir un acto.
- Deniega justicia al realizar un acto por influencia.

4.2 La culpa

Pino Carpio sostiene que por culpa “... debe entenderse la falta en la que el Juez incurre al tramitar, resolver una cuestión o sentenciar el juicio sometido a su competencia, por no haber puesto la entereza necesaria o haber caído en descuido en la aplicación de los dispositivos o principios que rigen la cuestión materia del pleito” (PINO CARPIO, 1965, Tomo IV: 265).

Sobre el particular, Parellada expone lo siguiente:

“... Si el hecho culposo obliga a indemnizar por las consecuencias dañosas a los terceros, cabe preguntarse, si cualquier culpa, por leve que sea, acarrea el efecto o si únicamente la culpa grave, obliga a soportarlas.

Si convenimos en que la responsabilidad de los jueces es una responsabilidad profesional, gran parte de la doctrina (...) coincide en que, en ese ámbito, la única culpa que responsabiliza es la grave.

En nuestro criterio (...), la cuestión de la culpa profesional no se relaciona tanto con la gradación de las culpas, como con la excusabilidad del error. Por tanto, el error leve pero inexcusable, determina la responsabilidad del juez: lo mismo sucede, cuando el retardo de justicia se ha producido sin que interese la mayor o menor gravedad de la culpa en que se ha incurrido. Interesa, en cambio, que exista alguna, pues no ha de responsabilizarse al juez por los defectos en la organización del servicio, por los que sólo responde el Estado.

(...)

La solución debe ser grosera, o sea, salir del marco -siempre existente en el ámbito científico- de lo opinable; por ello, la adhesión a una u otra doctrina no compromete la responsabilidad del juez. En cambio, lo hace la ignorancia de elementales prescripciones normativas o de los principios generales que informan al derecho; también, la arbitraria valoración de la prueba” (PARELLADA, 1990: 149-151).

Kemelmajer de Carlucci y Parellada dicen de la culpa grave del Juez que “... ella se configura por el error grosero e inexcusable en la apreciación de la prueba y en la solución prescripta por el derecho; la decisión debe salirse del terreno de lo opinable para estar basada en la sola voluntad del juzgador y no orientada por los principios generales...” (KEMELMAJER DE CARLUCCI; y PARELLADA, 1986: 60).

El Código Procesal Civil, en el primer párrafo de su artículo 509, contempla como causa o factor de atribución de la responsabilidad civil de los Jueces a la culpa (además del dolo), siempre que ésta tenga el carácter de inexcusable.

Ahora bien, en el tercer párrafo del artículo 509 del citado cuerpo de leyes se establece claramente que el Juez incurre en culpa inexcusable cuando:

- Comete un grave error de derecho.
- Hace interpretación insustentable de la ley.
- Causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

4.3 Presunción legal de dolo o culpa inexcusable

El artículo 510 del Código Procesal Civil norma las hipótesis en que existe presunción de dolo o culpa inexcusable en estos términos:

“Se presume que el Juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:

1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.
2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles”.

Advertimos que las presunciones de dolo o culpa inexcusable, a que hace referencia el numeral citado precedentemente, no tienen el carácter de absolutas (en las que no cabe prueba en contrario) sino de relativas (que sí admiten prueba en contrario), por su propia naturaleza, por no señalar el artículo 510 del Código Procesal Civil la clase de presunción de que se trata, y por disponer el artículo 280 del mencionado Código que, en caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.

5. EL AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Nuestro ordenamiento procesal exige como presupuesto de la acción de responsabilidad civil del Juez el agotamiento de los medios impugnatorios correspondientes (lo cual no implica, a los efectos de la referida acción, la exigencia de la remoción de la cosa juzgada, porque, de lo contrario, no podría hablarse de daño alguno, y, sin este último elemento, sería imposible la configuración de la responsabilidad civil del Juez). Así tenemos que, según el artículo 513 del Código Procesal Civil, la demanda (de responsabilidad civil del Juez) sólo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño.

Casarino Viterbo manifiesta que no pueden deducirse demandas civiles en contra de un Juez para hacer efectiva su responsabilidad civil “... si no se hubieren entablado oportunamente los recursos que la ley franquea para la reparación del agravio causado” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo II: 114). “... Esta garantía o limitación a la responsabilidad penal y civil de los jueces tiene un fundamento lógico: si la parte agraviada con la conducta del juez no interpone los recursos legales dentro del juicio en que se supone el agravio, la ley presume que el afectado renuncia a su derecho a hacer valer posteriormente aquellas responsabilidades” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo II: 114). La responsabilidad civil “... no puede hacerse efectiva mientras no haya terminado por sentencia firme la causa o pleito en que se supone causado el agravio” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo II: 113). “Esta garantía se funda en que sólo en este momento, o sea, al término del pleito se estará en condiciones adecuadas de apreciar si el agravio supuesto se ha causado o no” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo II: 114).

A decir de Kemelmajer de Carlucci y Parellada:

“... Cuando el que se dice damnificado no ha agotado la vía recursiva, su conducta debe interpretarse como consentimiento a la resolución que lo agravia y no tiene entonces de qué quejarse. Sin embargo, la regla no es absoluta.

No es exigible (el agotamiento de las vías recursivas para la admisión de la responsabilidad del Estado por daños derivados de la actividad judicial) cuando haya procedido el recurso de revisión o la rescisión, remedios que remueven la cosa juzgada aun sin exigir el agotamiento de las vías. Tampoco lo es cuando la tramitación normal de los recursos agravaría el daño causado por la resolución del inferior...” (KEMELMAJER DE CARLUCCI; y PARELLADA, 1986: 66).

6. PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ

La demanda (de responsabilidad civil del Juez) debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño. Así lo establece el artículo 514 del Código Procesal Civil.

7. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

El artículo 512 del Código Procesal Civil trata sobre la exigencia de dictamen previo del Ministerio Público en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces.

En efecto, conforme al primer párrafo de dicho numeral, antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad.

No podemos dejar de mencionar que, a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 512 del Código Procesal Civil, la resolución que declara improcedente la demanda (se entiende que es la emitida luego del dictamen del Ministerio Público y que provee el escrito de demanda) es apelable con efecto suspensivo.

8. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

En líneas generales, la prueba en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces debe versar acerca de la configuración o no del daño y del dolo o culpa inexcusable, así como sobre el agotamiento o no de los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que -se alega- causa daño o agravio, e, inclusive, sobre la observancia o no del plazo en que debe interponerse la demanda de responsabilidad civil.

Mosset Iturraspe, en lo concerniente a la prueba en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces, reflexiona de esta manera: “¿Quién debe probar la excusabilidad o inexcusabilidad del error? La doctrina discrepa sobre el particular. Para el caso que nos ocupa juzgamos razonable que quien demanda la ‘revisión’ y el resarcimiento de los daños demuestre que el acto judicial se encuentra viciado por error del Juez, de hecho o de derecho; y es al Juez a quien le cabe, entonces, aportar las pruebas de la ‘razón para errar’, que equivale a decir de la justificación de su proceder, de la excusabilidad” (MOSSET ITURRASPE, 1986: 172). El mencionado autor sostiene, además, que, “en cuanto a la prueba de los hechos en que se funda la pretensión esgrimida, de la equivocación judicial, que actúa como causa productora de la consecuencia dañosa, y de la índole y cuantía de los perjuicios, son de aplicación los principios generales en materia de *onus probandi*; la carga de la prueba pesa sobre quien invoca la existencia de un ‘entuerto’ y de un daño irrogado por su causa” (MOSSET ITURRASPE, 1986: 217-218).

Según se desprende del artículo 515 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba del daño causado (que da lugar a la responsabilidad civil) se regula por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de las obligaciones, en cuanto sean aplicables. Las normas en mención están contenidas en el Título IX (“Inejecución de obligaciones”) de la Sección Segunda (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”) del indicado Código sustantivo, siendo de especial

consideración (en lo que resulte pertinente) las contenidas en los artículos 1330, 1331 y 1332 del Código Civil.

9. LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Casarino Viterbo dice al respecto que “... aun cuando el juez fuere condenado (...) a indemnizar los daños causados por medio de un delito o cuasidelito, no se podrá alterar la sentencia que él pronunció dentro del juicio por cuya conducta o actitud fue procesado posteriormente. La autoridad de la cosa juzgada impediría alterar esta sentencia” (CASARINO VITERBO, 1983, Tomo II: 114-115).

Una posición similar es la que adopta Gimeno Sendra al afirmar que “cualquiera que fuese el contenido de la sentencia recaída en el procedimiento de responsabilidad civil, dicha resolución habrá de respetar la ‘santidad de la cosa juzgada’ de la sentencia, pronunciada en el procedimiento del que trae causa el de responsabilidad civil...” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 595).

El Código Procesal Civil, en su artículo 517, regula lo concerniente a la sentencia en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces, en estos términos:

“La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo agravio.

En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional”.

9.1 Imposición de multa por demanda maliciosa o afectación del honor del demandado

De conformidad con lo señalado en el artículo 518 del Código Procesal Civil, si al declarar fundada la demanda (de responsabilidad civil), el Juez considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 (del Código Procesal Civil). Este último numeral regula las consecuencias del ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción civil, prescribiendo así que, «concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera

que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado”.

10. PAGO DE LA INDEMNIZACION EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Mosset Iturraspe, en cuanto a la indemnización en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces, predica lo siguiente:

“La indemnización, con la cual culmina el proceso de responsabilidad, a título de resarcimiento o compensación, orientada a restablecer el *statu quo ante*, a dar lo suyo a la víctima y dar respuestas a un reclamo de justicia, no es idéntica en todas las hipótesis:

- a) El principio es el resarcimiento pleno o integral, de todos los daños causados, tanto para los ilícitos dolosos o delitos civiles, como para los culposos o cuasi delitos civiles;
- b) No obstante ello, tratándose de un ilícito culposo (...), el Juez puede (...) moderar la cuantía del resarcimiento en atención a las circunstancias del caso (...);
- c) Por último, según la doctrina y jurisprudencia pacífica, la indemnización a cargo del Estado, nacida de hechos lícitos pero dañosos, que quiebran el principio de igualdad -caso (...) de los errores judiciales excusables- es una de ‘equidad’; con ella no se busca una reparación plena o integral, sino una razonable compensación para el perjudicado” (MOSSET ITURRASPE, 1986: 230-231).

Conforme se infiere del artículo 515 del Código Procesal Civil, el monto del resarcimiento se regula por las normas del Código Civil referidas a la inejecución de las obligaciones, en cuanto sean aplicables. Las normas aludidas están contenidas en el Título IX (“Inejecución de obligaciones”) de la Sección Segunda (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”) del indicado Código sustantivo, debiéndose destacar (en lo que resulte pertinente) las contenidas en los artículos 1321, 1326 y 1327 del Código Civil.

Finalmente, en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces, la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio. Así lo establece el artículo 516 del Código Procesal Civil.

11. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PUBLICO

Tal como lo prevé la parte inicial del artículo 118 del Código Procesal Civil, el representante del Ministerio Público es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los Jueces, de acuerdo a lo dispuesto en la parte final del mencionado numeral.

CAPITULO XL

PROCESO ABREVIADO DE EXPROPIACION

1. CONCEPTO DE EXPROPIACION

Couture nos informa que:

“En su acepción literal, la expropiación es un acto de *desposesión o des-apoderamiento*. El bien se halla en el patrimonio del expropiado y pasa al patrimonio del expropiante mediante la desposesión.

Este vocablo consta de *ex* partícula privativa y *propio*: lo que ya no es propio, lo que ha dejado de serlo. Y es de toda evidencia que el bien deja de ser propio, es decir *se expropia*, en el momento en que el juez, previo el depósito (...), priva de la posesión al propietario y se la entrega al órgano expropiante” (COUTURE, 1950, Tomo III: 458).

A juicio de Dromi, la expropiación “... es el instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única” (DROMI, 1987, Tomo 2: 70).

En opinión de Lino Palacio, “... la expropiación es el acto mediante el cual el Estado, por razones de utilidad pública y previo pago de una justa indemnización, priva de un bien a quien ejerce sobre éste el derecho de propiedad” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 331-332).

Sayagués Laso conceptúa a la expropiación como “... un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación” (SAYAGUES LASO; citado por BERMUDEZ ALFONZO, 1998: 252).

Valiente Noailles sostiene que la expropiación “... es la ocupación de las cosas de propiedad privada, con fines de utilidad pública, retribuida con una justa indemnización de su valor y de los perjuicios derivados directamente de ella” (VALIENTE NOAILLES, 1958: 191). Añade dicho autor que la expropiación “es (...) un acto mixto de derecho público y de derecho privado. En otros términos: es una institución de derecho público, con efectos patrimoniales” (VALIENTE NOAILLES, 1958: 192).

Dalurzo considera que lo que configura a la expropiación es:

- a) *La transmisión de la propiedad,*
- b) *en forma definitiva y plena*
- c) *por causa de utilidad pública o perfeccionamiento social,*
- d) *mediante un contrapeso económico (indemnización),*
- e) *con efectos: erga omnes”* (DALURZO, 1958: 855).

La expropiación se halla prevista en el artículo 70 de la Constitución Política de 1993, cuya parte pertinente establece que: “... A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

Dicha institución jurídica es normada también en la Ley General de Expropiaciones (Ley Nro. 27117, del 15-05-1999), la misma que en su artículo 2 define a la expropiación de este modo: “La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.

Conforme a nuestro ordenamiento procesal, la expropiación es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso abreviado (art. 486 -inc. 4)- del C.P.C.), y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 4° (“Expropiación”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 519 al 532.

2. OBJETO DE EXPROPIACION

“... Es (objeto de la expropiación) la adquisición de bienes coactivamente. Estos bienes pueden ser corporales (inmuebles, muebles) e incorporeales. También puede ser una universalidad” (PRAT, 1979, Tomo IV, Volumen I: 129).

Lino Palacio asevera que “... todos los bienes (...) son susceptibles de expropiación. Esta puede por consiguiente comprender tanto cosas (muebles o inmuebles) como derechos (reales, personales e intelectuales)” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 334).

A decir de Dromi:

“... El objeto de la expropiación es la ‘propiedad’ (...), vale decir, todos los derechos patrimoniales de contenido económico. Quedan, pues, excluidos de la noción de ‘*propiedad*’ -y por ende de la expropiación-, los bienes o valores innatos al ser humano, los llamados derechos a la personalidad: derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física y al nombre.

El objeto de la expropiación es ilimitado, siempre que esté comprendido en la ‘propiedad’, según su concepto constitucional (...). Así, pueden ser objeto de expropiación, en general, *todos los bienes*, es decir todos los *objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor económico* (...) y en particular: inmuebles, muebles, semovientes, universalidades jurídicas (establecimientos industriales, archivos, museos, etc.) derechos (emergentes de un contrato, de propiedad intelectual, de propiedad industrial), la fuerza hidráulica, los bienes afectados por el concesionario para la prestación del servicio público, el espacio aéreo, los cadáveres de seres humanos, las iglesias, etcétera...” (DROMI, 1987, Tomo 2: 75).

Lo atinente al objeto de la expropiación se encuentra regulado en el Título II (“Del Objeto de las expropiaciones”) de la Ley Nro. 27117, en los arts. 12, 13 y 14, numerales que citamos a continuación:

“Artículo 12°.- Del objeto

12.1 Todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación.

12.2 Los bienes de embajadas o misiones diplomáticas y de organismos internacionales no están sujetos a expropiación, de conformidad con la

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, de la cual la República del Perú es Parte Contratante, salvo en los casos basados en el Principio de Reciprocidad o en el consentimiento previo”.

“Artículo 13º.- Del subsuelo y del sobresuelo

Pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo. Salvo que por el hecho de la expropiación del subsuelo o del sobresuelo la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente. En estos casos el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie”.

“Artículo 14º.- De la expropiación total

El sujeto pasivo de la expropiación podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial”.

3. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE EXPROPIACION

En principio, conforme lo señala el artículo 488 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos abreviados (entre los que se cuenta el de expropiación) los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, son competentes los Jueces Civiles.

El artículo 20 del Código Procesal Civil establece al respecto que:

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

Si la expropiación versa sobre bienes no inscritos, es competente el del lugar donde el bien está situado, aplicándose, en su caso, lo dispuesto en el Artículo 24º, inciso 1 *[del C.P.C.]*”.

El tenor del inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil, a que se hace referencia en el último párrafo del artículo 20 de dicho cuerpo de leyes, es como sigue (siendo nuestro el subrayado):

“Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, **expropiación**, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos;

(...)”.

Por último, tal como lo prevé el artículo 519 del Código Procesal Civil, todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a lo dispuesto en el Subcapítulo 4º (“Expropiación”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del indicado Código adjetivo.

4. REQUISITOS DE LA EXPROPIACION

Los principales requisitos de la expropiación son los siguientes:

- La ley expropiatoria.
- Las razones o causales justificantes de utilidad o necesidad pública o de seguridad nacional.
- La indemnización.

4.1 La ley expropiatoria

Bielsa, acerca de la naturaleza de toda ley de expropiación, advierte que deben tenerse presente estos principios:

- “1. La ley que declara de utilidad pública un bien no es acto de legislación, ni crea derechos ni obligaciones, sino que califica un bien; la determinación precisa del bien (individualización) puede resultar de la ley misma, o del acto del Poder administrador (...).
2. La ley de expropiación no crea derechos para el Estado expropiador, porque él obra en virtud de un poder que ya tiene y de una función propia. Tampoco los crea para el expropiado, sino cuando la expropiación *se actualiza o realiza*.

3. Los derechos u obligaciones del propietario o de los terceros respecto del bien expropiado, como las obligaciones del Estado, se determinan ya sea en la ley general de expropiación, ya en otra ley especial que establezca una norma” (BIELSA, 1947, Tomo III: 439).

De acuerdo a lo normado en el artículo 4 de la Ley General de Expropiaciones (Ley Nro. 27117), en la ley (autoritativa de la expropiación) que se expida en cada caso deberá señalarse:

- La razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación.
- El uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.

Acerca de la norma legal que autoriza la expropiación, debe verse también lo normado en los artículos 6 y 8 de la Ley Nro. 27117.

4.2 Las razones o causales justificantes de utilidad o necesidad pública o de seguridad nacional

Se desprende de los artículos 70 de la Constitución Política de 1993 y 4 de la Ley Nro. 27117 que las razones o causales justificantes de la expropiación son las siguientes:

- Necesidad pública.
- Seguridad nacional.

La última de tales razones o causales justificantes es lo suficientemente clara por lo que no merece mayor estudio. No sucede lo propio con la causal de necesidad pública, la misma que amerita que nos detengamos a pasar revista de algunas opiniones doctrinales referidas a ella o a la utilidad pública, que, dejamos constancia, no representan conceptos equivalentes, aunque, en la práctica, aquéllas son confundidas con frecuencia debido, principalmente, a que su determinación dependerá de un juicio de valor sobre si algo es necesario (indispensable) o, simplemente, útil (conveniente pero prescindible), juicio que se hará más difícil cuanto más importante sea la obra o el servicio público que se desea emprender o ampliar.

Según Legón, “la necesidad (pública) (...) implica toda medida impuesta para *reponer* a la sociedad en sus más fundamentales e imprescindibles derechos. Se funda en el derecho a la *existencia*. La *utilidad* (pública) comprende las manifestaciones que benefician principalmente al estado material, físico de la sociedad...” (LEGON; citado por DALURZO, 1958: 849).

Fiorini apunta que “la calificación de la expropiación deberá causarse en la ‘utilidad pública’, concepto genérico superior a ‘necesidad pública’ que puede concurrir para integrar el fin funcional de la utilidad. Pueden existir necesidades sin ser públicas, y otras sin ser útiles. La apreciación de su contenido corresponde exclusivamente al poder legislador, pues sólo él puede determinar los elementos para poder evaluar la satisfacción que corresponde a los fines públicos. La atribución exclusiva que se le reconoce no significa que su juicio pueda estar al margen de la juridicidad creada por la Constitución. La libertad apreciativa del legislador deberá estar dentro de los límites de los principios, garantías y atribuciones que el orden jurídico ampara en la Constitución. Expresar que el legislador tiene potestad exclusiva no significa que pueda actuar contra el orden constitucional...” (FIORINI, 1976, Tomo II: 145).

En palabras de Canasi, “... el concepto de *utilidad pública* (...), si bien difiere (...) de la idea de *necesidad pública*, o *utilidad social*, o *función social de la propiedad*, por tratarse de algo que es concreto y circunscrito: v.gr., construir un camino, un puente, un edificio público, una fortaleza, un parque, un puerto, un aeroparque, un hospital, etc., contiene en el fondo la idea de dominio público y ciertos dominios privados del Estado, como también la idea de generalidad, de conveniencia general, de servicio público, de obra pública, de bien público en forma amplia, en que el interés público surja de una manera impersonal y abstracta, en que se observe, en definitiva, que la limitación o restricción al dominio privado en el solo interés público, no lo sea más que para satisfacer este tipo de interés, y no otro...” (CANASI, 1977, Volumen IV: 51).

4.3 La indemnización

“... El expropiado, en virtud de la garantía de que goza la propiedad privada, tiene derecho a una reparación general, que comprende no solamente el valor del bien expropiado sino también los daños y perjuicios que sean consecuencia de la privación de la propiedad. La reparación integral a que tiene derecho el expropiado implica una compensación, es decir, un equilibrio económico entre el valor del bien objeto de la expropiación y los daños y perjuicios emergentes de la desposesión. La reparación integral debe ser justa y razonable...” (DIEZ, 1969, Tomo IV: 273).

Peña Guzmán asevera que “... la suma que debe abonar el expropiante reviste el carácter de una indemnización y no de un pago, pues además del valor de la cosa expropiada debe comprender todos los perjuicios que sean una consecuencia forzosa de la expropiación, debiendo ambos rubros cumplir con tres requisitos fundamentales: ser previa, ser justa y consistir en una suma de dinero” (PEÑA GUZMAN, 1973, Tomo II: 85).

Dromi, en cuanto a la indemnización en la expropiación, nos ilustra de este modo:

“... La competencia constitucional para adquirir el dominio sobre el bien desapropiado está subordinada a la condición de que el patrimonio de su propietario quede ‘indemne’, es decir, sin daño. Una expropiación sin indemnización, o con indemnización injusta importa una confiscación o despojo carente de sustento jurídico.

La indemnización es una compensación económica debida al expropiado por el sacrificio impuesto en el interés público (...).

La indemnización expropiatoria (...) debe ser ‘previa’ y ‘justa’ (...) y ‘*en dinero en efectivo*’ (...). No es ‘precio’, sino el resarcimiento del daño sufrido con motivo del acto expropiatorio (...).

(...) La indemnización debe ser integralmente justa. (...) Ello surge del carácter y sentido de la indemnización, como modo de resarcimiento. Indemnizar quiere decir dejar indemne o sin daño. Equivale a dar al expropiado en dinero, el mismo valor de la propiedad que se le priva. La expropiación no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado, sino dejarlo en igual situación económica. La indemnización, para ser justa, debe ser *objetiva, actual e integral*.

(...)

No todo perjuicio es indemnizable (...), sino aquellos ‘*que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación*’. Establecer cuándo un daño ha de considerarse consecuencia directa e inmediata de la expropiación, constituye una cuestión de hecho a resolver según las circunstancias del caso (...).

Integran la indemnización (...): *a)* el valor objetivo del bien; *b)* los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación; *c)* la depreciación monetaria; *d)* los intereses. En cambio, no se indemnizan: 1) las circunstancias de carácter personal; 2) los valores afectivos; 3) las ganancias hipotéticas; 4) el mayor valor que confiera al bien la obra a construir; 5) el lucro cesante” (DROMI, 1987, Tomo 2: 80-81).

La indemnización en la expropiación es regulada en el Título III (“De la indemnización justipreciada”) de la Ley General de Expropiaciones (Ley Nro. 27117), en los arts. 15 al 22.

5. IMPROCEDENCIA DE LA EXPROPIACION

Se desprende del artículo 5 de la Ley Nro. 27117 que la expropiación es improcedente:

- Cuando se funda en causales distintas a las previstas en la Ley Nro. 27117 (que son las de necesidad pública o seguridad nacional, conforme se indica en el art. 4 de la Ley Nro. 27117, concordante con el art. 70 de la Constitución Política de 1993).
- Cuando tiene por objeto el incremento de las rentas públicas.
- Cuando responde a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien.

6. LEGITIMIDAD ACTIVA EN LA EXPROPIACION

“... Siempre es (el sujeto expropiante) un ente estatal, una autoridad administrativa. A pesar de que el expropiante sea el Estado, puede no coincidir con el beneficiario de la operación expropiatoria (...) ya que éste puede ser un ente no estatal o personas físicas. También puede serlo una persona pública no estatal si su ley orgánica le atribuye esta potestad. Igual pasa con los concesionarios de servicios públicos» (PRAT, 1979, Tomo IV, Volumen I: 128).

A criterio de Villegas Basavilbaso, “sujeto activo o expropiante es el que promueve la expropiación. Declarada la utilidad pública o el interés general el bien objeto de la misma queda sujeto a la expropiación. La ejecución de esa manifestación de voluntad legislativa (...) es una función administrativa y, por lo tanto, es sólo de la competencia de los órganos administrativos, salvo que el órgano legislativo haya delegado esa ejecución en otras personas jurídicopúblicas o en concesionarios de servicios públicos. Así, pues, el sujeto activo de la expropiación puede ser el Poder Ejecutivo, y, por delegación legislativa, personas jurídicopúblicas o concesionarios de servicios públicos” (VILLEGAS BASAVILBASO, 1956, Tomo VI: 384).

Para Azula Camacho:

“Está legitimada para adoptar la calidad de demandante la entidad de derecho público a la cual la disposición le ha otorgado la facultad de hacer efectiva la expropiación, esto es, la nación, los departamentos, municipios y las entidades descentralizadas.

A las entidades descentralizadas, sin consideración a su categoría, vale decir, que comprende tanto a las de carácter nacional como regional, para que puedan reclamar la expropiación es indispensable que expresamente se les haya investido de esa facultad o derecho...” (AZULA CAMACHO, 1995, Tomo III: 379).

La Ley Nro. 27117, partiendo de la base de que el único beneficiario de una expropiación es el Estado (art. 3), establece en su artículo 10, referido al sujeto activo de la expropiación, lo siguiente:

“10.1 Se considera como sujeto activo de la expropiación a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

10.2 Es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado.

10.3 Es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de derecho privado. Dicha nulidad se declara sin perjuicio de las acciones civiles y penales que en defensa de su derecho tiene expedito de ejercer el afectado”.

7. LEGITIMIDAD PASIVA EN LA EXPROPIACION

Oviedo Soto considera que “... *sólo el dueño* de la propiedad respectiva puede ser sujeto pasivo de la expropiación sea éste una persona natural o jurídica...” (OVIEDO SOTO, 1995: 73).

Julio Prat dice del sujeto expropiado lo siguiente: “... Siempre es un particular, persona física o jurídica (...). En caso de que la propiedad necesitada sea de un ente estatal, no hay expropiación, sino mutación dominial por mutuo acuerdo. Cabría la posibilidad de expropiar bienes fiscales, debiendo estarse a la calificación legal de utilidad pública que en todos los casos debe ser expresa y concreta, no genérica. La mutación opera con autorización legislativa, ley formal” (PRAT, 1979, Tomo IV, Volumen I: 128).

Villegas Basavilbaso sostiene al respecto que “el sujeto expropiado o sujeto pasivo es el titular del bien objeto de la declaración de utilidad pública o interés general. Puede ser cualquier persona privada, de una existencia ideal o de una existencia visible. Si se acepta la diferenciación entre las personas de existencia ideal propiamente dichas y las personas jurídicas posibles, pueden ser sujetos pasivos, además de las sociedades civiles y comerciales, las corporaciones, establecimientos

y las sociedades anónimas. Aún más, las provincias y los municipios -personas jurídicas de derecho público-, cuando se trate de bienes situados en sus respectivas jurisdicciones territoriales, sean o no de su dominio privado, declarados por el Congreso de utilidad pública para el cumplimiento de fines nacionales...” (VILLEGAS BASAVILBASO, 1956, Tomo VI: 388). Dicho jurista pone de relieve que “... los terceros titulares de un derecho real sobre el bien objeto de la expropiación, o de un derecho personal constituido a su favor por el propietario, en relación a ese bien, no pueden intervenir en el juicio expropiatorio. Sus derechos sólo pueden ser ejercidos en juicio por separado y por la vía ordinaria contra el expropiado. Los terceros son acreedores personales sobre el precio o la indemnización. Si se trata de acreedores reales mantienen sobre el precio o la indemnización los mismos privilegios que tenían sobre la cosa expropiada” (VILLEGAS BASAVILBASO, 1956, Tomo VI: 442).

La Ley Nro. 27117, en su artículo 11, regula lo concerniente al sujeto pasivo de la expropiación.

En cuanto a la intervención de terceros a causa de la expropiación, debe tenerse presente lo señalado en los artículos 521 y 529 del Código Procesal Civil, que regulan, respectivamente, el emplazamiento de tercero y la pretensión del mismo en el proceso de expropiación.

8. LA DEMANDA DE EXPROPIACION

Julio Prat asevera que en la demanda de expropiación “... debe concretarse claramente el bien objeto de la expropiación, las personas contra la cual se dirige (...), mención de la norma legal que declaró la necesidad o utilidad pública de la expropiación, el decreto designando al bien a ser expropiado, los puntos objeto del litigio para que la sentencia pueda pronunciarse sobre ellos, excluyendo todo aquello que es extraño al objeto especial del juicio” (PRAT, 1979, Tomo IV, Volumen I: 138).

Los requisitos de la demanda de expropiación se encuentran normados en el artículo 520 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

“Además de los requisitos y anexos previstos en los Artículos 424° y 425° [del C.P.C.], la demanda debe estar acompañada de:

1. Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.
2. Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán

acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.

3. Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.
4. Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 16° de la Ley General de Expropiaciones [*Ley Nro. 27117*].
5. La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.
6. Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del Artículo 9° de la Ley General de Expropiaciones [*numeral referido al trato directo en la expropiación*]. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del Artículo 9° de la referida Ley [*según el cual, si en el plazo a que se refiere dicho artículo el sujeto pasivo de la expropiación no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación de la compensación debidamente documentada, el sujeto activo únicamente deberá consignar el valor comercial actualizado, sin perjuicio del derecho del sujeto pasivo a solicitar dicha compensación en la etapa procesal judicial o arbitral correspondiente*].
7. Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.

Se declarará inadmisile la demanda cuando no se haya consignado a favor del sujeto pasivo la indemnización justipreciada, cuando así lo exija la Ley General de Expropiaciones”.

9. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA DE EXPROPIACION

El artículo 522 del Código adjetivo, que trata específicamente sobre la contestación de la demanda de expropiación, precisa que dicho acto procesal debe cumplir con los requisitos del artículo 442 del Código Procesal Civil (numeral que

regula los requisitos y el contenido de la contestación de demanda en general) y sólo debe sustentarse en: a) la caducidad del derecho, si la demanda de expropiación se hubiera presentado extemporáneamente, vale decir, fuera del plazo legal de caducidad contemplado en el inciso 1) del citado precepto legal y en el segundo párrafo del artículo 531 del Código Procesal Civil (dicho plazo es de 6 meses y se computa desde la publicación o notificación -lo que ocurra primero-, de la disposición legal que autorice o disponga la expropiación); b) la nulidad del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación; c) la ilegalidad del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación; d) la inadmisibilidad del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación; e) la incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación; y f) la disconformidad con la tasación comercial actualizada practicada sobre el bien materia de expropiación.

10. LA RECONVENCION EN LA EXPROPIACION

El artículo 523 del Código Procesal Civil trata sobre la reconvención en la expropiación de esta manera:

“La reconvención queda sujeta a lo dispuesto en el Artículo 445° *[del C.P.C., que regula la reconvención en general]* y sólo podrá sustentarse en:

1. La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. Esta sólo puede sustentarse en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.
2. La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente”.

11. EFECTOS DE LA DECLARACION DE REBELDIA

En principio, cabe manifestar que, conforme al artículo 461 del Código Procesal Civil, la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que: 1. habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; 2. la pretensión se sustente en un derecho indisponible; 3. requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; y 4. el Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción -los hechos expuestos en la demanda.

Sin embargo, en el proceso de expropiación la declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda. Ello de conformidad con lo señalado en el artículo 524 del Código Procesal Civil.

12. OPOSICION DEL EXPROPIANTE A LA COMPENSACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y OBLIGACION DEL EXPROPIADO DE OTORGAR CONTRACAUTELA

Nuestro ordenamiento jurídico, acerca del tema a examinar en este punto, dispone lo siguiente:

- En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios (léase oposición del expropiante a tal compensación), el Juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorgar contracautea a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria. Así lo prescribe el primer párrafo del artículo 523-A del Código Procesal Civil.
- El Juez sólo entregará el monto de la indemnización justipreciada, una vez otorgada la garantía real o fianza bancaria a que se refiere el párrafo anterior, de ser el caso. En el supuesto que no se otorgue garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia (segundo párrafo del art. 523-A del C.P.C.).
- Consentida o ejecutoriada la sentencia (de expropiación) que declara fundada total o parcialmente las pretensiones discutidas, el Juez ejecutor exigirá al demandado (si fuera el caso) la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activo de la expropiación. En caso que el sujeto pasivo no devolviera (tal diferencia) dentro del décimo día de notificado se ejecutará la garantía a que se refiere el Artículo 523-A del Código Procesal Civil. Ello según el primer párrafo y el inciso 1) del artículo 528 del Código Procesal Civil.

13. LA CONCILIACION EN EL PROCESO DE EXPROPIACION

Tal como lo prevé el artículo 526 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, el acta de conciliación sólo puede tener por objeto el acuerdo sobre:

- El valor de la indemnización justipreciada.

- La validez de la causal de expropiación (necesidad pública o seguridad nacional).
- Las pretensiones objeto de reconvención (pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros o pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación).

14. LA POSESION PROVISORIA DEL BIEN EN LA EXPROPIACION

El Código Procesal Civil trata lo relacionado a la posesión provisoria en la expropiación en su artículo 530, desprendiéndose de esta norma lo siguiente:

- A) La solicitud de posesión provisoria del bien materia de expropiación en los casos excepcionales a que se refiere el artículo 24 de la Ley General de Expropiaciones (vale decir, en los casos en que sean estrictamente necesarios para prevenir o corregir los efectos de fenómenos o catástrofes naturales, por razones de seguridad o en los casos de proyectos de gran envergadura a que se refiere el art. 7 de la Ley Nro. 27117), puede ser planteada por el sujeto expropiante en cualquier estado del proceso luego de expedido el auto de saneamiento procesal (vale decir, aquel que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida).
- B) La solicitud de posesión provisoria del bien materia de expropiación se tramita como medida cautelar, siéndole aplicables, pues, la normatividad contenida en el Título IV (“Proceso cautelar”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil. Puntualizamos que la posesión provisoria del bien materia de expropiación se trata de una medida temporal sobre el fondo, pues ello se desprende del artículo 674 del Código Procesal Civil, según el cual, 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 sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y no afecten el interés público.
- C) La solicitud de posesión provisoria del bien materia de expropiación debe contener los correspondientes fundamentos fácticos y jurídicos y estar acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio, en caso que el sujeto expropiante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, a que se refiere el inciso 7) del artículo 520 del Código Procesal Civil, debidamente actualizado con intereses legales hasta la fecha de la solicitud.

- D) Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 627 del Código Procesal Civil (según el cual, si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada es improcedente el pedido de medida cautelar, pudiendo, sin embargo, ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o si la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso o si se está ante otra causa análoga), el 25 % del monto consignado (por concepto de indemnización justipreciada) servirá como contracautela por los eventuales daños y perjuicios que pueda generar la posesión provisoria del bien materia de expropiación.
- E) La resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar de posesión provisoria del bien materia de expropiación, es apelable sin efecto suspensivo. Sin embargo, la apelación de la mencionada resolución será concedida con efecto suspensivo siempre y cuando sea materia de discusión en el proceso la causal de la expropiación.

15. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE EXPROPIACION

La prueba en el proceso de expropiación debe versar, principalmente, sobre:

- La existencia o no de las correspondientes resoluciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.
- La consignación o no de la indemnización justipreciada.
- La calidad de propietario o, en su defecto, de poseedor del sujeto pasivo de la expropiación.
- El valor comercial actualizado del bien a expropiar y los alcances de la compensación por daños y perjuicios.
- La caducidad o no del derecho de expropiación.
- La desvalorización o no de la parte o fracción del bien o bienes no afectados por la expropiación, o la inutilidad o no de los bienes en cuestión para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.
- La necesidad o no de la expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, en caso que la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que decrezca considerablemente su valor comercial.

Los medios probatorios previstos expresamente en el Código Procesal Civil para el proceso de expropiación son los siguientes:

A) Prueba documental:

- Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación (art. 520 -inc. 1)- del C.P.C.).
- Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso (art. 520 -inc. 2)- del C.P.C.).
- Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perimétricos y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia (art. 520 -inc. 3)- del C.P.C.).
- Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación (arts. 520 -inc. 4)- del C.P.C. y 16 de la Ley Nro. 27117).
- La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada (art. 520 -inc. 5)- del C.P.C.).
- Compensación (de daños y perjuicios) debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero (en realidad es el inciso 9.1) del Artículo 9 de la Ley General de Expropiaciones (referido al trato directo en la expropiación). Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto (en realidad es el inciso 9.5) del Artículo 9 de la referida Ley (esto es, cuando el sujeto pasivo de la expropiación no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación de la compensación debidamente documentada). Así lo prescribe el inciso 6) del artículo 520 del Código Procesal Civil.
- Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones (art. 520 -inc. 7)- del C.P.C.).

B) Prueba pericial:

- Pericia sobre la valuación del bien o bienes a expropiar. Al respecto, el artículo 525 del Código Procesal Civil señala textualmente que: “De ofrecerse pericia, la aceptación del cargo por los peritos se formalizará mediante la firma puesta por éstos en el escrito que presenta la parte que los designa. En ningún caso se admite más de 2 (dos) peritos de parte para la valuación de cada bien, según su especie y naturaleza”.

Por otro lado, en cuanto a la oportunidad en que se realiza la correspondiente audiencia de pruebas en el proceso de expropiación, el artículo 526 -in fine- del Código Procesal Civil señala que, en defecto del acta de conciliación y cuando el demandado hubiera ofrecido como medio probatorio la pericia del valor del bien, la Audiencia de Pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde el saneamiento procesal.

El artículo 527 del Código Procesal Civil norma el trámite de la audiencia de pruebas en el proceso de expropiación de esta manera:

“La Audiencia de Pruebas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el Artículo 202° y siguientes de este Código [*C.P.C., que regulan la audiencia de pruebas en genral*].

Cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepen de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante, el Juez puede disponer en la propia audiencia la designación de 2 (dos) peritos dirimientes. Aceptado su nombramiento, se citará a éstos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial que se llevará a cabo en un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días, y en la que con los concurrentes a la misma, con o sin pericia dirimente, se realizará un debate pericial bajo la dirección del Juez.

La sentencia señala quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma”.

16. ABANDONO O CADUCIDAD DE LA EXPROPIACION

Fiorini dice del abandono o caducidad de la expropiación que:

“Este instituto, que también se denomina la caducidad expropiatoria, se presenta cuantas veces el poder expropiante deja pasar un plazo que se ha fijado la ley y no promueve las acciones expropiatorias (...).

El instituto del abandono es legal y correcto, pues el particular y sus derechos no pueden quedar en la incertidumbre y arbitrio del administrador, además de la depredación económica que sufren los bienes afectados a expropiación...” (FIORINI, 1976, Tomo II: 174-175).

El artículo 531 del Código Procesal Civil regula la caducidad de la expropiación en estos términos:

«El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo caduca en los siguientes casos:

- Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de seis meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma que inicia la ejecución de la expropiación.
- Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los siete años contados desde la publicación de la resolución suprema correspondiente.

La caducidad se produce de pleno derecho. El juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de un año de dicho vencimiento”.

17. EFECTOS DE LA EXPROPIACION

A juicio de Villegas Basavilbaso, “la expropiación extingue el derecho de propiedad, sin perjuicio de la indemnización pecuniaria a su titular, y, a los fines de satisfacer la utilidad pública o el interés general, es decir, el bien común, no se concebiría, en la mayor parte de los casos, que ese interés pudiese ser logrado si la cosa expropiada no estuviese libre de derechos reales que sobre la misma existieran. Así, pues, la expropiación de inmuebles o muebles debe transferir al expropiador el dominio *pleno* de la cosa expropiada” (VILLEGAS BASAVILBASO, 1956, Tomo VI: 441).

Dromi asevera que “dos son los efectos esenciales de la expropiación: la transferencia del derecho de propiedad del expropiado al expropiante y el nacimiento del derecho a la indemnización a favor del expropiado. En virtud de la expropiación el Estado extingue el derecho privado de la propiedad sobre un bien, mediante una previa indemnización, para destinarlo a la satisfacción de una utilidad pública” (DROMI, 1987, Tomo 2: 71).

Para Peña Guzmán, “... los efectos de la expropiación son la obligación del expropiante de entregar al expropiado, o consignar la suma fijada por el juez, la del

expropiado de recibir la cantidad establecida y que se lleve a cabo la transferencia del bien al expropiante” (PEÑA GUZMAN, 1973, Tomo II: 102).

Con respecto al tema de los efectos de la expropiación, nuestro ordenamiento jurídico dispone lo siguiente:

- La propiedad se extingue por expropiación (art. 968 -inc. 3)- del C.C.).
- La adquisición de propiedad realizada dentro del marco de la Ley Nro. 27117 extingue todos aquellos derechos reales y personales que resulten incompatibles con los fines de la expropiación, sin perjuicio de la correspondiente aplicación del importe de la indemnización justipreciada (Primera Disposición Final de la Ley Nro. 27117).
- Las enajenaciones por causa de expropiación quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de todos los tributos que graven transferencias (Tercera Disposición Final de la Ley Nro. 27117).

18. CONTENIDO Y EJECUCION DE LA SENTENCIA DE EXPROPIACION

El Juez, al sentenciar, debe pronunciarse sobre la fundabilidad o no de la pretensión expropiatoria (declarando la adquisición de la propiedad del bien por expropiación en favor del Estado, de ser el fallo estimatorio), así como de la pretensión reconvencional (declarando, por ejemplo, si procede o no la expropiación total del bien o bienes y no sólo la parcial). Además, el órgano jurisdiccional tiene que determinar en la sentencia el monto de la indemnización justipreciada (que comprende la compensación por daños y perjuicios) y la (s) persona (s) que debe (n) recibirla (si se está ante los casos contemplados en el art. 521 del C.P.C.). También debe señalar quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente referida al valor del bien, si la hubiera (art. 527 -in fine- del C.P.C.).

Dromi, en lo que concierne al contenido de la sentencia en el proceso de expropiación, sostiene que:

“... Su contenido (...) se adecuará a las pretensiones planteadas en el proceso. Si el impugnado impugna la constitucionalidad de la ley calificadora de la utilidad pública y se admite esa pretensión, la expropiación no seguirá su curso al carecer de sustento normativo. En caso contrario, el proceso continuará hasta lograr la transferencia de la propiedad y el pago de la indemnización.

Si el expropiado, en cambio, cuestiona el monto consignado por el expropiante, la sentencia fijará la suma que le corresponda en concepto de indemnización.

Las sentencias contra el Estado en juicio expropiatorio son ejecutorias (...).

Pronunciada la sentencia, el juez determinará el plazo dentro del cual el expropiante deberá hacer efectivo el pago de la indemnización...” (DRO-MI, 1987, Tomo 2: 88).

Del texto del artículo 528 del Código Procesal Civil, que regula la ejecución de la sentencia de expropiación, hay que destacar lo siguiente:

- Una vez firme (consentida o ejecutoriada) la sentencia que declara fundada total o parcialmente las pretensiones debatidas en el proceso de expropiación, se observarán las reglas contenidas en el Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Procesos de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) de dicho Código, debiéndose tener presente lo normado en los incisos que integran el artículo 528 del Código adjetivo.
- El Juez ejecutor exigirá al sujeto expropiante o al sujeto expropiado, según fuere el caso, que proceda a devolver la diferencia entre el importe de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia (que declara fundada total o parcialmente las pretensiones debatidas en el proceso de expropiación) y el pago realizado por el sujeto expropiante. Si el sujeto expropiado no cumpliera con devolver dicha diferencia dentro del plazo de ley (10 días de notificado), se ejecutará la garantía (contracautela) a que se contrae el artículo 523-A del Código Procesal Civil (cual es la garantía real o fianza bancaria, a favor del Estado, exigible en caso de haber oposición del sujeto activo de la expropiación a la compensación por daños y perjuicios). Si fuese el sujeto expropiante quien debe cumplir con devolver algún monto, entonces, deberá proceder de esa manera dentro del plazo legal respectivo (diez días de notificado), bajo sanción de caducidad y reversión de la expropiación.
- El Juez ejecutor requerirá al sujeto expropiante para que, bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación, cumpla con consignar en el Banco de la Nación, a disposición del Juzgado y dentro del plazo de ley (10 días útiles), la indemnización justipreciada fijada en la sentencia, debidamente actualizada al tiempo en que se efectúe la consignación, conforme a lo normado en el artículo 18 de la Ley General de Expropiaciones (que versa sobre la actualización de la indemnización justipreciada mediante

la aplicación del Índice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI). Tal consignación comprende, además, un importe, que el Juez determinará, destinado a solventar los gastos que pudieran presentarse. Lo expuesto precedentemente, que se infiere del inciso 2) del artículo 528 del Código Procesal Civil, será de aplicación siempre y cuando el sujeto expropiante se haya opuesto al monto de la compensación propuesto por el sujeto expropiado por los daños y perjuicios derivados de la expropiación y este último no hubiera ofrecido contracautela (garantía real o fianza bancaria) a favor del sujeto expropiante.

- En los procesos de expropiación en los cuales se haya acogido la solicitud de posesión provisoria del bien (regulada en el art. 530 del C.P.C.), la consignación de la indemnización justipreciada deberá efectuarse por un importe equivalente al monto de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia (debidamente actualizada) y el monto consignado al momento de la solicitud de posesión provisoria.
- El Juez ejecutor ordenará que el sujeto expropiado cumpla dentro del plazo de ley (que no deberá exceder los 5 días de haber sido requerido) con suscribir los documentos traslativos de dominio, de acuerdo a la naturaleza del bien materia de expropiación y a las formalidades que sean necesarias. Para ello el sujeto expropiante está obligado a suministrar al proceso el proyecto de los documentos traslativos de propiedad de que se trate.
- En la misma resolución en que se requiere al sujeto pasivo de la expropiación para que cumpla con suscribir los documentos traslativos de propiedad, se ordenará, además, y siempre que no se hubiese concedido al accionante la posesión provisoria del bien o no se hubiese materializado ésta, la entrega de la posesión en los plazos indicados en el inciso 6) del artículo 528 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y de trasladar a éste los gastos que se hubieren efectuado para tal efecto. En caso de que el bien materia de expropiación se encuentre en posesión de terceros, se les requerirá su entrega en los mismos plazos a que se contrae el inciso 6) del artículo 528 del citado Código adjetivo.
- El sujeto pasivo de la expropiación puede formular oposición respecto de los siguientes aspectos: a) el monto de la actualización de la indemnización justipreciada; b) la forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada; y c) el texto de los proyectos de los documentos traslativos del dominio del bien materia de expropiación. La resolución que se pronuncie sobre el particular puede ser objeto de

apelación, en cuyo caso el Juez se encuentra facultado para ordenar (de oficio o a instancia de parte interesada) al sujeto expropiante o al sujeto pasivo de la expropiación, según el caso, que proceda a otorgar las garantías que sean necesarias para la devolución de las diferencias que pudieran haber.

- El plazo de desocupación y entrega del bien materia de expropiación difiere según la clase de bien ante la que se esté. Así tenemos que dicho plazo será no menor de noventa ni mayor de 180 días, si se trata de predios rústicos con cultivos temporales o de otros inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo. Cuando se trata de predios urbanos el plazo será de 60 a 90 días, contados a partir del respectivo requerimiento. Finalmente, si se trata de bienes muebles el Juez dispondrá su entrega dentro de un plazo no menor de 5 ni mayor de 10 días de realizado el correspondiente requerimiento.

19. COSTAS PROCESALES Y DEMAS GASTOS EN LA EXPROPIACION

Tal como lo establece el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria de la Ley Nro. 27117, el sujeto activo de la expropiación asume todos los gastos que origine el procedimiento expropiatorio, incluyendo las costas procesales, gastos notariales y registrales y los honorarios de los peritos, a excepción de los de parte.

Los honorarios de los peritos dirimientes son los que determinen las disposiciones pertinentes del Arancel de Derechos Judiciales (Primera Disposición Complementaria -in fine- de la Ley Nro. 27117).

20. REVERSION O RETROCESION DE LA EXPROPIACION

En opinión de Martín Mateo, “la reversión constituye la posibilidad, por parte del sujeto expropiado, de readquirir los bienes que fueron objeto de expropiación cuando no se ejecutó la obra o no se estableció el servicio que motivó la expropiación o cuando hubiera una parte sobrante de los bienes expropiados...” (MARTIN MATEO, 1983: 497).

Para Lino Palacio, “... la retrocesión consiste en el derecho a reclamar la restitución del bien expropiado, previo reintegro del monto indemnizatorio oportunamente percibido, en el caso de que el expropiante destine aquél a un objeto diferente para el cual se lo afectó mediante la ley que lo declaró de utilidad pública, o no le otorgue destino alguno” (PALACIO, 1983, Tomo VI: 386-387).

Papaño, Kiper, Dillon y Causse definen a la retrocesión como “... la acción que se le concede al ex propietario cuando al bien expropiado se le diera destino diferente del previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le diera destino alguno en un lapso de dos años computados desde que la expropiación quedó perfeccionada (...), entendiéndose por esto último cuando se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización...” (PAPAÑO; KIPER; DILLON; y CAUSSE, 1989, Tomo I: 259).

Manuel María Diez, acerca de la retrocesión o reversión de la expropiación, hace estas acotaciones:

“Es evidente que la declaración de utilidad pública condiciona el poder de expropiación y no permite, entonces, que el expropiante pueda dar al bien expropiado una afectación distinta a la dispuesta por el legislador o pueda incorporarlo a su dominio privado. En este supuesto se habrá violado la garantía constitucional que tutela la propiedad. Al no destinarse el objeto expropiado al fin que justifica la expropiación, no hay causa expropiatoria, por lo que caerá la razón legal de mantener la propiedad en manos de la administración. De allí, entonces, que si se viola este destino de utilidad general, surge para el titular el derecho de retrocesión. La retrocesión se presenta, pues, como una sanción en garantía del derecho de propiedad, ya que el particular tiene derecho a no ser privado de su bien sino por causa de utilidad pública, por lo que si esta causa desaparece, él tiene derecho a recuperarlo. (...) La retrocesión funciona después de expropiado el bien y no durante el juicio expropiatorio. Vale decir que el derecho de retrocesión implica necesariamente la extinción previa de la propiedad, o sea la terminación del juicio y el pago de la indemnización...” (DIEZ, 1969, Tomo IV: 301-302).

El Código Procesal Civil contempla la reversión de la expropiación en su artículo 532, el cual dispone lo siguiente:

“Si dentro del plazo de doce meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.

Cuando el bien expropiado sea necesario para la ejecución de proyectos de inversión, cuya extensión abarca bienes inmuebles de diferentes

propietarios, el plazo señalado en el párrafo precedente deberá ser computado a partir de la culminación del último proceso expropiatorio de dichos bienes.

Dentro de los diez días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, este deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.

El derecho a solicitar la reversión caduca a los tres meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo”.

21. EXPROPIACION PARA OBRAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE GRAN ENVERGADURA

Lo concerniente a la expropiación para obras de infraestructura y de gran envergadura es objeto de regulación jurídica en el artículo 7 de la Ley Nro. 27117, debiéndose tener en cuenta, además, la normatividad contenida en la Ley Nro. 30025 («Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura”).

22. NULIDAD DE LA EXPROPIACION

Lo que atañe a la nulidad de las expropiaciones se encuentra previsto en el artículo 23 de la Ley Nro. 27117, según el cual:

“23.1 El sujeto pasivo de la expropiación puede demandar judicialmente la nulidad de la expropiación cuando ésta no haya sido dispuesta conforme a lo establecido en los Artículos 3° y 4° de la presente Ley [Nro. 27117]. Es discutible la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República mediante ley expresa, cuando no se ciña a lo dispuesto por esta Ley [Nro. 27117].

23.2 No procede plantear la nulidad cuando hay allanamiento expreso o tácito a la demanda de expropiación”.

Los artículos 3 y 4 de la Ley Nro. 27117, mencionados en el inciso 23.1) del artículo 23 de dicha Ley, preceptúan lo siguiente: A. el único beneficiario de una expropiación es el Estado (art. 3); y B. en la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica

la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse (art. 4).

23. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO BASADO EN EL TRATO DIRECTO

El procedimiento expropiatorio basado en el trato directo se halla contemplado en el artículo 9 de la Ley Nro. 27117, numeral que establece lo siguiente:

«9.1 Procede el trato directo sólo cuando, de acuerdo al informe registral correspondiente, no existan duplicidades registrales o proceso judicial en que se discuta la propiedad del inmueble. En estos casos, en un plazo de 5 (cinco) días útiles, contados a partir de la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente [*esto es, la resolución -o disposición legal- ejecutora de la expropiación, prevista en el art. 8 de la Ley Nro. 27117, el cual, a su vez, hace la remisión al art. 6 de dicha Ley*], el sujeto activo de la expropiación formulará al sujeto pasivo, mediante carta notarial, una oferta igual al monto del valor comercial actualizado del inmueble a expropiarse más un porcentaje equivalente al 5 % (cinco por ciento) de dicho valor por concepto de indemnización justipreciada.

9.2 El sujeto pasivo, podrá, en un plazo de 15 (quince) días útiles de recibida la comunicación de la oferta, presentar al sujeto activo una aceptación a la oferta, sin plazo ni condición. En este caso, con el pago del monto aceptado por el sujeto pasivo, culmina el proceso expropiatorio sin que éste pueda interponer acción alguna por concepto de la expropiación. El plazo para que el sujeto activo de la expropiación cancele el íntegro de su oferta es de 45 (cuarenta y cinco) días contados a partir de la fecha de recibida la carta notarial que contiene la aceptación de la oferta. En caso de acreditarse que el bien a adquirirse esté afecto a gravámenes, embargos u otras medidas judiciales o extrajudiciales, se consignará el monto necesario para asegurar el pago de dichas cargas, con conocimiento del interesado. Si el sujeto activo incumple con el pago de su oferta procederá únicamente la vía judicial o arbitral, de acuerdo a la presente Ley [Nro. 27117]. Si el sujeto pasivo incumple con la suscripción de la escritura pública correspondiente ésta será otorgada por el Poder Judicial, consignándose el pago.

9.3 Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo el sujeto pasivo deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere, de acuerdo al Artículo 70° de la Constitución, en el plazo de 20 (veinte) días contados

desde la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente *[cual es, como se señalara, la resolución -o disposición legal- ejecutora de la expropiación, prevista en el art. 8 de la Ley Nro. 27117, el que, a su vez, hace la remisión al art. 6 de la Ley indicada]*.

9.4 En el mismo plazo el sujeto pasivo podrá comunicar al sujeto activo su decisión de acudir a la vía arbitral; de no hacerlo, el sujeto activo acude a la vía judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley *[Nro. 27117]*.

9.5 Si en el plazo a que se refiere el presente artículo el sujeto pasivo de la expropiación no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación de la compensación debidamente documentada, el sujeto activo únicamente deberá consignar el valor comercial actualizado, sin perjuicio del derecho del sujeto pasivo a solicitar dicha compensación en la etapa procesal judicial o arbitral correspondiente.

9.6 El sujeto activo de la expropiación podrá oponerse o cuestionar el monto de la compensación dentro del proceso expropiatorio. El sujeto pasivo de la expropiación también podrá oponerse a la tasación comercial actualizada presentada por el sujeto activo dentro de dicho proceso”.

24. PROCEDIMIENTO ARBITRAL REGULADO EN LA LEY GENERAL DE EXPROPIACIONES

La Ley General de Expropiaciones (Ley Nro. 27117) regula un procedimiento arbitral para dicha materia, el mismo que se halla contenido en el Título VI (“De la vía arbitral”) de dicha Ley, en los artículos 25 al 35, numerales a los que nos remitimos.

25. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL PROCESO DE EXPROPIACION

En los subpuntos que siguen veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de expropiación.

25.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales del proceso de expropiación

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales del proceso de expropiación, ha establecido lo siguiente:

- “... Establece (el art. 70 de la Constitución Política de 1993) que a nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley; que este dispositivo modifica el Artículo ciento veinticinco de la Constitución Política de mil novecientos setentinueve al suprimir la causa de interés social como causal de la privación del derecho de propiedad; que en consecuencia se ha de considerar modificado el Artículo novecientos veintitrés del Código Civil en cuanto a que el concepto de usar de la propiedad en armonía con el interés social no implica privar de dicho derecho al propietario...” (Casación Nro. 84-94 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-10-1995, págs. 13-14).
- “... La indemnización justipreciada se constituye sobre la base de dos conceptos: **i)** el valor objetivo del bien o bienes que se expropián, y **ii)** la reparación de los daños y perjuicios originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia, siempre que se acrediten de forma fehaciente...” (Casación Nro. 4550-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22678-22680).
- “... Aceptar que el demandante sólo puede reclamar la indemnización justipreciada en el mismo proceso expropiatorio devendría en una limitación excesiva del derecho de acceso a la justicia[,] por tanto[,] a la luz del principio pro actione debe concluirse que esta vía [proceso de pago de justiprecio] es una posibilidad adicional que se concede al afectado en su derecho de propiedad por la expropiación frente a la posibilidad de acudir al Poder Judicial para el reconocimiento de su derecho y pago de la indemnización justipreciada que reconoce el artículo 70 de la Constitución Política del Estado. [...] Que, en efecto el artículo 70 de la Carta Magna reconoce a toda persona el derecho a recibir una indemnización justipreciada que incluya la compensación por el eventual perjuicio, como consecuencia de haber sido privada de su propiedad en un procedimiento expropiatorio, derecho que es justamente el que reclama el actor en este proceso [sobre pago de justiprecio]. [...] Que, así la indemnización justipreciada constituye un derecho que debe abonarse independientemente de la regularidad del procedimiento expropiatorio y considerando además el eventual perjuicio que se ocasione...” (Casación Nro. 952-2005 / Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17329).
- “... La suma depositada como monto indemnizatorio ha estado a disposición del expropiado desde la fecha que la sentencia quedó consentida, [...] no pudiendo ordenarse la actualización de ese importe [...]; [...] la

petición de actualización, entendida como la realización de una nueva tasación con valor actual del predio, es improcedente...” (Casación Nro. 750-99 / Cusco - Sicuani, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 6979).

- “... Al no haber concluido el proceso de afectación del predio rústico materia de la controversia, ni haberse iniciado la expropiación del mismo, el título de beneficiario resulta incompleto, por cuanto le otorgaba un derecho expectatio a su adjudicación, que sólo podía concretarse cuando el Estado adquiriera la propiedad del bien” (Casación Nro. 3625-97 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-08-2000, págs. 6013-6014).
- “... Sólo mediante resolución judicial se puede declarar la nulidad o cancelación de los Títulos de Propiedad extendidos como consecuencia de la expropiación así como de la inscripción registral de las mismas, si la hubiera” (Casación Nro. 572-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-05-1998, págs. 1021-1022).
- “... Se configura dicha improcedencia [de la demanda de reivindicación] porque el derecho de propiedad del actor se ha extinguido por la expropiación de los predios sub litis...” (Casación Nro. 3047-2006 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21633-21634).

25.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la contestación de demanda en el proceso de expropiación

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la contestación de demanda en el proceso de expropiación, ha establecido lo siguiente: “... Se trata [la expropiación] de un contrato de compra-venta forzoso ordenado e impuesto por la ley, contra el cual el expropiado no se puede oponer sino solamente en cuanto al monto de la valorización...” (Casación Nro. 797-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8710-8711).

25.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la caducidad de la expropiación

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la caducidad de la expropiación, ha establecido lo siguiente:

- “... En el presente caso, no se ha acreditado que el sujeto activo de la expropiación haya iniciado el procedimiento respectivo [proceso de expropiación], por lo que teniendo en cuenta los artículos dos mil seis y dos

mil siete del Código Civil, la caducidad puede declararse de oficio o a petición de parte y se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil; por lo que se ha producido la caducidad del derecho a la expropiación...” (Casación Nro. 2580-98 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7386-7387).

- “... Los argumentos del recurrente que la expropiación se habría extinguido por caducidad, porque no se le pagó el justiprecio, no puede ser el sustento de la pretensión de reivindicación. Y, en todo caso el actor tiene derecho a exigir que se haga efectivo el pago del justiprecio, situación que no puede ser dilucidada en este proceso de reivindicación...” (Casación Nro. 3047-2006 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21633-21634).

25.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la reversión de la expropiación

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la reversión de la expropiación, ha establecido lo siguiente:

- “... La acción de reversión [de la expropiación] es una acción real de derecho público, la que tiene por objeto obtener la devolución del bien expropiado, por habersele dado destino distinto, respecto [a] aquel para el que fue expropiado...” (Casación Nro. 73-2001 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2003, págs. 10770-10771).
- “... Siendo la finalidad de los procesos de expropiación la afectación de bienes a favor del Estado por razones de interés social sustentadas en causas de necesidad y utilidad pública, procede la reversión de los inmuebles objeto de la litis al no haberseles dado la finalidad [...], en beneficio de la población, para los que fueron expropiados...” (Casación Nro. 1234-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8693-8694).
- “... Tratándose la demanda [...] de una pretensión de reversión [de la expropiación] por el supuesto no inicio de las obras lo cual ha sido negado por la demandada aduciendo que sí se iniciaron éstas hasta su culminación, el superior colegiado debió limitarse, en vía de revisión, a pronunciarse sobre la caducidad o no de la demanda o la prescripción o no de la acción de reversión deducida como excepción, y no pasar a resolver la propia pretensión declarando que la demandada no cumplió con iniciar la obra dentro del plazo de Ley y que por ende ya operó de pleno derecho la reversión, cuando ello estaba reservado para la expedición de la sentencia

previo desarrollo de los citados actos procesales [saneamiento del proceso, fase conciliatoria y debate probatorio dentro de audiencia de pruebas]; violando el artículo trescientos setenta, in fine, del Código Procesal Civil que establece que cuando la apelación es de un auto, la competencia del superior sólo alcanza a ésta y a su tramitación...” (Casación Nro. 0795-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2001, págs. 7082-7083).

CAPITULO XLI

PROCESO ABREVIADO DE TERCERIA

1. SIGNIFICADO

La tercería, *strictu sensu*, es el proceso por el cual el tercero (que actúa aquí como demandante) se opone a los intereses de los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica procesal que encierra en forma accesorio la medida cautelar que perjudica al primero de los nombrados, ya sea para exigir el levantamiento de una medida precautoria indebidamente trabada sobre un bien de su propiedad o para reclamar su derecho a ser reintegrado de su crédito de manera preferencial con el producto obtenido del remate de los bienes de su deudor afectados por una medida cautelar en favor de otro acreedor. La tercería también tiene por finalidad la cancelación de las garantías reales que afectan el bien del perjudicado, siempre que su derecho de propiedad se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación real de que se trate.

En palabras de Enrique Falcón, “se llama tercería a la pretensión independiente de un tercero, ajeno al proceso, que pretende el dominio de los bienes embargados, o tener un mejor derecho que el embargante sobre dichos bienes” (FALCON, 1978: 86).

Según López del Carril, “... tercerista es aquel a quien le han embargado bienes que afirma le pertenecen, como si fueran de un extraño, o que tiene preferente derecho a hacerse pagar con el producido de dichos bienes, aunque realmente sean del deudor...” (LOPEZ DEL CARRIL, 1962: 246).

En opinión de Lino Palacio, “... en términos generales, denomínase tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen o figuran en un determinado proceso, a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo trabado en ese proceso sobre un bien de su propiedad, o de que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia al embargante con el producto de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida” (PALACIO, 1983, Tomo III: 273-274).

El citado tratadista argentino añade lo siguiente:

“... Las tercerías no deben ser confundidas con la forma de intervención denominada principal o excluyente. A raíz de esta última, en efecto, el tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer una pretensión incompatible con la que constituye el objeto de aquél, y asume, por consiguiente, el carácter de parte en ese mismo proceso. De allí que la sentencia que se dicte en éste lo afecte en la misma medida que a las partes originarias.

En las tercerías, por el contrario, la pretensión del tercero no interfiere con la interpuesta por el actor originario, y viene a constituir el objeto de un *proceso incidental* con respecto a aquél en el cual se decretó el embargo. Por lo tanto, si bien el tercerista reviste el carácter de parte actora en el proceso de tercería, continúa siendo un tercero con relación al proceso principal, a cuyo resultado es *indiferente*. Ello sin perjuicio de que (...) se le reconozca la facultad de intervenir en dicho proceso al solo efecto de formular peticiones limitadas al objeto de la tercería...” (PALACIO, 1983, Tomo III: 274-275).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la tercería es un asunto contencioso que se tramita en proceso abreviado (art. 486 -inc. 5)- del C.P.C.) y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 5º (“Tercería”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título II (“Proceso abreviado”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 533 al 539.

2. VIA PROCEDIMENTAL

Siendo materia de controversia el objeto sobre el cual recae una medida cautelar, se suele confundir al proceso de tercería como un trámite incidental cuando en realidad es autónomo, es decir, se ventila en forma independiente al proceso en el cual se produjo la afectación del bien.

Como se dijera anteriormente, la tercería se tramita en vía de proceso abreviado (arts. 100 y 486 -inc. 5)- del C.P.C.). Este era conocido antes como juicio de menor cuantía (tal equivalencia es hecha por la Tercera Disposición Final del Código Procesal Civil).

3. COMPETENCIA

El segundo párrafo del artículo 534 del Código Procesal Civil precisa que el Juez competente para conocer de la tercería es el Juez del proceso en el que se

interviene (vale decir, el Juez que conoce de la medida cautelar o para la ejecución que afectó el bien del tercerista).

4. REQUISITOS

Se desprende de los artículos 533, 534 y 535 del Código Procesal Civil que son requisitos de la demanda de tercería en general los siguientes:

- La existencia de una medida cautelar o para la ejecución que afecte bienes de propiedad de tercero o que afecte el derecho preferencial de tercero a ser pagado con el producto que se obtenga de tales bienes, o la existencia de un derecho real de garantía que afecte indebidamente un bien de propiedad de un tercero cuyo derecho de dominio se encuentra inscrito con anterioridad a tal afectación (art. 533 del C.P.C.).
- La interposición de la demanda en la oportunidad prevista por la ley (art. 534 del C.P.C.).
- Los requisitos y anexos generales contemplados en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil (art. 535 del C.P.C.).
- La acreditación fehaciente del derecho en que se funda el tercerista, ya sea con documento público o privado de fecha cierta (art. 535 del C.P.C.).
- El ofrecimiento por parte del tercerista de garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar, en el caso que no se adjuntase a la demanda documento público o privado de fecha cierta que pruebe el derecho invocado por el interesado (art. 535 del C.P.C.).

5. CLASES

La tercería puede ser de dos clases:

- Tercería de propiedad (o excluyente de dominio).
- Tercería de derecho preferente (o de pago).

5.1 Tercería de propiedad o de dominio

5.1.1 Concepto

La tercería de propiedad (o de dominio o excluyente) es el proceso dirigido a acreditar el dominio de un bien sobre el cual recae una medida cautelar o para la ejecución dictada en otro proceso, para así lograr su desafectación por haber

sido dicha medida indebidamente solicitada y decretada. La tercería de propiedad también puede ser promovida con el objeto de lograr la cancelación de las garantías reales que afectan el bien del tercero perjudicado, siempre y cuando su derecho de propiedad se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación real en cuestión.

Para Enrique Falcón, la tercería de dominio es aquella “... en la que el tercerista reclama la propiedad de la cosa embargada...” (FALCON, 1978: 86).

Máximo Castro sostiene que “... *tercería excluyente* es la del que reclama un derecho exclusivo o peculiar suyo, que se opone al del actor y al del demandado, o intenta limitar la extensión del ejercicio del derecho que uno de ellos pretende; es decir, que el tercerista constituye en demandado a las dos partes que intervienen en el juicio principal” (CASTRO, 1931, Tomo Tercero: 125).

Según Gómez de Liaño González y Pérez-Cruz Martín, “con el término tercería de dominio (...) se denomina la reacción del tercero que sufre en su patrimonio una agresión al ser embargados bienes cuya titularidad a él le corresponde y no al ejecutado...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2001, Tomo II: 810). Los mencionados autores agregan que “... la tercería de dominio (...) se origina como consecuencia de la oposición de un tercero a un acto concreto de embargo, instando el levantamiento de la afección decretada sobre un bien o derecho determinado en función de la afirmación de la titularidad sobre dicho bien, siempre que dicha titularidad la haya adquirido previamente a haberse decretado el embargo. Constituye, pues, el objeto de la tercería de dominio el alzamiento del embargo que es solicitado por el tercerista y negado por el ejecutante y, en su caso, por el ejecutado” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2001, Tomo II: 810-811).

En opinión de Alsina, “... teniendo por objeto la protección del dominio, la tercería importa (...) el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando en un proceso se afectan los derechos del propietario...” (ALSINA, 1962: Tomo V: 551).

Prieto-Castro y Ferrándiz pone de relieve lo siguiente: “... *Objeto procesal* de la demanda de tercería de dominio es una *actio reivindicatoria ex iure dominii*, y *objeto material* es la exclusión del embargo de los bienes del actor, la declaración de libertad de los mismos y su reintegración a él” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 230).

Sobre el tema en estudio cabe indicar que el primer párrafo del artículo 100 del Código Procesal Civil establece que puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar. Dicho numeral

trata, pues, del proceso de tercería de propiedad, según se deriva de su contenido y del trámite en vía abreviada y como proceso de tercería que se le asigna en su último párrafo.

Advertimos que para la procedencia de la tercería de propiedad el título del demandante (tercerista) debe ser anterior a la fecha de la decisión cautelar cuestionada, porque de ser posterior aquél asume la carga que implica la medida preventiva (salvo que estuviese amparado por el principio de la buena fe registral, de ser el caso).

5.1.2 Fundamento

El fundamento de la tercería excluyente de dominio radica en la concepción misma del derecho de propiedad: derecho real por el cual un bien se encuentra sometido a la voluntad y acción de una persona en forma exclusiva, pudiendo el dueño impedir a los demás su uso, goce o disposición. En consecuencia, el proceso de tercería se basa en la protección del indicado derecho real, significando el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando en alguna litis se afecten los derechos del titular. Es de resaltar que si el bien sobre el cual recae la medida precautoria o para la ejecución fuese sólo poseído por el sujeto procesal que la sufre en forma inmediata, será el propietario quien podrá reivindicarlo haciendo uso de la tercería de propiedad.

Posición semejante es la que adopta Podetti cuando asegura que el fundamento de la tercería de propiedad “... surge de la garantía constitucional de la propiedad (...) cuando en la ejecución seguida contra una persona, se embarga un bien cuyo dominio pertenece o se atribuye a un tercero...” (PODETTI, 1949: 62).

El artículo 533 del Código Procesal Civil hace referencia al fundamento de la tercería de propiedad estableciendo que:

“La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución [...].

Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación”.

5.1.3 Oportunidad

Eduardo Pallares asegura que “... las tercerías de dominio pueden oponerse en cualquier estado del juicio, con tal de que no se haya dado posesión de los bienes al rematarse o al actor, en su caso por vía de adjudicación” (PALLARES, 1979: 596).

Prieto-Castro y Ferrándiz considera que “... la demanda (de tercería de dominio) se ha de presentar dentro del *tiempo conveniente* para que sea útil, esto es, antes de que se haya otorgado la escritura en venta de los bienes embargados o se haya consumado ésta a favor del rematante, o de que se hayan entregado al acreedor en adjudicación para pago. Pasados estos momentos preclusivos, el tercero sólo podrá hacer valer su derecho sobre los bienes mediante la correspondiente persecución civil o penal...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 232).

La oportunidad para promover el proceso de tercería de propiedad es regulada en la primera parte del artículo 534 del Código Procesal Civil, el cual dispone que la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.

En conclusión, luego de dicho momento procesal resulta improcedente la demanda de tercería, restándole al propietario perjudicado, en salvaguarda de sus derechos, intentar la acción reivindicatoria o la indemnizatoria.

5.1.4 Prueba

Tal como lo señala Rodríguez Garcés, “el tercerista debe probar de acuerdo con las reglas generales su derecho de dominio sobre los bienes embargados. Debe probar que la cosa embargada es la que reclama, y precisar la identidad de ella en tal forma que lleve al convencimiento del juez que lo que se reclama y le pertenece es precisamente el objeto embargado y no otro” (RODRIGUEZ GARCES, 1967, Tomo I: 309).

Podetti dice respecto de la prueba en la tercería de dominio lo siguiente:

“... a) El actor-tercerista debe producir la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca, sino lo hace, los demandados que no los hayan reconocido no tienen nada que probar; b) producida la prueba de los hechos constitutivos, los demandados que se opongan a la demanda y que no reconozcan la existencia de esos hechos, deben producir la prueba de su inexistencia y c) si reconocen la existencia de los hechos constitutivos y se oponen a la demanda, deben producir la prueba de los hechos extintos o impeditivos; su aplicación particular, tiene caracteres específicos, por el entrecruzamiento de intereses que la tercería presupone.

Así, no obstante la falta de prueba de los hechos constitutivos por parte del actor-tercerista, el demandado ejecutante debe producir prueba de la existencia de hechos constitutivos a favor del demandado-ejecutado, pues éste puede estar de acuerdo con el actor y además, la circunstancia de

ser el ejecutante quien primero agredió (al trabar el embargo), le impone cargas especiales si sostiene la procedencia de aquél.

La falta de prueba de la existencia de hechos constitutivos o de hechos impeditivos o extintivos en contra del demandado ejecutado, puede ser suplida por la prueba producida por el demandado-ejecutante, por el papel que asume de coadyuvante o sustituto de éste” (PODETTI, 1949: 99).

Conforme se desprende del artículo 535 del Código Procesal Civil, en la demanda de tercería deberá acompañarse documento público o privado de fecha cierta que acredite el derecho del tercerista, bajo sanción de inadmisibilidad. En defecto de tales medios probatorios podrá ofrecerse otros para demostrar la veracidad de los hechos alegados por el tercerista, pero esto último estará condicionado a la prestación previa de garantía suficiente que, a criterio del Juez, sirva para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

5.1.5 Sentencia

Eduardo Pallares, en relación a la sentencia en el proceso de tercería excluyente de dominio, asevera que “... la sentencia que declare procedente la acción del tercerista, deberá reintegrarlo en el goce de sus derechos de propiedad o en la titularidad de la acción” (PALLARES, 1979: 596). Eduardo Pallares precisa que “... la sentencia que declara procedente la tercería excluyente (...) tiene por efecto nulificar la pronunciada en el juicio principal, pero sólo en la medida en que ésta perjudique al tercero” (PALLARES, 1979: 598).

Podetti trata lo concerniente a la sentencia en el proceso de tercería de dominio del modo que se reproduce a continuación:

“... En la tercería se deducen y substancian dos acciones, una del tercerista en contra del ejecutante y otra del tercerista en contra del ejecutado y que, aun cuando estos últimos aparezcan como litisconsortes, pues ambos son demandados, no siempre tienen un mismo o semejante interés substancial.

Sin llegar a los casos anómalos, de connivencia fraudulenta entre tercerista y ejecutado, cuando este último se allana a la demanda reconociendo el dominio pretendido por el tercerista y el ejecutante resiste la demanda, es claro que sólo hay intereses antagónicos entre el tercerista y el ejecutante, ya que la posición del ejecutado es de indiferencia frente a los otros dos litigantes.

Así pues, aunque formal y substancialmente sólo puede hablarse de una sentencia, ésta, cuando reconoce el derecho invocado por el tercerista, y desconocido por ambos demandados, estima dos acciones: la encaminada

a obtener una declaración en frente del demandado-ejecutante y la encaminada a obtener una condena en frente del demandado-ejecutado. Respecto al primero el juez DECLARA que el bien embargado no pertenece al deudor, sino al tercerista y respecto al segundo, le CONDENA a entregar el bien al tercerista.

Naturalmente (...), en ambos casos habrá declaración y condena; en el primero y aparte del pronunciamiento sobre las costas, habrá CONDENA para el ejecutante, que debe levantar el embargo y en el segundo habrá la DECLARACION de que el bien pertenece al tercerista. Se trataría (...) de sentencia mixta. Pero, aparte de ello, toda sentencia tiene un aspecto constitutivo, puesto que constituye una norma jurídica individualizada (...). En toda sentencia, hay siempre, una DECLARACION del derecho (...), pero hay también una porción de voluntad del juez como parte integrante del orden jurídico, lo cual da a la norma jurídica individualizada, que es la sentencia, esa naturaleza o aspecto constitutivo que le atribuyo. Luego pues, la sentencia que estima las acciones deducidas por el tercerista en contra de ambos demandados y a las cuales éstos se han opuesto, deberá ser declarativa, constitutiva y de condena, en proporciones variables, según la dosis que contenga de cada uno de los ingredientes enunciados: DECLARACION del dominio discutido y del derecho aplicable y que fue desconocido por los actos de los demandados; CONDENA a hacer o a abstenerse para ambos demandados y CONSTITUCION de una norma jurídica individualizada o particular para el caso planteado. Este último elemento es el que da carácter de permanencia a la resolución judicial, es decir, fuerza material de cosa juzgada (...).

Cuando la sentencia desestima las acciones deducidas por el tercerista, prima el elemento declarativo, igualmente cuando el demandado-ejecutado se allana reconociendo el derecho invocado por el tercerista. Cuando el demandado ejecutante se allana, pero se traba la litis con el demandado-ejecutado que desconoce el derecho invocado por el tercerista, si la acción es propiamente la reivindicatoria por haber perdido la posesión el demandado, habrá declaración sobre el dominio y condena a entregarlo o respetarlo.

En cuanto al pronunciamiento accesorio sobre las costas, si ellas se imponen a uno de los litigantes, será de condena.

(...) Consecuentemente, deberá estudiar el juez en la sentencia, si se ha demostrado, con respecto a ambos demandados, la concurrencia de los requisitos de la acción: relación entre los hechos aducidos y las normas

legales, legitimación (activa y pasiva) e interés procesal. Para lo primero, el juez deberá confrontar los hechos probados o reconocidos, con las normas aplicables, a fin de declarar, si existe, por ejemplo, el dominio invocado por el tercerista. No lo habrá, si tratándose de inmuebles, no hay título legal, de acuerdo a las leyes vigentes. Para lo segundo, deberá verificar si el tercerista tiene cualidad para demandar (legitimación para obrar) o no la tiene (...). Y verificar también, si los demandados tienen cualidad para contradecir (legitimación pasiva) o no la tienen (en el supuesto de oposición a la demanda). Para lo tercero, deberá verificar, si la acción se justifica en el caso concreto, como medio idóneo para la satisfacción del derecho reclamado. No se justifica, por ejemplo, si no existe embargo, ni menoscabo alguno al derecho del tercerista...” (PODETTI, 1949: 125-128).

Podetti señala, además, que “la sentencia dictada en juicio de tercería de dominio produce cosa juzgada, para cualquier otro proceso posterior, donde concurren los requisitos que la hacen viable y que se descubren mediante el estudio de la identificación de las acciones o sea la identidad de sus elementos...” (PODETTI, 1949: 149).

5.1.6 Efectos

Prieto-Castro y Ferrándiz anota que “... la *interposición de la demanda* de tercería no produce el *efecto* de suspender pura y simplemente el procedimiento, sino que se sustancia en pieza separada, no produciéndose tal suspensión más que a partir del momento en que se fuese a entrar en la realización de los bienes que constituyen su objeto, y después del cual la tercería de dominio carece de finalidad...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 232).

Según Lino Palacio, “la interposición de la tercería de dominio comporta, en principio, una facultad del titular del dominio, quien, por una parte, puede limitarse a requerir el levantamiento del embargo en el supuesto de encontrarse en condiciones de acreditar en forma efectiva y fehaciente la existencia de su derecho (...), y, por otra parte, no pierde la propiedad de un bien inmueble aun en la hipótesis de que él se venda en el proceso principal, ya que la circunstancia de no interponer la pretensión de tercería no obsta a su derecho de reivindicarlo frente al tercer adquirente, en tanto no se haya operado la prescripción. Si se trata, en cambio, de bienes muebles, la interposición de la tercería de dominio resulta necesaria en la medida en que la eventual pretensión reivindicatoria puede fracasar frente a un adquirente de buena fe, salvo que aquéllos hayan sido robados o perdidos...” (PALACIO, 1983, Tomo III: 298). El mencionado tratadista argentino, acerca de los efectos de la tercería de dominio, añade lo siguiente:

“... La suspensión de los trámites del proceso principal reviste el carácter de una medida cautelar, ya que si aquéllos continuaran una vez dispuesta la venta de los bienes embargados, carecería de toda virtualidad la sentencia que eventualmente reconociere el derecho del tercerista. Por ello, asimismo, la suspensión debe considerarse limitada a la subasta de los bienes que fueron objeto de la tercería, no extendiéndose a otros que son ajenos a ésta.

(...)

(...) La suspensión comienza desde que resulta consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes (no pudiéndose hacer efectivas, por lo tanto, las medidas dispuestas en la respectiva providencia: publicación de edictos, valuación de los bienes, etc.), y concluye una vez que se encuentra firme la sentencia dictada en la tercería. Asimismo, durante el plazo de suspensión de los procedimientos el tercerista tiene derecho a requerir el cumplimiento de medidas cautelares con relación al bien o bienes embargados.

(...) Como se ha visto, la suspensión del procedimiento principal no procede, y cabe, por lo tanto, hacer efectiva la orden de venta de los bienes, en el supuesto de que éstos se hallen sujetos a desvalorización o desaparición o irroguen excesivos gastos de conservación, quedando el producto de la venta afectado a las resultas de la tercería...” (PALACIO, 1983, Tomo III: 300-301).

El artículo 536 del Código Procesal Civil norma los efectos de la tercería de propiedad de esta manera:

“Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.

El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad”.

5.1.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con la tercería de propiedad

En los subpuntos siguientes citaremos la jurisprudencia casatoria relacionada con la tercería de propiedad.

5.1.7.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales de la tercería de propiedad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales de la tercería de propiedad, ha establecido lo siguiente:

- “... La tercería de propiedad es aquella acción que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen o figuran en un determinado proceso, a fin que se disponga el levantamiento de un embargo trabado sobre un bien de su propiedad...” (Casación Nro. 5294-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23542-23544).
- “... La tercería de propiedad es aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por el suyo propio, o coadyuvando en pro de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse la medida eran de su propiedad...” (Casación Nro. 3409-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21537-21538).
- “... La acción de tercería [de propiedad] busca proteger la propiedad del tercero cuyo bien se encuentra afectado por obligaciones asumidas por un deudor no propietario, sin que le corresponda o se encuentre obligado a ello...” (Casación Nro. 3436-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21361-21362).
- “... El artículo 533 del Código Procesal Civil señala que la Tercería solo puede fundarse en la propiedad e los bienes [sic -léase de los bienes-] afectados por medida cautelar o para la ejecución; esto es, en el primer caso, cuando el Juzgador dicta una medida de tal naturaleza con la finalidad de asegurar el cumplimiento de un fallo a dictarse ulteriormente, tal y conforme lo precisa el artículo 608 del Código Procesal Civil; y en el segundo supuesto, cuando la afectación del bien se inicia como consecuencia de la primera medida, encontrándose propiamente el proceso ante el estadio de ejecución judicial...” (Casación Nro. 1053-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19090-19091).
- “... La presente acción de Tercería [de propiedad], [...] conforme lo dispone el artículo 533 del Código Procesal Civil, se funda únicamente en la afectación de un bien de propiedad de tercero, mediante medida cautelar o la inminente ejecución de éste, esto es, a vía remate [sic -léase en vía de remate-] o adjudicación...” (Casación Nro. 1605-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2006, pág. 16569).

- “... La tercería de propiedad tiene como sustento la propiedad de bienes embargados o afectados para su ejecución, con la finalidad que se saque el bien de la ejecución evitando su realización forzosa mediante remate o adjudicación...” (Casación Nro. 776-01 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8118-8119).
- “... La pretensión en una acción de tercería [de propiedad] es la de excluir un bien afectado por una medida [cautelar o para la ejecución], por ser el propietario [...] ajeno a la relación jurídica sustantiva que la originó, y, por tanto, tampoco intervino en la relación jurídica procesal instaurada...” (Casación Nro. 1252-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8281-8282).
- “... La tercería de propiedad es una forma de oposición de quién [sic] reclama un derecho sustantivo a su favor, en donde alega ser suyos los bienes que son afectados por una medida cautelar o bien que son materia de ejecución para hacer efectiva una obligación ajena, y, que tiene como finalidad la desafectación del bien, puesto que, de declararse favorable la petición de tercería [de propiedad] ello determinará la suspensión del proceso cuestionado con la demanda de tercería [de propiedad]...” (Casación Nro. 687-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, págs. 21693-21694).
- “... La Sala Superior ha resuelto revocar la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda [de tercería de propiedad]; en consecuencia, dispuso la suspensión del remate del inmueble sub litis; [...] en este contexto la suspensión del remate ordenada en autos implica que éste quede sin efecto de modo definitivo, ya que uno de los fundamentos de la acción de tercería es el derecho de propiedad...” (Casación Nro. 384-2004 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2005, págs. 15107-15108).
- “... La reivindicación importa que el titular recupere la posesión del bien de su propiedad que ocupa y detenta una persona que no posee sin título de propietario; figura que no es asimilable a la tercería de propiedad, en la que el propietario solicita la desafectación de los bienes de su propiedad afectados con medida cautelar o que se encuentren en ejecución, y no la recuperación de la posesión de los mismos...” (Casación Nro. 3786-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, pág. 19886).
- “... De acuerdo al artículo quinientos treintitrés del Código Adjetivo [C.P.C.] la tercería de propiedad puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar **o para la ejecución**. Es decir, la

tercería de propiedad es un instrumento mediante el cual se puede des-afectar bienes gravados con medidas cautelares, pero también con otro tipo de gravámenes, como en el caso de autos, en que el bien inmueble está afectado con una hipoteca...” (Casación Nro. 4762-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22667-22668).

- “... Cuando el artículo 533 del Código Procesal Civil señala que ‘la tercería sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por la medida cautelar o para la ejecución o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes’, debe entenderse que se refiere a cualquier tipo de ejecución, dentro del cual se encuentra la presente acción [de ejecución de garantías] contra la que se ha interpuesto la tercería...” (Casación Nro. 687-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, págs. 21693-21694).
- “... El numeral 1097 del Código Civil [...] señala que ‘por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero’. Por lo que, tratándose de un derecho real de garantía que afecta un bien inmueble, resulta viable la demanda de tercería excluyente de propiedad, más aún si tal como emerge de los presentes autos, el bien inmueble afectado se encuentra pendiente de ser ejecutado...” (Casación Nro. 640-2004 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16205-16206).
- “... La sola interposición de una demanda de Tercería de Propiedad contra un proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria no la hace improcedente, puesto que de conformidad con el [...] artículo quinientos treintitrés [del C.P.C.] la tercería de propiedad puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o **para la ejecución...**” (Casación Nro. 4734-2006 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, 22113-22114).
- “... El levantamiento de la suspensión del proceso de ejecución de garantías constituye una consecuencia lógica de la desestimación de la demanda de tercería de propiedad, toda vez que la suspensión decretada mediante auto admisorio es únicamente temporal, y sujeta y condiciona [sic -léase condicionada-] necesariamente al resultado del proceso...” (Casación Nro. 2846-07 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, pág. 22745).
- “... Los antecedentes o hechos del proceso de ejecución de garantías, seguido entre el banco y los codemandados, no pueden ser desvirtuados

en la presente tercería de propiedad...” (Casación Nro. 1242-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7766).

- “... El hecho de que si la recurrente [tercerista] debió ser emplazada o no en el proceso de ejecución de garantías, no constituye punto controvertido en este proceso sobre tercería de propiedad...” (Casación Nro. 3088-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7045-7046).
- “... La recurrente desconoce plenamente la naturaleza jurídica de su demanda de Tercería de Propiedad puesto que a través de ésta no se entra a analizar la validez del proceso de Ejecución de Garantía como pretende sino que ello corresponde a una demanda de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta...” (Casación Nro. 4932-2007 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23347-23348).
- “... A través de un proceso de Tercería [de propiedad], no se puede pretender que se levante una hipoteca, por ser éste un derecho real y consecuencia de un acto jurídico privado celebrado entre quienes aparecen como propietarios en los Registros Públicos...” (Casación Nro. 3345-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19053-19054).
- “... El proceso de tercería [de propiedad] no es el adecuado para el ‘reconocimiento’ de un derecho de propiedad, toda vez que se trata de un proceso que se ‘funda’ en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución...” (Casación Nro. 2445-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2008, págs. 21422-21423).
- “... Mediante la tercería [de propiedad] promovida se pretende levantar un embargo por quien acredita ser propietario mediante documento de fecha cierta, sin entrar en el análisis de la validez o eficacia del documento que sustenta ese derecho, ello sin perjuicio de que el acreedor pueda ejercitar las acciones que estime convenientes para obtener la ineficacia del citado título, acreditando la existencia [...] de la mala fe de la compradora...” (Casación Nro. 790-05 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-08-2006, págs. 16922-16923).
- “... Los argumentos que sustentan la causal [casatoria] denunciada están dirigidos a cuestionar la validez del documento mediante el cual el tercerista adquirió su derecho de propiedad, así como la legitimidad de sus transferentes, aspecto que no puede ser analizado en una demanda de

tercería de propiedad...” (Casación Nro. 2918-03 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs. 14175-14176).

- “... Dentro de un proceso de tercería que se sigue conforme al procedimiento abreviado y en el que se ve la propiedad de los bienes afectados, no se puede resolver la ineficacia de los actos jurídicos, máxime que tiene procedimiento específico (proceso de conocimiento: art. 200 del C.C.)...” (Casación Nro. 1308-97 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10-03-2000, pág. 4725).
- “... Conforme a la naturaleza de este proceso (tercería de propiedad) no se cuestiona la validez o invalidez de las inscripciones registrales sino si el demandante puede acreditar ser propietario del bien...” (Casación Nro. 3105-99 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22-02-2000, pág. 4675).
- “... Si bien es cierto que el título supletorio formado sobre el terreno materia de litis es dudoso, por tratarse de terrenos eriazos y de propiedad del Estado, (...) su autenticidad sería resuelta en el proceso correspondiente, no siendo ésta (acción de tercería de propiedad) la vía para determinarla, ya que el citado título supletorio surte todos sus efectos legales mientras no se anule judicialmente” (Casación Nro. 109-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-11-1999, pág. 3962).
- “... En el caso en concreto, conforme han determinado las dos instancias de mérito, existen en conflicto dos derechos reales sobre el mismo bien litigioso, esto es, entre el demandante [...] y el co-demandado [...]; por lo que [...] la dilucidación de quien [sic] tiene mejor derecho de propiedad no puede ser materia de este proceso [de tercería de propiedad] sino a través de otra acción, pues no resulta atendible en este litigio verificar la validez o no de la anotación preventiva a favor del tercerista...” (Casación Nro. 5294-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23542-23544).
- “... Una de las características de la propiedad es su exclusividad, no siendo jurídicamente posible ventilarse, a través de este juicio [sobre tercería de propiedad], quién tiene un mejor y preferente dominio...” (Casación Nro. 1607-2002 / San Román - Juliaca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9928).
- “... Lo que en puridad están señalando las instancias es que el recurrente [...] no puede hacer valer su derecho, en vía de proceso de tercería [de propiedad] debido a que [...] el proceso de tercería [de propiedad] se

sustenta en la titularidad o propiedad del bien [...] objeto de la tercería, el mismo que, si bien es cierto puede recaer en el actor; también lo es que los demandados poseen título vigente, anotado en los Registros Públicos; [...] siendo esto así, el actor debe orientar su pretensión procesal a lo realmente importante en la controversia, esto es, en la determinación exacta y cierta [...] de la titularidad del bien [...] materia de litis, el mismo que deberá ser ventilado a través de otro proceso...” (Casación Nro. 2750-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22743-22744).

- “... Esta Sala [Suprema] mantiene el criterio establecido en casos similares [...] donde [...] se ha amparado la demanda de tercería [de propiedad] interpuesta por haberse gravado un bien de la sociedad conyugal sin la participación total de quienes la conforman...” (Casación Nro. 1245-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, pág. 8700).
- “... Al haberse desestimado la pretensión principal de tercería de propiedad, la pretensión accesoria de indemnización corre su misma suerte...” (Casación Nro. 1928-06 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19863-19866).
- “... El auto que admite la [demanda de] tercería [de propiedad] es apelable, como claramente establecen los artículos 365, 366 y 372 del Código Adjetivo [C.P.C.], tanto más si suspende el remate [...] de un bien inmueble...” (Casación Nro. 2389-2003 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2005, págs. 14035-14036).
- “... Esta causa versa sobre Tercería de Propiedad, advirtiéndose por este Supremo Colegiado que tanto en la sentencia de primera instancia, como la de la Sala Civil, se ha resuelto sin tener a la vista el expediente que motivara la presente tercería; y siendo necesario su verificación para el esclarecimiento de la pretensión, debe disponerse el reenvío de los actuados a fin de que analice lo mencionado y emita nuevo pronunciamiento...” (Casación Nro. 2966-2003 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs. 14177-14178).

5.1.7.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación en la tercería de propiedad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la legitimación en la tercería de propiedad, ha establecido lo siguiente:

- “... Conforme [lo] señala el artículo 100 del Código Procesal Civil la demanda de tercería excluyente de propiedad [...] se hace valer dentro de un proceso en trámite en los supuestos que dicho numeral señala, dando lugar a que en el proceso intervengan tres partes, con derecho opuestos...” (Casación Nro. 2335-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, pág. 8439).
- “... La legitimidad activa [en el proceso de tercería de propiedad] la tendrá el propietario y la legitimidad pasiva [en el proceso de tercería de propiedad] recae en el demandante y demandado del proceso en que tuvo lugar la medida cautelar que afecta el bien o bienes del tercerista; consecuentemente, el recurrente [...] no puede pretender que se estime un sustento de su derecho de tercerista en una prueba documental donde aparece como propietaria una tercera persona...” (Casación Nro. 1203-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, pág. 20009).
- “... La legitimidad activa [en el proceso de tercería de propiedad] sólo recae en el tercerista quien afirma que el bien afectado es de su esfera patrimonial y no del deudor...” (Casación Nro. 1532-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17898-17899).
- “... De acuerdo al texto legal y a la jurisprudencia el accionante de una demanda de Tercería de Propiedad es aquel propietario de un bien afectado por medida cautelar o en ejecución, que resulta siendo ajeno al proceso en el que se ha dictado la medida...” (Casación Nro. 2576-2002 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2003, págs. 10167-10168).
- “... Importa para los fines del proceso [de tercería de propiedad] establecer el derecho preferente del tercerista respecto del bien objeto del litigio; ello implica en primer orden, que éste sea ajeno a la relación crediticia en virtud de la cual se afecta el bien sub litis, ya que resultaría imposible [...] que quien solicita la desafectación de un bien amparando su pretensión en la titularidad del derecho de propiedad que ejerce sobre él, pueda a su vez tener la calidad de tercerista, cuando el mismo, en virtud de dicha titularidad asumió obligaciones cuyo incumplimiento podría afectar su patrimonio...” (Casación Nro. 1057-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, págs. 11547-11548).
- “... La actora no puede oponer su derecho de propiedad (en proceso de tercería de propiedad) al Banco co-demandado; el mismo que es titular de una acreencia cuyo pago está a cargo también de la demandante dada su condición de fiadora solidaria, tal como se ha considerado correctamente

en la sentencia de primera instancia” (Casación Nro. 3166-99 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-08-2000, pág. 6093).

- “... Habiéndose determinado en las sentencias de mérito que la demandante adquirió los inmuebles de litis por sendos contratos de compraventa, los mismos surten todos sus efectos mientras no sea declarada judicialmente su nulidad. (...) Que en consecuencia, la actora estaba plenamente facultada para interponer la tercería de propiedad...” (Casación Nro. 763-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-11-1999, pág. 3990).
- “... Los terceristas adquirieron la propiedad del bien [...] cuando ya se encontraba embargado, por lo que su derecho no es preferente ni excluye el adquirido por el acreedor...” (Casación Nro. 1763-2006 / Jaén, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20434-20435).
- “... No resulta procedente la tercería [de propiedad] debido a que la adquisición del bien por el tercerista fue con posterioridad a la fecha en que se trabó e inscribió el embargo...” (Casación Nro. 2134-01 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, pág. 8145).
- “... La tercerista [de propiedad] compró el inmueble cuando se encontraba embargado, cuya medida cautelar se encontraba debidamente inscrita, por lo que la tercerista asume dicha obligación a tenor de lo dispuesto por el artículo seiscientos cincuentiséis del Código Procesal Civil, por lo que no puede pretender se levante la medida cautelar [...] sin pagar el monto del embargo...” (Casación Nro. 64-2002 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8799).
- “... Se desestima la demanda de tercería de propiedad, cuando el embargo que afecta al inmueble materia de la tercería [...] se ha inscrito con fecha anterior al contrato de compraventa en favor de la empresa demandante [tercerista]; pues se considera que, admitir una posición en contrario importaría: **a)** dejar de lado la finalidad esencial que persiguen las medidas cautelares, cual es, asegurar la eficacia de las decisiones judiciales; y, **b)** destruir la fe que confiere el contenido de los Registros Públicos sobre su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto...” (Casación Nro. 1329-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22858-22859).
- “... Si bien por regla general la propiedad de un predio comprende el suelo, el sub suelo y el sobre suelo [...], presumiéndose que lo que se encuentra en ellos pertenece al propietario del suelo[,] [...] dicha regla se rompe

con el derecho de superficie, en virtud de la cual un tercero denominado superficiario, se encuentra facultado a tener y mantener en propiedad una construcción edificada en terreno de otro, por habérselo facultado así justamente el propietario del mismo. [...] En tal sentido, encontrándose dichas construcciones a punto de ser rematadas, el superficiario tiene derecho a reclamar vía esta acción [de tercería de propiedad] se evite tal acto, pues evidentemente ello le acarrearía un perjuicio económico; siendo deber de los juzgadores resolver el conflicto de intereses conforme los dispone [sic -léase lo dispone-] el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 4297-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, págs. 10678-10679).

- “... La tercería [de propiedad] se entiende por quienes tienen interés en la relación sustancial y luego son parte del proceso en el cual el acreedor busca la satisfacción de su crédito y busca ante la crisis de incumplimiento asegurar el pago mediante una medida cautelar o medida de ejecución; de tal escenario, deriva la legitimidad para obrar pasiva del proceso de la tercería donde dos demandados plenamente identificados: el acreedor que es emplazado y tiene la condición de demandante en el proceso donde se afectó el bien que el tercerista reclama como suyo y, el deudor que tiene la condición de demandado en dicho proceso donde se le imputa el incumplimiento de la obligación...” (Casación Nro. 1532-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17898-17899).

5.1.7.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la oportunidad para promover la tercería de propiedad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la oportunidad para promover la tercería de propiedad, ha establecido lo siguiente:

- “... La materia de controversia incide en determinar si para que proceda una demanda de tercería de propiedad basta con la presentación o interposición de la misma o si es necesario que esta sea admitida a trámite; [...] [el] artículo quinientos treinticuatro [del C.P.C.] al regular la oportunidad de presentación de la demanda dispone a la letra que: ‘La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien...’; de lo que se desprende que [...] la norma bajo análisis únicamente hace referencia a la interposición de la demanda antes que se inicie el remate del bien, ello sin hacer ninguna mención a que sea necesario que la demanda sea admitida a trámite por el Juzgador, antes que se inicie el remate; [...] ello se ve corroborado cuando el artículo

quinientos treintiséis de Código Adjetivo [C.P.C.] establece que admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes; es decir, que el proceso se suspende aún cuando la resolución que ordena el remate de los bienes haya quedado ejecutoriada; [...] siendo esto así, bastaba que la demandante interponga su escrito de tercería de propiedad antes que se produzca el inicio del remate, sin importar si la demanda fue admitida antes o después de este...” (Casación Nro. 4098-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, pág. 9216).

- “... Cuando el Artículo quinientos treinticuatro del Código Procesal Civil expresa que la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, se refiere a la subasta del mismo y no a que se haya señalado fecha para el remate...” (Casación Nro. 1030-98 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-04-1999, págs. 2902-2903).
- “... Nuestro ordenamiento procesal civil establece, de acuerdo al artículo quinientos treinticuatro [del C.P.C.], la oportunidad que tiene el actor para presentar la tercería [de propiedad], esto es, puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien; agregándose a ello [...] que la oportunidad que estipula el artículo quinientos treinticuatro del Código Procesal Civil debe entenderse hasta antes que el inmueble fuese adjudicado...” (Casación Nro. 1002-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17444-17445).
- “... Si la tercería de propiedad tiene como finalidad evitar la ejecución de un bien, la oportunidad para interponerla es antes que se efectúe la transmisión de la propiedad del bien, [...] mediante remate o a través de la adjudicación en pago del bien al ejecutante...” (Casación Nro. 776-01 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8118-8119).
- “... Conforme al artículo quinientos treinticuatro del Código Adjetivo [C.P.C.] la demanda de tercería [de propiedad] deviene en extemporánea al haber sido interpuesta con posterioridad al acto de remate del bien...” (Casación Nro. 1980-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7881).
- “... Dicha norma procesal [art. 536 del C.P.C.] establece que admitida la demanda de tercería de propiedad se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución aunque este [sic -léase esté-] consentida

o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de bienes, sin embargo, al haber sido admitida la demanda [...] el bien materia de litis ya se encontraba adjudicado [...] por haberse frustrado los remates, requiriéndose además la desocupación del inmueble bajo apercibimiento de lanzamiento, por tanto los autos ya no se encontraban en la etapa procesal que se señala en la norma invocada, no siendo pertinente su aplicación al caso sub-materia...” (Casación Nro. 3073-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 6994-6995).

- “... La medida de embargo trabada en aquel proceso quedó sin efecto por la adjudicación del bien embargado en subasta pública; (...) el objeto de la tercería de propiedad es el de levantar la medida precautoria, por lo que resulta improcedente si esta medida no existe...” (Casación Nro. 2842-99 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-08-2000, págs. 6090-6091).
- “... Habiéndose efectuado el remate y adjudicado el bien carece de sentido legal la admisión de la demanda [de tercería de propiedad], y en todo caso lo que pretendería el recurrente es que se anule el remate llevado a cabo en otro proceso, lo que no puede hacerse al no ser propio del proceso de Tercería [de propiedad]...” (Casación Nro. 2570-2000 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7198).
- “... En el caso sub materia, si bien se ha realizado dos actos de convocatoria a remate, éstos no han tenido éxito por falta de postores, resultando por ello que todavía resulta oportuna la interposición de la demanda de tercería de propiedad, tanto más cuando se ha anulado judicialmente el acto de adjudicación en pago del bien al ejecutante...” (Casación Nro. 776-01 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8118-8119).

5.1.7.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos y la prueba en la tercería de propiedad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los requisitos y la prueba en la tercería de propiedad, ha establecido lo siguiente:

- “... La interposición de una tercería de propiedad requiere ser sustentada con prueba documental fehaciente que acredite el derecho del tercerista, conforme lo exige el Artículo quinientos treinticinco del Código Procesal Civil, no constituyendo este proceso idóneo (sic) para declarar en él la existencia de la unión de hecho, lo cual debe ser previamente gestionado”

(Casación Nro. 1824-96 / Huaaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-08-1998, pág. 1510).

- “... La Ley adjetiva [C.P.C.] ha establecido, en relación a los artículos 533, 534 y 535, cuáles son los requisitos específicos de este tipo de demandas [sobre tercería de propiedad], precisándose de que necesariamente deben concurrir los requisitos siguientes: a) La existencia de una medida cautelar o para la ejecución sobre bienes de propiedad de un tercero; b) que la demanda se interponga antes del remate del bien; c) La acreditación del derecho de propiedad que invoca el tercerista; y d) El ofrecimiento de garantía suficiente a criterio del Juez (para responder por los daños y perjuicios que pueda irrogar) en caso que el demandante no pruebe su derecho con documento público o de fecha cierta...” (Casación Nro. 182-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18759-18760).
- “... Conforme lo dispone el artículo quinientos treinticinco del Código Procesal Civil: La demanda de tercería [de propiedad] no será admitida si no reúne los requisitos del artículo cuatrocientos veinticuatro [del C.P.C.] y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar; [...] en consecuencia, si la Sala Revisora consideraba que los documentos aparejados a la demanda no acreditaban el derecho del demandante, debió declarar inadmisibile la demanda y conceder un plazo a efecto de que el actor pudiera otorgar la garantía a que se refiere el artículo quinientos treinticinco del Código Adjetivo [C.P.C.], de conformidad con el inciso segundo del artículo cuatrocientos veintiséis del mismo ordenamiento legal; por ende, al declarar liminarmente improcedente la demanda interpuesta se ha lesionado el derecho de la tutela jurisdiccional efectiva de la demandante...” (Casación Nro. 1794-2006 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, págs. 19822-19823).
- “... La fecha cierta [de la adquisición] no sólo constituye un requisito de admisibilidad sino que resulta indispensable para resolver la Tercería [de propiedad], pues en esta se debe acreditar la adquisición del tercerista con anterioridad al gravamen que pesa sobre el bien que está siendo cuestionado...” (Casación Nro. 3908-2001 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8604-8605).
- “... En el caso específico de la tercería [de propiedad], es requisito de admisibilidad [...] en casos como el presente en que el demandante no

prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, otorgar garantía que sea suficiente a criterio del Juez. [...] Que, siendo a criterio del juzgador insuficiente la garantía personal ofrecida, la demanda deviene en inadmisibles y al no haber sido subsanada la misma debe ser rechazada, por tanto no existe contravención alguna al debido proceso...” (Casación Nro. 221-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7726).

- “... La no admisión de la pretensión [sobre tercería de propiedad] por las instancias de mérito se debe a que no se cumplió con acreditar la propiedad de los bienes en cuestión, siendo dicha exigencia un requisito de procedibilidad para que la pretensión sea calificada positivamente, más no importa [sic -léase mas no importa-] un pronunciamiento sobre el fondo mismo de la controversia...” (Casación Nro. 687-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, pág. 8009).
- “... El proceso versa sobre tercería de propiedad, siendo por ello necesario que el tercerista acredite su derecho de propiedad sobre el bien afectado con una medida cautelar...” (Casación Nro. 1933-2000 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6656).
- “... De conformidad con los artículos 533 y 534 del Código Adjetivo [C.P.C.], la tercería de propiedad sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución, debiendo el demandante acreditar su derecho con documento público o privado de fecha cierta. [...] Que, siendo así corresponderá al demandante probar su derecho de propiedad que invoca respecto al bien afectado y la fecha desde la cual la ostenta para así lograr oponerla...” (Casación Nro. 2795-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, pág. 8013).
- “... De acuerdo al artículo ciento noventa y seis del Código Adjetivo [C.P.C.], la carga de la prueba, en el proceso de tercería [de propiedad], recae en el demandante tercerista, quien deberá acreditar que es propietario y que lo ha sido antes de dictarse la medida cautelar que pesa sobre el inmueble...” (Casación Nro. 1252-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8281-8282).
- “... Versando la presente causa sobre tercería de propiedad, para que ésta pueda ser amparada resulta imprescindible que el tercerista acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que[,] además, precede en el tiempo a la de la medida cautelar...” (Casación Nro. 2517-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, pág. 8016).

- “... Una de las características que tiene el derecho de propiedad es su exclusividad; por ende, para que se ampare la tercería de dominio es necesario acreditar la propiedad del bien objeto de litigio...” (Casación Nro. 5425-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23369-23370).
- “... El presupuesto para que proceda dicha acción [de tercería de propiedad] es la existencia de un bien sujeto a medida cautelar dentro de un proceso o de un bien pasible de ser materia de ejecución judicial, sobre el cual el tercerista ostenta fehacientemente su derecho de propiedad...” (Casación Nro. 5294-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23542-23544).
- “... Es objeto imprescindible de la tercería de propiedad [...] determinar si a la fecha de adquisición del objeto de la tercería, el tercerista era propietario con documento de fecha cierta y que preceda en el tiempo a la de la medida cautelar, a favor del recurrente; para ello, el actor [...] debe acreditar [...] su calidad de propietario del bien...” (Casación Nro. 909-2008 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23310-23311).
- “... En materia de tercería de propiedad sobre inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble, no es suficiente presentar un documento público o privado de fecha cierta, sino que es necesario que el derecho se haya inscrito con anterioridad al que se quiere excluir u oponer, por estarse a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo dos mil veintidós del Código Civil; supuesto que de no acreditarse ocasiona la improcedencia de la tercería por tener la demanda un petitorio jurídicamente imposible...” (Casación Nro. 3368-02 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, págs. 10586-10587).
- “... El primer párrafo del artículo dos mil veintidós citado [del C.C.], refiere al supuesto en que se hallaran en pugna dos derechos reales, es decir, dos derechos de igual naturaleza, respecto a un mismo inmueble; conforme sucedió en autos pues el derecho real de propiedad de la recurrente y tercerista se opuso al derecho real de garantía que ostenta el acreedor hipotecario, y en tal sentido la tercerista [...] debió acreditar que su derecho fue inscrito con anterioridad al de su contraparte...” (Casación Nro. 2318-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8159-8160).
- “... La hipoteca como derecho real de garantía[,], una vez inscrita en el Registro Público, es restrictiva de la propiedad frente a terceros, en

aplicación del artículo 926 del Código Civil; anteponiéndose al derecho de propiedad invocado por la tercerista que no lo haya inscrito o lo hubiera sido con posterioridad, aunque dicho acto fuera de fecha anterior...” (Casación Nro. 1895-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20417-20418).

- “... En materia de tercería de propiedad sobre inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad Inmueble, no es suficiente la existencia de un documento privado de fecha cierta por la que [sic] se transfiere la propiedad, sino que es necesario que el derecho se haya inscrito con anterioridad al que se quiere excluir u oponer, pues conforme al artículo 2022 del Código Civil para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél [sic] a quien se opone; por tanto, es jurídicamente imposible que aquel que tiene derechos reales no inscritos o inscritos con posterioridad al derecho real de su demandado, pretenda que su derecho prevalezca sobre el de su opositor. [...] A mayor abundamiento, lo que la presente tercería [de propiedad] pretende en tales casos no es probar la propiedad sino el derecho de exclusión y de preferencia, lo que no es posible sin el establecimiento (incluso de manera liminar, esto es al momento de calificarse la demanda) de las condiciones de oponibilidad previstas en el mencionado artículo 2022 del Código Civil, cuya ausencia genera la presencia de la causal de improcedencia prevista en el inciso 6° del artículo 427 del Código Procesal Civil [actualmente es el inciso 5 del art. 427 del C.P.C., referido a la causal de improcedencia de la demanda cuando el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible]...” (Casación Nro. 2985-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21486-21487).
- “... La demandante [...] no puede oponer su derecho de propiedad [sustentado en una compraventa no inscrita en Registros Públicos] aún [sic] cuando la fecha de adquisición de su dominio sea anterior a la inscripción del derecho real de hipoteca que ostenta la codemandada [...], en virtud del principio contenido en la norma del artículo dos mil veintidós, primer párrafo, [del C.C.] [...]. De ello se puede inferir que el petitorio contenido en la demanda [sobre tercería de propiedad] en uno [sic -léase es uno-] de naturaleza jurídicamente imposible, por lo que la demanda deviene improcedente, conforme a la norma del artículo cuatrocientos veintisiete [...] del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 392-2007 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23549-23550).

- “... La aplicación de la norma en mención [art. 2016 del C.C., sobre el principio de prioridad registral], al momento de confrontar el derecho de propiedad de los terceristas contra el embargo inscrito a favor del Banco [...], resulta impertinente para motivar una supuesta prevalencia de este último derecho para el caso específicamente planteado, pues no existe posibilidad alguna de concurrencia de tales derechos en el registro, por ser el primero de los nombrados de naturaleza real [...] y el segundo de naturaleza personal o de crédito [...]; [...] en el caso de autos estamos ante dos derechos sobre los cuales no puede determinarse prioridad alguna, pues el Banco [...] no tiene a su favor ningún derecho real inscrito con anterioridad al derecho de propiedad de los demandantes, sino que se trata de un derecho personal...” (Casación Nro. 3890-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23166-23167).
- “... Habiendo acreditado los demandantes [terceristas] con documento de fecha cierta detentar la propiedad de los bienes inmuebles con anterioridad a la fecha de inscripción de la medida cautelar de embargo dictada a favor del Banco [...], siendo el derecho de propiedad oponible erga omnes, éste prevalece sobre el derecho de crédito que detenta el Banco [codemandado]...” (Casación Nro. 3890-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23166-23167).
- “... El derecho de propiedad de la tercerista resulta oponible frente al derecho personal en la forma de embargo, tanto más cuando el derecho real es anterior y además ha sido otorgado mediante escritura pública de compraventa que mantiene su validez mientras no sea anulada...” (Casación Nro. 490-01 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7732-7733).
- “... La escritura pública de compraventa [...] que sustenta la tercería [de propiedad] no inscrita en los Registros Públicos por ser de fecha posterior al de la inscripción no puede oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo de la casa enajenada, desde que una escritura de venta sirve para oponer como prueba de traslación de dominio de la cosa vendida solamente al vendedor, pero no a terceras personas, sino está [sic -léase si no está-] registrada oportunamente, siendo así, la citada inscripción tiene preferencia...” (Casación Nro. 2575-2002 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, pág. 12686).
- “... Consistiendo el derecho de los [...] codemandados en uno de carácter personal, a diferencia del actor [tercerista] que es de naturaleza real, el derecho registral cede para dejar paso a la aplicación del derecho común,

el que informa que los bienes que deben ser materia de embargo son los de propiedad del deudor y siendo que los bienes sub júdice son de propiedad del tercerista, por adquisición producida antes de verificarse el embargo, sobre tal no pueden pesar [sic -léase no puede pesar-] dicha medida cautelar, por lo que procede ordenar su desafectación...” (Casación Nro. 5312-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22167-22169).

- “... Compulsados el principio de rango (recogido por el citado artículo 2022 del Código Civil) frente a los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, se llega a la conclusión que, en el presente caso, deben prevalecer éstos [sic] últimos, en atención a que cuando se inscribió el embargo [...] no aparecía inscrito el título de la tercerista, [...] por lo que la mencionada persona mantiene su acreencia sobre el bien sub litis una vez inscrito su derecho, pues, en materia registral, quien entra primero al registro es primero en el derecho. Admitir lo contrario importaría destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los siguientes principios: **a)** El de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito [...]. **b)** El de impenetrabilidad que preconiza el de impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros, aunque aquéllos sean de fecha anterior. [...] **c)** El de publicidad recogido por el artículo 2012 del Código Civil, que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones...” (Casación Nro. 4325-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21550-21552).
- “... La tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta (...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros...” (Casación Nro. 125-2000 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2000, pág. 5456).

5.1.7.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con la connivencia y malicia en la tercería de propiedad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la connivencia y malicia en la tercería de propiedad, ha establecido lo siguiente:

- “... [La connivencia] basta para rechazar la demanda de tercería [excluyente de dominio o de propiedad] [...], la connivencia desvirtúa la

demanda...” (Casación Nro. 3560-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7247-7248).

- “... Los jueces deben comunicar al Ministerio Público cuando encuentran colusión entre el tercerista [de propiedad] y la parte demandada y en todo caso cuando los vencidos en un procedo [sic -léase proceso-] realizan actos de disposición a sabiendas que tienen que honrar sus créditos por orden judicial...” (Casación Nro. 1553-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, pág. 9093).

5.1.7.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con la suspensión de la medida cautelar sin interponer la tercería de propiedad

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la suspensión de la medida cautelar sin interponer la tercería de propiedad, ha establecido lo siguiente: “... El pedido de suspensión de la medida cautelar sin interponer la tercería o sea la desafectación previa que autoriza el Artículo quinientos treintinueve del Código Procesal Civil, es facultativa y no obligatoria como requisito de procedibilidad para promover la tercería de propiedad en vía de acción...” (Casación Nro. 2462-98 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-08-1999, págs. 3181-3182).

5.2 Tercería de derecho preferente o de prelación

5.2.1 Concepto

La tercería de derecho preferente (o de prelación o de pago o de mejor derecho) es aquella que tiene por finalidad reclamar el pago preferencial de una acreencia, una vez realizados los bienes que fueron objeto de medida cautelar. Este derecho de preferencia puede derivar de alguna situación legal o judicial de carácter especial que determina un crédito privilegiado en comparación a otro frente a ciertos bienes. Pueden reclamar dicho pago preferencial, por ejemplo, el acreedor hipotecario, la persona en cuyo favor se constituyó la garantía mobiliaria, el primer embargante, etc.

Para Enrique Falcón, la tercería de mejor derecho es aquella “... en la que el tercerista pretende tener un crédito que debe ser pagado con preferencia al del ejecutante, con el producido de la venta del bien embargado” (FALCON, 1978: 86).

Según Máximo Castro, “... en la *tercería de mejor derecho* el opositor pretende que su crédito es preferente al del ejecutante, y en consecuencia pide que se le pague antes que a éste” (CASTRO, 1931, Tomo Tercero: 126).

En palabras de Reyes Monterreal, “la tercería de mejor derecho surgirá (...) cuando, existiendo nuestra prevalente facultad, respecto de la de quien está tratando de efectivizar un crédito propio prescindiendo del nuestro -en evitación, la mayoría de las veces, de que, de dejar de hacerlo, puede ver insatisfecho su derecho por reducción del patrimonio deudor-, la hacemos patente, en la forma adecuada, a fin de que se paralice la anticipada ejecución ajena, en tanto nuestro derecho, crédito o interés no haya sido efectivizado” (REYES MONTERREAL, 1961: 65).

Podetti opina que la tercería de mejor derecho “se trata (...) de una tercería en interés propio, originario, directo y excluyente...” (PODETTI, 1949: 203). Dicho autor agrega que “la tercería de mejor derecho protege, en primer lugar, el amplio sector de los privilegios, subsidiariamente y en casos especiales, los derechos reales de garantía y a falta de unos y de otros, la preferencia legal del embargo” (PODETTI, 1949: 205).

El segundo párrafo del artículo 100 del Código Procesal Civil trata lo concerniente a la intervención en un proceso de quien pretende se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada. Su texto se refiere, entonces, al proceso de tercería de derecho preferente, disponiendo precisamente dicho numeral, en su último párrafo, el trámite en vía abreviada y como proceso de tercería para tal intervención. Como se aprecia, la pretensión del tercerista preferente es autónoma en relación al proceso que la motiva, por lo que no se ventila en trámite incidental sino en vía de acción.

5.2.2 Fundamento

El proceso de tercería de derecho preferente se basa en la protección de los intereses legítimos de todo acreedor cuyo crédito resulta privilegiado en relación al de otros, y en virtud del cual se le faculta a exigirlo en primer lugar. El orden de prelación lo fija la ley (como es el caso de los derechos reales de garantía, de las obligaciones alimenticias, de las obligaciones tributarias, de aquellas obligaciones correspondientes al pago de remuneraciones o beneficios sociales, etc.) o lo establece el órgano jurisdiccional (dependiendo de la fecha de ejecución de las medidas cautelares).

El artículo 533 -primer párrafo- del Código Procesal Civil hace referencia al fundamento de la tercería de derecho preferente o de pago estableciendo que la tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede **fundarse** en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o **en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.**

5.2.3 Oportunidad

Afectado el bien con alguna medida cautelar o para la ejecución, el acreedor privilegiado puede interponer su demanda de tercería de derecho preferente en cualquier momento hasta antes que se realice el pago al acreedor (demandante en el proceso en que se traba la medida cautelar o para la ejecución que da lugar a la tercería). En ese sentido se pronuncia el artículo 534 del Código Procesal Civil.

Según Lino Palacio, "... este tipo de tercería puede interponerse hasta tanto el embargante no haya percibido el importe del crédito reclamado (...). Pasada la oportunidad mencionada (...) el tercerista debe hacer valer sus derechos en el proceso que corresponda..." (PALACIO, 1983, Tomo III: 317).

Para Eduardo Pallares, "... las tercerías de preferencia pueden promoverse mientras no se haya hecho el pago respectivo al demandante en el juicio principal" (PALLARES, 1979: 596-597).

5.2.4 Prueba

Reyes Monterreal apunta que "... el título en que se apoye una tercería de mejor derecho ha de ser inicialmente revelador de un preferente crédito; basta la apariencia de privilegio, al interponer la demanda, sin que sea admisible en Derecho exigir al actor la justificación, a través de aquél, de una prevalencia ya declarada" (REYES MONTERREAL, 1961: 94).

Lino Palacio estima que, "... tratándose de una tercería de mejor derecho, el tercerista debe acreditar 'prima facie' la titularidad del crédito que invoca, así como la existencia de un privilegio especial instituido a su favor o de un embargo obtenido con anterioridad" (PALACIO, 1983, Tomo III: 281). El citado jurista argentino señala, además, lo siguiente:

"... Al tercerista incumbe la carga de probar tanto la existencia del crédito cuanto el privilegio o la prioridad que invoca como fundamento de su pretensión. En caso de colisión de privilegios, la misma carga pesa sobre el embargante o el embargado en lo que concierne a la correspondiente prelación.

(...) Carece de relevancia el reconocimiento de un mejor derecho formulado por el embargado, sea a favor del tercerista o del embargante. No así el reconocimiento del embargante en favor del tercerista, que puede eventualmente jugar como una presunción favorable a éste" (PALACIO, 1983, Tomo III: 319-320).

Según se desprende del artículo 535 del Código Procesal Civil, en la demanda de tercería deberá acompañarse documento público o privado de fecha cierta que acredite el derecho del tercerista, de lo contrario, se declarará la inadmisibilidad de aquélla. A falta de dicha prueba documental podrán ofrecerse otros medios de prueba para demostrar la veracidad de los hechos invocados por el tercerista, siempre y cuando se proceda a prestar garantía suficiente que, a criterio del Juez, sirva para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

5.2.5 Sentencia

En la sentencia dictada en la tercería de prelación (o de derecho preferente) “... deben resolverse cuestiones del más alto interés jurídico. En efecto, podrá ser materia que tendrá que precisarse y resolverse en estas sentencias la existencia del privilegio, la concurrencia de privilegios, la colisión de privilegios, el alcance del privilegio y otras cuestiones análogas” (RODRIGUEZ GARCES, 1967, Tomo II: 49).

Prieto-Castro y Ferrándiz afirma que “... la *sentencia estimatoria* habrá de declarar que con el producto de la realización de los bienes se haga pago al acreedor preferente, sin perjuicio de destinar el excedente al pago al acreedor del proceso” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 234). Agrega el jurista español que “... la *sentencia determina* el orden de preferencia en que los dos acreedores concurrentes deben percibir el importe de sus créditos” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 234).

Podetti expresa lo siguiente sobre la sentencia en la tercería de mejor derecho: “Cuando no se han acumulado acciones, pidiéndose sólo el reconocimiento de una preferencia en el pago, la sentencia aparece como de naturaleza declarativa, contra ambos demandados. Es pues una sentencia simple, con un pronunciamiento común frente al demandado-ejecutante y al demandado ejecutado. Pero si se hubiesen acumulado las acciones por cobro del crédito y reconocimiento de la preferencia en el pago, tendremos una sentencia compleja. Respecto al demandado-ejecutante, ambos pronunciamientos serán sólo declarativos (la del reconocimiento del crédito contra el deudor común, como antecedente o presupuesto de la preferencia) y respecto al demandado-ejecutado, la primera será de condena y la segunda declarativa. Va de suyo, que en todos los supuestos, la sentencia será también constitutiva, en el sentido de ser siempre una norma jurídica individualizada y también cuando contenga condena en costas» (PODETTI, 1949: 216).

5.2.6 Efectos

A criterio de Podetti:

- “El primer efecto que produce la deducción de una tercería de mejor derecho ‘prima facie’ procedente, es la suspensión del pago en el juicio principal” (PODETTI, 1949: 231).
- “Otro efecto que produce la deducción de una tercería de mejor derecho, a la cual se le ha dado curso, es la posibilidad, para el ejecutante, de pedir ampliación de embargo...” (PODETTI, 1949: 235).

Máximo Castro, en lo que toca a los efectos de la tercería de mejor derecho, señala que “si (...) lo que se reclama es solamente un derecho de preferencia en el pago, entonces podrá llegarse hasta la venta de la cosa embargada, y lo único que se suspenderá hasta la terminación del juicio de tercería es el pago, pues sólo entonces se sabrá quién tiene mejor derecho...” (CASTRO, 1931, Tomo Tercero: 129). Máximo Castro hace notar que “... si el precio obtenido en la venta permite pagar al tercerista y al ejecutante, la tercería habrá dejado de tener su importancia; pero de cualquier modo debe suspenderse el pago hasta que se resuelva la tercería” (CASTRO, 1931, Tomo Tercero: 129).

Lino Palacio, al examinar los efectos de la tercería de mejor derecho, opina de esta manera:

“... Esta clase de tercería no obsta a la realización de la subasta judicial del bien embargado ni a la entrega de éste al acreedor, pues en ella no se trata de obtener el levantamiento del embargo sino de decidir la preferencia en el pago requerida por el tercerista (...).

(...) La suspensión se opera desde que el comprador ha depositado el precio obtenido en la subasta del bien y termina cuando se encuentra firme la sentencia dictada en la tercería. Pero la suspensión no se verifica, y procede en consecuencia efectuar el pago al embargante, si éste otorga la fianza (para responder a las resultas de la tercería)...” (PALACIO, 1983, Tomo III: 318).

Los efectos de la tercería de derecho preferente se encuentran contemplados en el artículo 537 del Código Procesal Civil, el cual establece que:

“Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien”.

5.2.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con la tercería de derecho preferente

En los subpuntos que siguen veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con la tercería de derecho preferente.

5.2.7.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales de la tercería de derecho preferente

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales de la tercería de derecho preferente, ha establecido lo siguiente:

- “... Los procesos de tercería de derecho preferente [...] son iniciados por acreedores [...] que reclaman su derecho a ser pagados preferentemente respecto de otros acreedores [...], quienes, por determinadas circunstancias (tiempo o modo), sólo podrán recibir su pago luego de que se haga efectiva la acreencia de quien reclama ser titular de un crédito que debe ser atendido preferentemente...” (Casación Nro. 727-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17397-17398).
- “... El fundamento de toda tercería de derecho preferente es precisamente la preferencia en el pago con respecto a otros acreedores...” (Casación Nro. 608-04 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, págs. 14778-14779).
- “... La tercería de mejor derecho o de derecho preferente de pago [opera] a efectos de que se le pague [al tercerista] antes que al acreedor, con el producto de la venta del bien sobre el que ha recaído la medida cautelar...” (Casación Nro. 3409-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21537-21538).
- “... La tercería preferente de pago tiene como propósito suspender el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia de los créditos contrapuestos...” (Casación Nro. 949-2005 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2007, págs. 20079-20080).
- “... Con la demanda de Tercería Preferente de Pago el tercerista pretension se cancele en primer orden su crédito con el precio del bien afecto con gravamen, por considerar tener prioridad frente a otro acreedor que también quiere hacerse cobro con él y que efectivamente lo venía intentando en un proceso judicial...” (Casación Nro. 876-2001 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7851-7852).

- “... El artículo 24 de la Constitución Política del Estado [...] constituye un dispositivo de jerarquía superior a cualquier otra norma legal vigente en nuestro país, pues un derecho de carácter laboral siempre va a tener preeminencia frente a cualquier otra obligación del empleador...” (Casación Nro. 4039-2007 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22200-22201).
- “... Si bien se consideró en la sentencia recurrida [...] que el derecho de la tercerista, para ser opuesto al derecho del Banco acreedor hipotecario, debió ser inscrito con anterioridad, no es menos cierto [...] que el carácter persecutorio de la hipoteca del Banco tiene una limitación y ésta se encuentra dada en la garantía constitucional de la preferencia de los créditos laborales, los cuales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, esto es, que la prelación o privilegio de los créditos laborales prevista en el segundo párrafo del artículo 24 de nuestra Carta Magna, al no limitar ni distinguir el tipo o naturaleza de la obligación constituida por el empleador frente a terceros permite establecer que dicha obligación puede ser de naturaleza personal o real (verbigracia: embargo o hipoteca, respectivamente)...” (Casación Nro. 3409-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21537-21538).
- “... No hay otros derechos por sobre los de el trabajador, aunque estén respaldados por derechos reales de garantía los créditos de los otros acreedores...” (Casación Nro. 2698-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8582).
- “... De conformidad con el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, como sucede en el caso de autos con el crédito de los terceristas [preferentes de pago] que proviene del incumplimiento del pago de sus beneficios sociales teniendo prelación sobre la garantía hipotecaria...” (Casación Nro. 1613-2002 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, pág. 10081).
- “... Aplicando el principio de prioridad en el pago consagrado constitucionalmente, se aprecia que tal decisión constitucional obedece a intereses de protección a los acreedores laborales frente a los demás acreedores de distinto orden, dentro del marco de una economía social de mercado. De manera que [...] dicho principio constitucional debe aplicarse por encima de las preferencias de derechos que se encuentran previstas en el Libro IX del Código Civil, referida a los registros públicos...” (Casación Nro.

3235-2002 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12771-12772).

- “... Siendo el artículo veinticuatro de la Constitución un dispositivo de carácter constitucional y por ende de jerarquía superior a cualquier otra norma legal vigente en nuestro país, resulta aplicable al caso de autos, sin interesar si los derechos del [...] demandado se encuentran registrados, pues un derecho de carácter laboral siempre va a tener preeminencia frente a cualquier otro...” (Casación Nro. 2698-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8582).
- “... Si bien es cierto que esta Corte tiene establecido que no cabe el Recurso de Casación contra las resoluciones que expedidas en revisión resuelven las solicitudes relativas a medidas cautelares, se ha pronunciado por la procedencia del presente recurso en atención a que la materia controvertida importa una pretensión de tercería preferente de pago tramitada con infracción a las normas procesales...” (Casación Nro. 1035-96 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-04-1998, págs. 764-765).

5.2.7.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la oportunidad para promover la tercería de derecho preferente

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la oportunidad para promover la tercería de derecho preferente, ha establecido lo siguiente:

- “... El caso de autos trata de una tercería de derecho preferente de pago, de manera que la oportunidad en que la demanda debe ser interpuesta es hasta antes que se produzca el pago al acreedor, no interesando si es que el bien inmueble se encuentra en estado de remate o no, pues lo que se discute no es la propiedad del bien, sino la preferencia en el pago. [...] El supuesto de acreditar que el bien se encuentre en estado de remate resulta pertinente cuando estamos ante una tercería de propiedad, mas no así en un supuesto de tercería de derecho preferente de pago, por lo que la demanda no resulta siendo prematura, por tanto no se encuentra incurso en el supuesto de improcedencia que ha sido declarado por el Colegiado [Superior]. [...] Conforme a los argumentos expuestos, se ha incurrido en infracción del artículo 534 del Código formal [C.P.C.], habiéndose contravenido de esa manera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del que goza el recurrente, al haberse declarado la improcedencia de su demanda, fundamentándose la decisión en una aplicación contraria de la ley, por lo que la recurrida se encuentra en el supuesto de nulidad previsto en el primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil...”

(Casación Nro. 1511-2001 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2002, pág. 9460).

- “... No puede considerarse equivocado el análisis de la admisión de la demanda [sobre tercería preferente de pago] teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo quinientos treinticuatro de la Ley Procesal citada [C.P.C.], pues, si se admitiese una demanda de este tipo sin verificar si el pago ya se realizó o no, ello ocasionaría una incertidumbre respecto de la posibilidad de dar cumplimiento a lo normado en el artículo quinientos treintisiete del referido cuerpo legal. En efecto, si los jueces admitiesen demandas como la que es materia de autos sin verificar si ya se realizó el pago a favor del acreedor o no (al respecto, debemos precisar que la norma es clara al establecer como punto determinante para la oportunidad de este tipo de demandas el hecho del pago a favor del acreedor y no el momento en que se cursan los partes para la inscripción de la adjudicación, como sostienen los recurrentes), podría suceder, en el caso que el pago ya se haya realizado, que el mandato contenido en el artículo quinientos treintisiete del Texto Procesal [C.P.C.] devenga en un imposible jurídico, lo que implicaría un desconocimiento de lo normado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 672-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20273).

5.2.7.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos y la prueba en la tercería de derecho preferente

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los requisitos y la prueba en la tercería de derecho preferente, ha establecido lo siguiente:

- “... La sentencia de vista determina la improcedencia de la demanda [sobre tercería preferente de pago] por cuanto los accionantes no han acreditado el estado de insolvencia del actor [sic -léase deudor-], requisito para interponer la demanda...” (Casación Nro. 3614-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7254).
- “... Para que la Tercería de Preferencia de Pago se ampare, resulta necesario que la suma adeudada sea determinada, como resulta de la concordancia de los artículos quinientos treintitrés, quinientos treintisiete, setecientos veintiséis y setecientos cuarentiocho del Código Adjetivo [C.P.C.]; esto es, se requiere que el crédito sea por un monto cierto contenido en la demanda, pues de lo contrario no podría efectivizarse el cobro con el producto de la venta judicial del bien afectado...” (Casación Nro. 876-2001 /

Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7851-7852).

- “... Los créditos laborales tienen preferencia, porque así lo establece la Constitución y la ley; pero esas preferencias se refieren a créditos laborales ciertos, cuya existencia[,] legitimidad y cuantía han sido debidamente acreditados, lo que requiere que el juzgador compruebe la existencia de todos los elementos que configuran la existencia de una relación laboral previa: como son libros y registros de planillas de remuneraciones, boletas de pago, pagos de aportaciones a la seguridad social, y desde luego la existencia del centro laboral. De otro modo se estaría creando la posibilidad de simulaciones de créditos en fraude de derechos legítimamente constituidos. [...] En consecuencia, para que la tercería de derecho preferente de pago se ampare resulta necesario que la suma adeudada sea determinada, esto es, que sea un monto cierto contenido en la demanda, por lo que se requiere que la cantidad adeudada haya sido establecida en un proceso judicial previo, no pudiendo discutirse el monto de la deuda en un proceso como el presente [sobre tercería preferente de pago]...” (Casación Nro. 2819-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-10-2006, pág. 17191).
- “... [No se establece] como exigencia que el trabajador con acreencias laborales reconocidas por el órgano jurisdiccional respectivo [...] deba acreditar su existencia nuevamente al formular la demanda de tercería de derecho preferente de pago. El artículo quinientos treinticinco del Código Procesal Civil únicamente dispone que el demandante pruebe su derecho con documento público o con documento privado de fecha cierta, y en el caso de autos el derecho del actor se encuentra acreditado con documento público consistente en la sentencia [...] dictada por el [...] Juzgado Laboral [...]; y si bien es cierto que el Banco [...] no participó en el proceso de pago de beneficios sociales, por no tener interés alguno en el mismo, ello no quiere decir que los efectos vinculantes de la sentencia expedida en dicho proceso no sean aplicables a los presentes actuados [sobre tercería de derecho preferente de pago], en los que se pretende el pago preferente de una acreencia laboral, sin que importe desconocer el derecho real de garantía que detenta el banco sobre el bien afectado...” (Casación Nro. 160-07 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22177-22178).
- “... Resulta incuestionable que el crédito laboral del tercerista [de derecho preferente de pago] deriva de una conciliación aprobada por el Juez laboral que tiene la calidad de cosa juzgada y en modo alguno puede ser

desconocida por el propio Órgano Jurisdiccional, no habiendo regulado la ley que en el proceso de Tercería de Derecho Preferente de Pago [...] pueda ventilarse también la constitucionalidad o legalidad, por presunta violación del derecho al debido proceso, de una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada; estando reservado [sic] dicha revisión para el proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta contemplado en el artículo ciento setentiocho del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 1950-2005 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17906-17908).

- “... La validez de la hipoteca incide directamente en la cuestión materia de litis [tercería preferente de pago], con la finalidad de determinar la prelación de los créditos, por lo que el artículo 1099 del Código sustantivo [C.C., sobre requisitos de validez de la hipoteca] resulta pertinente para la resolución de la controversia...” (Casación Nro. 149-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, págs. 11196-11197).
- “... La hipoteca en que se sustenta la demanda de tercería [preferente] de pago [...] no puede surtir sus efectos respecto de terceros y por tanto las normas cuya aplicación se reclaman que están referidas a la hipoteca, formalidad y validez de la misma, así como a los principios registrales de publicidad, legitimación, buena fe pública registral y prioridad de rango, no guardan nexo de causalidad con los hechos establecidos en el presente proceso, ya que dicha hipoteca no ha sido constituida en la forma prevista por la ley y no puede dar origen [a] la preferencia de pago invocada [en el proceso de tercería preferente de pago]...” (Casación Nro. 1892-2004 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2006, pág. 16112).
- “... Habiéndose acreditado que el contrato de anticresis presentado por los demandantes es de fecha anterior al del impugnante [demandado], tienen preferencia en la acreencia del crédito...” (Casación Nro. 2330-02 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2002, pág. 9652).

5.2.7.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con los efectos de la tercería de derecho preferente

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los efectos de la tercería de derecho preferente, ha establecido lo siguiente: “... La tercería preferente de pago suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia de los créditos, esto quiere decir que el juzgador debe analizar la

naturaleza de los créditos contrapuestos y determinar cuál de ellos tiene preferencia de pago sobre el otro...” (Casación Nro. 2806-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23141-23142).

6. CONNIVENCIA Y MALICIA EN LA TERCERÍA

Enrique Falcón dice sobre la connivencia entre tercerista y embargado lo siguiente: “... Puede ser que la tercería se use como un medio de dilatar el proceso, o de obtener ilegítimamente el bien por el tercerista, recuperándolo en realidad para el ejecutado, frustrando las expectativas del ejecutante. Cuando resultare probada la connivencia del tercerista con el embargado, el juez ordenará sin más trámite la remisión de los antecedentes a la justicia penal, e impondrá al tercerista, o a los profesionales que lo hayan representado o patrocinado, o a ambos, las sanciones disciplinarias que correspondan. Asimismo podrá disponer la detención del tercerista hasta el momento en que comience a actuar el juez de instrucción” (FALCON, 1978: 88).

Podetti afirma por su lado que “... el ejercicio de la acción de tercería, si evidentemente carecía de derecho para deducirla, le hace responsable de los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado a los demandados, especialmente al ejecutante o si deduciéndola con derecho, procedió con dolo o negligencia” (PODETTI, 1949: 156). Continúa dicho autor diciendo que “... el tercerista responderá de los daños y perjuicios ocasionados al ejecutante, si procedió manifiestamente con dolo, pues habrá tenido conciencia de que ejercitaba una acción infundada, cometiendo un acto ilícito. También sería responsable si la ignorancia de la inexistencia del derecho invocado, se debió a su propia negligencia o si teniendo el derecho, lo ejercitó en forma abusiva, con el propósito de dañar al ejecutante, al ejecutado o a ambos a la vez” (PODETTI, 1949: 159).

Con arreglo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 538 del Código Procesal Civil, si se demostrase la connivencia entre tercerista y demandado (quien sufre la medida cautelar o para la ejecución):

- Se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.
- Se dispondrá que tanto el tercerista como el demandado y sus abogados indemnicen (solidariamente) los daños y perjuicios causados.
- Se les condenará a aquéllos al pago de las costas y costos.
- Se remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

No podemos dejar de mencionar que, de conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 538 del Código Procesal Civil, las mismas sanciones (aludidas en los acápites precedentes) se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar.

7. SUSPENSION DE MEDIDA CAUTELAR SIN TERCERIA

“No siempre es necesaria la deducción de una tercería de dominio para obtener el levantamiento de un embargo; pues, cuando la propiedad del inmueble o la posesión de la cosa mueble puede justificarse en forma fehaciente, sin necesidad de substanciación de prueba, el juez puede disponerlo de inmediato aun contra la voluntad del embargante...” (ALSINA, 1962, Tomo V: 551).

El artículo 539 del Código Procesal Civil recoge la hipótesis de suspensión de la medida cautelar sin plantear tercería, estableciendo que: “El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario, el interesado puede interponer tercería, de acuerdo al Artículo 533° *[del C.P.C.]*”.

CAPITULO XLII

EL PROCESO SUMARISIMO: ASPECTOS GENERALES

1. CONFIGURACION DEL PROCESO SUMARISIMO

El proceso sumarísimo, como su denominación lo indica, es aquel proceso contencioso de duración muy corta donde tiene lugar ciertas limitaciones que se traducen en la restricción de determinados actos procesales (como cuando se permite tan sólo los medios probatorios de actuación inmediata, tratándose de excepciones y defensas previas -art. 552 del C.P.C.- y de cuestiones probatorias -art. 553 del C.P.C.-, o se tiene por improcedentes la reconvencción y los informes sobre hechos -art. 559 del C.P.C.-), lo cual está orientado, precisamente, a abreviar lo más posible el trámite del mencionado proceso, a fin de lograr una pronta solución al conflicto de intereses de que se trate.

El proceso sumarísimo equivale al denominado trámite incidental o de oposición (conforme lo establece la Tercera Disposición Final -inc. 4)- del C.P.C.) y se distingue, pues, por la reducción de los plazos procesales (que son los más cortos en relación con las otras clases de procesos -vale decir, de conocimiento y abreviado-) y por la concentración de las audiencias correspondientes en una sola, denominada audiencia única, dentro de la cual, inclusive, se produce la expedición de la sentencia (salvo que, excepcionalmente, el Juez reserve su decisión para un momento posterior).

En vía de proceso sumarísimo se ventilan, por lo general, las controversias que no revisten mayor complejidad o en las que sea urgente la tutela jurisdiccional, comprendiéndose, además, aquellas en las que la estimación patrimonial o cuantía sea mínima.

2. ASUNTOS CONTENCIOSOS TRAMITADOS EN PROCESO SUMARISIMO

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

- A) Alimentos (arts. 546 -inc. 1)- y 560 al 572 del C.P.C.).
- B) Separación convencional y divorcio ulterior (arts. 546 -inc. 2)- y 573 al 580 del C.P.C.).
- C) Interdicción (arts. 546 -inc. 3)- y 581 al 584 del C.P.C.).
- D) Desalojo (arts. 546 -inc. 4)- y 585 al 596 del C.P.C.).
- E) Interdictos (arts. 546 -inc. 5)- y 597 al 607 del C.P.C.).
- F) Los que no tienen una vía procedimental propia (como proceso de conocimiento o proceso abreviado o proceso único de ejecución), son inapreciables en dinero (de carácter extrapatrimonial) o hay duda sobre su monto (cuantía) o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo (art. 546 -inc. 6)- del C.P.C.). En este caso, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo es expedida sin citación al demandado y tiene la calidad de inimpugnable (art. 549 del C.P.C.).
- G) Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal (art. 546 -inc. 7)- del C.P.C.).
- H) Los demás que la ley señale (art. 546 -inc. 8)- del C.P.C.). Entre los asuntos contenciosos cuyo trámite sumarísimo es previsto por la ley tenemos los siguientes:
 - Asignación de pensión a herederos forzosos económicamente dependientes del ausente (art. 58 del C.C.).
 - Convocatoria judicial a asamblea general de asociación (art. 85 del C.C.).
 - Declaración de pérdida del derecho del deudor al plazo (art. 181 del C.C.).
 - Fijación judicial del plazo (art. 182 del C.C.).
 - Fijación judicial del plazo para la ejecución del cargo (art. 186 del C.C.).
 - Ineficacia de actos gratuitos en caso de fraude (art. 200 del C.C.).
 - Oposición a la celebración del matrimonio (art. 256 del C.C.).
 - Autorización del trabajo fuera del hogar de los cónyuges (art. 293 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).

- Regulación de contribución de los cónyuges al sostenimiento del hogar (art. 300 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Administración de los bienes del otro cónyuge (art. 305 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Nombramiento de curador especial por oposición de intereses entre padres e hijos (art. 460 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Nombramiento de curador para los hijos en caso de incumplimiento de deberes del consejo de familia o de eventual perjuicio (art. 468 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Nombramiento de curador especial en general (art. 606 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Impugnación de renuncia a la herencia en caso de perjuicio a acreedores (art. 676 del C.C.).
- Nombramiento de albacea dativo (art. 792 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Remoción de albacea (art. 795 del C.C.).
- Determinación del valor colacionable en caso de liberalidad consistente en dinero, créditos o títulos valores (art. 835 del C.C. y Tercera D.F. -inc. 4)- del C.P.C.).
- Adopción de decisiones sobre el bien común respecto de actos de administración ordinaria (art. 971 -inc. 2)- del C.C. y Tercera D.F. -inc. 4)- del C.P.C.).
- Retribución del administrador de hecho del bien común (art. 973 del C.C. y Tercera D.F. -inc. 4)- del C.P.C.).
- Partición del bien común antes del vencimiento del plazo del pacto de indivisión (art. 993 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Ejecución de reparaciones ordinarias del bien constituido en usufructo (art. 1014 del C.C. y Tercera D.F. -inc. 4)- del C.P.C.).
- Oposición a actos del usufructuario y regulación del uso o explotación del bien constituido en usufructo (art. 1017 del C.C. y Tercera D.F. -inc. 4)- del C.P.C.).
- Reducción del monto de la hipoteca (art. 1116 del C.C. y Tercera D.F. -inc. 4)- del C.P.C.).

- Elección de prestación alternativa (art. 1163 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Otorgamiento de escritura pública o cumplimiento de otra formalidad no solemne bajo sanción de nulidad (art. 1412 del C.C.).
- Restitución de bien depositado voluntariamente en caso de pluralidad de depositantes o herederos (art. 1839 del C.C. y Quinta D.F. -inc. 1)- del C.P.C.).
- Solicitud de constancia de transmisión de título valor a la orden por medio distinto al endoso (art. 28 de L.T.V. y Quinta D.F. -inc. 3)- del C.P.C.).
- Anotación o registro judicial de constitución de derecho sobre título valor nominativo (art. 32 de L.T.V.).
- Cancelación de endoso en procuración o cobranza de título valor a la orden (art. 41 de L.T.V.).
- Sustitución de título valor y requerimiento de intervención en caso de deterioro notable o destrucción parcial (art. 101 de L.T.V. y Quinta D.F. -inc. 3)- del C.P.C.).
- Declaración de ineficacia de título valor en caso de deterioro total, extravío o sustracción (art. 102 de L.T.V. y Quinta D.F. -inc. 3)- del C.P.C.).
- Oposición a demanda de declaración de ineficacia de título valor en caso de deterioro total, extravío o sustracción (art. 105 de L.T.V. y Quinta D.F. -inc. 3)- del C.P.C.).
- Declaración de ineficacia de títulos valores nominativos e intransferibles (art. 108 de L.T.V. y Quinta D.F. -inc. 3)- del C.P.C.).
- Revocación de la orden de pago contenida en el cheque (art. 208 de L.T.V. y Quinta D.F. -inc. 3)- del C.P.C.).
- Otorgamiento de escritura pública del pacto social (art. 5 de la L.G.S.).
- Modificación de denominación o razón social (art. 9 de la L.G.S.).
- Otorgamiento de escritura pública o inscripción de acuerdos societarios (art. 15 de la L.G.S.).
- Exclusión de socio por morosidad en aportes (art. 22 de la L.G.S.).
- Impugnación de acuerdos de junta general de accionistas por defecto de convocatoria o falta de quórum (art. 143 de la L.G.S.).

- Convocatoria a junta general de accionistas para elección de nuevo directorio por vacancias múltiples (art. 158 de la L.G.S.).
- Determinación de plazos y forma de pago en el reembolso del valor de acciones en caso de separación de accionista (art. 200 de la L.G.S.).
- Oposición del acreedor de sociedad anónima a ejecución del acuerdo de reducción de capital (art. 219 de la L.G.S.).
- Fijación del importe a pagar en caso de transferencia de acciones de sociedad anónima cerrada (art. 237 de la L.G.S.).
- Fijación del valor de acciones en caso de transmisión por sucesión hereditaria en la sociedad anónima cerrada (art. 240 de la L.G.S.).
- Impugnación del acuerdo de exclusión de accionistas (por defectos de convocatoria o falta de quórum) en la sociedad anónima cerrada (arts. 248 y 143 de la L.G.S.).
- Fijación del precio a pagar en caso de transferencia de participaciones sociales en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (art. 291 de la L.G.S.).
- Oposición del acreedor de sociedad al acuerdo de fusión (arts. 359 y 219 de la L.G.S.).
- Oposición del acreedor de sociedad al acuerdo de escisión (arts. 383 y 219 de la L.G.S.).
- Convocatoria a junta general para acordar disolución de sociedad o declaración judicial de disolución (art. 409 de la L.G.S.).
- Designación de liquidadores e inicio de procedimiento liquidatorio en caso de disolución de sociedad solicitada por el Poder Ejecutivo (art. 410 de la L.G.S.).
- Remoción de liquidadores (art. 415 de la L.G.S.).

3. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS SUMARISIMOS

De conformidad con el artículo 547 del Código Procesal Civil:

- Son competentes para conocer de los procesos sumarísimos de separación convencional y divorcio ulterior los Jueces de Familia (parte inicial del primer párrafo del art. 547 del C.P.C.). Al respecto, debe tenerse en consideración que, con arreglo a lo previsto en el inciso 7) del artículo

1 de la *Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos* (Ley Nro. 26662, del 20-09-1996), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar la separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia, cual es la *Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías* (Ley Nro. 29227, del 15-05-2008) y su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, del 12-06-2008). El artículo 3 de la Ley Nro. 29227 prescribe que son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial (no contencioso) establecido en dicha Ley (sobre separación convencional y divorcio ulterior en municipalidades y notarías), los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio. Por su parte, el artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS señala: A. que el alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada (por el Ministerio de Justicia), así como el notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio, son competentes para realizar el procedimiento no contencioso (de la separación convencional y divorcio ulterior) regulado en la Ley Nro. 29227; B. que se entiende por domicilio conyugal el último domicilio que compartieron los cónyuges, señalado en declaración jurada suscrita por ambos; y C. que la solicitud de divorcio ulterior será tramitada ante el mismo notario o alcalde que declaró la separación convencional, de acuerdo a ley.

- Son competentes los Jueces de Familia para conocer los procesos sumarísimos de interdicción (parte inicial del primer párrafo del art. 547 del C.P.C.).
- Son competentes los Jueces Civiles para conocer los procesos sumarísimos de interdictos (parte final del primer párrafo del art. 547 del C.P.C.).
- Son competentes los Jueces Civiles para conocer los casos del inciso 6) del artículo 546 del Código Procesal Civil, es decir, aquellos asuntos contenciosos que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de la tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo (de la vía sumarísima, se entiende). Es de destacar que en el caso del inciso 6) del artículo 546 del Código Procesal Civil, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable. (Ello se desprende de los artículos 547 -parte final del primer párrafo- y 549 del Código Procesal Civil).

- Los Jueces de Paz Letrados conocen los procesos de alimentos (art. 547 -segundo párrafo- del C.P.C.). Sin embargo, los Jueces de Paz pueden conocer de los alimentos y procesos derivados y conexos a éstos (a elección del demandante), cuando el vínculo familiar esté fehacientemente acreditado, o cuando no estando acreditado ambas partes se allanen a su competencia (art. 16 -inc. 1)- de la Ley Nro. 29824 y art. 96 de la Ley Nro. 27337).
- En el caso del inciso 4) del artículo 546 del Código Procesal Civil (desalojo), cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados (tercer párrafo del art. 547 del C.P.C.). Es de destacar que el Juez del lugar donde se encuentra el bien inmueble materia de un contrato de arrendamiento es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble (entiéndase demanda de desalojo), tratándose de contratos de arrendamiento con firmas legalizadas notarialmente o ante Juez de Paz (en los lugares donde no haya notario público) con cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme al artículo 1697 (incisos 1 y 2) del Código Civil (art. 594 -parte pertinente- del C.P.C.).
- En el caso del inciso 7) del artículo 546 del Código Procesal Civil (asuntos contenciosos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal), cuando la pretensión sea hasta diez Unidades de Referencia Procesal, es competente para sentenciar el Juez de Paz, y si la pretensión es hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, el Juez de Paz tiene competencia para resolver mediante conciliación. Si la cuantía de la pretensión excede los montos señalados, será competente el Juez de Paz Letrado (último párrafo del art. 547 del C.P.C.).

No podemos dejar de mencionar que, en lo que atañe a la competencia para conocer de los procesos sumarísimos (y de las demás clases de procesos), habrá que estar a lo dispuesto en las reglas contenidas en el Título II (“Competencia”) de la Sección Primera (“Jurisdicción, acción y competencia”) del Código Procesal Civil.

4. TRAMITE DEL PROCESO SUMARISIMO

En líneas generales, el trámite del proceso sumarísimo es como sigue:

- Una vez presentada la demanda, el Juez la califica, pudiendo declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos

426 y 427 del Código Procesal Civil (que versan sobre la inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, en ese orden), respectivamente (art. 551 -primer párrafo- del C.P.C.).

- Si (el Juez) declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable (art. 551 -segundo párrafo- del C.P.C.).
- Si (el Juez) declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados (art. 551 -in fine- del C.P.C.).
- Al admitir la demanda, el Juez concederá al demandado cinco días para que la conteste (art. 554 -primer párrafo- del C.P.C.). Es de destacar que, en caso de demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, se desprende de los artículos 435 -tercer párrafo- y 550 del Código Procesal Civil que los plazos máximos de emplazamiento en el proceso sumarísimo serán de: A. quince días, si el demandado se halla en el país; y B. veinticinco días, si el demandado estuviese fuera del país o se trata de persona indeterminada o incierta.
- Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez fijará fecha para la audiencia (única) de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerlo, bajo responsabilidad (art. 554 -segundo párrafo- del C.P.C.). Puntualizamos que, a tenor del artículo 557 del Código Procesal Civil, la referida audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en dicho Código para la audiencia de pruebas (arts. 202 al 211 del C.P.C.).
- Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas (que, dicho sea de paso, se interponen al contestarse la demanda, permitiéndose tan sólo los medios probatorios de actuación inmediata: art. 552 del C.P.C.), el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas (parte pertinente del primer párrafo del art. 555 del C.P.C.).
- Concluida la actuación de los medios probatorios pertinentes a las excepciones o defensas previas que se hubieren deducido, si encuentra infundadas aquéllas, el Juez declarará saneado el proceso (art. 555 -parte pertinente del primer párrafo- del C.P.C.).
- Seguidamente, el Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba (art. 555 -parte pertinente del primer párrafo- del C.P.C.).

- A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) que se susciten (debiéndose destacar que las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, lo que ocurrirá durante la audiencia única: art. 553 del C.P.C.), resolviéndolas de inmediato (art. 555 -segundo párrafo- del C.P.C.).
- Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten (parte inicial del penúltimo párrafo del art. 555 del C.P.C.).
- Luego de haber hecho uso de la palabra los Abogados de las partes, el Juez expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia (ello según el penúltimo y último párrafos del art. 555 del C.P.C.).
- La sentencia es apelable con efecto suspensivo (sujetándose el trámite de la referida apelación con efecto suspensivo a lo dispuesto en el art. 376 del C.P.C., conforme lo ordena el art. 558 del C.P.C.), dentro de tercer día de notificada, ocurriendo lo propio con la resolución citada en el último párrafo del artículo 551 del Código Procesal Civil (cual es la resolución que declara improcedente la demanda) y con la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa. Las demás resoluciones son sólo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 del Código Procesal Civil (que versa precisamente sobre la apelación diferida) en lo que respecta a su trámite. Así lo determina el artículo 556 del Código Procesal Civil.

5. ACTOS PROCESALES IMPROCEDENTES EN EL PROCESO SUMARISIMO

Del texto del artículo 559 del Código Procesal Civil se puede apreciar que en el proceso sumarísimo resultan improcedentes:

- A) La reconvencción.
- B) Los informes sobre hechos.

CAPITULO XLIII

PROCESO SUMARISIMO DE ALIMENTOS

1. EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL

1.1 Configuración

El de alimentos “... es un proceso especial de características sumarias tendiente a la fijación y percepción de cuotas alimentarias, traducidas en dinero, debidas en razón del vínculo o la gratitud” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1992: 414).

En opinión de Prieto-Castro y Ferrándiz, el proceso de alimentos “... se deberá concebir simplemente como una especie de sumario, que tiende a procurar del modo más rápido alimentos al que los necesita y tiene derecho a ellos” (PRIETO-CASTRO, 1983, Volumen 2: 87).

El proceso de alimentos de **personas mayores de edad** es uno contencioso y sumarísimo, y se encuentra normado en el Sub-Capítulo 1º (“Alimentos”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 560 al 572.

En cambio, lo relativo al derecho alimentario de **niños y adolescentes** se tramita en la vía de proceso único regulado en el Código de los Niños y Adolescentes (en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto).

No obstante presentar similitudes en su tramitación, ambos tipos de procesos serán estudiados separadamente para una mejor comprensión de los mismos.

Ponemos de relieve que el reclamo de alimentos no necesariamente constituye una pretensión autónoma y/o aislada que origina la correspondiente clase de proceso (de alimentos), sino que puede estar acumulada a otras pretensiones como,

por ejemplo, las de separación de cuerpos y divorcio. Es más, en estos casos el pronunciamiento judicial sobre la asignación alimenticia se torna indispensable, sobre todo cuando está de por medio los intereses de los hijos menores de edad. Al respecto, el artículo 342 del Código Civil establece claramente que el juez señala en la sentencia (de separación de cuerpos) la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa. Puntualizamos que la regla contenida en el artículo 342 del Código Civil es aplicable también al divorcio, por disposición del artículo 355 de dicho cuerpo de leyes. Por otro lado, el primer párrafo del numeral 345 del Código sustantivo prescribe que en caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los **alimentos** de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

1.2 Órgano jurisdiccional competente

Tal como se desprende del segundo párrafo del artículo 547 del Código Procesal Civil, los Jueces de Paz Letrados son los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del proceso sumarísimo de alimentos. Sin embargo, los Jueces de Paz pueden conocer de los alimentos y procesos derivados y conexos a éstos (a elección del demandante), cuando el vínculo familiar esté fehacientemente acreditado, o cuando no estando acreditado ambas partes se allanen a su competencia (art. 16 de la Ley Nro. 29824 y art. 96 de la Ley Nro. 27337).

Además, corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al Juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste. Así lo preceptúa el primer párrafo del artículo 560 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 24 -inc. 3)- de dicho Código, el cual señala que, además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante, el Juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias.

El último párrafo del artículo 560 del Código Procesal Civil precisa que el Juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio.

1.3 Legitimación

Tienen legitimidad para promover el proceso de alimentos las personas beneficiadas con éstos, a saber:

- Los cónyuges.

- Los ascendientes.
- Los descendientes.
- Los hermanos.

El concubino abandonado también está legitimado para iniciar el proceso de alimentos en la hipótesis contemplada en el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil, vale decir, cuando termina la unión de hecho por decisión unilateral.

Si el alimentista es un menor de edad u otro incapaz, entonces, comparecerá al proceso debidamente representado. Es de destacar que, de manera excepcional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Código Civil, tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo para, entre otros actos, demandar y ser parte en el proceso de alimentos a favor de sus hijos. Dicho numeral es concordante con el inciso 2) del artículo 561 del Código Procesal Civil, según el cual, en el proceso de alimentos, ejercen la representación procesal el padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad.

En relación a la legitimación en el proceso de alimentos, Lino Palacio manifiesta lo siguiente: “... En virtud de que la obligación alimentaria derivada del matrimonio o del parentesco es, como regla general, recíproca, la legitimación del marido, de la mujer y de los parientes puede ser activa o pasiva según que, respectivamente, sean acreedores o deudores de dicha obligación. Como ésta, asimismo, es sucesiva, de modo que no nace en tanto exista cónyuge o un pariente llamado a cumplirla con prioridad, tal característica incide correlativamente en la legitimación activa o pasiva...” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 517).

1.4 Representación procesal

En el proceso de alimentos, y tal como lo señala el artículo 561 del Código adjetivo, ejercen la representación procesal:

1. El apoderado judicial del demandante capaz (art. 561 -inc. 1)- del C.P.C.).
2. El padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad (art. 561 -inc. 2)- del C.P.C.).
3. El tutor (art. 561 -inc. 3)- del C.P.C.).
4. El curador (art. 561 -inc. 4)- del C.P.C.).
5. Los defensores de menores a que se refiere el Código de los Niños y Adolescentes (art. 561 -inc. 5)- del C.P.C.).

6. El Ministerio Público en su caso (art. 561 -inc. 6)- del C.P.C.).
7. Los directores de los establecimientos de menores (art. 561 -inc. 7)- del C.P.C.).
8. Los demás que señale la ley (art. 561 -inc. 8)- del C.P.C.).

1.5 Exoneración del pago de tasas judiciales

Por disposición del artículo 562 del Código Procesal Civil, el demandante se encuentra exonerado del pago de tasas judiciales (por concepto de ofrecimiento de pruebas, apelación de autos y de la sentencia, recurso de queja, recurso de casación, etc.), siempre que el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal.

El artículo 562 del Código Procesal Civil es concordante con el numeral 413 -segundo párrafo- de dicho cuerpo de leyes, que establece que están exonerados de los gastos del proceso las Universidades Públicas, quienes obtengan Auxilio Judicial y la **parte demandante en los procesos de alimentos** dentro de los límites establecidos en la ley pudiendo ser condenados al pago de costas y costos.

1.6 Prohibición de ausentarse

A pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país (nótese que es una facultad del magistrado y no un deber), mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria (art. 563 -primer párrafo del C.P.C.).

Esta prohibición (al demandado de ausentarse del país) se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria (art. 563 -segundo párrafo del C.P.C.).

Para efectos de dar cumplimiento a la prohibición (al demandado de ausentarse del país), el juez cursa oficio a las autoridades competentes (art. 563 -in fine- del C.P.C.).

1.7 Informe del centro de trabajo sobre remuneración del demandado

Lo concerniente al informe del centro de trabajo sobre la remuneración del demandado se halla regulado en el artículo 564 del Código Procesal Civil, en estos términos:

“El juez solicita el informe por escrito del centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma

de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de éste. Para otros casos, el informe es exigido al obligado al pago de la retribución económica por los servicios prestados por el demandado.

En cualquiera de los supuestos indicados, el informe es presentado en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles, bajo apercibimiento de denunciarlo por el delito previsto en el artículo 371° del Código Penal.

Si el juez comprueba la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente”.

El artículo 371 del Código Penal, a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 564 del Código Procesal Civil (numeral citado precedentemente), versa sobre el delito de omisión de declaraciones y servicios oficiales, estableciendo lo siguiente:

“El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4 *[del Código Penal]*”.

Los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal, a que se contrae el último párrafo del artículo 371 de dicho cuerpo de leyes, preceptúan que la inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular (art. 36 -inc. 1)- del C.P.).
- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (art. 36 -inc. 2)- del C.P.).
- Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia (art. 36 -inc. 4)- del C.P.).

Finalmente, es de resaltar que en la hipótesis contenida en el último párrafo del artículo 564 del Código Procesal Civil (citado líneas arriba), referida a la falsedad del informe, resulta de aplicación el artículo 412 del Código Penal, que norma el delito de expedición de prueba falsa y de resistencia a decir la verdad y que

citamos a continuación: “El que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

1.8 Anexo especial del escrito de contestación de demanda

El Juez no admitirá la contestación (de la demanda de alimentos) si el demandado no acompaña la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada (primer párrafo del art. 565 del C.P.C.). El mencionado anexo tiene por finalidad tratar de determinar el nivel de ingresos del sujeto pasivo de la relación procesal, que constituye uno de los factores a tener en cuenta para la fijación de la correspondiente pensión alimenticia, siempre que sea estimatoria la sentencia que se expida.

Se desprende del último párrafo del artículo 565 del Código Procesal Civil que en este caso es de aplicación el segundo párrafo del artículo 564 del indicado Código. Esto significa que, si el Juez comprueba la falsedad del anexo especial del escrito de contestación de demanda, remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente. Puntualizamos que en este supuesto no es aplicable el artículo 412 del Código Penal, que tipifica el delito de expedición de prueba falsa y de resistencia a decir la verdad, pues dicho ilícito penal se refiere exclusivamente a quien no es parte en el juicio en que legalmente se le requiere a suministrar un medio de prueba, y el demandado, obviamente, sí lo es. En consecuencia, será de aplicación -en nuestra opinión- el artículo 427 del Código Penal, que regula el delito de falsificación de documentos de esta manera:

“El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera una verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas”.

1.9 La prueba en el proceso de alimentos

En el proceso de alimentos “la prueba que debe suministrar el solicitante consiste fundamentalmente en la de los requisitos de fondo del derecho que invoca: parentesco con el demandado, falta de medios de subsistencia y de aptitud para adquirirlos, medios económicos del demandado. Además, en algunos casos se ha decidido que en razón del carácter subsidiario de la obligación de los afines, cuando se reclama alimentos a éstos debe demostrarse que no hay consanguíneos o que están imposibilitados de cumplir su obligación” (BELLUSCIO, 1979, Tomo II: 397).

Acerca del tema examinado en este apartado, Lino Palacio nos ilustra de este modo:

“... La carga consistente en denunciar, siquiera en forma aproximada, el caudal del alimentante, tiene por objeto no sólo la determinación inicial del *quantum* en torno al cual ha de versar el litigio y sobre cuya base corresponde fijar, eventualmente, la cuota alimentaria, sino también brindar al demandado la posibilidad de plantear las defensas y ofrecer las pruebas en respaldo de su derecho.

Aunque la falta de justificación del extremo analizado torna improcedente la fijación de la cuota en concepto de alimentos, no se requiere la producción de una prueba concluyente acerca de los ingresos del demandado, tanto menos en el supuesto de que, por trabajar aquél en forma independiente, resulta dificultoso el exacto control de su capacidad económica. De allí que frente a la inexistencia de haberes fijos o fácilmente verificables, a los efectos de la fijación de la cuota alimentaria es admisible hacer mérito de presunciones resultantes de indicios que demuestren la situación patrimonial del alimentante, computándose la índole de sus actividades, la posesión de bienes y su nivel de vida” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 526-528).

En relación a la prueba de los ingresos del demandado en un proceso de alimentos, deben tenerse en cuenta:

- El último párrafo del artículo 481 del Código Civil, el cual establece que no es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos.
- El artículo 564 del Código Procesal Civil, referido al informe del centro de trabajo sobre la remuneración del demandado.
- El artículo 565 del Código Procesal Civil, que trata sobre la obligación del demandado de adjuntar como anexo especial del escrito de contestación

de demanda la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o, de no estar obligado a tal declaración, una certificación jurada de sus ingresos con firma legalizada.

1.10 Medidas cautelares en el proceso de alimentos

A fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso de alimentos (que sea estimatoria), vale decir, el pago en forma periódica de la correspondiente pensión alimenticia, el demandante puede hacer uso de las medidas cautelares previstas en el ordenamiento procesal (como, por ejemplo, embargo en forma de depósito, inscripción, retención, intervención y administración; medidas temporales sobre el fondo; etc.), por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el Título IV (“Proceso cautelar”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil.

Es de resaltar que el Código adjetivo concede expresamente como medida temporal sobre el fondo en el proceso que nos ocupa la asignación anticipada de alimentos.

La asignación anticipada de alimentos es regulada por los artículos 675 y 676 del Código Procesal Civil, los cuales citamos seguidamente:

“Artículo 675º.- 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”.

“Artículo 676º.- Asignación anticipada y sentencia desfavorable.- Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por

el Artículo 567° [del C.P.C.]. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo”.

El artículo 424 del Código Civil, a que hace mención el artículo 675 del Código Procesal Civil (citado anteriormente), versa sobre los casos de subsistencia de la obligación alimentaria respecto de los hijos mayores de edad y prescribe que subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas. Por su parte, el artículo 473 del Código Civil, aludido en el artículo 675 del Código Procesal Civil (citado líneas arriba), trata acerca de los casos en que las personas mayores de edad tienen derecho a alimentos, estableciendo así: **A.** que el mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas; **B.** que si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir; y **C.** que no se aplica lo dispuesto en el acápite anterior, cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar alimentos. Finalmente, el artículo 483 del Código Civil, a que hace referencia el artículo 675 del Código Procesal Civil (citado anteriormente), regula los casos de exoneración y término de la obligación alimentaria de esta manera: **A.** el obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad; **B.** tratándose de hijos menores, a quienes el padre o la madre estuviese pasando una pensión alimenticia por resolución judicial, ésta deja de regir al llegar aquéllos a la mayoría de edad; y **C.** sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

En lo que atañe al artículo 567 del Código Procesal Civil, mencionado en el artículo 676 de dicho cuerpo de leyes (citado líneas arriba), cabe indicar que norma lo relativo a los intereses y actualización del valor de la pensión alimenticia, lo que se verá más adelante.

1.11 La sentencia en el proceso de alimentos: Efectos y modificación

“La sentencia favorable dictada en el juicio de alimentos es *declarativa*, en cuanto establece el derecho a la prestación solicitada; *constitutiva* al determinar la cuantía de la pensión alimentaria, y *de condena* al imponer al demandado el pago

respectivo, proveyendo al actor del título ejecutorio para el cobro compulsivo, llegado el caso” (ESCRIBANO, Carlos; y ESCRIBANO, Raúl; 1984: 213).

Al respecto, Gimeno Sendra hace estas acotaciones:

“... En la (sentencia) condenatoria al pago de alimentos se determinará la cantidad en que hayan de consistir (...).

La sentencia estimatoria participa de una naturaleza mixta: de un lado, es **constitutiva** (...), por cuanto establece un nuevo estado en la vida jurídica, cual es el de beneficiario (y el de obligado al pago) de una prestación de alimentos, pero, lo es también de otro, **de condena**, puesto que, mediante ella surge la obligación, que el alimentante tiene, de satisfacer los alimentos en la cuantía determinada por la sentencia. Como tal sentencia ‘mixta’, el pronunciamiento de condena (determinación de la cuantía de la prestación alimenticia), es provisionalmente ejecutable, no obstante la interposición del recurso de apelación (...), a petición del beneficiario sin tener que prestar caución (...).

La condena lo ha de ser a cantidad **líquida**, (...) estando el juzgador obligado a fijar el importe exacto de las cantidades respectivas o a determinar las bases para su liquidación *‘que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución’* (...).

(...) La condena lo es tanto al pago de cantidades vencidas (...), como las que en el *futuro* puedan devengarse, las cuales se satisfarán *‘por meses anticipados’* (...). Nos encontramos, pues, ante un típico supuesto de **condena de futuro a una prestación de ‘tracto sucesivo’**.

La referida condena a prestación futura ofrece la singular relevancia de estar sometida a la cláusula *‘rebus sic stantibus’*, pudiéndose en lo sucesivo reducir o aumentar *‘según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos’*...” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 546-548).

Alsina pone de manifiesto que “... la sentencia que se dicta en el juicio de alimentos, por el carácter sumario del procedimiento, no tiene fuerza de cosa juzgada material (...); lo que permite a las partes demandar el aumento o disminución de la cuota acordada en caso de modificarse las circunstancias tenidas en cuenta al resolver la cuestión, o, cuando fuese denegatoria, aportar nuevos elementos de juicio para obtener un pronunciamiento favorable” (ALSINA, 1963, Tomo VI: 386).

Por su parte, Lino Palacio, acerca de la modificación de la sentencia de alimentos, enseña lo siguiente:

“... Si bien toda sentencia es modificable cuando se opera una transformación de las circunstancias de hecho existentes en el momento de ser pronunciada, tal eventualidad cobra particular relevancia respecto de aquellas sentencias que, como las recaídas en los juicios de alimentos, imponen el cumplimiento de prestaciones periódicas y extienden, por lo tanto, su ámbito de vigencia en el tiempo.

De allí que las leyes procesales, haciéndose cargo de la característica precedentemente apuntada, brinden expresamente a ambas partes la facultad de obtener un nuevo pronunciamiento adaptado al cambio del estado de hecho producido con posterioridad a la fecha de la sentencia que fijó la cuota alimentaria, extendiéndola al supuesto de denunciarse la existencia de otro u otros obligados al pago de aquélla” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 555-556).

El indicado tratadista argentino, refiriéndose a la pretensión de aumento de la cuota alimentaria, manifiesta lo siguiente:

“... A fin de determinar la fundabilidad de la pretensión tendiente a lograr un aumento de la cuota alimentaria, constituyen factores primordialmente computables el alza operada en el costo de vida, el incremento del caudal económico del obligado y las necesidades y obligaciones de ambas partes.

Por lo que atañe al primero de los factores mencionados, una razón de elemental justicia impone, frente al transcurso de un lapso más o menos considerable desde la fecha de la sentencia que fijó la cuota, la adecuación de ésta al aumento experimentado en el costo de subsistencia, ya que de lo contrario importaría la disminución injustificada del monto real de la prestación. Pero la merma del poder adquisitivo del signo monetario, pese a la circunstancia de configurar un hecho notorio, es insuficiente, por sí sola, para justificar el aumento, si no resulta acreditado que, en términos nominales, los ingresos del alimentante se han acrecentado en forma correlativa a la desvalorización producida.

Por otra parte, la mejora real o meramente nominal de la situación patrimonial del alimentante puede tornar improcedente la elevación de la cuota si éste demuestra debidamente la existencia de mayores obligaciones o gastos.

Finalmente, aun cuando no se acredite una variación en el patrimonio del alimentante, corresponde acceder a un aumento razonable de la cuota alimentaria atendiendo a la mayor edad de los hijos menores, pues esa circunstancia permite presumir un aumento de los gastos destinados a su

educación o derivados de su vida de relación” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 556-557).

Lino Palacio, al examinar la reducción de la cuota alimentaria, considera que:

“... La reducción de la cuota alimentaria procede, en primer lugar, frente a la prueba de que se ha operado una disminución del patrimonio del obligado o de su capacidad laboral, o bien cuando se acredita la existencia de erogaciones que gravitan negativamente en sus posibilidades económicas.

Debe asimismo prosperar la pretensión en la hipótesis de probarse que la pensión fijada, a raíz de circunstancias sobrevinientes, excede las necesidades del alimentado” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 558-559).

Sobre los efectos de la sentencia de reducción de alimentos, Lino Palacio señala lo siguiente:

“... Si bien la sentencia que acoge el pedido de reducción de alimentos produce efectos hacia el futuro (*ex nunc*), es decir con respecto a las cuotas que venzan con posterioridad a la fecha en que aquélla quede firme o ejecutoriada, la correspondiente disminución es aplicable a las cuotas devengadas con anterioridad que se encuentran impagas -no así en el caso contrario (...)-, salvo que la falta de percepción obedezca a razones exclusivamente imputables al demandado” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 559).

En relación al tema tratado en este punto, deben tenerse en cuenta los artículos 482, 483 y 486 del Código Civil (referidos, respectivamente, a la modificación o reajuste de la pensión alimenticia, exoneración de la obligación alimentaria y extinción de la obligación de prestar alimentos).

1.12 Pago de la cuota alimentaria

“... La cuota alimentaria (...) debe satisfacerse en dinero, salvo que el alimentado acepte que lo sea en especie, y desde la fecha de interposición de la demanda, de manera que la condena tiene efecto retroactivo a esa fecha y el demandado, en consecuencia, debe abonar tanto las cuotas que venzan con posterioridad a la sentencia cuanto las devengadas durante el transcurso del proceso” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 546).

Borda sostiene que “... los alimentos deben satisfacerse en *dinero*, a menos que el alimentado aceptara que lo fueran *in natura*, vale decir, recibiendo alojamiento, vestimenta, comida, etc., en especie. Es inadmisibles la opinión de que la elección de la forma de pago corresponde al alimentante. Cuando estas cuestiones llegan a

los tribunales, es porque entre ambos se ha planteado ya una situación de tirantez que haría vejatorio e inadmisibles el pago en especie, sin contar la imposibilidad práctica que tiene el juez de verificar el cumplimiento fiel de tales prestaciones y las innumerables cuestiones que esa forma de pago plantearía. Todo ello se evita con el pago en dinero, que es la forma invariablemente impuesta por los tribunales” (BORDA, 1984, *Manual de Derecho de Familia*: 474). El citado tratadista argentino añade que “mientras la cuestión no ha llegado a los estrados judiciales, es frecuente que los alimentos se satisfagan en especie; en tanto no se ha roto la solidaridad familiar, es ésta incluso la forma normal” (BORDA, 1984, *Manual de Derecho de Familia*: 474).

El primer párrafo del artículo 566 del Código Procesal Civil establece que “la pensión de alimentos [*o cuota alimentaria, como se quiera*] que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y **se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado.** Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste”. Aquí se está ante un caso sui generis en materia impugnativa, porque la apelación de la sentencia -que normalmente se concede con efecto suspensivo- será concedida sin efecto suspensivo tratándose de los procesos de alimentos. Si bien dicho precepto legal no lo señala expresamente, lo indicado puede deducirse de su lectura (véase la parte subrayada líneas arriba). La ejecución de la sentencia y el trámite de apelación en cuaderno aparte -a que se alude en la referida norma- implica, pues, la concesión sin efecto suspensivo del recurso de alzada.

El artículo 566 del Código Procesal Civil dispone, además, lo siguiente:

- Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el Juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta sólo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.
- Cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del Juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el Juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.
- Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto.
- En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso.

Puntualizamos que, según el artículo 569 del Código Procesal Civil, si la sentencia es revocada declarándose infundada total o parcialmente la demanda (de alimentos), el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 567 del Código Procesal Civil (que versa precisamente sobre los intereses y actualización del valor de la pensión alimenticia).

Es de destacar también que, si el Juez dispuso una asignación anticipada de alimentos (como medida temporal sobre el fondo) que el obligado cumplió con pagar periódicamente, entonces, el monto de lo pagado será descontado de la asignación de alimentos que se establezca en la sentencia definitiva. Ello se desprende del artículo 675 -in fine- del Código Procesal Civil.

No podemos dejar de mencionar que, tal como lo autoriza el artículo 484 del Código Civil, el obligado (al pago de la cuota alimentaria) puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

1.12.1 Exigibilidad de garantía al demandado

Por disposición del artículo 572 del Código Procesal Civil, mientras esté vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, es exigible al obligado la constitución de garantía suficiente, a criterio del Juez. La naturaleza de la obligación alimentaria y el interés jurídico protegido justifican plenamente la adopción de medidas de seguridad (como el referido otorgamiento de alguna garantía -suficiente y no cualquiera- por parte del obligado) para el cabal cumplimiento del fallo en cuestión.

1.12.2 Intereses y actualización del valor de la pensión alimenticia

Lino Palacio, respecto de los intereses en las cuotas alimentarias, anota lo siguiente:

“Una cuestión que suscitó criterios jurisprudenciales dispares es la relativa a si las cuotas alimentarias atrasadas devengan o no intereses. Mientras algunos fallos, fundados en la consideración de que los alimentos tienen por finalidad satisfacer las necesidades del alimentado y no producirle ganancias, se pronunciaron en sentido negativo, otros, con acierto a nuestro juicio, decidieron que cuando se trata de una condena judicial que fija plazos ciertos para el pago de la cuota alimentaria son aplicables los arts. (...), según los cuales la mora se produce por el solo vencimiento de los plazos y hace responsable al deudor por los intereses devengados desde que aquélla tuvo lugar, ya que de lo contrario (...)

se configuraría la injusta situación consistente en beneficiar al deudor moroso -que podría, sin consecuencia alguna, destinar a otros fines las sumas adeudadas-, y en perjudicar al alimentado en tanto se lo colocaría en la obligación de recurrir al crédito para lograr su sustento y en el correlativo riesgo de ver disminuido el importe de la cuota alimentaria frente a la necesidad de pagar intereses a terceros...” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 547).

En nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 567 del Código Procesal Civil, la pensión alimenticia genera intereses.

El artículo 567 del Código Procesal Civil, en su segundo párrafo, prescribe que con prescindencia del monto demandado, el Juez al momento de expedir sentencia o de su ejecución debe actualizarlo a su valor real. Para tal efecto, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1236 del Código Civil (el cual señala que cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario).

El último párrafo del artículo 567 del Código Procesal Civil establece claramente que esta norma no afecta las prestaciones ya pagadas y que puede solicitarse la actualización del valor aunque el proceso (de alimentos) ya esté sentenciado. La solicitud (de actualización) será resuelta con citación al obligado.

1.12.3 Liquidación de pensiones alimenticias devengadas e intereses

Concluido el proceso (de alimentos), sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones (alimenticias) devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada (de alimentos). De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el Juez resolverá. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo (primer párrafo del artículo 568 del Código Procesal Civil).

Las (pensiones o cuotas alimentarias) que se devenguen posteriormente, se pagarán por adelantado (último párrafo del artículo 568 del Código Procesal Civil).

1.12.4 Sanción penal por delito de incumplimiento de obligación alimentaria

En principio, cabe indicar que, conforme al artículo 566-A del Código Procesal Civil:

- Si el obligado (alimentante), luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones.
- Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal (por delito de incumplimiento de obligación alimentaria).

Ahora bien, la resistencia del obligado (alimentante) a pagar -una vez requerido legalmente para ello- las pensiones alimenticias fijadas en la correspondiente sentencia firme expedida en un proceso de alimentos, configura el delito de incumplimiento de obligación alimentaria. Dicha figura delictiva se halla tipificada en el artículo 149 del Código Penal, según el cual:

- El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.
- Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
- Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

1.13 Prorratio de alimentos

Por disposición del artículo 477 del Código Civil, referido al prorratio de la pensión alimenticia, cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda.

Cuando se demanda el prorratio de alimentos, corresponde conocer el proceso al Juez que realizó el primer emplazamiento (primer párrafo del art. 570 del C.P.C.).

Constituye requisito especial de la demanda de prorratio de pensión alimentaria que el obligado a la prestación de alimentos acredite encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria (art. 565-A del C.P.C.).

Ponemos de relieve que, mientras se tramita el proceso (sumarísimo: art. 571 del C.P.C.) de prorrato de alimentos, el Juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada. Ello conforme al último párrafo del artículo 570 del Código Procesal Civil.

1.14 Normatividad aplicable a procesos conexos al de alimentos

Conforme se desprende del artículo 571 del Código Procesal Civil, las normas del proceso sumarísimo contenidas en dicho Código son aplicables, en cuanto sean pertinentes:

- Al proceso de aumento de pensión de alimentos.
- Al proceso de reducción de pensión de alimentos.
- Al proceso de cambio en la forma de prestar la pensión de alimentos.
- Al proceso de prorrato de la pensión de alimentos.
- Al proceso de exoneración de la pensión de alimentos.
- Al proceso de extinción de la pensión de alimentos.

Resulta importante tener en consideración que, a tenor del artículo 565-A del Código Procesal Civil, es requisito para la admisión de la demanda de reducción, variación, prorrato o exoneración de pensión alimentaria que el demandante obligado a la prestación de alimentos acredite encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria.

2. EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

2.1 Configuración

El derecho alimentario de **niños y adolescentes** se tramita en la vía de **proceso único** regulado en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337: Capítulo II del Título II del Libro Cuarto, arts. 164 al 182).

2.2 Organo jurisdiccional competente

El Juez de Paz Letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrato de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamamente a otras pretensiones (art.

96 -primer párrafo- del C.N.A., concordante con el art. 57 -apartado: *En materia civil*, numeral 4)- de la L.O.P.J.).

Será también competente el Juez de Paz, a elección del demandante, respecto de demandas en donde el entroncamiento esté acreditado de manera indubitable. Cuando el entroncamiento familiar no esté acreditado de manera indubitable, el Juez de Paz puede promover una conciliación si ambas partes se allanan a su competencia (art. 96 -segundo párrafo- del C.N.A., concordante con el art. 16 -inc. 1)- de la Ley Nro. 29824).

Es competente para conocer estos procesos en segundo grado el Juez de Familia, en los casos que hayan sido de conocimiento del Juez de Paz Letrado y este último en los casos que hayan sido conocidos por el Juez de Paz (art. 96 -in fine- del C.N.A.).

La competencia del Juez especializado se determina: a) por el domicilio de los padres o responsables; y b) por el lugar donde se encuentra el niño o adolescente, cuando faltan los padres o responsables. Así lo prescribe el artículo 135 -parte pertinente- del Código de los Niños y Adolescentes.

2.3 Intervención del Ministerio Público

En principio, cabe anotar 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 extra-judiciales correspondientes (art. 138 del Código de los Niños y Adolescentes).

Ahora bien, es atribución del Fiscal Provincial de Familia intervenir en todos los asuntos que establece el Código de los Niños y Adolescentes (como el referido a los alimentos, por ejemplo). Así lo preceptúa el inciso 4) del artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo Nro. 052).

Compete al Fiscal (de Familia) promover las acciones de alimentos si fuere el caso, conforme a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes y las normas procesales de la materia (art. 144 -inc. d)- del Código de los Niños y Adolescentes).

La falta de intervención del Fiscal (de Familia) en los casos previstos por la ley (como el que nos ocupa: proceso de alimentos) acarrea nulidad, la que será declarada de oficio o a petición de parte (art. 142 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.4 Presentación de la demanda

Conforme al artículo 164 del Código de los Niños y Adolescentes, la demanda (de alimentos, en el caso particular) se presentará por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. No es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la Sección Cuarta del citado Código Procesal Civil (Sección referida a la postulación del proceso).

2.5 Inadmisibilidad o improcedencia de la demanda

Recibida la demanda, el Juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil (art. 165 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.6 Modificación y ampliación de la demanda

Por disposición del artículo 166 del Código de los Niños y Adolescentes, el demandante puede modificar y ampliar su demanda antes que ésta sea notificada.

2.7 Medios probatorios extemporáneos

Luego de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios de fecha posterior, los referidos a hechos nuevos y aquellos señalados por la otra parte en su contestación de la demanda (art. 167 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.8 Traslado de la demanda

Aceptada la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de 5 días para que el demandado la conteste. Así lo establece el artículo 168 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.9 Cuestiones probatorias

Las tachas u oposiciones que se formulen deben acreditarse con medios probatorios y actuarse durante la audiencia única (art. 169 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.10 Audiencia única y sentencia

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo

responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal (art. 170 -parte pertinente- del Código de los Niños y Adolescentes).

La realización de la audiencia única hasta la expedición de la sentencia es como sigue:

- Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante (primer párrafo del artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvencción (segundo párrafo del artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente (tercer párrafo del artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Si hay conciliación y ésta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de la sentencia (cuarto párrafo del artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el Juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada (quinto párrafo del artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Si no pudiera concluirse la actuación de las pruebas en la audiencia, será continuada en los días sucesivos, sin exceder de tres días, a la misma hora y sin necesidad de nueva notificación (art. 172 del Código de los Niños y Adolescentes).
- A falta de conciliación y, si producida ésta, a criterio del Juez afectara los intereses del niño o del adolescente, el Juez fijará los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba (primer párrafo del artículo 173 del Código de los Niños y Adolescentes).

- El Juez puede rechazar aquellas pruebas que considere inadmisibles, impertinentes o inútiles, y dispondrá la actuación de las cuestiones que sobre esta decisión se susciten, resolviéndolas en el acto. Deberá también escuchar al niño o al adolescente (segundo párrafo del artículo 173 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Actuados los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos (tercer párrafo del artículo 173 del Código de los Niños y Adolescentes).
- Concedidos los alegatos, si los hubiere, el Juez remitirá los autos al Fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos (último párrafo del artículo 173 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.11 Actuación de pruebas de oficio

El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada. Ello según el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.12 Informe social y evaluación psicológica de las partes

Luego de contestada la demanda, el Juez, para mejor resolver, podrá solicitar al equipo técnico un informe social respecto de las partes intervinientes y una evaluación psicológica si lo considera necesario. Los encargados de realizar el informe social y la evaluación psicológica deben evacuar su informe dentro del tercer día, bajo responsabilidad (art. 175 del Código de los Niños y Adolescentes).

2.13 Medidas en favor del niño o adolescente

Las medidas cautelares a favor del niño y del adolescente se rigen por lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes y en el Título Cuarto de la Sección Quinta del Código Procesal Civil (referido justamente al denominado proceso cautelar). Así lo preceptúa el artículo 176 del Código de los Niños y Adolescentes.

Además, es de destacar lo dispuesto por el artículo 177 del Código de los Niños y Adolescentes, referido a las medidas temporales que puede adoptar el juzgador en beneficio del menor. Dicho numeral señala, pues, lo siguiente:

“En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente.

El Juez adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente.

El Juez estará facultado en estos casos incluso para disponer el allanamiento del domicilio”.

2.14 Impugnación

La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda y la sentencia, es apelable con efecto suspensivo, dentro de los tres días de notificada (primer párrafo del artículo 178 del Código de los Niños y Adolescentes).

Las decisiones adoptadas por el Juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tienen la calidad de diferidas, siguiéndose el trámite que para tal clase de apelación establece el Código Procesal Civil, el cual se aplica en este caso supletoriamente (artículos 178 -último párrafo- y 182 del Código de los Niños y Adolescentes).

En lo concerniente al trámite de la apelación con efecto suspensivo, cabe indicar que se encuentra normado en el artículo 179 del Código de los Niños y Adolescentes de la siguiente manera:

“Concedida la apelación, el auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, enviará el expediente a la Sala de Familia dentro del segundo día de concedida la apelación y la adhesión en su caso.

Recibidos los autos, la Sala los remitirá en el día al Fiscal para que emita dictamen en el plazo de cuarenta y ochos horas y señalará, dentro de los cinco días siguientes, la fecha para la vista de la causa.

Sólo excepcionalmente las partes podrán alegar hechos nuevos, ocurridos después del postulatorio. La Sala resolverá dentro de los tres días siguientes a la vista de la causa”.

2.15 Apercibimientos

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 181 del Código de los Niños y Adolescentes, para el debido cumplimiento de sus resoluciones, el Juez puede imponer los siguientes apercibimientos:

- Multa de hasta cinco unidades de referencia procesal a la parte, autoridad, funcionario o persona (art. 181 -inc. a)- del Código de los Niños y Adolescentes).

- Allanamiento del lugar (art. 181 -inc. b)- del Código de los Niños y Adolescentes).
- Detención hasta por veinticuatro horas a quienes se resistan a su mandato, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar (art. 181 -inc. c)- del Código de los Niños y Adolescentes).

2.16 Regulación supletoria

Todas las cuestiones vinculadas a los procesos en materias de contenido civil en las que intervengan niños y adolescentes, contempladas en el Código de los Niños y Adolescentes (lo que comprende, por tanto, a los alimentos), se rigen supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal Civil. Así lo establece el artículo 182 del citado Código de los Niños y Adolescentes.

3. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL PROCESO DE ALIMENTOS

En los subpuntos siguientes veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de alimentos.

3.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre los alimentos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales sobre los alimentos, ha establecido lo siguiente:

- “... Son condiciones para ejercer el derecho a pedir alimentos: **1)** La existencia de un estado de necesidad de quien los pide, **2)** La posibilidad económica de quien debe prestarlos, y **3)** La existencia de una norma legal que establezca dicha obligación...” (Casación Nro. 1652-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22140-22142).
- “... Son condiciones para ejercer el derecho a pedir alimentos la existencia de un estado de necesidad de quien los pide, la posibilidad económica de quien debe prestarlos y la existencia de una norma legal que establezca dicha obligación; [...] atendiendo al carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho alimentario si el Juez constata la existencia de las tres condiciones antes mencionadas debe establecer la obligación alimentaria a cargo del obligado...” (Casación Nro. 4276-01 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, págs. 9223-9224).
- “... Uno de los elementos constitutivos de la obligación alimentaria es la posibilidad del deudor alimentario de satisfacer dicha prestación, ergo,

ante la carencia de ingresos, no puede pretendérsele, en ese caso, la exigencia de la obligación...” (Casación Nro. 1974-2006 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, pág. 18312).

- “... La obligación de alimentos de los hijos no sólo recae en el padre sino también en la madre, quien debe contribuir, efectivamente, en el sostenimiento de su menor hijo y no limitarse a pretender subsistir con los ingresos que recibe del progenitor...” (Casación Nro. 3340-2006 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19869-19870).
- “... El artículo cuatrocientos ochenta [del C.C.] [...] dispone que la obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, no se extiende a los descendientes y ascendientes de línea paterna; [...] este es el caso, porque se trata de una hija extramatrimonial no reconocida ni declarada y que por causa de pobreza del padre se pretende obligar al abuelo paterno a prestar alimentos, cuando tal obligación no se extiende a él, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos ochenta del Código Civil...” (Casación Nro. 854-2000 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7153).
- “... El derecho de pedir alimentos está vinculado al derecho del alimentista y no al obligado y el monto de la pensión es en proporción a las necesidades de quien lo pide y a las posibilidades del que debe darlos...” (Casación Nro. 766-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9960-9961).
- “... Al concluir la impugnada que si la solicitante tiene medios de subsistencia no se halla en estado de necesidad, inaplica la norma contenida en el Artículo cuatrocientos ochentiuno del Código Civil, según el cual el Juez regula los alimentos en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, la que de ninguna manera exige que el solicitante de los alimentos se encuentre en total imposibilidad de proveer a sus necesidades” (Casación Nro. 3065-98 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-08-1999, pág. 3372).
- “... De acuerdo con lo dispuesto en el artículo cuatrocientos ochentisiete del Código Sustantivo [C.C.], el derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable, pero no el monto de la pensión...” (Casación Nro. 766-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9960-9961).

- “... Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que la obligación alimentaria además de ser de naturaleza personal, intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable[,] también presenta la característica de ser revisable, esto es, porque la pensión alimenticia puede sufrir variaciones cuantitativas y cualitativas que requieren reajustarse de acuerdo con las posibilidades del obligado y las necesidades del alimentista, sobretodo [sic], para encontrar sentido de justicia y equidad...” (Casación Nro. 2760-2004 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2006, págs. 16597-16598).
- “... El solo hecho de acudir a los hijos con una pensión alimenticia, no exime al padre de la obligación de proporcionarles vivienda, pues este hecho, debe ser tomado en cuenta a efectos de fijar la pensión, y no tiene efecto alguno en la calidad posesoria del hijo” (Casación Nro. 3135-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-2000, pág. 6190).

3.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la exoneración del pago de tasas judiciales en el proceso de alimentos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la exoneración del pago de tasas judiciales en el proceso de alimentos, ha establecido lo siguiente:

- “... La exoneración en los procesos de alimentos de los gastos del proceso cuando se es demandante tiene su sustento en el carácter tutelar de dicho derecho en la medida en que está vinculado con los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad de la persona humana del alimentista, a los que están obligados a brindar las personas determinadas por la ley sustantiva concordante con el deber del Estado de proteger la familia, tal como está reconocido en los Artículos dos inciso primero y cuarto de la Constitución Política del Estado, de modo tal que la ley procesal lo exonera de los gastos procesales en observancia de los derechos antes descritos y el deber público antes aludido, considerando en forma a priori que dicho alimentista se encuentra en estado de necesidad de tutela jurídica” (Casación Nro. 3049-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-08-2000, pág. 6009).
- “... Si bien es cierto que de acuerdo con el Artículo cuatrocientos dieciséis del citado Código ritual (C.P.C.) quien se desiste de la pretensión o del proceso está obligado al pago de las costas y costos del proceso, lo que implicaría una colisión con lo dispuesto por la disposición exonerativa de la parte actora en pretensiones alimenticias, también es cierto que tal conflicto no resulta siendo más que una aparente contradicción por cuanto la sanción por los gastos del proceso para quien se desiste es de carácter

general, es decir que regula los casos de desistimiento cualquiera sea la materia discutida en el proceso y/o la correspondiente vía procedimental de éste, siempre y cuando el desistimiento esté de acuerdo con lo regulado al respecto por la ley procesal; en cambio, cuando el desistimiento versa sobre la pretensión alimenticia, la condena genérica no es aplicable pues en este caso corresponde emplear la norma especial que exonera de todo gasto procesal al demandante alimentista, por consiguiente, siendo esta última norma una de carácter especial, sus efectos deben primar sobre la general” (Casación Nro. 3049-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-08-2000, pág. 6009).

3.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en el proceso de alimentos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la prueba en el proceso de alimentos, ha establecido lo siguiente:

- “... La filiación respecto de aquel a quien se le reclama los alimentos puede ser probada: **a.** si se trata de filiación matrimonial, con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el que se admita expresa o tácitamente la maternidad o paternidad matrimonial, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de paternidad matrimonial, o por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado de hijo matrimonial, o por cualquier medio, siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres, según lo informa el artículo trescientos setenticinco del Código Civil[;] y **b.** si se trata de filiación extramatrimonial, con el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento, o por sentencia dictada en juicio de filiación, según lo previsto en los artículos trescientos ochentiocho, trescientos noventa, trescientos noventiuno y cuatrocientos doce del citado Cuerpo de leyes [C.C.]...” (Casación Nro. 2108-03 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12727-12729).
- “... En los procesos de alimentos no resulta aplicable la prueba negativa de los grupos sanguíneos y otras de validez científica, por cuanto no se encuentra en discusión la filiación respecto del menor alimentista...” (Casación Nro. 1689-2002 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9930-9931).
- “... Si bien es cierto el artículo 461 de Código Procesal Civil establece que la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la

verdad de los hechos expuestos en la demanda, lo es también que la misma norma establece excepciones a la citada presunción, siendo una de ellas la preceptuada en su inciso 2° la cual determina la inaplicación de esta presunción cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible. [...] En ese sentido, al ser el presente proceso uno sobre otorgamiento de alimentos y conteniendo un derecho de carácter indisponible, no es de aplicación la presunción relativa de los hechos afirmados en la demanda, por lo que al haberse aplicado al caso de autos la citada presunción, se ha incurrido en el error in procedendo que se denuncia [contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso]...” (Casación Nro. 369-2002 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2003, pág. 10782).

3.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la sentencia en el proceso de alimentos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la sentencia en el proceso de alimentos, ha establecido lo siguiente:

- “... Los procesos que versan sobre pretensiones alimenticias no causan estado en razón que las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe otorgar alimentos pueden variar...” (Casación Nro. 3996-01 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8613-8614).
- “... Atendiendo a la naturaleza del derecho alimentario, éste se encuentra sujeto a las variaciones en la situación legal de las partes en el tiempo, además es un principio universalmente aceptado que no existe cosa juzgada en materia de fijación de pensiones alimentarias...” (Casación Nro. 2511-2004 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17414).
- “... Tratándose de juicios de otorgamiento de pensión alimenticia, el monto fijado tiene siempre carácter provisional, pues la pensión alimenticia se puede aumentar o reducir según se acrecienten o disminuyan las posibilidades económicas del obligado y las necesidades de los alimentistas...” (Casación Nro. 1473-97 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09-12-1998, pág. 2190).
- “... No existe cosa juzgada respecto del monto de la pensión alimenticia, porque ella puede ser aumentada o reducida o exonerada, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos cuatrocientos ochentidós y cuatrocientos ochentitrés del Código Civil; [...] por ello, la ley no declara nula la variación

del monto de la pensión alimenticia...” (Casación Nro. 766-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, págs. 9960-9961).

- “... Las decisiones emitidas en materia de alimentos no constituyen cosa juzgada...” (Casación Nro. 1608-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23666-23668).
- “... A diferencia de la generalidad de las sentencias que tienen calidad de consentidas o ejecutoriadas, la recaída en un proceso de alimentos no tiene la calidad de cosa juzgada, en razón de que los alimentos pueden ser sujetos de [sic] aumento, disminución, exoneración, cese, entre otros, según sean las necesidades del alimentista o la capacidad del obligado; por lo tanto, los procesos de los cuales derivan permanecen siempre abiertos y no se consideran concluidos...” (Casación Nro. 4670-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23336-23337).
- “... Los pronunciamientos de ambas instancias contienen una indebida motivación, pues han proclamado que las sentencias emitidas en los procesos de alimentos no pueden adquirir la calidad de cosa juzgada, no obstante que, dada la especial naturaleza de dicho procesos [sic], resulta evidente que las sentencias de ese tipo sí pueden llegar a adquirir la calidad de cosa juzgada, en su manifestación de cosa juzgada formal, en razón de que pueden ser objeto de modificación en un proceso de reducción, aumento o exoneración de alimentos...” (Casación Nro. 2784-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20800-20801).
- “... La afirmación de que tratándose de alimentos no hay cosa juzgada no tiene consistencia jurídica, pues la declaración judicial que obliga a una persona a prestar alimentos a favor de otra o que deniega el petitorio con dicho propósito difiere totalmente de una demanda que pretende variar, modificar o extinguir el monto de una pensión fijada como consecuencia de una declaración judicial pronunciada mediante sentencia firme. En el primer caso, si se volviera a plantear una demanda con el mismo petitorio, opera inequívocamente la cosa juzgada...” (Casación Nro. 2817-2001 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, págs. 9197-9198).
- “... Debe resolverse [...] considerando [...] el carácter de la relatividad de la cosa juzgada del derecho de alimentos, pues en esta materia, nada impide que se pueda modificar, reducir, aumentar la pensión alimenticia...”

(Casación Nro. 1864-00 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7430-7432).

3.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de prorratio de alimentos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al proceso de prorratio de alimentos, ha establecido lo siguiente:

- “... El proceso de prorratio de alimentos tiene por objeto la distribución del máximo legal permisible, equivalente al sesenta por ciento de los ingresos del deudor alimentario, entre los acreedores alimentarios; por ende, en este tipo de proceso [...] no hay cosa juzgada, dado que las necesidades de los alimentistas pueden variar en el tiempo y volverse a distribuir...” (Casación Nro. 3340-2006 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19869-19870).
- “... El artículo cuatrocientos setentisiete del Código Civil dispone que cuando existan varios obligados se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades; de igual forma el primer párrafo del artículo noventaicinco del nuevo Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Ley número veintisiete mil trescientos treinta y siete, establece que la obligación alimentaria puede ser prorrateada entre los obligados si es que, a criterio del Juez, aquellos se hallan materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma individual; [...] sin embargo, el prorratio de alimentos entre los obligados a darlos no solamente se produce en este supuesto, sino que también la parte in fine del artículo noventaicinco del acotado Código de los Niños y Adolescentes establece que puede prorratearse los alimentos cuando existan varios acreedores alimentarios y el pago de la pensión alimentaria a cargo del obligado resulta inejecutable; [...] en ese sentido, procederá también el prorratio de alimentos a favor de varios acreedores alimentarios cuando la obligación a cargo del deudor alimentario devenga en inejecutable porque se excede el sesenta por ciento de sus ingresos embargables a que se refiere el inciso quinto [sic -en realidad es el inciso sexto-] del artículo seiscientos cuarentiocho del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 432-01 / Huancavelica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7846).
- “... La última parte del artículo 570 del Código Procesal Civil precisa que mientras se tramita el proceso de prorratio [de alimentos], el Juez puede señalar provisionalmente, a pedido de parte, las porciones que debe percibir cada demandante de la renta afectada, de donde se podría

concluir que en el prorrato de alimentos la legitimación activa recae en los acreedores alimentarios, que son los demandantes. [...] Que esto no obstante, el artículo 95 del Código de los Niños y Adolescentes, en [su] último párrafo utiliza el adverbio también, que debe entenderse con relación a alguna cosa o persona que no ha sido nombrada y que queda incluida en el predicado del verbo, en este caso el deudor de las pensiones alimenticias. [...] Que [...] la interpretación literal del artículo 95 antes citado, señala que el deudor de una pensión alimenticia puede plantear el prorrato de las pensiones a que está obligado...” (Casación Nro. 303-2004 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2005, págs. 14970-14971).

- “... En este proceso [sobre prorrato de alimentos] no se esta [sic -léase no se está-] cuestionando la posibilidad de que a la cónyuge se le otorgue o no [...] el beneficio alimentario; la naturaleza del proceso se orienta a la distribución de la remuneración del obligado, para con sus beneficiarios o acreedores alimentistas...” (Casación Nro. 2018-2002 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2002, pág. 9384).
- “... Tratándose de un proceso de prorrato de alimentos que tiene por finalidad la redistribución equitativa de las obligaciones alimentarias impuestas al actor por mandato judicial, no es factible en este proceso el cuestionamiento de la sentencia que ampara el derecho del padre del demandante a percibir alimentos de éste...” (Casación Nro. 962-02 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9087-9088).
- “... En este caso [proceso de prorrato de alimentos], es aplicable el numeral IX del Título Preliminar del Código de los Niños y del Adolescentes [sic], principio neurálgico [...] de la Legislación Nacional e Internacional, para la determinación de la decisión más óptima para los menores, de donde se desprende que ellos deben tener prioridad [...] sobre cualquier otro acreedor alimentario, real o ficticio...” (Casación Nro. 2000-2005 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19170-19171).

3.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con los procesos de aumento, reducción y exoneración de la pensión de alimentos

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los procesos de aumento, reducción y exoneración de la pensión de alimentos, ha establecido lo siguiente:

- “... Atendiendo a la naturaleza del derecho alimentario éste se encuentra sujeto a las variaciones que podrían ocurrir en el tiempo respecto al estado de necesidad de los beneficiados o a las posibilidades del obligado, es por ello que la ley autoriza a solicitar la modificación o la exoneración de la pensión alimenticia...” (Casación Nro. 4276-01 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, págs. 9223-9224).
- “... De conformidad con lo dispuesto por el artículo 482 del Código Civil, el derecho de pedir reducción o aumento de los alimentos se refiere al caso de la pensión permanente, ya que la fijada en un porcentaje de la remuneración, su reajuste se produce automáticamente, según la variación de la remuneración...” (Casación Nro. 1729-2001 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, págs. 8465-8466).
- “... En este proceso [sobre aumento de alimentos] no se discute la vigencia de la pensión alimenticia otorgada a favor de la actora, sino el incremento del monto de dicha pensión que fue establecida en un proceso anterior...” (Casación Nro. 4151-2001 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, pág. 9532).
- “... El artículo 483 del Código Civil, en su primer párrafo, establece que ‘el obligado a prestar alimentos puede pedir que se le exonere si disminuyen sus ingresos, de modo que no pueda atenderla sin poner en peligro su propia subsistencia, o si ha desaparecido en el alimentista el estado de necesidad’; [...] la finalidad de la norma es doble: proteger el derecho a la vida del alimentante y no descuidar los gastos para la manutención de su familia a que pudiese estar afecto aquél, intereses que el legislador considera preferentes al pago de los alimentos, de manera que, solo una vez satisfechas las necesidades personales y las cargas familiares, es posible exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia...” (Casación Nro. 1685-2004 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2006, pág. 15913).
- “... La norma transcrita [art. 483 del C.C.] establece tres supuestos de exoneración que puede invocar el obligado a prestar alimentos: **1.** que se encuentre en peligro su propia subsistencia, **2.** que haya desaparecido en el alimentista el estado de necesidad (entendiéndose que se refiere a un alimentista menor de edad), y **3.** el alimentista haya cumplido la mayoría de edad. De otro lado, la norma regula dos supuestos que puede invocar el alimentista para que la prestación a su favor continúe vigente, éstos son: **a.** si sufre de incapacidad física o mental debidamente comprobada, y **b.** si está siguiendo una profesión u oficio exitosamente; [...] si bien es cierto

que el último párrafo del artículo cuatrocientos ochentitrés del Código Civil, únicamente se refiere a ‘seguir’ una profesión u oficio, y no alude al verbo ‘estudiar’, debe entenderse que la norma abarca igualmente a los estudios tendientes a obtener una profesión u oficio, que incluye a los estudios preparatorios -primarios, secundarios o para el ingreso a estudios superiores- y que sólo en estos casos puede permitirse que un hijo mayor de edad pueda seguir percibiendo alimentos, siempre que curse dichos estudios de manera exitosa, los que deben entenderse realizados dentro de márgenes razonables y aceptables, tanto en lo que se refiere al período de tiempo requerido para efectivizarlos, como a los resultados obtenidos, siendo esta la correcta interpretación de la norma acotada...” (Casación Nro. 1338-04 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15458-15459).

- “... En el presente caso no existe litisconsorcio necesario para que sea obligatorio que se allanen todos los demandados, sino que se presenta la figura del litisconsorcio facultativo en la cual existen varios acreedores alimentarios que no se encuentran en las mismas circunstancias, resultando por ello factible que uno de los hijos mayores de edad se allane a la demanda de exoneración de alimentos, continuando el proceso con respecto a los demás demandados...” (Casación Nro. 2628-01 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2002, pág. 8260).

CAPITULO XLIV

PROCESOS SUMARISIMOS DE SEPARACION CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

1. LA SEPARACION CONVENCIONAL

1.1 Generalidades

La separación de cuerpos (denominada también divorcio imperfecto, divorcio limitado, divorcio no vincular, separación personal o separación corporal), figura jurídica que implica la suspensión del deber de cohabitación a que están sujetos los cónyuges, pero también la subsistencia del vínculo matrimonial, puede basarse en el acuerdo de aquéllos en tal sentido, siempre que hayan transcurrido dos años de la celebración del matrimonio. Se está, pues, ante la llamada separación convencional (o separación consensual o por mutuo disenso o divorcio por presentación conjunta).

La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio, constituye así una causal de separación de cuerpos. Ello conforme a lo dispuesto en el inciso 13) del artículo 333 del Código Civil.

La separación convencional es un asunto contencioso que se tramita en vía sumarísima (arts. 546 -inc. 2)- y 573 del C.P.C.). Se encuentra regulada en el Sub-Capítulo 2º (“Separación convencional y divorcio ulterior”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 573 al 580.

Es de resaltar que, declarada judicialmente la separación convencional, puede producirse su conversión a divorcio, siempre que así lo solicite alguno de los cónyuges (después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación: art. 580 -primera parte- del C.P.C.). El carácter expeditivo que adquiere en este caso la disolución del vínculo matrimonial (pues la sentencia se emite luego de tres días de notificada la otra parte de la solicitud de divorcio: art. 580 -in

fine- del C.P.C.) explica el tratamiento conjunto de las pretensiones de separación convencional y de divorcio, así como la denominación que les confiere el Código Procesal Civil a ambas (en el Sub-Capítulo 2° del Capítulo II del Título III de su Sección Quinta): **Separación convencional y divorcio ulterior**. Puntualizamos que nuestro ordenamiento procesal no prevé la disolución directa del vínculo matrimonial por acuerdo de los cónyuges, estando condicionado el divorcio ulterior a la previa sentencia de separación de cuerpos convencional (centrándonos en el caso particular) y al transcurso de un determinado lapso de tiempo para presentar la correspondiente solicitud de divorcio (dos meses -reiteramos- de notificada la sentencia de separación).

Acerca de la separación convencional, De Fuenmayor nos ilustra de esta manera:

“Para poner de relieve que ciertos supuestos de separación se asientan en la voluntad concorde de los cónyuges, se habla muy frecuentemente de separación convencional o consensual. Este es el único rasgo aceptado unánimemente por cuantos utilizan esa terminología, ya que la discrepancia surge cuando se busca una expresión sinónima. Entonces se descubre que la terminología común expresaba, en rigor, supuestos y regímenes muy diferentes entre sí. Según algunos, la separación convencional puede denominarse también separación *bona gratia*, porque en ella los cónyuges se separan voluntariamente sin instruirse juicio: no depende de causas determinadas y prescinde de investigar sobre la culpa. Otros prefieren incluir la separación convencional en el género de las judiciales, para poner de manifiesto el requisito de la homologación, exigido por algunas legislaciones. No falta tampoco quien advierte que el término ‘separación consensual’ es simplemente un modo convencional de decir. Según otros autores (...) debe hablarse de separación amistosa (...).

(...)

Según otra terminología, muy extendida, debe distinguirse entre la separación contenciosa -también llamada judicial propiamente dicha- y la separación convencional. Pero esta última, a su vez, ofrece una fundamental subdivisión: la convencional puede ser simple separación de hecho o un tipo concreto de separación legítima o legal, es decir, una figura de separación regulada por el ordenamiento” (DE FUENMAYOR, 1975: 9-10).

Gómez de Liaño González dice que, tratándose del proceso de separación y divorcio por mutuo acuerdo, “... estamos ante un procedimiento muy peculiar creado (...) al objeto de facilitar la separación en los casos en los que los cónyuges

están de acuerdo, y sin necesidad de alegar causa alguna con la importante particularidad de iniciarse por ambas partes sin existencia de discusión o contienda, estando ausentes algunas de las notas características del proceso contencioso, y llegando a discutirse la naturaleza jurisdiccional del procedimiento puesto que si las partes están de acuerdo, no hay nada que decidir. Entendemos sin embargo que el Juez, al dictar sentencia, realiza una actividad completa de conocimiento, enjuiciando las circunstancias que concurren, y pudiendo manifestarse oposición por parte del Ministerio Fiscal, y esta actividad judicial pertenece también al campo genuinamente decisorio de la jurisdicción” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 423-424).

Francisco Ferrer, en cuanto a las características esenciales de la separación de cuerpos o divorcio por mutuo consentimiento, anota lo siguiente:

“Del análisis de la legislación comparada que admite la separación de cuerpos o el divorcio absoluto por mutuo consentimiento, podemos extraer las características esenciales de este medio de separarse u obtener la disolución del matrimonio:

- 1) Se basa en el acuerdo mutuo de los cónyuges.
- 2) No se expresan las causas de la separación o el divorcio.
- 3) No presupone la culpa de ninguno de los cónyuges.
- 4) La función del juez se limita: a) Verificar que la voluntad de los esposos es real y libre; b) intentar la conciliación; c) controlar si el interés de los hijos menores o de uno de los cónyuges está debidamente preservado.
- 5) Verificada la voluntad real y libre de los esposos, fracasada la conciliación y salvado el interés de los hijos menores y ambos cónyuges, el juez debe homologar el pedido de los esposos, no pudiendo en este caso rechazar la separación o el divorcio.
- 6) Los efectos de la separación o divorcio consensual no dependen de la culpa de uno o ambos cónyuges, quienes de común acuerdo pueden regular las consecuencias patrimoniales y la guarda de los hijos, y a falta de tal convención los efectos será como si ambos hubiesen sido inocentes” (FERRER, 1979: 28).

1.2 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 547 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, son competentes para conocer de los procesos sumarísimos de separación convencional y divorcio ulterior los Jueces de Familia.

Como en el proceso de separación convencional no hay parte demandante ni demandada (no siendo aplicable la regla de competencia que atribuye ésta al Juez del domicilio de alguna de ellas -sobre todo de la parte demandada-), será competente el Juez del último domicilio conyugal. Ello se desprende del inciso 2) del artículo 24 del Código Procesal Civil.

Al respecto, debe tenerse presente que, con arreglo a lo previsto en el inciso 7) del artículo 1 de la *Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos* (Ley Nro. 26662, del 20-09-1996), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar la separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia, cual es la *Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías* (Ley Nro. 29227, del 15-05-2008) y su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, del 12-06-2008). El artículo 3 de la Ley Nro. 29227 señala que son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial (no contencioso) establecido en dicha Ley (sobre separación convencional y divorcio ulterior en municipalidades y notarías), los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio. Por su parte, el artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS prescribe: A. que el alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada (por el Ministerio de Justicia), así como el notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio, son competentes para realizar el procedimiento no contencioso (de la separación convencional y divorcio ulterior) regulado en la Ley Nro. 29227; B. que se entiende por domicilio conyugal el último domicilio que compartieron los cónyuges, señalado en declaración jurada suscrita por ambos; y C. que la solicitud de divorcio ulterior será tramitada ante el mismo notario o alcalde que declaró la separación convencional, de acuerdo a ley.

1.3 Intervención del Ministerio Público

Conforme se desprende del artículo 574 del Código Procesal Civil, el Ministerio Público, en los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, interviene como parte sólo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y, como tal, no emite dictamen. Dicho numeral es concordante con el inciso 1) del artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo Nro. 052), según el cual son atribuciones del Fiscal Provincial de Familia intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los procesos de nulidad de matrimonio, **de separación de los casados** y de divorcio.

1.4 Titularidad de la acción y representación

Las actuaciones podrán realizarse a través de apoderado, investido con facultades específicas para este proceso de separación convencional. Así lo autoriza el artículo 577 del Código Procesal Civil.

1.5 Requisito especial de la demanda: El convenio regulador

En principio, la demanda de separación convencional debe reunir los requisitos y anexos exigidos por los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, respectivamente.

Además, debe adjuntarse a la demanda de separación convencional el denominado convenio regulador, referido no sólo a relaciones de índole personal sino también patrimonial. El acuerdo entre los cónyuges en que se basa el proceso que nos ocupa no se limita a su separación corporal, siendo, pues, mucho más complejo.

Precisamente, el artículo 575 del Código Procesal Civil versa sobre el indicado requisito especial de la demanda de separación convencional, estableciendo que:

“A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de ganancias conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

El inventario valorizado sólo requerirá de firma legalizada de los cónyuges”.

Gómez I Sinde dice del convenio regulador lo siguiente:

“Este convenio significa un acuerdo de ambas partes -es decir, de los dos cónyuges- mediante el cual se acomodan sus relaciones personales y patrimoniales.

Debe presentarse necesariamente con la demanda de divorcio (o de separación) cuando sea solicitado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

No es la causa de divorcio la que obliga a presentar un convenio regulador, sino el consenso de los cónyuges.

(...)

Al ser el convenio un reflejo de la voluntad de los cónyuges, se pueden incluir todos aquellos pactos que las partes consideren oportunos, pero

debe reflejar, cuando menos, los extremos exigidos por la Ley” (GOMEZ I SINDE, 1983: 83).

Gimeno Sendra anota que “el convenio regulador, que ‘necesariamente’ debe acompañarse a las peticiones de separación y divorcio consensuadas, deberá ‘al menos’ referirse a los extremos (...) con relación al cuidado de los hijos y régimen de visitas y estancias con el progenitor que no viva con ellos, uso de la vivienda familiar, contribución a las cargas del matrimonio, régimen económico y pensión” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 316).

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez estiman que el convenio que debe acompañar a la demanda en el divorcio voluntario (o por mutuo consentimiento) en la vía judicial establecerá:

- “1. La persona que se hará cargo de los hijos menores;
2. La manera en que se atenderá a las necesidades de los hijos menores;
3. El domicilio en el que habitará cada uno de los cónyuges;
4. La forma de garantizar los alimentos del acreedor alimentario durante el procedimiento;
5. El modo de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento;
6. La designación del liquidador de la sociedad conyugal;
7. El inventario de bienes y deudas comunes” (BAQUEIRO ROJAS; y BUENROSTRO BAEZ, 1994: 158-159).

1.6 Anticipación de tutela

Expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos (sobre los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales) del convenio anexo a la demanda (de separación convencional), sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia. Así lo prescribe el artículo 576 del Código Procesal Civil, que regula justamente la anticipación de tutela jurisdiccional.

En relación al tema, cabe señalar que el artículo 677 -primer párrafo- del Código Procesal Civil prevé como medida temporal sobre el fondo (que en sí puede ser vista como un caso de anticipación de tutela jurisdiccional), cuando la pretensión principal versa sobre **separación**, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, la ejecución anticipada de la futura decisión final, en atención al interés de los menores afectados con ella.

Además, el artículo 680 del Código Procesal Civil, también como medida temporal sobre el fondo, dispone que en cualquier estado del proceso (de separación o de divorcio) 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.

1.7 La prueba en el proceso de separación convencional

En el proceso de separación convencional debe acreditarse principalmente:

- El vínculo matrimonial.
- El transcurso de al menos dos años de la celebración del matrimonio (para lo que es necesario, como es obvio, acompañar la prueba de la unión matrimonial).
- El convenio regulador (lo que se logra, claro está, acompañando el documento que contiene la propuesta de convenio que regule los regímenes de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de ganancias, debiendo estar dicho documento firmado por ambos cónyuges).

1.8 La reconciliación de los cónyuges

“... La separación personal deja subsistente el vínculo matrimonial aun cuando dispense a los cónyuges del deber de cohabitación (...). Desde esta perspectiva la subsistencia del matrimonio se proyecta hacia el futuro permitiendo eventualmente la revitalización de la unión y el pleno restablecimiento de los deberes-derechos que la separación personal ha extinguido o menguado. Tal restablecimiento opera si acaece la *reconciliación* de los cónyuges” (ZANNONI, 1989, Tomo 2: 219-220).

“La reconciliación importa el recíproco perdón de los agravios u ofensas que provocaron la separación personal, y, además, la intención de restablecer la plena comunidad de vida...” (ZANNONI, 1989, Tomo 2: 220).

Lagomarsino y Uriarte, respecto de la reconciliación, extraen las siguientes conclusiones: “... *a)* La reconciliación, como acto de restablecimiento de las vinculaciones familiares, se distingue de la tolerancia; *b)* este instituto se integra con elementos del perdón y aceptación del perdón, operando, también, en forma unilateral, sin que medie reciprocidad; y *c)* en cuanto a su naturaleza jurídica, se comporta como un medio de composición de intereses, que clausura la posibilidad de que ciertos hechos revistan determinadas consecuencias y hace cesar algunos efectos legales” (LAGOMARSINO; y URIARTE, 1991: 488).

Lagomarsino y Uriarte conciben como caracteres de la reconciliación los que se indican seguidamente:

- a) *Es bilateral*. Requiere la aceptación del perdón por quien produjo los agravios. En caso de que las ofensas fueran recíprocas debe concurrir un perdón mutuo de los esposos y la aceptación de parte de cada uno de ellos.
- b) *No es formal (...)*.
- c) *Es pura y simple*. Nuestra doctrina sostiene con alguna excepción referida a la condición, que la reconciliación debe ser pura y simple y que no puede estar sometida a modalidad alguna (...).
- d) *Puede ser expresa o tácita (...)*.
(...)
- e) *No es necesaria la previa separación de los cónyuges...*” (LAGOMARSINO; y URIARTE, 1991: 496-499).

En cuanto a la reconciliación de los cónyuges, nuestro ordenamiento jurídico establece lo siguiente:

- Dentro de los treinta días naturales posteriores a la audiencia (única, correspondiente al proceso sumarísimo de separación convencional), cualquiera de los cónyuges puede revocar su decisión (de separarse corporalmente del otro), en cuyo caso se archiva el expediente. Así lo disponen los arts. 344 del C.C. y 578 -primer párrafo- del C.P.C. (Es de subrayar que la revocación aludida no implica necesariamente la reconciliación de la pareja matrimonial).
- No se admite revocación (de la decisión de separarse corporalmente del otro cónyuge) parcial ni condicionada (art. 578 -in fine- del C.P.C.).
- Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriera después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso (primer párrafo del art. 346 del C.C.).
- Tanto la sentencia (de separación de cuerpos) como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal (arts. 346 -segundo párrafo- y 2030 -inc. 6)- del C.C.). Para ello es necesario que la correspondiente resolución judicial esté ejecutoriada (art. 2031 del

C.C.) y que los jueces ordenen pasar partes al registro (personal), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).

- Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas (último párrafo del art. 346 del C.C.).

1.9 Sentencia de separación y efectos

La sentencia (en el proceso de separación convencional) acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces (art. 579 del C.P.C.).

Luis Loreto señala al respecto que en la separación de cuerpos por mutuo consentimiento “... el Juez al pronunciarse deberá velar porque no se infrinjan las normas de orden público que son por su esencia inderogables por voluntad de los interesados, haciéndole a tal fin las observaciones que estime de derecho...” (LORETO, 1960: 136-137).

Lagomarsino y Uriarte anotan que “en cuanto a sus efectos, la separación personal no disuelve el vínculo conyugal (...), ni habilita la celebración de nuevas nupcias. Subsistente el vínculo matrimonial, su efecto principal en el orden personal consiste en la cesación del deber de cohabitación y de los derechos-deberes vinculados a éste. En materia de bienes se produce la disolución, liquidación y partición de la sociedad conyugal. Completando sus efectos más importantes, cesa también la vocación hereditaria del cónyuge o de los cónyuges que hubieran dado lugar a la separación personal (...). Cabe destacar, asimismo, que ejercitado en todos sus alcances este instituto, permanece inalterado para el cónyuge separado personalmente el derecho irrenunciable a petitionar el divorcio vincular” (LAGOMARSINO; y URIARTE, 1991: 140).

Según nuestro Código Civil:

- La separación de cuerpos (sea por separación convencional u otra causa) suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial (arts. 332 y 318 -inc. 2)- del C.C.).
- En caso de **separación convencional** o de separación de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea

conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden (primer párrafo del art. 345 del C.C.).

- El padre o la madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (arts. 340 -último párrafo-, 345 -in fine- y 420 del C.C.).
- 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 beneficiosas para los hijos (arts. 341 y 345 -último párrafo- del C.C.).
- Se inscriben en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad), entre otras, la resolución (sentencia) que declare la separación de cuerpos (arts. 346 -segundo párrafo- y 2030 -inc. 6)- del C.C.). Para ello es preciso que esté ejecutoriada (art. 2031 del C.C.) y que los jueces ordenen pasar partes al registro (Registro de Personas Naturales), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).

2. EL DIVORCIO ULTERIOR

2.1 Concepción

Para Carbonnier, “el divorcio consiste en la disolución de un matrimonio válido, en vida de los cónyuges (*divertere*, irse cada uno por su lado)...” (CAR-BONNIER, 1961, Tomo I, Volumen II: 153).

A criterio de Zannoni, “... se denomina *divorcio vincular* a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. Al aludir a la disolución del vínculo se entiende que la disolución opera extinguiendo, para el futuro, la relación jurídica matrimonial...” (ZANNONI, 1989, Tomo 2: 9).

Puig Peña refiere que “... cuando se habla de *divorcio* se alude al pleno, al absoluto, al definitivo, y que consiste en aquella institución por cuya virtud se rompe o disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas, o contra las que no se ha promovido impugnación, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevo consorcio...” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 498). Dicho autor agrega que:

“... Son notas (...) fundamentales del divorcio las siguientes:

- 1.º Es una institución jurídica comprensiva de una serie de relaciones que se abren en el Derecho a virtud de un *pronunciamiento judicial* (...).

- 2.º Este recurso rompe unas nupcias *legal y válidamente contraídas* (...).
- 3.º El vínculo de referencia queda deshecho mediante el mismo, de tal forma que *los cónyuges quedan en libertad de pasar a contraer nuevo matrimonio*. En esto se diferencia de la simple separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas obligaciones particulares, como la de cohabitación; pero el vínculo queda en pie, conservándose en su consecuencia el deber de fidelidad y no pudiendo los cónyuges pasar a nuevas nupcias” (PUIG PEÑA, 1947, Tomo II, Volumen I: 498-499).

Zannoni anota que:

“... El divorcio por petición conjunta de ambos cónyuges, a través del mutuo consentimiento, gana terreno en el derecho moderno como solución ante la rigidez o estrechez del régimen cerrado de causales que sólo permite decretarlo por culpa de uno o de ambos esposos. (...) El divorcio por mutuo consentimiento se erige en una suerte de *tertium genus* frente a la dicotomía ‘divorcio-sanción’, ‘divorcio-remedio’.

(...)

(...) En general, el derecho comparado muestra una tendencia decisiva a aceptar el divorcio por mutuo consentimiento sin necesidad de que los cónyuges aleguen, pública o reservadamente al juez, las causas del fracaso conyugal. Se exige sólo una cierta antigüedad del matrimonio que es variable según las diversas legislaciones. Otras han previsto sólo la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, que será más tarde convertible en divorcio. Finalmente, no faltan legislaciones que admiten el divorcio a petición de uno solo de los cónyuges alegando las causas que han provocado el fracaso del matrimonio si el otro las reconoce, en cuyo caso se hace clara la distinción entre *divorcio por mutuo consentimiento* -que exige requerimiento conjunto y que no obliga a los cónyuges a invocar causas del fracaso conyugal- y *divorcio por petición de uno de los cónyuges aceptado por el otro* -que no exige requerimiento conjunto pero sí la alegación por parte del demandante de las causas y su reconocimiento por el otro-” (ZANNONI, 1989, Tomo 2: 122-123).

En nuestro ordenamiento jurídico, el divorcio ulterior es un asunto contencioso que se tramita en vía de proceso sumarísimo (arts. 546 -inc. 2)- y 573 del C.P.C.). El Código Procesal Civil lo regula en el Sub-Capítulo 2º (“Separación convencional y divorcio ulterior”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de su Sección Quinta (“Procesos contenciosos”).

Precisamente, el artículo 580 -parte pertinente- del Código Procesal Civil prescribe que en el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil (referido a la conversión de la separación convencional en divorcio), procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación. Presentada la indicada solicitud (por cualquiera de los cónyuges), el Juez expedirá la respectiva sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte. Del artículo 354 -parte pertinente- del Código Civil se infiere que, transcurridos dos meses desde notificada la sentencia de separación convencional o de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir al Juez que se declare disuelto el vínculo del matrimonio; igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación de cuerpos por causal específica.

El carácter expeditivo que adquiere en este caso la disolución del vínculo matrimonial (pues la sentencia se emite luego de tres días de notificada la otra parte de la solicitud de divorcio) explica el tratamiento conjunto de las pretensiones de separación convencional y de divorcio, así como la denominación que les confiere el Código Procesal Civil a ambas (en el Sub-Capítulo 2° del Capítulo II del Título III de su Sección Quinta): **Separación convencional y divorcio ulterior**. Puntualizamos que nuestro ordenamiento procesal no prevé la disolución directa del vínculo matrimonial por acuerdo de los cónyuges, estando condicionado el divorcio ulterior a la previa sentencia de separación de cuerpos convencional (centrándonos en el caso particular) y al transcurso de un determinado lapso de tiempo para presentar la correspondiente solicitud de divorcio (dos meses -reiteramos- de notificada la sentencia de separación).

2.2 Requisitos

Ramón Iribarne considera como requisitos de la petición de divorcio posterior al juicio de separación los siguientes:

- “1°) Sentencia firme de separación de cuerpos.
- 2°) Transcurso de un año a contar de la sentencia que declaró la separación.
- 3°) Que no haya habido reconciliación manifestada por escrito al juzgado.
- 4°) Que cualquiera de los cónyuges pida al juez la declaración” (IRIBARNE, 1956: 141).

Según nuestro ordenamiento jurídico, para que tenga lugar el divorcio ulterior se requiere:

- Una sentencia (se entiende firme) de separación convencional, pues la disolución de la conversión de la separación en divorcio, porque, de ser así, se deja sin efecto la mencionada solicitud de conversión (último párrafo del art. 356 del C.C.).

2.3 Competencia

Por disposición del primer párrafo del artículo 547 del Código Procesal Civil, son competentes para conocer los procesos sumarísimos de separación convencional y **divorcio ulterior**, los Jueces de Familia.

Ahora bien, del tratamiento conjunto que hace el Código Procesal Civil de los procesos indicados (en el Subcapítulo 2° del Capítulo II del Título III de su Sección Quinta), de la denominación que le asigna dicho Código al proceso que nos ocupa (divorcio ulterior), y de la lectura del artículo 580 de dicho Código adjetivo (en que se aprecia el carácter expeditivo que tiene la sentencia de divorcio, pues se basa en el fallo que declara la separación convencional y en el transcurso de un determinado lapso de tiempo), se infiere que el órgano jurisdiccional competente para conocer la conversión de la separación en divorcio es precisamente aquel que dirigió el proceso de separación convencional.

Es de destacar que los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio, son competentes para llevar a cabo el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, conforme a las normas contempladas en la Ley Nro. 29227 y en su Reglamento: Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, del 12-06-2008.

2.4 Intervención del Ministerio Público

Conforme se desprende del artículo 574 del Código Procesal Civil, en los procesos de separación convencional y **divorcio ulterior**, el Ministerio Público interviene como parte sólo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad, y, como tal, no emite dictamen.

Dicho numeral es concordante con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo Nro. 052), según el cual son atribuciones del Fiscal Provincial de Familia intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, entre otros, en el proceso de divorcio.

2.5 Titularidad y representación

La titularidad para solicitar la conversión de la separación convencional a divorcio corresponde a cualquiera de los cónyuges. Ello se colige del primer párrafo del artículo 354 del Código Civil.

Pese a ser discutible, es de destacar que lo expuesto no obsta que las actuaciones judiciales en el proceso de divorcio puedan realizarse mediante apoderado, siempre que se encuentre investido con facultades específicas para ello. Advertimos que la autorización contemplada en el artículo 577 del Código Procesal Civil, para actuar a través de representante (apoderado), está referida al proceso de separación convencional. Sin embargo, en nuestra opinión, dicho precepto legal bien puede hacerse extensivo para el caso de las actuaciones judiciales a llevarse a cabo en el proceso de divorcio ulterior.

2.6 Tramitación

De acuerdo a lo señalado en los artículos 546 -inc. 2)- y 573 del Código Procesal Civil, la pretensión de divorcio ulterior se sujeta al trámite del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en el Sub-Capítulo 2° del Capítulo II del Título III de la Sección Quinta del indicado Código.

Así tenemos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 580 del Código Procesal Civil:

- La solicitud de disolución del vínculo matrimonial se presenta después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación (convencional).
- El Juez expedirá sentencia (de divorcio), luego de tres días de notificada la otra parte con la solicitud de disolución del vínculo matrimonial.

Debe tenerse presente, además, lo normado en el artículo 359 del Código Civil, del cual se infiere que la sentencia que declara el divorcio (ulterior) en mérito de la sentencia de separación convencional no será objeto de consulta alguna por el superior jerárquico del órgano jurisdiccional que emitió la referida sentencia de divorcio.

Por último, es de resaltar que se inscribe en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad), entre otras, la resolución que declara el divorcio (art. 2030 -inc. 6)- del C.C.). Para ello resulta indispensable que tal resolución se encuentre ejecutoriada (art. 2031 del C.C.) y que los jueces ordenen pasar partes al registro (Registro de Personas Naturales), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).

2.7 Efectos

“... La resolución que establece el divorcio, creando una situación jurídica nueva a los cónyuges (...) es una sentencia típica constitutiva, ya que se verifica una modificación del estado de casados mediante el mandamiento judicial...” (GIL IGLESIA, 1958: 118).

Sobre los efectos del divorcio, Gómez I Sinde tiene el siguiente parecer:

“La disolución del matrimonio, o sea, el divorcio, tiene efectos tanto frente al otro cónyuge como frente a terceros.

Frente al otro cónyuge, a partir de la firmeza de la resolución, cesan los derechos y deberes que el matrimonio impone: el deber de convivencia y de fidelidad; y, en cuanto a la obligación de socorrerse mutuamente, queda reducida al deber general de la protección del individuo hacia sus semejantes.

Permanece el deber de ayudarse mutuamente, si bien queda limitado a la cuantía de los alimentos, adaptándose en lo posible a las necesidades de quien los recibe y los medios de quien los da.

(...)

Frente a terceros, es decir, otras personas que no sean los cónyuges, el divorcio sólo produce efectos a partir de su inscripción en el Registro Civil” (GOMEZ I SINDE, 1983: 53-54).

En relación a los efectos del divorcio (ulterior a la sentencia de separación convencional), nuestro ordenamiento jurídico establece principalmente lo siguiente:

- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio (art. 348 del C.C.).
- Las disposiciones de la ley sobre el **divorcio** y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone (art. 360 del C.C.).
- Cesa el derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (art. 24 -primer párrafo- del C.C.).
- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales por divorcio (art. 318 -inc. 3)- del C.C.).
- El régimen de separación de patrimonios fenece por divorcio (arts. 331 y 318 -inc. 3)- del C.C.).

- Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Sin embargo, el indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge, cesando esta obligación automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso. Ello de conformidad con lo dispuesto en el primero, cuarto y quinto párrafos del artículo 350 del Código Civil.
- En caso de separación de cuerpos, de **divorcio** o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (arts. 420, 340 -in fine- y 355 del C.C.).
- El padre o la madre recobra, en el caso del artículo 444 del Código Civil (referido a la pérdida de la administración y del usufructo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior debido a nuevo matrimonio y al incumplimiento del deber de solicitar la convocatoria del consejo de familia para decidir la conveniencia o no de seguir con la administración de tales bienes), la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos cuando se **disuelve** o anula el matrimonio (art. 445 del C.C.).
- El testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero, cuando el heredero es el cónyuge y se declara el divorcio (art. 805 -inc. 2)- del C.C.).

3. PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO DE SEPARACION CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR EN LAS MUNICIPALIDADES Y NOTARIAS

El *procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías* se encuentra regulado en la Ley Nro. 29227 (del 15-05-2008), de igual denominación, y en su Reglamento, esto es, el Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS (del 12-06-2008).

Al respecto, el artículo 1 -inciso 7)- de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley Nro. 26662) establece que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar la separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia (vale decir, conforme a la Ley Nro. 29227 y su Reglamento).

Habrá que estar, pues, a lo normado en los citados dispositivos legales tratándose del referido procedimiento destinado a lograr en vía no contenciosa, mediando el acuerdo de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio ulterior.

4. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LOS PROCESOS DE SEPARACION CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los procesos de separación convencional y divorcio ulterior, ha establecido lo siguiente:

- “... Tratándose de un proceso de separación convencional, en el que los regímenes relativos a los alimentos y bienes gananciales han sido fijados de motu propio por ambos cónyuges en los aludidos convenios, resulta inadmisibile que se desconozcan sus términos y alcances, máxime si tales acuerdos no son contrarios a la ley ni a las buenas costumbres...” (Casación Nro. 2719-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, pág. 13758).
- “... Según lo expresa el artículo trescientos cincuenta del Código Civil con el divorcio cesa la obligación de alimentarse entre cónyuges, por lo que existiendo norma que regula al respecto, corresponde a las partes en los casos de separación convencional expresar en el convenio su intención contraria, esto es pactar que la obligación se extenderá más allá de la disolución del vínculo matrimonial; [...] en el caso de autos las partes al ofrecer su propuesta no establecieron acuerdo en contrario sobre lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenta del Código material [C.C.], existiendo un motivo legal para que se considere una voluntad tácita de limitación de los alimentos...” (Casación Nro. 3730-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7612).
- “... Siguiendo el sentido de la norma bajo análisis (art. 319 del C.C.), su ‘ratio juris’, debe concluirse que en el caso de separación convencional de cuerpos, formulado (sic) por ambos cónyuges, para el efecto de las relaciones entre ellos, la sociedad de gananciales fenece en la fecha de su acuerdo, lo que importa una aplicación por analogía. (...) Confirma este criterio lo dispuesto por el Artículo quinientos setentiséis del Código Adjetivo, que (...) informa el mismo criterio de acuerdo al cual, expedido el auto admisorio, tienen eficacia jurídica los acuerdos del convenio anexo a la demanda, lo que ratifica que la sociedad de gananciales en la relación de los cónyuges, fenece en la fecha en que se suscribe el acuerdo de separación convencional” (Casación Nro. 2754-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-08-1999, págs. 3234-3235).

- “... El precitado artículo (art. 354 del C.C.) establece un derecho (de solicitar la conversión de la separación de cuerpos en divorcio) que debe ser ejercido de forma personal por los cónyuges, no estando facultado el abogado patrocinante para ejercer tal derecho en representación de su patrocinado, a menos que se le hubiera otorgado expresamente dicha facultad conforme al Artículo setenticinco del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 957-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26-12-1999, pág. 4408).

CAPITULO XLV

PROCESO SUMARISIMO DE INTERDICCION

1. PROCESO DE INTERDICCION

El proceso de interdicción, llamado también de incapacitación o de inhabilitación (aunque -subrayamos- en la legislación comparada estas dos últimas denominaciones pueden corresponder a dos tipos de procesos en que se debaten diferentes grados o causales de incapacidad), es uno contencioso que se tramita en vía sumarísima (art. 546 -inc. 3)- del C.P.C.), en el que se ventila la incapacidad que el demandante afirma adolece un sujeto mayor de edad o un menor de edad mayor de 16 años que haya adquirido la capacidad por matrimonio u obtención de título oficial (como lo establece el art. 46 del C.C.), y que afecta los intereses de éstos, con la finalidad de que se declare judicialmente dicho estado de incapacidad y se adopten las medidas pertinentes que tiendan a proteger la persona y bienes del interdicto (como, por ejemplo, la designación del curador encargado de cuidar de él y de su patrimonio, así como de representarle o asistirle en sus actos e, inclusive, de procurar su rehabilitación).

Para De Cossío, “... la *incapacitación* es (...) un acto judicial que modifica el estado civil de una persona, sometiéndola a una especial tutela, que exige un procedimiento previo con audiencia del Ministerio Fiscal, y que tiene una eficacia constitutiva de la incapacidad. Naturalmente que, para que tal declaración proceda, es necesario que se pueda probar la existencia de una incapacidad de hecho, que puede consistir en la locura o imbecilidad, en la sordomudez del que no sabe leer o escribir, en la prodigalidad o en la pena de interdicción impuesta en un procedimiento criminal...” (DE COSSIO, 1977, *Instituciones de Derecho Civil I*: 89).

Acerca de la incapacitación, Lete del Río nos ilustra de este modo:

“Incapacitar significa decretar la falta de capacidad de la persona mayor de edad; lo que quiere decir que el fenómeno de la incapacitación se contrapone al de la capacidad (...).

La incapacitación tiene su fundamento en la falta de capacidad natural, en la imposibilidad de la persona para gobernarse por sí misma, pero como esta falta de discernimiento no da lugar a un estado especial y distinto de quien la sufre, sino solamente a una causa de impugnación por falta de consentimiento o de discernimiento de los actos por ella realizados, se produce una situación de incertidumbre e inseguridad tanto para la persona incapaz como para los terceros que con la misma se relacionan. Es para evitar tan graves inconvenientes por lo que las legislaciones establecen un procedimiento judicial mediante el cual se declara oficialmente esta situación, constituyendo a la persona en una posición jurídica o estado especial: el de incapacitado. Estado civil que supone una reducción de la capacidad de obrar de la persona, privándola de los poderes que tuviera sobre otras personas o respecto de bienes ajenos, con el consiguiente sometimiento a un poder protector. De donde se deduce que el estado civil de la persona no sufre variación o cambio por la falta de discernimiento, sino en virtud de la declaración judicial de su incapacidad natural; es decir, la persona que padece una enfermedad física o psíquica de carácter persistente, que la impide gobernarse por sí misma, no pasa del estado civil de persona capaz al de incapaz hasta el momento en que termina el procedimiento judicial con la correspondiente declaración” (LETE DEL RIO, 1986: 89).

En relación al tema, Lino Palacio considera que:

“... La inhabilitación es el remedio arbitrado para restringir la capacidad de ciertas personas que, sin llegar al estado de demencia, padecen de deficiencias psíquicas o incurrir en comportamientos susceptibles de perjudicar patrimonialmente a ellas o a su familia.

A diferencia de los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito, que son incapaces absolutos y se hallan sujetos a la representación de un curador que los sustituye en el ejercicio de sus derechos, los inhabilitados conservan su capacidad para la realización de todos los actos jurídicos que no resulten exceptuados y se encuentran sometidos, en relación con determinados actos, a un régimen de asistencia” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 453-454).

Lino Palacio, al tratar sobre el carácter contencioso del proceso de declaración de incapacidad por demencia (lo que bien puede ser aplicado a las otras causales de incapacidad), anota lo siguiente:

“... Existen discrepancias (...) acerca de si el proceso de declaración de incapacidad por demencia es voluntario o contencioso.

Quienes se inclinan por considerarlo incluido en el marco de los procesos voluntarios arguyen, fundamentalmente, que no existe en el proceso analizado oposición de intereses, por cuanto la sentencia a que aspira quien lo promueve, tiende a satisfacer el interés del presunto demente. Pero a ello cabe replicar, por una parte, que la apuntada coincidencia de intereses, al margen de su carácter contingente, no basta por sí sola para desconocer el hecho fundamental consistente en que entre el denunciante de la incapacidad y el denunciado como incapaz media un verdadero conflicto, surgido a raíz de las distintas posibilidades existenciales que uno y otro protagonizan desde el punto de vista jurídico. En otras palabras, dado que la conducta respectivamente asumida por ambos sujetos descarta claramente la concurrencia de un pensamiento jurídico común, la formulación de la denuncia de incapacidad implica el planteamiento judicial de un conflicto y configura, por ende, una verdadera pretensión que, como tal, es objeto de un proceso contencioso” (PALACIO, 1990, Tomo VI: 404-405).

El proceso de interdicción se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 3° (“Interdicción”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 581 al 584.

2. PERSONAS SOBRE LAS QUE PROCEDE LA DECLARACION DE INTERDICCION

“... Procede la *declaración de incapacidad* y nombramiento de curador cuando se trata de personas mayores de edad que no pueden dirigirse a sí mismas y administrar sus bienes...” (REIMUNDIN, 1957, Tomo II: 256).

Se desprende del primer párrafo del artículo 581 del Código Procesal Civil (que hace la remisión legal correspondiente) que procede la declaración de interdicción sobre:

- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (art. 43 -inc. 2)- del C.C.).
- Los retardados mentales (art. 44 -inc. 2)- del C.C.).
- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (art. 44 -inc. 3)- del C.C.).
- Los pródigos (art. 44 -inc. 4)- del C.C.).
- Los que incurren en mala gestión (art. 44 -inc. 5)- del C.C.).

- Los ebrios habituales (art. 44 -inc. 6)- del C.C.).
- Los toxicómanos (art. 44 -inc. 7)- del C.C.).

3. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

De conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 547 del Código Procesal Civil, los Jueces de Familia son competentes para conocer del proceso sumarísimo de interdicción.

Además, y tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 21 del Código Procesal Civil, en materia de patria potestad, tutela y **curatela**, se trate o no se asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra el incapaz.

4. LEGITIMIDAD ACTIVA Y PASIVA

Tratándose de la legitimidad activa en el proceso de interdicción, nuestro ordenamiento jurídico establece que:

- Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público (art. 583 del C.C.).
- Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados (art. 587 del C.C.).
- Sólo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (art. 588 del C.C.).
- Cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda (de interdicción) puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona (art. 583 del C.P.C.).

En cuanto a la legitimidad pasiva en el proceso de interdicción, el ordenamiento jurídico nacional dispone que la demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide (vale decir, las comprendidas en el inciso segundo del art. 43 y segundo al sétimo del art. 44 del C.C., que no sólo pueden ser mayores de edad sino también menores -mayores de 16 años- que hubiesen adquirido la capacidad por matrimonio u obtención de título oficial, conforme al art. 46 del C.C.), así

como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla (indicadas en los acápites precedentes) no lo hubieran hecho (art. 581 -último párrafo- del C.P.C.).

Puntualizamos que la persona cuya interdicción se demanda actúa en el proceso por sí misma o mediante representante designado por ella (sin perjuicio de los exámenes psíquico-físicos que puedan realizarse sobre el presunto interdicto a fin de determinar la existencia o no de la correspondiente causal de interdicción). No actúa en este caso curador alguno, porque no se puede nombrar éste para los incapaces sin que preceda justamente declaración judicial de interdicción, de acuerdo a lo normado en el artículo 566 del Código Civil. Sin embargo, excepcionalmente, el artículo 567 del citado cuerpo de leyes autoriza al Juez, en cualquier estado del juicio (de interdicción), a privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y a designarle un curador provisional. Por consiguiente, este último tendrá a su cargo, entre otras funciones, la representación en juicio del presunto interdicto.

Sobre el particular, Gómez de Liaño González asevera que en el procedimiento de incapacitación "... la demanda ha de dirigirse frente a la persona que se pretende incapacitar, que puede comparecer en el proceso con su propia defensa y con representación, pues mientras la declaración judicial no se efectúe, se le reconoce con capacidad procesal (...), sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Fiscal. Y para el supuesto de que hubiese sido precisamente el M.F. el que hubiese promovido el procedimiento, el Juez designará un defensor al presunto incapaz, a no ser que ya estuviere nombrado" (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 415).

5. ANEXOS ESPECIFICOS DE LA DEMANDA DE INTERDICCION

Además de los anexos que deben adjuntarse a toda demanda (establecidos en el art. 425 del C.P.C.), por mandato del artículo 582 del Código Procesal Civil a la demanda (de interdicción) se acompañará:

- Si se trata de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan (art. 582 -inc. 1)- del C.P.C.).
- En los demás casos (referidos a personas privadas por cualquier causa de discernimiento; retardados mentales; personas que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; ebrios habituales; y toxicómanos): la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva (art. 582 -inc. 2)- del C.P.C.).

6. REQUISITOS PARA LA DECLARACION DE INTERDICCION

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 571 del Código Civil, para que estén sujetos a curatela (lo que implica la previa declaración de interdicción: art. 566 del C.C.) los incapaces a que se refiere el artículo 569 del Código Civil (es decir, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; los retardados mentales; y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad), se requiere:

- Que no puedan dirigir sus negocios;
- Que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes; o
- Que amenacen la seguridad ajena.

En lo que concierne al pródigo, se desprende del artículo 584 del Código Civil que para que una persona pueda ser declarada como tal es preciso:

- Que tenga cónyuge o herederos forzosos; y
- Que dilapide bienes (suyos, se entiende) que excedan de su porción disponible.

En lo que toca a los que incurren en mala gestión, se infiere del artículo 585 del Código Civil que para que un sujeto pueda ser declarado incapaz por mala gestión es necesario:

- Tener cónyuge o herederos forzosos; y
- Que haya perdido más de la mitad de sus bienes por mala gestión (la misma que será apreciada prudentemente por el Juez: art. 585 -in fine- del C.C.).

Finalmente, en lo que respecta a los ebrios habituales y toxicómanos, cabe señalar que, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 586 del Código Civil, para proveer al nombramiento de un curador (lo que supone la previa declaración de interdicción) se requiere:

- Que el ebrio habitual o el toxicómano se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria;
- Que el ebrio habitual o el toxicómano necesite asistencia permanente; o
- Que el ebrio habitual o el toxicómano amenace la seguridad ajena.

7. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE INTERDICCION

La prueba en el proceso de interdicción debe estar referida a la veracidad o inexactitud de las alegaciones sobre hechos cuya configuración da lugar a la declaración de interdicción. Así tenemos que para la declaración de interdicción:

- Tratándose de las personas que por cualquier causa se encuentren privadas de discernimiento: Debe probarse la falta de capacidad para discernir y la inidoneidad para dirigir sus negocios o la imposibilidad de que puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o el peligro que representan para la seguridad ajena.
- En el supuesto de los retardados mentales: Debe demostrarse el retraso mental por el que atraviesan y la inidoneidad para dirigir sus negocios o la imposibilidad de que puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o el peligro que representan para la seguridad ajena.
- En la hipótesis de las personas que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad: Debe comprobarse el deterioro mental que sufren, la imposibilidad (a causa de dicho deterioro) de manifestar su voluntad libremente, y la inidoneidad para dirigir sus negocios o la imposibilidad de que puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o el peligro que representan para la seguridad ajena.
- En lo relativo a los pródigos: Debe verificarse que tengan cónyuge o herederos forzosos y que hayan dilapidado bienes suyos que excedan de su porción disponible.
- En lo que concierne a las personas que incurren en mala gestión: Debe demostrarse que tengan cónyuge o herederos forzosos y que hayan perdido más de la mitad de sus bienes debido, precisamente, a su mala gestión.
- En el caso del ebrio habitual: Debe acreditarse el estado de ebriedad habitual y el hecho de que, debido al mismo, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria o necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.
- En el supuesto del toxicómano: Debe probarse su toxicomanía o adicción a las drogas y el hecho de que, a causa de dicho vicio, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria o necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.

Acerca del tema que nos ocupa en este punto, cabe señalar, además, que, conforme al inciso 1) del artículo 582 del Código Procesal Civil, si se trata de pródigos

y de los que incurren en mala gestión, debe el demandante ofrecer no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan. En los demás casos (referidos a personas privadas por cualquier causa de discernimiento; retardados mentales; personas que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; ebrios habituales; y toxicómanos), a la demanda de interdicción se acompañará la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva (audiencia única, como corresponde a los procesos sumarísimos). Así lo prescribe el inciso 2) del artículo 582 del Código Procesal Civil.

8. LA SENTENCIA DE INTERDICCION

“... No se puede privar a nadie de su capacidad sin que preceda la correspondiente declaración judicial y el correlativo establecimiento de la tutela o la curatela que equilibran la amortización de facultades resultante de la incapacitación...” (LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVARRIA; y RIVERO HERNANDEZ, 1990, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil*, Volumen Segundo: 127).

A decir de Gómez de Liaño González, “... **la sentencia**, recaída en este procedimiento (de incapacitación), es de carácter constitutivo al originar una situación jurídica inexistente con anterioridad, y la que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 416).

Al respecto, Gimeno Sendra hace estas aseveraciones:

“La sentencia que declara la incapacitación de una persona es constitutiva en cuanto restringe su capacidad de obrar, privándole de actuar por sí misma y en cuanto determina ‘*la extensión y los límites, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*’ (...), o nombra a la persona que haya de asistir o representar al incapaz y que ‘*vele por él*’ (...), o cuando se pronuncia sobre la necesidad del internamiento del incapaz (...) privándole de su libertad deambulatoria.

(...)

Esta naturaleza constitutiva (...) no se agota con la declaración de incapacidad de una persona, con toda la trascendencia limitativa de los derechos civiles (...), sino que ha de extenderse a fijar las restricciones concretas

que se imponen al demandado en el área de su capacidad de disposición o autogobierno como efectos jurídicos de aquella de conformidad con la legislación civil, o al disponer el internamiento asistencial por tiempo indeterminado del demandado, de manera que su situación jurídica quede claramente definida. La sentencia de incapacitación ha de contener, pues, la causa que la origina, su alcance en la esfera jurídica del demandado, así como los efectos jurídicos que para él comporta atendiendo su estado físico y mental, en cada caso, el régimen de la guarda y protección de la persona y bienes del incapacitado (...), sobre la sujeción a una curatela (...), sobre la determinación de la extensión de la (...) curatela, *'en atención a su grado de discernimiento'* (...), o sobre la necesidad del internamiento (...) en el centro correspondiente..." (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 261).

Gimeno Sendra termina señalando lo siguiente:

"... La sentencia de incapacitación (...) habrá de contener los pronunciamientos siguientes: 1º) la declaración del estado civil de incapacitación y la persistencia de la causa legal que la origina (...); 2º) el alcance de la incapacitación declarada, con determinación de los actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo; 3º) el régimen de la (...) curatela a que queda sometido el incapaz atendido el grado de su incapacidad física o mental o de su discernimiento; 4º) eventualmente, para el caso de solicitud en la demanda, se pronunciará sobre el nombramiento de la persona o personas que han de asistir o representar al incapaz y velar por él; y, cuando así lo aprecie el Tribunal, 5º) sobre la necesidad de internar al incapaz para su guarda y tratamiento médico atendida la enfermedad o deficiencia 'persistente' que padece.

La sentencia en el proceso de incapacitación es consecuente con los principios que rigen este proceso, especialmente por el de indisponibilidad del objeto le proceso e investigación de oficial y de protección de la persona e intereses del declarado incapaz. La debida congruencia entre la demanda y la sentencia queda, pues, supeditada a estos principios, de manera que el Tribunal no se encuentra vinculado por la causa de incapacidad alegada, cuando resulta ser otra distinta, ni por la medidas solicitadas, ya que puede adoptar otras que estime más adecuadas al estado del incapaz..." (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 261-262).

En cuanto a la declaración de interdicción, nuestro ordenamiento jurídico dispone lo siguiente:

- El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél. En caso de duda

sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción (art. 581 del C.C.).

- Se inscriben en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad) las resoluciones en que se declare la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas (art. 2030 -inc. 1)- del C.C.), así como las sentencias que impongan inhabilitación, **interdicción civil** o pérdida de la patria potestad (art. 2030 -inc. 3)- del C.C.). Para ello las resoluciones judiciales deberán estar ejecutoriadas (art. 2031 del C.C.), debiendo los jueces ordenar pasar partes al registro (Registro de Personas Naturales), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).
- Procede la elevación en consulta (al superior jerárquico) de la resolución de primera instancia que declara la interdicción y el nombramiento de curador, si no ha sido apelada (art. 408 -inc. 1)- del C.P.C.).

9. EFECTOS DE LA INTERDICCION

En principio, debe tenerse presente que las causas modificativas de la capacidad de obrar “... no extinguen lo que el Derecho positivo llama personalidad, sino que la modifican, alteran o corrigen, en todo caso restringiéndola” (REYES MONTERREAL, 1957: 39).

Tal como lo señala Ogáyar Ayllón, “la concurrencia de alguna de las causas modificativas de la capacidad produce, cuando se declara su existencia, la situación jurídica especial de incapacitado legal, que, teniendo por base una incapacidad natural, suprime o limita la capacidad de obrar de una persona” (OGAYAR AYLLON, 1969: 244). “Al lado de estas circunstancias, impone la ley determinadas restricciones o prohibiciones para realizar determinados actos o negocios jurídicos...” (OGAYAR AYLLON, 1969: 244).

Lete del Río anota que “... después de la declaración judicial la persona tiene un nuevo estado civil: el de incapacitado, y sus actos serán nulos o anulables, según el carácter de la declaración; es decir, después de la sentencia desaparece la presunción *iuris tantum* de capacidad” (LETE DEL RIO, 1986: 91). Lete del Río precisa que “la declaración judicial de incapacidad no tiene efecto retroactivo, solamente produce efectos a partir de la sentencia; por consiguiente, la declaración judicial por sí misma no es suficiente para anular los actos del incapacitado anteriores a ella, lo que no impide que dichos actos puedan ser impugnados en el caso de que hubieran sido celebrados sin las condiciones o requisitos necesarios para emitir una declaración de voluntad válida” (LETE DEL RIO, 1986: 98).

“Los efectos de la incapacitación persisten mientras no los haga cesar una nueva declaración judicial, mediante el mismo procedimiento (...) para establecer la incapacitación, que podrá incoar, incluso, el propio incapacitado al que, a estos efectos, se le reconoce capacidad de obrar. También mediante nueva sentencia podrá modificarse el alcance de la incapacitación ya establecida, para adecuarla a las nuevas circunstancias...” (LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVARRIA; y RIVERO HERNANDEZ, 1990, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil*, Volumen Segundo: 136).

En relación a los efectos de la interdicción o de la incapacidad, nuestro ordenamiento jurídico prescribe principalmente lo siguiente:

- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y **curatela** (art. 45 del C.C.).
- El acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil (según el cual los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria). Así lo preceptúa el artículo 219 -inciso 2)- del Código Civil.
- El acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente (art. 221 -inc. 1)- del C.C.).
- Nadie puede repetir lo que pagó a un **incapaz** en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho (art. 228 del C.C.).
- Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad (conyugal) si el otro está impedido por interdicción u otra causa (art. 294 -inc. 1)- del C.C.).
- La patria potestad se suspende por interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil (art. 466 -inc. 1)- del C.C.).
- Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, inciso 2) del Código Civil (que trata sobre la incapacidad absoluta de los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento), y 44, incisos 2) a 8) del Código Civil (que versan sobre la incapacidad relativa de -en ese orden- 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). Ello según el artículo 564 del Código Civil.

- El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél (primer párrafo del art. 581 del C.C.).
- El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591 del C.C.).
- Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron (art. 582 del C.C.).
- Los actos del pródigo y del mal gestor no pueden ser impugnados por esta causa. Los del ebrio habitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria (art. 593 del C.C.).

10. REHABILITACION DEL INTERDICTO

“... Es excepcional el alcance de la cosa juzgada de la sentencia que recae en este proceso (de incapacitación o interdicción), pues por razón de los fines protectores que cumplen sus pronunciamientos pueden ser revisados en un nuevo proceso a la vista de la evolución de la enfermedad, deficiencia o perturbación psíquica que motivó la declaración de incapacitación o los efectos jurídicos declarados en la sentencia, cuando nuevos hechos sobrevenidos después de la declaración de incapacitación determinen dejar sin efecto la declaración o modificar la extensión o los límites de ésta...” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 262).

“La sentencia que declara la incapacitación de una persona, no obstante su carácter constitutivo y el efecto de cosa juzgada material que su firmeza produce, tiene una naturaleza provisional o abierta que dimana de la causa u origen de la incapacidad que igualmente declara y de la que se deriva la extensión y los límites también objeto del fallo. Esta causa es (...) *‘la enfermedad o deficiencia persistente’* que padece el declarado incapaz que, como tal situación del cuerpo o de la mente humana, puede ser susceptible de cambios (...) con posterioridad a la sentencia, que hacen necesario un nuevo examen del estado del declarado incapaz. No se

trata de una ‘revisión’ de la sentencia firme por alguno de los motivos legales (...), sino de una nueva situación fáctica producida con posterioridad a la sentencia que, como tal, ha de ser objeto de un proceso distinto” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 265).

“En este sentido, (se) establece que *‘la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instruirse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto (...) el alcance de la incapacidad ya establecida’*. Este proceso se inscribe entre los relativos a la capacidad de las personas, con un desarrollo paralelo al proceso de incapacitación, del que constituye una subespecie, y su objeto es una pretensión constitutiva de cesación de la incapacitación (...) con unos efectos consecutivos de cesación (...) de las instituciones creadas para la guarda de la persona o defensa de sus derechos o intereses” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 265).

Gómez de Liaño González, acerca de la rehabilitación del interdicto o procedimiento para la reintegración de la capacidad (como lo denomina), refiere que “puede afectar a todas aquellas personas que anteriormente fueron objeto de declaración judicial al efecto, cuando sobrevengan nuevas circunstancias que afecten al fondo de la situación, y que puede instarse ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó sentencia de incapacitación o prodigalidad, pudiendo promoverlo las mismas personas que están legitimados para pedir la incapacidad, y además los órganos de representación del incapacitado o pródigo...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 416-417).

Según Reyes Monterreal, son efectos de la reintegración de capacidad:

- “1º. *La reintegración* del incapacitado al estado de pleno gobierno de su persona y de administración de sus bienes, con la misma amplitud que los rigiera y administrase antes de ser declarado incapaz.
- 2º. *La cancelación* de los asientos que, referentes a la declaración judicial de incapacidad, constasen en el Registro de la Propiedad, como impedimento para la libre enajenación, gravamen o transmisión de los bienes del incapacitado.
- 3º. *La cesación* de las funciones del tutor y del Consejo de familia...” (REYES MONTERREAL, 1957: 78).

Sobre la rehabilitación del interdicto, nuestro ordenamiento jurídico establece lo siguiente:

- La curatela instituida conforme a los artículos 43, inciso 2), del Código Civil (referido a la incapacidad absoluta de los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento) y 44, incisos 2) a 7), de dicho Código (que tratan acerca de la incapacidad relativa de -en ese orden- los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurrir en mala gestión; los ebrios habituales; y los toxicómanos), cesa por declaración judicial que levante la interdicción. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 610 del Código Civil.
- La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado (último párrafo del art. 610 del C.C.).
- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43, inciso 2), del Código Civil (que versa sobre la incapacidad absoluta de los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento), y 44, incisos 2) y 3), del indicado cuerpo de leyes (que tratan sobre la incapacidad relativa de los retardados mentales y de los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad), sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo (art. 612 del C.C.).
- La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad para obrar, siguiendo las reglas del Sub-Capítulo 3º (“Interdicción”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso (art. 584 del C.P.C.).
- Se inscriben en el registro personal (Registro de Personas Naturales, en la actualidad) las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles (art. 2030 -inc. 5)- del C.C.). Para ello las resoluciones deberán estar ejecutoriadas (art. 2031 del C.C.), debiendo los jueces ordenar pasar partes al registro (Registro de Personas Naturales), bajo responsabilidad (art. 2032 del C.C.).

CAPITULO XLVI

PROCESO SUMARISIMO DE DESALOJO

1. NOCION

El desalojo (denominado también desahucio), a criterio de Enrique Falcón, “... importa la exclusión de cualquier ocupante de una propiedad cuya obligación de restituir sea exigible y no se limita a las locaciones, si bien en las mismas es donde mayor incidencia tiene...” (FALCON, 1978: 563).

Reimundín estima que “el juicio de desalojo o juicio de desahucio es el procedimiento sumarísimo por el cual el actor persigue que el demandado desocupe el inmueble litigioso y lo deje a su disposición” (REIMUNDIN, 1957, Tomo II: 155). Dicho autor agrega que “se trata de un juicio *declarativo*, sumario y de trámite especial...” (REIMUNDIN, 1957, Tomo II: 155).

Lino Palacio considera que el proceso de desalojo “... es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 77-78). El citado tratadista argentino añade que “del concepto enunciado se infiere, por lo pronto, que la pretensión de desalojo no sólo es admisible cuando medie una relación jurídica entre las partes en cuya virtud el demandado se halla obligado a restituir el bien a requerimiento del actor, sino también en el caso de que, sin existir vinculación contractual alguna, el demandado es un ocupante meramente circunstancial o transitorio que no aspira al ejercicio de la posesión” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 78).

Gómez de Liaño González sostiene que el denominado juicio de desahucio es aquel que está dirigido “... a obtener el desalojo de un inmueble, imponiendo incluso el lanzamiento de sus ocupantes, sirviendo para resolver, tanto cuestiones de arrendamiento, como situaciones de precario en las que se posee una finca sin título que lo justifique...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992:

457). El mencionado autor nos informa que la jurisprudencia "... ha delimitado el ámbito de este procedimiento que encauza una acción de condena encaminada a obtener la desposesión del demandado y la reintegración posesoria del actor, sin que quepa ventilar en el mismo cuestiones complejas y extralocativas, incompatibles con la naturaleza sumaria del trámite..." (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 457).

Moreno Mocholi define al desahucio de esta manera:

"Es la de desahucio:

- A) *Naturaleza.*- Aquella acción principal, inmobiliaria, posesoria, personal aunque de marcados efectos reales y de contenido real cuando se funda en la situación de precario;
- B) *Elementos personales.*- Que compete al poseedor real-arrendador o comprador de finca arrendada, subarrendada, productor-patrono, titular del disfrute dado en aparcería, cedente del suelo por el tiempo que vivieren las primeras cepas, y tolerante del precario, contra el arrendatario, subarrendatario, obrero o empleado, aparcero, cesionario del suelo y precarista, respectivamente;
- C) *Elementos reales.*- Sobre las cosas inmuebles dadas en arrendamiento (rústico o urbano), en subarriendo, como remuneración única o complementaria por los servicios prestados, aparcería, cesión del suelo o en situación de posesión sin título ni pago de mercedes y simplemente tolerada;
- D) *Elementos formales.*- A ejercitar dentro del procedimiento especial y sumario, juicio de desahucio que sin prejuzgar derechos de dominio, la posesión, u otros que no sean el motivo concreto en que se funde, resuelve en cuanto a éste exclusivamente, con santidad de cosa juzgada;
- E) *Fin próximo.*- Persiguiendo el lanzamiento del demandado y consiguiente desalojo de personas y enseres;
- F) *Fin remoto.*- Para recuperar la posesión natural desplazada por el vínculo contractual o por la simple tolerancia;
- G) *Fundamento próximo.*- Que se funda en los derechos de rescisión, resolución o en la posesión;
- H) *Fundamento remoto.*- Y que existe para garantía y efectividad, en fin, de la protección que la ley otorga al poseedor" (MORENO MOCHOLI, 1944: 534-535).

En nuestro ordenamiento jurídico, el proceso de desalojo es uno contencioso que se tramita en vía sumarísima (art. 546 -inc. 4)- del C.P.C.), y se halla regulado en el Sub-Capítulo 4° (“Desalojo”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 585 al 596.

Justamente, el artículo 585 -primer párrafo- del Código adjetivo preceptúa que la restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto en el proceso sumarísimo y las precisiones del Sub-Capítulo 4° del Capítulo II del Título III de la Sección Quinta del Código Procesal Civil. Además, es de destacar que lo dispuesto en dicho Sub-Capítulo es aplicable también a la pretensión de restitución de bienes muebles e inmuebles distintos a los predios, en lo que corresponda, conforme al artículo 596 del indicado cuerpo de leyes. De ello se infiere que el proceso de desalojo es aquel dirigido a lograr la restitución de un bien al que se tiene derecho, ya sea mueble o inmueble.

1.1 Desalojo accesorio

Tal como lo señala el artículo 590 del Código Procesal Civil, referido precisamente al desalojo accesorio, se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87 del citado Código.

En lo que respecta a la acumulación de pretensiones, habrá que estar a lo dispuesto en el Capítulo V (“Acumulación”) del Título II (“Comparecencia al proceso”) de la Sección Segunda (“Sujetos del proceso”) del Código Procesal Civil, en los arts. 83 al 91. Baste decir que el artículo 87 del Código Procesal Civil (que versa sobre la acumulación objetiva originaria, la misma que se configura cuando en un proceso se propone en la demanda más de una pretensión), a que se contrae el artículo 590 de dicho Código (citado precedentemente), establece lo siguiente:

“La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda”.

2. CAUSALES

Entre las causales más usuales que ameritan el inicio del proceso de desalojo tenemos las siguientes:

- A. La falta de pago de la retribución o renta acordada por las partes por el uso, usufructo o la posesión del bien materia de desalojo. Al respecto, cabe señalar que, del segundo y tercer párrafos del artículo 585 del Código Procesal Civil, se desprende lo siguiente: **a)** quien demanda el desalojo por falta de pago se encuentra autorizado para acumular a su pretensión de desalojo por dicha causal la pretensión de pago de arriendos; **b)** si quien demanda el desalojo por falta de pago decide no acumular la pretensión de pago de arriendos, entonces, tiene la potestad de exigir el cobro de los respectivos arriendos en vía de proceso único de ejecución, debiéndose destacar que, según el inciso 9) del artículo 688 del Código Procesal Civil, se puede promover ejecución en virtud del título ejecutivo de naturaleza extrajudicial consistente en el documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual; **c)** si quien demanda el desalojo por falta de pago decide acumular a su pretensión fundada en tal causal la de pago de arriendos, entonces, no le resulta exigible el requisito contemplado en el inciso 3) del artículo 85 del Código Procesal Civil, numeral que trata acerca de los requisitos de la acumulación objetiva de pretensiones y cuyo inciso 3) requiere, por lo general, que las pretensiones sean tramitables en una misma vía procedimental para que opere dicha acumulación.
- B. El vencimiento del plazo (convencional o legal) del contrato respectivo (por el que se otorgó el uso, usufructo o la posesión del bien materia de desalojo).
- C. La ocupación precaria del bien (que, según el art. 911 del C.C., es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido).

3. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 546 del Código Procesal Civil, referido al desalojo, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces

Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados (tercer párrafo del art. 547 del C.P.C.). Es de destacar que el Juez del lugar donde se encuentra el bien inmueble materia de un contrato de arrendamiento es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble (entiéndase demanda de desalojo), tratándose de contratos de arrendamiento con firmas legalizadas notarialmente o ante Juez de Paz (en los lugares donde no haya notario público) con cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme al artículo 1697 (incisos 1 y 2) del Código Civil (art. 594 -parte pertinente- del C.P.C.).

Debe tenerse presente que, con arreglo a lo previsto en el inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil, además del Juez del domicilio del demandado, también es competente para conocer del proceso de desalojo, a elección del demandante, el Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares, será competente el Juez de cualquiera de ellos.

4. LEGITIMIDAD ACTIVA

Para Prieto-Castro y Ferrándiz, la legitimidad activa en el proceso de desalojo corresponde "... a quienes tengan la posesión real de la finca a título de propietarios, usufructuarios o de cualquier otro que les dé su derecho a disfrutarla y a sus causahabientes..." (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 27).

Acerca de la legitimidad activa en el desalojo, Lino Palacio opina de esta manera:

- a) Se hallan legitimados para interponer la pretensión de desalojo el propietario, el locador, el locatario principal, el poseedor, el usufructuario, el usuario y el comodante.
- b) La legitimación del propietario debe fundarse en la pertinente escritura traslativa de dominio inscrita en el registro inmobiliario correspondiente (...), aunque aquella calidad puede desvirtuarse mediante la prueba de que no se hizo al adquirente la efectiva tradición del inmueble, no pudiéndose tener por configurada la existencia de ese acto mediante la simple manifestación que al respecto contenga la escritura. Con mayor razón no se halla legitimado para interponer la pretensión que nos ocupa quien sólo invoca la titularidad de un boleto de compraventa y no prueba que se le haya entregado la posesión del inmueble.

(...)

- c) Cuando media contrato de locación, el locador está legitimado para interponer la pretensión de desalojo en aquel carácter, con prescindencia de que sea o no propietario del inmueble, porque en tal caso el derecho de dominio resulta ajeno a la causa de dicha pretensión.

(...)

- d) Quien posee un inmueble con ánimo de dueño, aunque no sea propietario, se encuentra legitimado para interponer la pretensión de desalojo contra el intruso o tenedor precario del inmueble, aunque si el demandado invoca y *prima facie* prueba su calidad de poseedor, la demanda (...) no puede prosperar.
- e) (...) El usufructuario tiene legitimación para interponer la pretensión de desalojo contra el inquilino o intruso, sin que para ello se requiera el concurso del nudo propietario.
- f) (...) Corresponde reconocerle (al usuario) legitimación procesal para interponer la pretensión de desalojo contra el inquilino (...) con mayor razón debe considerárselo legitimado para reclamar el desalojo de un intruso.
- g) Lo mismo que sucede en el caso del locador, el comodante hállese legitimado para deducir la pretensión que nos ocupa con prescindencia de que sea o no propietario de la cosa dada en comodato, de modo que sólo le incumbe la carga de probar la existencia del contrato” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 89-92).

De acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 586 del Código Procesal Civil, son sujetos activos en el desalojo y, por tanto, pueden demandarlo:

- El propietario.
- El arrendador.
- El administrador.
- Todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio (u otro bien).

Sin embargo, el propio artículo 586 del Código Procesal Civil -en su primer párrafo- establece como salvedad lo dispuesto en el artículo 598 del citado cuerpo de leyes, que versa sobre la legitimidad activa en los procesos de interdictos. En consecuencia, conforme se desprende de tales preceptos legales, carece de legitimidad para demandar el desalojo de un bien quien puede utilizar los interdictos

(para lograr su restitución o recuperar la posesión, como se quiera), es decir, todo aquel que se considere perturbado o **despojado** en su posesión.

5. LEGITIMIDAD PASIVA

A criterio de Gómez de Liaño González, procederá el desahucio (o desalojo) y podrá dirigirse la demanda:

- “1º Contra inquilinos, colonos y demás arrendatarios.
- 2º Contra los administradores, encargados, porteros o guardas puestos por el propietario de su finca.
- 3º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 458).

Lino Palacio hace notar que “... el locatario es el legitimado pasivo por excelencia, y el más frecuente en la práctica, de la pretensión de desalojo...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 93). “... El sublocatario puede hallarse provisto de legitimación pasiva autónoma en todos aquellos casos en los cuales (...) puede ser directamente demandado por el locador (...), sin perjuicio del derecho que corresponde reconocer al locatario para intervenir, en el proceso, a título de tercero adhesivo simple o litisconsorcial, según sea el caso...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 93).

El Código Procesal Civil, en el segundo párrafo de su artículo 586, prescribe que pueden ser demandados en el proceso de desalojo (lo que los hace, por ende, sujetos pasivos del mismo):

- El arrendatario.
- El subarrendatario.
- El precario (que es el que ejerce la posesión sin título alguno o habiendo fenecido el que tenía, según se desprende del art. 911 del C.C.).
- Cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución (del bien materia de desalojo).

En el proceso de desalojo carece de legitimidad pasiva el servidor de la posesión (que, según el art. 897 del C.C., es quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas). Sin embargo, excepcionalmente, aquél tendrá la calidad de legitimado pasivamente si el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación es quien demanda el desalojo.

La falta de legitimidad pasiva del servidor de la posesión (con la salvedad del caso) está regulada en el artículo 588 del Código Procesal Civil, el mismo que establece que si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que sólo se encuentra en relación de dependencia respecto a otro, conservando la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Código adjetivo (numeral que regula el instituto del llamamiento posesorio), salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación.

6. ACCION DE DESALOJO ANTICIPADO O DE CONDENA DE FUTURO

La acción de desalojo anticipado o de condena de futuro está regulada en el artículo 594 del Código Procesal Civil en estos términos:

“El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.

Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso.

En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado.

Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil.

Es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, el Juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato.

La deuda del arrendatario judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos”.

7. NOTIFICACION DE LA DEMANDA DE DESALOJO Y EXISTENCIA DE TERCEROS CON TITULO O SIN EL

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, en lo que atañe a la actividad del notificador tendiente a que se agoten los esfuerzos para la individualización de todos los ocupantes del inmueble, destacan que “esto se encuentra directamente relacionado con los efectos que tendrá la sentencia de desalojo, los que afectan en principio a la totalidad de las personas ocupantes del inmueble en el momento de la interposición de la demanda” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1992: 419).

Al respecto, Lino Palacio formula estas observaciones:

“... Frente a la primacía que corresponde acordar a la garantía constitucional de la defensa, la sentencia dictada en el juicio de desalojo no puede ejecutarse contra aquellos ocupantes que, presentando un contrato o título de fecha cierta anterior a la interposición de la demanda, no fueron legalmente notificados de ésta y no tuvieron, por ende, posibilidad de hacer valer en el proceso los derechos que estiman asistirles.

Carece de relevancia por lo tanto, el hecho de que el ocupante que se presenta en las referidas condiciones haya sido o no mencionado en la diligencia de notificación. Puede en efecto ocurrir, por una parte, que aun cuando el interesado figure en el acta respectiva a raíz de la denuncia formulada por el locador o por otros subinquilinos, u ocupantes, haya carecido de la posibilidad de adquirir conocimiento cierto de la notificación, en cuyo caso, demostrada esa circunstancia, la sentencia de desalojo le es inoponible. Y por otra parte puede suceder que, a pesar de no constar el nombre del ocupante en el acta, del expediente surja que conoció la existencia del juicio, en cuya hipótesis su presentación posterior a la sentencia carece de virtualidad para detener la ejecución de ésta a su respecto (...).

La sentencia de desalojo, en suma, no puede ejercitarse contra el ocupante que no haya tenido oportunidad de intervenir en el juicio, sea por hallarse afectado de irregularidades el acto de la notificación o como consecuencia de actitudes atribuibles a los restantes ocupantes del inmueble, y siempre, desde luego, que aquél presente un título válido anterior a la fecha de la demanda” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 118-120).

De conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 589 del Código Procesal Civil, además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda (de desalojo), ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta.

Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquirendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido (art. 589 -in fine- del C.P.C.).

El artículo 587 del Código Procesal Civil regula lo relativo a la existencia de tercero con título o sin él en el proceso de desalojo. Dicho numeral prescribe, pues, lo siguiente:

“Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso.

Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia.

El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única.

Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el Juez aplicará lo dispuesto por el Artículo 107° *[del C.P.C.]*”.

El artículo 107 del Código Procesal Civil, a que se contrae el último párrafo del artículo 587 de dicho cuerpo de leyes (citado precedentemente), versa sobre la extromisión y establece que, excepcionalmente, en cualquier momento el Juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.

8. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE DESALOJO

La prueba en el proceso de desalojo debe versar, principalmente, sobre:

- La existencia o no del derecho a la restitución del bien (que tiene que ver más que todo con la cuestión de la legitimidad).
- La configuración o no de la causal que amerita el desalojo (falta de pago de la retribución o renta acordada por las partes; vencimiento del plazo -convencional o legal- del contrato por el que se otorgó la posesión, el uso o el usufructo del bien; posesión precaria de éste; etc.).

El artículo 591 del Código Procesal Civil establece una limitación de medios probatorios en el proceso de desalojo. Así tenemos que, según dicho precepto

legal, si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible:

- El documento.
- La declaración de parte.
- La pericia (en su caso).

9. SENTENCIA Y EJECUCION DEL DESALOJO

Lino Palacio refiere que “... la sentencia dictada en el proceso de desalojo no importa prejuzgamiento acerca de la posesión o del dominio que cualquiera de las partes puede alegar respecto del bien cuya recuperación se solicita mediante aquél” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 81). Aquella sentencia -continúa Lino Palacio- “... no implica prejuzgamiento acerca de la posesión o del dominio, de manera que tanto el actor cuya demanda es rechazada cuanto el demandado condenado a desalojar pueden posteriormente lograr, a través de la interposición de una pretensión posesoria o petitoria, el pronunciamiento de un fallo que disponga la restitución del bien. El hecho de que tales pretensiones tengan una naturaleza distinta a la de desalojo, y no aspiren a una revisión de lo decidido en el juicio anterior, no impide la obtención de un *resultado* diferente al alcanzado en ese juicio, ya que, en definitiva, experimenta una transformación la cuestión relativa al uso y goce del bien discutido” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 84). El mencionado tratadista argentino subraya que “... la sentencia dictada en el juicio de desalojo adquiere eficacia de cosa juzgada material acerca de la exigibilidad de la obligación de restituir la cosa, pero no sobre el dominio o posesión de ésta, lo que debe ser, eventualmente, materia de otro proceso...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 124).

En cuanto a los efectos de la sentencia, Prieto-Castro y Ferrándiz señala que aquélla “... puede ser absolutoria de la instancia o bien disponer que procede o no el desahucio, y en caso afirmativo ha de contener el apercibimiento de ejecución, consistente en el lanzamiento o extracción de las personas y enseres si el demandado no desaloja voluntariamente la finca dentro del plazo que la Ley establece” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 28).

Lino Palacio anota que “... la sentencia de desalojo se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual, con intervención del oficial de justicia y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del inquilino y demás ocupantes” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 120).

Reyes Monterreal precisa que “... el lanzamiento, como ejecución forzosa del pronunciamiento estimatorio del desahucio, *no es más que un modo de coacción*

que se funda en la existencia de un derecho anteriormente definido y declarado” (REYES MONTERREAL, 1958: 233).

En relación a la ejecución del desalojo (léase lanzamiento), el Código Procesal Civil dispone lo siguiente:

- El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso (art. 592 del C.P.C.).
- Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación (primer párrafo del art. 593 del C.P.C.).
- Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado (segundo párrafo del art. 593 del C.P.C.).
- Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento (art. 593 -in fine- del C.P.C.).
- De ampararse la demanda interpuesta antes del vencimiento del plazo para restituir el bien (hipótesis de la acción de desalojo anticipado o de condena de futuro), el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo. Ello se desprende del primer párrafo del artículo 594 del Código Procesal Civil.
- En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado. Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado anteriormente, el Juez ordena el **lanzamiento** en quince días hábiles (art. 594 -tercer y cuarto párrafos- del C.P.C.).
- Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87 del

Código Procesal Civil (según el cual: A. si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal; y B. cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran -las pretensiones- tácitamente integradas a la demanda). Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 590 del Código Procesal Civil.

10. PROCESO DE DESALOJO Y PROCESO DE PAGO DE MEJORAS

En principio, cabe señalar que el Código Civil regula las mejoras en el Capítulo Quinto (“Mejoras”) del Título I (“Posesión”) de la Sección Tercera (“Derechos reales principales”) de su Libro V (“Derechos Reales”), en los arts. 916 al 919. Sobre el particular, el artículo 916 de dicho Código precisa que: A. las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien; B. son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien; y C. son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

Ahora bien, en lo atinente al proceso de pago de mejoras, el Código Procesal Civil, en su artículo 595, preceptúa que: “El poseedor puede demandar el pago de mejoras siguiendo el trámite del proceso sumarísimo. Si antes es demandado por desalojo, deberá interponer su demanda en un plazo que vencerá el día de la contestación. Este proceso no es acumulable al de desalojo”.

11. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL PROCESO DE DESALOJO

En los subpuntos que siguen procederemos a citar la jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo.

11.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el proceso de desalojo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales sobre el proceso de desalojo, ha establecido lo siguiente:

- “... El desalojo es el instrumento procesal de tutela del derecho del propietario para que recupere su inmueble a través de una vía sumarísima...” (Casación Nro. 978-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23510-23511).
- “... El Desalojo [...] es aquél [sic] que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra

ocupado por quien carece de título para ello, ya sea por tener una obligación exigible de restituir o por revestir el carácter de simple intruso; sólo implica la invocación por parte del actor, de un derecho personal a exigir la restitución del bien, de manera que no puede discutirse controversia o decisión respecto al derecho de propiedad o de posesión que puedan arrogarse las partes...” (Casación Nro. 2160-2004 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18648-18649).

- “... El Código Procesal Civil [...] sí contiene norma por la que debe precisarse la causal de desalojo, tan es así que en el artículo quinientos noventiuno de dicho Código se establece que si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso; [...] de acuerdo con este dispositivo, ya existen dos causales de desalojo[:] la falta de pago o el vencimiento del plazo del contrato; [...] el artículo quinientos ochentiséis del Código acotado [C.P.C.] dispone que puede ser demandado el precario, lo que constituye otra causal de desalojo; [...] en consecuencia, es requisito de la demanda de desalojo que se señale la causal de la misma, porque está en relación a la prueba que deba presentarse; [...] cuando el Juzgado exigió por [...] resolución [...] que se precise la causal de desalojo y se le concedió un plazo para subsanar la omisión y al no hacerlo rechazó la demanda, no ha contravenido norma alguna del debido proceso...” (Casación Nro. 1472-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, págs. 8462-8463).
- “... El Artículo quinientos ochentiséis del Código Procesal Civil precisa que pueden demandar la acción de desalojo el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución del predio. (...) Que, por ello, se exige en el proceso, que el accionante acredite plenamente la calidad que ostenta sobre el inmueble” (Casación Nro. 1771-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-10-1998, págs. 1944-1945).
- “... El estado de copropiedad constituye patrimonio autónomo, y conforme al artículo sesenta y cinco del Código Procesal Civil, cualquiera de los integrantes de dicho patrimonio se encuentra habilitado para ejercitar directamente la pretensión [de desalojo]...” (Casación Nro. 3176-07 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, pág. 23165).
- “... El Colegiado Superior advierte que no resulta viable el desalojo entre copropietarios, dejando a salvo el derecho de la demandante para que lo haga valer conforme a ley, por ello, tal pronunciamiento supone

establecer que los elementos expuestos en la demanda dejan de tener todo asidero y respaldo legal (para efectos de un pedido de desalojo), dado que el pronunciamiento de la Sala de Mérito supone que se está ante un petitorio que es jurídicamente imposible [...]; por tanto, la recurrida se encuentra adecuadamente fundamentada, en atención a los hechos que se han acreditado en el proceso...” (Casación Nro. 4211-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, pág. 21701).

- “... La resolución apelada se encuentra arreglada a ley al declarar infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante, habida cuenta que la actora [...] si cuenta [sic -léase sí cuenta-] con legitimidad para demandar al invocar la calidad de heredera del titular del predio sub litis [...], resultando de aplicación lo preceptuado en el artículo novecientos setentinueve del Código Civil y el artículo sesenticinco segundo párrafo del Código Procesal Civil, por lo que no se requería la participación de todos los herederos para demandar el desalojo...” (Casación Nro. 2598-01 / Juliaca - Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-11-2004, págs. 12813-12814).
- “... Los albaceas como administradores de los bienes de la Sucesión, si [sic -léase sí-] están facultados para demandar el desalojo de los inquilinos que ocupan las fincas de la testamentaria...” (Casación Nro. 2656-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7207).
- “... No es materia de este proceso [desalojo] determinar la titularidad de la propiedad sobre el bien sub litis, ya que quien está demandando es el arrendador contra su arrendatario conforme lo permite el artículo quinientos ochentiséis del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 1808-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7867-7868).
- “... La discusión sobre la validez del título de propiedad de los demandantes es una materia que debe ser debatida en una vía distinta a la del desalojo...” (Casación Nro. 2369-2000 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6667).
- “... En un proceso de desalojo no se puede debatir la nulidad de un acto jurídico...” (Casación Nro. 200-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-2000, pág. 5065).
- “... No siendo necesaria la inscripción del Título de Propiedad para que se formalice la transferencia de propiedad no es dable que se exija este requisito para determinar la procedencia de la demanda (de desalojo)”

(Casación Nro. 1117-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-1998, págs. 361-362).

- “... El desalojo no es la vía pertinente para discutir la validez de una inscripción registral, máxime cuando ésta se presume cierta y produce todos sus efectos [...] mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez...” (Casación Nro. 166-01 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7464).
- “... No es requisito necesario acompañar a la demanda de desalojo la declaración de fábrica...” (Casación Nro. 1294-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-09-1999, pág. 3535).
- “... Si bien la acción de desalojo es una acción real; sin embargo, tal acción persigue la defensa de uno de los derechos que la ley le confiere al propietario, que es la reivindicación, la que de acuerdo al artículo novecientos veintisiete del Código Civil es imprescriptible...” (Casación Nro. 4930-2006 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, pág. 22673).
- “... Los jueces, en virtud de la facultad que le confiere el artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil, están en la obligación de dilucidar plenamente la identificación del predio que es materia de desalojo...” (Casación Nro. 1422-2006 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, págs. 19799-19800).
- “... Este Supremo Tribunal, en reiterada jurisprudencia sobre materia de desalojo, ha establecido como una de las obligaciones de la parte accionante, el acreditar la propiedad del inmueble cuyo desalojo pretende, la cual debe comprender no sólo el terreno sino además la edificación o fábrica levantada sobre el mismo...” (Casación Nro. 1324-2007 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23610-23612).
- “... Siendo que los demandantes no son propietarios de la edificación (sino del terreno), no es pertinente la aplicación respecto de ésta, de lo dispuesto en los Artículos novecientos once y novecientos veintitrés del mismo Código (C.C.), no siendo posible proceder al desalojo de sólo el terreno” (Casación Nro. 1830-99 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, pág. 4341).
- “... El Artículo novecientos treintiocho del citado Código (C.C.) prescribe, que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere

materialmente a él; de modo que, la edificación en terreno ajeno, impone la necesidad de consolidar la propiedad, es decir, reunir en un solo titular el dominio tanto del terreno como de la construcción, para luego poder accionar recuperando la posesión de la totalidad del inmueble” (Casación Nro. 2552-98 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-06-1999, pág. 2992).

11.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por falta de pago

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al proceso de desalojo por falta de pago, ha establecido lo siguiente:

- “... La pretensión de desalojo por falta de pago tiene como objeto (petitum) la restitución de un inmueble que es objeto de arrendamiento cuya causa petendi se sustenta en que el arrendatario al no haber pagado determinado número de rentas al arrendador ha incurrido en causal de resolución, cuyo efecto es que el contrato de arrendamiento se deje sin efecto, lo que conlleva a que se restituya el bien...” (Casación Nro. 2373-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6667).
- “... En los procesos de desalojo por falta de pago, no está en discusión el derecho de propiedad ni el derecho a poseer...” (Casación Nro. 81-96 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24-02-1998, pág. 435).
- “... En el juicio de desalojo por falta de pago, lo único que tiene que definirse es si el demandado se encuentra o no en mora en el pago de la merced conductiva y no cabe pronunciamiento sobre la vigencia de uno u otro contrato (de arrendamiento) porque ello es ajeno al real objeto de la materia controvertida y porque dicha determinación sólo sería relevante si se tratara del desalojo por vencimiento de contrato” (Casación Nro. 202-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-08-2000, págs. 6141-6142).
- “... Tratándose de un proceso de desalojo por falta de pago, no es necesario presentar con la demanda los recibos de arrendamiento impagos, como sí es exigencia en los procesos ejecutivos [entiéndase procesos únicos de ejecución]...” (Casación Nro. 718-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7625).
- “... El impugnante no ha acreditado en las instancias de mérito que su representada haya cancelado el monto de las rentas por concepto de

arrendamiento, situación que ha motivado que se ampare la demanda acumulada de desalojo por falta de pago; no incidiendo sobre el sentido de la resolución la denuncia de una supuesta infracción de normas tributarias a cargo de la actora que no resultan ser materia de un proceso de desalojo...” (Casación Nro. 3481-2006 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, págs. 18709-18710).

11.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por vencimiento de contrato

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al proceso de desalojo por vencimiento de contrato, ha establecido lo siguiente:

- “... Se ha interpuesto ante el Juez Civil una demanda de desalojo por vencimiento de contrato, en la vía sumarísima, pero a su vez se ha demandado el pago de arriendos insolutos (...), que está prevista para la vía ejecutiva, incurriéndose así en una indebida acumulación de pretensiones...” (Casación Nro. 55-98 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16-08-1999, págs. 3194-3195).
- “... El presente proceso se contrae a una acción de desalojo por vencimiento de contrato, promovida de acuerdo con lo previsto en el artículo quinientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, como arrendador y no como propietario, en el que no está en discusión la titularidad del inmueble...” (Casación Nro. 2886-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7221).
- “... Para iniciar la referida acción [sobre desalojo por vencimiento de contrato] no requería [el demandante] de la intervención de su esposa, puesto que se trata simplemente de un acto de administración de bienes sociales...” (Casación Nro. 2886-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7221).
- “... Resulta intrascendente que en un proceso como el presente [sobre desalojo por vencimiento de contrato] donde lo único que tiene que definirse es si se encuentra vigente o no el contrato de arrendamiento materia de litis, supuesto que se ha acreditado en el presente caso con el contrato de arrendamiento [...], resulta intrascendente de acuerdo al artículo 172 del acotado Código Procesal [C.P.C.], determinar si la demandada se encuentra o no en posesión del inmueble, ya que dicho supuesto sería materia de discusión en un proceso de desalojo por ocupación precaria...” (Casación Nro. 3279-2002 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12757-12758).

- “... La interpretación correcta del artículo novecientos once del Código Civil es que el arrendatario ostenta título para ocupar el inmueble, por tanto no puede ser ocupante precario, por lo que en este caso la acción de desalojo pertinente es la derivada de la conclusión del contrato de arrendamiento y no la de ocupante precario...” (Casación Nro. 896-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7911).
- “... Quien adquiere un inmueble entregado en arrendamiento no inscrito, puede a su voluntad continuarlo, sustituyéndose en la calidad de arrendador, o ponerle fin, comunicándolo al arrendatario, y de no obtener la desocupación iniciar la acción de desalojo por conclusión de contrato y no por ocupación precaria, pues aún (sic) cuando venza el plazo del contrato, el inquilino no se convierte en ocupante precario...” (Casación Nro. 446-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-10-1999, pág. 3770).
- “... En caso de enajenación de bien inmueble arrendado, si el contrato no estuviese inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. El hecho de dar por concluido el contrato de arrendamiento significa que el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del bien comunicándolo al arrendatario, y de no obtener su desocupación, iniciar la acción [de desalojo] por conclusión del contrato, motivo por el cual el inquilino no se convierte en ocupante precario...” (Casación Nro. 3574-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23114-23115).
- “... La recurrente no puede pretender ser incorporada al proceso como litisconsorte necesario si no es parte en el contrato de arrendamiento [...], en virtud del cual se promueve la presente acción de desalojo debido a su conclusión...” (Casación Nro. 889-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, pág. 22914).

11.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por ocupación precaria

En los subpuntos siguientes veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por ocupación precaria.

11.4.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el proceso de desalojo por ocupación precaria

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales sobre el proceso de desalojo por ocupación precaria, ha establecido lo siguiente:

- “... El desalojo por ocupación precaria no es una acción real, ni es una acción reivindicatoria simplificada: es ciertamente una acción posesoria y de naturaleza personal. No está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión y por eso corresponde, además del propietario, a quien considere tener derecho a la restitución. En esta acción no se discute la propiedad de un bien, tan solo el derecho a poseer...” (Casación Nro. 5571-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22452-22453).
- “... La acción de desalojo por ocupante precario [...] en el fondo importa una acción reivindicatoria para recuperar no sólo la posesión sino también ejercitar los atributos de la propiedad, razón por la que también se encuentra investida del carácter imprescriptible que le otorga el artículo 927 del Código Civil, y a la cual sólo podrá oponerse a través de la usucapión, esto es, en vía de acción de prescripción adquisitiva de dominio...” (Casación Nro. 2013-2003 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2006, pág. 15673).
- “... En un proceso de desalojo por ocupante precario la pretensión procesal está dirigida a que el emplazado desocupe el inmueble materia de la litis por carecer de título porque el que tenía ha fenecido...” (Casación Nro. 2722-00 / Arequipa, C-26203, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7212-7213).
- “... En los procesos sobre desalojo por ocupación precaria sólo podrán ser demandados quienes indebidamente se encuentren en la posesión de un bien...” (Casación Nro. 1325-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, págs. 6694-6695).
- “... El actor [en el proceso de desalojo por ocupación precaria], como legítimo propietario del bien, posee la facultad real y legal de solicitar la restitución posesoria del mismo, ya que éste es uno de los atributos de su derecho real...” (Casación Nro. 2464-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22727-22728).
- “... La acción de desalojo [por ocupación precaria] puede ser también ejercida por el propietario de un bien que no había ingresado a ocuparlo por encontrarse ocupado por un poseedor precario...” (Casación Nro. 1926-01 / La Merced, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7877-7878).
- “... Si bien la demandante tiene su título inscrito en los Registros Públicos y ello acredita su derecho de propiedad, para que proceda la demanda de

desalojo por ocupación precaria, se requiere que el demandado posea sin título alguno...” (Casación Nro. 871-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-12-1996, págs. 2524-2525).

- “... El hecho de que la sentencia de vista le atribuya a la demandada posesión como propietaria carece de trascendencia ante la existencia de título de propiedad inscrito de la parte actora que le faculta la acción de desalojo por precario...” (Casación Nro. 14-95 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-1996, pág. 47).
- “... La actora detenta la calidad de copropietaria del bien sublitis, por lo que conforme a lo dispuesto por el artículo 979 del Código Civil, se encuentra legitimada a recuperar la posesión del bien común, así como puede promover las acciones posesorias, entre otras y las demás que determina la ley, como es la de desalojo por ocupante precario, por lo que la independización de un predio que se encuentra en calidad de cotitularidad por cuotas ideales no se constituye en impedimento o requisito previo para accionar por la demanda de desalojo por ocupante precario...” (Casación Nro. 4938-2006 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22144-22145).
- “... La interpretación correcta del Artículo novecientos once del Código Civil es que el supuesto precario no debe tener título alguno, tanto del terreno como de la construcción y el propietario debe serlo del terreno y de la construcción” (Casación Nro. 1780-99 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, pág. 4339).
- “... La materia del presente proceso es desalojo por ocupación precaria, siendo necesario para concluir la precariedad, determinar si la posesión se ejerce sin título alguno o el que se tenía ha fenecido...” (Casación Nro. 2527-2000 / Amazonas, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6678).
- “... Tratándose de un proceso de desalojo por ocupación precaria, no resulta necesario merituar la buena fe del poseedor, sino establecer si éste detenta el bien sin título o con título que ya ha fenecido...” (Casación Nro. 4284-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, pág. 19730).
- “... En el presente proceso [sobre desalojo por ocupación precaria] la condición de titular del derecho a la restitución del inmueble y de poseedor sin título debe quedar plenamente establecida, así como la ausencia de

cualquier circunstancia por medio de la cual pueda advertirse la legitimidad de dicha posesión...” (Casación Nro. 2123-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, pág. 21621).

- “... La precariedad en el uso del inmueble no se determina únicamente por la carencia de un título de propiedad o de arrendamiento, debe entenderse como tal la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante; vale decir, que si existe algún elemento que justifique la posesión esta tendrá la calidad de título y desvirtuará toda calificación de precariedad en el poseedor; lo que significa también que la sola presentación de un título de posesión no enervará la demanda de desalojo por Ocupación Precaria si éste carece de elementos suficientes que justifiquen válidamente dicha posesión...” (Casación Nro. 1088-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23196-23197).
- “... La Sala Revisora ha estimado que la sola existencia de un aparente título a favor del poseedor enerva la pretensión de [desalojo por] ocupación precaria, cuando la interpretación correcta del artículo novecientos once del Código Civil consiste en que este tendrá la calidad de título de posesión cuando fluyen elementos suficientes que permitan determinar la legitimidad de dicha posesión...” (Casación Nro. 518-2006 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, págs. 18292-18293).
- “... La interpretación correcta del artículo novecientos once del Código Civil [...] es en el sentido que se tiene que tener documento idóneo anterior a la presentación de la demanda [de desalojo por ocupación precaria] para que este desvirtúe la condición de precario...” (Casación Nro. 1352-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16257-16259).
- “... El inquilino de un contrato de duración determinada, cuando ha vencido el plazo y no desocupa el inmueble, no queda constituido en ocupante precario, porque sigue siendo inquilino y por consiguiente obligado a pagar la renta, por lo que de igual manera por la enajenación del bien arrendado, el inquilino continúa siendo arrendatario, con la obligación de pagar la renta al nuevo propietario; (...) esto no significa que en estas dos situaciones el propietario no puede solicitar el desalojo, sino que no lo puede hacer por la figura del ocupante precario, porque el arrendatario no puede ser ocupante precario” (Casación Nro. 725-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-04-1998, págs. 721-722).

- “... El arrendatario de un ocupante precario no le puede oponer esa calidad al legítimo propietario del bien” (Casación Nro. 897-95 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 06-12-1996, pág. 2463).
- “... La segunda parte del artículo novecientos veintisiete del Código Civil establece que la acción reivindicatoria no procede contra aquél [sic] que adquirió el bien por prescripción. Al respecto, si bien la demanda de desalojo importa en el fondo el ejercicio de la potestad reivindicatoria que es inherente al propietario conforme al artículo novecientos veintitrés del Código Civil; sin embargo, para el caso concreto, no puede concluirse que aquella no proceda contra la demandada desde que [...] aquella no ha adquirido la propiedad del bien sub litis por prescripción, toda vez que no existe sentencia judicial firme que así lo declare, por lo que la demanda de desalojo [por ocupación precaria] si puede prosperar [sic -léase sí puede prosperar-] contra ella...” (Casación Nro. 1166-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18791-18792).
- “... La legislación vigente no prevé la suspensión del proceso de desalojo por ocupación precaria ni a pedido de parte ni de oficio por el Juez, por el hecho de que la demandada interponga demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra la sentencia emitida en proceso de nulidad de acto jurídico que declaró nulo el título de propiedad de la demandada...” (Casación Nro. 157-2000 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8808).

11.4.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con las cuestiones que no son objeto del proceso de desalojo por ocupación precaria

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a las cuestiones que no son objeto del proceso de desalojo por ocupación precaria, ha establecido lo siguiente:

- “... En este proceso [sobre desalojo por ocupación precaria] no se encuentra en discusión la preferencia u oponibilidad de títulos, sino tan solo la existencia de uno por el cual este [sic -léase esté-] poseyendo el demandado...” (Casación Nro. 1498-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6848-6849).
- “... En el [proceso de] desalojo por ocupante precario, por ser un proceso sumarísimo, no se debate sobre la validez o invalidez (nulidad o anulabilidad) de un título [para poseer], el cual produce todos sus efectos mientras no se declare su invalidez en el proceso correspondiente...” (Casación

Nro. 1918-2005 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17482).

- “... No se configura la ocupación precaria cuando la parte demandada en un proceso de desalojo ostenta un título vigente que justifica su posesión, no siendo objeto de discusión la validez o no de dicho instrumento a través del proceso de desalojo...” (Casación Nro. 492-07 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23487-23488).
- “... En un proceso sobre desalojo por ocupación precaria no está en discusión si la posesión es legítima o no, ya que lo que se discute es si ésta se encuentra amparada en un título vigente o no, no siendo menester analizar la validez o no del mismo...” (Casación Nro. 544-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7491-7492).
- “... En el caso submateria [proceso de desalojo por ocupación precaria] no está en discusión la posesión de buena fe, por cuanto es precario quien ocupa un bien sin justo título que ampare dicha posesión o el que tenía ha fenecido, máxime si esta no puede oponerse al actor por cuanto tiene la calidad de propietario con derecho inscrito...” (Casación Nro. 3152-2000 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7607).
- “... En la presente causa [proceso de desalojo por ocupación precaria] no se discute el mejor derecho de posesión de las partes...” (Casación Nro. 432-03 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, págs. 10694-10695).
- “... La vía de desalojo [por ocupación precaria] no es la pertinente para determinar el derecho de propiedad; en esa vía solamente se discute la falta de título o el fenecimiento del mismo...” (Casación Nro. 26-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7459-7460).
- “... Las instancias de mérito han realizado una correcta valoración del derecho que les asisten a las partes en razón de los medios probatorios presentados, concluyendo correctamente que en un proceso sobre desalojo [por ocupación precaria] se debe dilucidar el derecho de propiedad o posesión que ostentan las partes, más no [sic -léase mas no-] sobre las supuestas nulidades de los documentos que contienen dichos derechos...” (Casación Nro. 706-2005 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, págs. 14800-14801).

- “... De acuerdo con la naturaleza jurídica del proceso de desalojo por ocupación precaria, la finalidad del mismo es la discusión sobre el derecho posesorio del bien; de donde, según las instancias[,] ambas partes tendrían un título que justifique su propiedad; más [sic] la discusión sobre la titularidad del bien [...] se reserva para otro tipo de procesos, en donde el debate jurídico sea más lato...” (Casación Nro. 796-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, pág. 21934).
- “... El proceso de Desalojo [por ocupación precaria] no es la vía idónea para determinar la nulidad de algún título de propiedad, así como tampoco para determinar derecho de propiedad por usucapión, ello no solo en aplicación del principio de congruencia [...], sino también porque la vía sumarísima no es la vía adecuada para dilucidar dichas pretensiones...” (Casación Nro. 1952-2006 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19835-19836).
- “... Este es un proceso de Desalojo por Ocupación Precaria dentro del cual, en lo absoluto [...] es procedente la verificación de los requisitos de la usucapión...” (Casación Nro. 2060-2007 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22691-22692).
- “... En esta acción [de desalojo por ocupación precaria] no se discute la propiedad de un bien, tan solo el derecho a poseer, y si acaso surgiera una discusión sobre el mejor derecho de propiedad, deberá expedirse una sentencia inhibitoria, [...] para que en el juicio que corresponda se defina éste...” (Casación Nro. 2725-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2006, págs. 17030-17031).
- “... Resulta imposible determinar en el presente proceso sumarísimo de desalojo [por ocupación precaria] las dimensiones exactas del área del terreno que se solicita, sino que ello debe determinarse en el correspondiente proceso abreviado de delimitación de áreas o linderos...” (Casación Nro. 2259-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2007, págs. 20837-20838).
- “... No es posible discutir el tema de la accesión así como en particular la accesión por edificación de mala fe o buena fe en terreno ajeno, en un proceso de desalojo por ocupación precaria...” (Casación Nro. 2139-2001 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8380-8381).

11.4.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos exigibles para el proceso de desalojo por ocupación precaria

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los requisitos exigibles para el proceso de desalojo por ocupación precaria, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo 911 del Código Civil señala que la posesión precaria es aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido; por ende, para que prospere la acción [de desalojo por ocupación precaria] es necesaria la existencia indispensable de tres presupuestos: **a)** que el actor acredite plenamente ser titular de dominio [sic] del bien inmueble [...] cuya desocupación solicita; **b)** que se acredite la ausencia de relación contractual alguna entre el demandante y el emplazado; y, **c)** que para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien por la parte emplazada...” (Casación Nro. 4149-2007 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21589-21591).
- “... El desalojo por ocupación precaria a que se contrae la definición del artículo novecientos once del Código Civil, requiere la concurrencia no solamente del requisito del título de propiedad o de otro título que autorice al demandante a solicitar la restitución del bien, sino también que el demandado se encuentre ocupando de manera precaria el predio sin título alguno que justifique su posesión; debiéndose entender por título la existencia de un contrato y/o acto jurídico que constituya justa causa para la posesión del bien o la presencia de cualquier otra circunstancia que justifique la posesión del bien a cargo del demandado...” (Casación Nro. 1717-00 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2003, págs. 10463-10464).
- “... El bien que se reclama está indubitadamente determinado y acreditado en estos autos, no siendo necesario para los fines de este proceso [sobre desalojo por ocupación precaria] establecer sus linderos, ni medidas perimétricas, pues [...] ello no es materia del presente proceso...” (Casación Nro. 1647-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2004, págs. 12128-12129).
- “... Las sentencias de instancia han establecido que la demandante posee título de propiedad respecto del lote de terreno mas no de la fábrica levantada sobre el mismo, de donde se colige que carece de derecho para demandar [en vía de desalojo por ocupación precaria] la restitución de

lo edificado...” (Casación Nro. 2784-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 7026).

11.4.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en el proceso de desalojo por ocupación precaria

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la prueba en el proceso de desalojo por ocupación precaria, ha establecido lo siguiente:

- “... En los procesos que versan sobre desalojo por ocupación precaria es sujeto activo de la relación jurídica procesal el propietario, mientras que el sujeto pasivo es aquél que se encuentra en la posesión del bien, de tal manera que el demandante tiene la obligación de acreditar la propiedad del inmueble cuya restitución reclama, mientras que el demandado [tiene] la obligación de demostrar que posee en mérito a un título que permita advertir la legitimidad de su posesión; en consecuencia, sólo podrán ser emplazados quienes indebidamente se encuentren en la posesión de un bien...” (Casación Nro. 1325-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, págs. 6694-6695).
- “... Cuando se demanda el desalojo por precario el artículo novecientos once [del C.C.] [...] debe concordarse con los artículos ciento noventiséis y quinientos ochentiséis del Código Procesal Civil, de donde resulta que aquel que demanda deberá acreditar su calidad de propietario y aquel que es demandado demostrar tener un título por el cual ejerce la posesión para desvirtuar la demanda...” (Casación Nro. 1498-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6848-6849).
- “... Para que proceda [...] un proceso de desalojo por ocupación precaria el demandante debe acreditar su derecho de propiedad y que el poseedor del inmueble sub-litis no tenga derecho alguno sobre el mismo, de lo contrario el referido proceso no puede prosperar, por cuanto no se puede desconocer el derecho que pudieran tener tanto el actor como el demandado respecto del inmueble en litigio...” (Casación Nro. 1897-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6838).
- “... El artículo quinientos ochentiséis del Código Procesal acotado [C.P.C.] si bien dispone que puede demandar la presente acción [de desalojo por ocupación precaria] el propietario, no exige que su propiedad deba encontrarse inscrita en Registros Públicos...” (Casación Nro. 3854-2001 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, pág. 9211).

- “... En los procesos seguidos sobre desalojo por ocupación precaria no se exige al accionante acreditar la posesión anterior del inmueble, sino únicamente su titularidad sobre el mismo...” (Casación Nro. 3328-01 / La Merced, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9023-9024).
- “... El propietario del inmueble en litigio [sobre desalojo por ocupación precaria] debe acreditar también la plena identificación del predio cuyo derecho de propiedad alega con el que posee la parte demandada...” (Casación Nro. 520-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23619-23620).
- “... En el proceso de Desalojo por Ocupación Precaria no sólo debe acreditarse la propiedad del terreno a desocupar, sino que, de existir edificaciones, la titularidad de ellas también debe ser acreditada...” (Casación Nro. 1876-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7873-7874).
- “... En autos se ha acreditado que el demandante es sólo propietario del terreno, mas no de lo construido sobre él, lo cual es de dominio exclusivo de la parte demandada; en consecuencia, la demanda [de desalojo por ocupación precaria] merece ser rechazada...” (Casación Nro. 2741-2001 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, págs. 9590-9591).
- “... La demandada en este tipo de procesos [sobre desalojo por ocupación precaria] tiene que acreditar justo título...” (Casación Nro. 1681-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, pág. 8478).
- “... De autos se aprecia que los demandados tienen un justo título que justifica la posesión del bien y mientras no sea declarado inválido, ineficaz o resuelto resulta infundada la pretensión del actor (desalojo por ocupación precaria)...” (Casación Nro. 2439-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-04-2000, págs. 5133-5134).
- “... Del texto de la norma [art. 911 del C.C., sobre posesión precaria] no se desglosa que el documento sustentatorio del título o derecho posesorio debe ser de fecha cierta y constar en documento público...” (Casación Nro. 799-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6707).

11.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con la notificación o el emplazamiento en el proceso de desalojo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la notificación o el emplazamiento en el proceso de desalojo, ha establecido lo siguiente:

- “... No cabe declarar la nulidad cuando el emplazamiento con la demanda ha cumplido con su finalidad de notificar al poseedor en el mismo inmueble materia del desalojo...” (Casación Nro. 2369-2000 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6667).
- “... Lo alegado por la demandada en el sentido que no fue emplazada con la demanda (de desalojo) en el predio sublitis, resulta irrelevante, porque aparece debidamente notificada con la demanda y ha ejercido su defensa en juicio...” (Casación Nro. 186-96 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23-12-1996, págs. 2600-2601).
- “... La demanda de desalojo se notifica en el pretendido domicilio conyugal, por lo que es de presumir que todos sus ocupantes han tenido conocimiento oportuno de la demanda” (Casación Nro. 34-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-12-1997, pág. 232).
- “... El hecho de que la sociedad conyugal de la que forma parte el demandado se encuentre sujeta al régimen de separación de patrimonios, no implica que deba dejar de emplazarse [en el proceso de desalojo por ocupación precaria] a su cónyuge [...]. Si el artículo 587 del Código Procesal Civil garantiza el emplazamiento a los terceros ajenos a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste cedió la posesión, con mucha más razón debe emplazarse a la cónyuge de quien vino ejerciendo o ejerce dicha posesión...” (Casación Nro. 3191-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2008, págs. 21281-21282).

11.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con la intervención de terceros en el proceso de desalojo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la intervención de terceros en el proceso de desalojo, ha establecido lo siguiente: “... La denuncia civil es una institución procesal mediante la cual el demandado denuncia a otra persona que considera que, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido; en el presente caso el denunciado civilmente no tiene la condición de poseedor del inmueble, por lo tanto tampoco tiene la condición de parte material en el proceso sobre desalojo [por ocupación precaria];

deviniendo por ello en improcedente la denuncia civil, conforme lo ha establecido la Sala de mérito en su sentencia de vista; en todo caso, la institución pertinente para que intervenga el tercero era la de intervención coadyuvante, a que se contrae el artículo noventa y siete del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 26-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7459-7460).

11.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con el lanzamiento en el proceso de desalojo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al lanzamiento en el proceso de desalojo, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo quinientos noventa y tres del Código Procesal Civil referido a la ejecución del desalojo, prescribe que si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar [sic -léase ha vuelto a ingresar-] al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento. [...] Que, esta norma contiene una disposición congruente con el principio de defensa de la posición [sic -léase posesión-], contenida [sic -léase contenido-] en el artículo novecientos veinte del Código Civil, que prescribe que el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. [...] Que, por esta razón en el artículo analizado, se ha establecido un límite de tiempo para ejercitar el lanzamiento judicial ordenado en un proceso de desalojo, debiendo entenderse que vencido este término la nueva posesión renueva las presunciones juris tantum contenidas en los artículos novecientos doce y siguientes del Código Civil, debiendo ser materia de nueva demanda [de desalojo] la probanza de la justificación de la nueva posesión y, en su caso, que se han utilizado las vías de hecho no justificadas por las circunstancias, que pueden haber variado con el tiempo debido a nuevas relaciones entre las partes...” (Casación Nro. 2136-98 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7824).
- “... En el presente caso, no existe identidad entre éste [sic -léase este-] proceso [sobre desalojo por ocupación precaria] y el seguido anteriormente [sobre desalojo también] [...], por cuanto solamente se ha acreditado que existe identidad entre las partes y el interés para obrar, más no así [sic -léase mas no así-] en el petitorio, que contiene la pretensión concreta de la demanda, que a su vez se encuentra constituida esencialmente por los hechos en que se fundamenta. [...] Que, en el caso de autos los hechos que dan origen al petitorio son distintos, al tratarse de

un desalojo por nueva posesión, producida fuera del término alcanzado por los efectos de la sentencia anterior conforme al artículo quinientos noventitrés del Código Procesal Civil, por lo que de amparar la excepción [de cosa juzgada] se estaría permitiendo el abuso del derecho al no permitirse al actor -cuya calidad de propietario, de no haberse variado con fecha posterior, ya ha sido establecida por sentencia-, la obtención de la restitución de su predio a través del Poder Judicial...” (Casación Nro. 2136-98 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7824).

11.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con el pago de mejoras

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al pago de mejoras, ha establecido lo siguiente:

- “... Las mejoras son aquellas inversiones de capital y trabajo hechas en un bien con el fin de conservarlo, evitando su destrucción, otras veces con la finalidad de aumentar su rentabilidad y, a veces, para tan sólo darle mejor apariencia a un bien, constituyendo en este orden las mejoras necesarias, útiles y de recreo...” (Casación Nro. 4069-2007 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21577-21578).
- “... El régimen de reembolso de mejoras está dividido en dos fases, [...] cuya regulación en cada una de ellas tiene algunas particularidades: **a)** antes de la citación judicial para devolver el bien, todo poseedor (sea de buena o mala fe) debe ser reembolsado del valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución, y a retirar las mejoras de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual (primer párrafo del artículo novecientos diecisiete del Código Civil); y **b)** después de la citación judicial para devolver el bien, todo poseedor debe ser reembolsado solamente de las mejoras necesarias o imprescindibles (segundo párrafo del artículo novecientos diecisiete del Código Civil), aquí la idea de sanción a la mala fe prima sobre la idea de evitar el enriquecimiento; la mala fe supone que la inversión en mejoras útiles o de recreo ha sido un riesgo asumido voluntariamente...” (Casación Nro. 936-03 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, pág. 11727).
- “... Dicho pago [de mejoras] es de naturaleza accesorio y está condicionado a la pre existencia [sic] de un bien principal...” (Casación Nro. 3841-2001 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, págs. 10125-10126).

- “... El artículo novecientos diecisiete del Código Civil, señala que el poseedor tiene derecho a las mejoras al tiempo de la restitución, sin embargo, no habiéndose ministrado posesión, el actor no puede abonar mejoras necesarias...” (Casación Nro. 1030-99 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, págs. 6787-6788).
- “... Tratándose de mejoras necesarias o útiles, sólo el poseedor legítimo es el que tiene derecho al valor actual de las mismas...” (Casación Nro. 936-03 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, pág. 11727).
- “... La interpretación correcta de la norma contenida en el Artículo novecientos diecisiete del Código Civil es que el pago de las mejoras necesarias y útiles sólo puede ser amparado si el demandante acredita que posee el bien inmueble con título válido, y si ha contado con la autorización expresa o tácita del propietario para hacerlo...” (Casación Nro. 2733-99 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-2000, págs. 6193-6194).
- “... En relación al derecho de reembolso de las mejoras debe observarse que el inciso octavo del Artículo mil seiscientos ochentiuno del Código Civil vigente, expresa que el arrendatario está obligado a no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador. A contrario sensu, debe entenderse que las mejoras, cualquiera sea su modalidad, pueden realizarse siempre y cuando cuenten con la autorización del arrendador, por imperio de lo establecido en dicha norma; por consiguiente, el derecho de reembolso de mejoras del arrendatario o subarrendatario estará supeditado a la previa autorización del arrendador, en estricto cumplimiento de las obligaciones que asume en virtud del contrato de arrendamiento” (Casación Nro. 1516-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-05-1998, págs. 1012-1013).
- “... Los gastos efectuados en la explotación normal de un fundo no pueden considerarse como mejoras, sino (sic) están dentro de las previstas por el Artículo novecientos dieciséis del Código Civil (numeral referido a las mejoras necesarias, útiles y de recreo)” (Casación Nro. 648-98 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2000, pág. 4914).
- “... No es materia del presente proceso [sobre desalojo por ocupación precaria] establecer la titularidad de la edificación construida sobre el lote de terreno sub litis, ni establecer el derecho al pago por las mejoras realizadas por el recurrente, de haberlas efectuado, lo cual deberá, en todo caso, ser reclamado por éste en un proceso distinto, dejándose a salvo su

derecho de accionar en la vía correspondiente...” (Casación Nro. 3244-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7057-7058).

- “... Las pretensiones de la demandada ni la resolución firme que ampare su derecho a las mejoras puede (sic) retardar la resolución que ponga fin al presente juicio de desalojo si la acción promovida con tal objeto se encuentra arreglada a Ley; puesto que, nada impide que durante la ejecución del fallo la interesada ejerza su derecho, que por lo demás es precisamente el momento para hacerlo valer sin entorpecer la acción de la justicia, si se tiene en cuenta además que ambas pretensiones son atendibles...” (Casación Nro. 443-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-1998, pág. 655).
- “... A través de un proceso de esa naturaleza [sobre pago de mejoras] se busca la retribución por las obras que constituyen modificación de un inmueble, en ese caso, ya sea para su conservación o para aumentar su rentabilidad o bien para su mejor lucimiento; mas no es, a través del referido proceso, que se determina la autoría de las construcciones completas sobre el terreno o que se otorga titularidad sobre las mismas...” (Casación Nro. 313-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2007, págs. 20025-20026).

CAPITULO XLVII

PROCESOS SUMARISIMOS DE INTERDICTOS

1. LOS INTERDICTOS EN GENERAL

1.1 Concepto

Gómez de Liaño González refiere que “con el nombre de interdicto se conocen en nuestro derecho, procedimientos de diversa naturaleza, relacionándolos con intereses **posesorios** porque, en el derecho romano, tenían la finalidad específica de la protección de la posesión...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 390).

En opinión de Valiente Noailles, los interdictos “... son juicios sumarios que tienen por finalidad resolver sobre la posesión actual y momentánea de una cosa, presentando ciertas semejanzas, aunque no completas, con las defensas posesorias...” (VALIENTE NOAILLES, 1958: 150).

Alsina conceptúa a los interdictos como “... procedimientos sumarios para la protección de la *possessio naturalis*, es decir, de la posesión considerada exclusivamente en su aspecto exterior, por lo que representa el *corpus* posesorio, que tanto lo tiene el poseedor como el detentador...” (ALSINA, 1963, Tomo VI: 284).

Según Alvarez Abundancia, los interdictos (de retener y recobrar la posesión) constituyen “... procesos especiales y sumarios de simple finalidad conservativa (...). En realidad, los interdictos (...) se orientan a mantener un estado de hecho que sin más ha sido indebidamente modificado por los actos del perturbador o despojan-te...” (ALVAREZ ABUNDANCIA, 1959: 968).

Los interdictos son asuntos contenciosos cuyo objeto de debate lo constituye el hecho de la posesión (y no el derecho a ésta), que se tramitan en vía de proceso sumarísimo (art. 546 -inc. 5)- del C.P.C.). El Código Procesal Civil los regula en el Sub-Capítulo 5º (“Interdictos”) del Capítulo II (“Disposiciones especiales”) del Título III (“Proceso sumarísimo”) de su Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), en los arts. 597 al 607.

1.2 Clasificación

En la doctrina y en la legislación comparada se admiten (en su conjunto o parcialmente) las siguientes clases de interdictos:

- Interdicto de adquirir.
- Interdicto de retener (o conservatorio).
- Interdicto de recobrar (o de reintegración).
- Interdicto de obra nueva.
- Interdicto de obra ruinosa (o de daño temido).

Castán Tobeñas nos informa que “... se han venido clasificando los interdictos posesorios en interdictos de *retener* y de *recobrar* -*interdicta retinendae possessionis* y *recuperandae possessionis*- según que su finalidad estribe en defender contra perturbaciones una posesión jurídica actual o en recuperar la que se perdió por despojo violento e ilícito” (CASTAN TOBEÑAS, 1964, Tomo Segundo, Volumen Primero: 496).

Prieto-Castro y Ferrándiz dice al respecto que “... solamente son posesorios en sentido estricto los llamados *de retener* o *de recobrar*, ya que protegen exclusivamente la posesión y precisamente tenida en la actualidad. Diversamente, el (...) interdicto de adquirir es un proceso petitorio que persigue la investidura en la posesión (de los bienes hereditarios) que hasta el momento no se tenía. Y, contrariamente, los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa, en primer lugar no protegen con exclusividad ni directamente la posesión, persiguiendo, además, una finalidad aseguratoria que no es exclusiva de la jurisdicción ni reclama siempre un proceso, sino que también se puede lograr por procedimientos administrativos...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 64).

El Código Procesal Civil únicamente reconoce los siguientes interdictos:

- Interdicto de recobrar (art. 603 del C.P.C.).
- Interdicto de retener (art. 606 del C.P.C.).

Puntualizamos que las hipótesis a que se refieren los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa son consideradas legalmente como elementos configurantes del interdicto de retener, conforme se desprende de la parte inicial del segundo párrafo del artículo 606 del Código Procesal Civil, la misma que establece que la perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la **ejecución de obras** o la existencia de **construcciones en estado ruinoso**.

1.3 Organismo jurisdiccional competente

De acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 547 del Código Procesal Civil, son competentes los Jueces Civiles para conocer de los procesos de interdictos.

Dicho numeral es concordante con el artículo 597 del Código Procesal Civil, que asigna al Juez Civil la competencia para conocer de los interdictos, pero que establece como excepción lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 605 del indicado cuerpo de leyes, según el cual, el tercero perjudicado con la orden judicial (cuya ejecución implique desposesión, expedida en un proceso -cualquiera- en que no ha sido emplazado o citado: primer párrafo del art. 605 del C.P.C.) debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución (del bien).

Por disposición del inciso 1) del artículo 24 del Código Procesal Civil, además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante, el Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares, será competente el Juez de cualquiera de ellos.

1.4 Procedencia

Esther Vilalta y Rosa Méndez consideran que son requisitos del interdicto de retener o recobrar (los dos tipos de interdictos en que suelen agruparse los demás -menos el de adquirir-) que:

- “A) El actor detente el bien (...).
- B) Se trate de un derecho real (...).
- C) La acción se dirija contra el responsable del acto del despojo o perturbación (...).
- D) No haya mediado consentimiento del actor.
- E) Se efectúe con la voluntad de quedárselo, para sí o para otro, el demandado (privando al poseedor del disfrute de la cosa). Debe existir un cierto ánimo de expolio (...).
- F) Debe plantearse antes de transcurrido un año desde la desposesión (...)
- G) Debe necesariamente identificarse el bien o la finca de forma inequívoca (...).

- H) Debe darse una apariencia. Que la relación de la persona y la cosa sea evidente, conocida, actual, y de aparente conformidad con el orden jurídico (...), y que ésta se vea perturbada.

(...)

- I) En el suplico de la demanda del interdicto de retener se deberá solicitar ‘que se retenga’, o bien que se abstenga; Que se reponga, en el interdicto de recobrar” (VILALTA; y MENDEZ, 1998, *Interdicto de retener o recobrar*: 6-9).

Con arreglo a lo prescrito en el artículo 599 del Código Procesal Civil, el interdicto procede:

- Respecto de inmueble, siempre que no sea de uso público.
- Tratándose de bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público.
- Para proteger la posesión de servidumbre, cuando ésta es aparente. La servidumbre consiste, tal como se infiere del artículo 1035 del Código Civil, en el gravamen (o gravámenes), legal o convencional, que se impone a un predio (llamado sirviente) en beneficio de otro (denominado predio dominante), que dé derecho al dueño de este último para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o que impida al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos. La servidumbre aparente, dicho sea de paso, no es sino aquella cuya existencia se manifiesta mediante signos exteriores.

1.5 Plazo

Albaladejo refiere que el juicio interdictal “... permite el ejercicio de una acción, el interdicto, que caduca al año, luego está sometido a caducidad. Pero no excluye la posibilidad de que fuera de él se ejercite otra acción, la acción defensiva o recuperatoria de la posesión (...), acción, que, aun rechazado el interdicto del reclamante (...), puede prosperar, si es que no ha prescrito a pesar de haber pasado el plazo del año, porque se hubiese interrumpido el curso de la prescripción; acción no interdictal, pero también defensiva de la posesión, que incluso resuelto desfavorablemente el interdicto, queda reservada (...) al poseedor despojado, puesto que le siguen correspondiendo las relativas no sólo a recobrar la posesión por tener eventualmente derecho a poseer, sino la relativa a simplemente recobrar la posesión de hecho por haber sido privada de ésta, para cuyo recobro el juicio interdictal era otra oportunidad más que se le dio *para el año siguiente al despojo*” (ALBALADEJO, 1990: 552-553).

Prieto-Castro y Ferrándiz, en lo que atañe al plazo de un año para incoar la acción de recobrar o retener la posesión, expresa que “... es el plazo de prescripción germánico, y que descansa en la idea de ser la posesión, en sí, un hecho, para destruir el cual es suficiente el otro hecho, contrario, de la posesión por un nuevo poseedor durante el tiempo indicado. En consecuencia, la demanda interdictal, en la que sólo se plantea el problema del *hecho* de la posesión, ha de presentarse antes de que transcurra más de un año desde la realización del acto que la ocasione” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 69).

El Código Procesal Civil, en su artículo 601, contempla el plazo de prescripción (no de caducidad) de la pretensión interdictal, así como la posibilidad del interesado para que ejercite, en vía de proceso de conocimiento, la acción que corresponda destinada a tutelar su derecho a la posesión. Dicho numeral establece, pues, lo siguiente: “La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento”.

Acerca del plazo en materia interdictal, debe tenerse presente, además, que, conforme al artículo 921 del Código Civil, el poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él, siempre que su posesión sea de más de un año.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al plazo de prescripción de la pretensión interdictal, ha establecido lo siguiente:

- “... El Artículo seiscientos uno del Código Procesal Civil preceptúa que, la pretensión interdictal prescribe al año de ‘iniciado’ el hecho que fundamenta la demanda; (...) como lo hace notar la recurrente (...) no precisa (la demanda) cuándo se iniciaron (los hechos perturbatorios de la posesión), lo que resulta indispensable precisar para los efectos a que se contrae la prescripción extintiva que prevé el citado numeral; (...) en este orden de cosas, el petitorio resulta completo e impreciso, razón por la que el juez debió declarar inadmisibile la demanda...” (Casación Nro. 165-94 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-1995, pág. 19).
- “... El supuesto que contiene el artículo seiscientos uno del Código Adjetivo [C.P.C.], relativo a que vencido el plazo de un año, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento, no está referida [sic -léase referido-] al interdicto de recobrar, sino a otra acción, como puede ser la declaración judicial del mejor derecho a la posesión...” (Casación Nro. 3404-2001 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8534-8535).

- “... Respecto a la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso mediante la infracción del artículo seiscientos uno del Código Procesal Civil, ésta se evidencia de lo expuesto en la [resolución] recurrida, en relación a la inexistencia de acciones, como la contenida en la demanda [sobre mejor derecho de posesión] cuando [...] expone que ‘en nuestro ordenamiento jurídico procesal entre las acciones posesorias no existe el mejor derecho a la posesión; como tampoco ésta, está fundamentada legalmente en nuestro derecho sustantivo’, conclusión que se contradice con lo dispuesto en la norma procesal citada, puesto que ella regula las acciones que como la presente se tramitan en la vía de proceso de conocimiento en caso [...] [que] haya prescrito el año para el inicio de una pretensión interdictal. [...] siendo ello así se aprecia que la resolución recurrida ha incurrido en causal de nulidad por inobservancia de lo dispuesto en el inciso tercero del numeral ciento veintidós del Código Procesal Civil, puesto que no se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho, constituyendo dicha inobservancia una clara contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso...” (Casación Nro. 1777-99 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, págs. 8812-8813).

1.6 Requisitos de la demanda

Además de los requisitos y anexos que debe reunir toda demanda, contemplados, respectivamente, en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, en la demanda interdictal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 600 del citado Código, es necesario:

- Expresar los hechos (perturbatorios o desposesorios) en que consiste el agravio.
- Expresar la época en que tales hechos se realizaron.
- Que los medios probatorios (que se ofrezcan) estén referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio.

1.7 Proceso interdictal y acumulación de pretensiones

Por disposición del artículo 602 del Código Procesal Civil, se pueden demandar acumulativamente a la demanda interdictal:

- La pretensión de pago de frutos (que fueran dejados de percibir por el demandante a causa de la perturbación posesoria o del despojo).
- La pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios causados.

1.8 La prueba en los interdictos

En los interdictos en general, “... el demandante no tiene que preocuparse de probar su *derecho a poseer*; le basta probar la *posesión* y el hecho (perturbación o despojo), que da lugar al interdicto. A su vez al demandado no se le permiten alegaciones *ex iure* fundadas en su *derecho a poseer*, las cuales quedan reservadas para el *petitorio*. Ni tampoco puede invocar la excepción de *posesión viciosa* del demandante. Unicamente puede negar el hecho de la posesión del demandante, no en cuanto a las cualidades de aquélla (*título*), sino en cuanto a su conformación puramente fáctica (*poder autónomo*), o el de la inquietación o el despojo cuando en relación con éstos se halla autorizado por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo por su propia autoridad la lesión posesoria (legítima defensa o estado de necesidad), o en el supuesto de mandamiento judicial de embargo, en el que existe la misma autorización, o que se trate de las facultades concedidas a la Administración...” (DE LOS MOZOS, 1962: 163-164).

Por disposición del último párrafo del artículo 600 del Código Procesal Civil, los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar:

- La posesión; y
- El acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia.

Además, teniendo en cuenta que, conforme al primer párrafo del artículo 600 del Código adjetivo, en la demanda interdictal debe expresarse la época en que se realizaron los hechos en que consiste el agravio (es decir, la perturbación o la desposesión), es necesario acreditar cuándo ocurrieron tales hechos, a fin de determinar si la pretensión interdictal ha prescrito o no. (Recuérdese que ésta prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda: art. 601 -primera parte- del C.P.C.).

1.9 Efectos

De Diego Lora, acerca de los efectos de los interdictos de retener y de recobrar (los dos tipos de interdictos en que suelen agruparse los demás), específicamente en lo concerniente a la orden de mantención o de reintegración, dice lo siguiente:

“Se ordena que se mantenga en la posesión o se reponga en ella al poseedor, según sea uno u otro interdicto.

Es una consecuencia de la declaración de haber lugar al interdicto. Toda sentencia de condena supone o implica un pronunciamiento declarativo tácito. Aquí ya hay una pretensión declarativa, el que se dé lugar al

interdicto; y esto supone que el juzgador tácitamente declaró que había posesión y que existieron actos de inquietación o de despojo.

Declarados esos extremos, el Juez ha de ordenar que por el demandado se realice una conducta. En el de retener, que se mantenga al actor en su posesión. La condena para el demandante, en este caso, será el abstenerse de realizar actos perturbadores o de inquietación. En el de recobrar, que se aparte ese demandado de la cosa poseída para que el actor vuelva a entrar en su posesión...” (DE DIEGO LORA, 1956: 742-743).

De Diego Lora puntualiza que “... el efecto propio de la sentencia de interdicto (efecto de carácter material) es la mantención o la recuperación. Y (...) los otros pronunciamientos (daños, perjuicios y frutos) aparecen como sobreañadidos, con la finalidad, quizá, de dar una mayor robustez a la apariencia y cargar con una mayor sanción al perturbador” (DE DIEGO LORA, 1956: 751).

Ernesto Torino hace notar que, “... perdido el proceso en el orden de los interdictos, no habría cosa juzgada ya que queda la posibilidad de replantear el caso por medio de las acciones posesorias. Recién en este plano el fallo produciría cosa juzgada en materia posesoria. La única vía que quedaría para recuperar la posesión perdida o para lograr que se reconozca su plenitud o su libertad, es el juicio de fondo o petitorio intentando las acciones reales reivindicatoria, confesoria o negatoria, etapa en la cual se esgrimen ya los títulos, pues aquí triunfará el que tenga ‘el derecho a poseer’” (TORINO, 1960: 40).

1.10 Jurisprudencia casatoria relacionada con los interdictos en general

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los interdictos en general, ha establecido lo siguiente:

- “... La institución del interdicto protege la posesión...” (Casación Nro. 1922-2007 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, pág. 23122).
- “... Conforme a lo establecido en el artículo 598 del Código Procesal Civil, los interdictos son procedimientos judiciales destinados a mantener el ‘statuo quo’ de la posesión o sea conservarla o restituirla, vale decir, defenderla manteniendo la cosa por el poseedor...” (Casación Nro. 4341-2007 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22204-22206).
- “... El interdicto se fundamenta por un lado en la necesidad de restablecer la tranquilidad social alterada por el conflicto posesorio, y por otro, asegura la posesión actual en favor del que la está ejercitando, sin perjuicio

de que después se ventile el mejor derecho a la posesión” (Casación Nro. 282-96 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10-06-1998, pág. 1269).

- “... En el proceso de interdicto, en el que se dictó la resolución de ministración, sólo se discute la posesión de hecho y no como derecho...” (Casación Nro. 2006-2006 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19153-19154).
- “... En los interdictos se protege la posesión como hecho y no la posesión como derecho; esto es, no se busca encontrar un derecho o causa por el cual se haya ejercido la posesión sino tan sólo determinar fácticamente que se estuvo poseyendo el bien...” (Casación Nro. 992-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8121-8122).
- “... Versando el presente proceso sobre una acción interdictal, lo que se cuestiona no es la propiedad del inmueble sub litis, sino el derecho de posesión que sobre él se ejerce...” (Casación Nro. 234-2000 / Cono Norte - Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-2000, pág. 5068).
- “... Tratándose de un proceso interdictal las decisiones vertidas son con prescindencia del derecho de propiedad [y] del mejor derecho a la posesión que pudieran tener las partes; con lo que lógicamente no se está enervando ninguna resolución de adjudicación...” (Casación Nro. 975-2001 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, págs. 8670-8671).
- “... Para la defensa de la posesión por intermedio de los interdictos no es necesario evaluar los títulos de los que nace el derecho a la posesión, consecuentemente desde el punto de vista de la prueba, en el interdicto no tiene significación la prueba escrita de la posesión ni el título posesorio, sino que se discuten únicamente la posesión fáctica y actual del actor y el hecho perturbatorio o de despojo; por lo cual, asumiendo la postura doctrinal predominante respecto de la institución sub exámine, se concluye que la posesión que ha sido contractual o judicialmente reconocida pero que no existe fácticamente no es posesión” (Casación Nro. 282-96 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10-06-1998, pág. 1269).
- “... Debido a la urgencia de la tutela jurisdiccional, en casos de perturbación o despojo de la posesión, las pretensiones interdictales únicamente pueden ser promovidas por el poseedor inmediato; puesto que el poseedor mediato precisamente por no estar en relación directa e inmediata con

la cosa al momento de la perturbación o del despojo, éste requiere de una estación probatoria más amplia para demostrar que efectivamente mantiene una relación de dependencia, o que ha entregado válidamente la posesión al poseedor inmediato, y que además conserva para sí la posesión mediata del inmueble; actividad probatoria que resulta incompatible con la naturaleza sumaria de las pretensiones interdictales...” (Casación Nro. 2271-2004 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, pág. 16198).

- “... El artículo novecientos setentinueve del Código Civil otorga el derecho a todo copropietario a reivindicar el bien común, así como a promover las acciones posesorias, interdictos y otros que determine la Ley, lo que significa que cualquiera de ellos no requiere para actuar de la intervención de sus copropietarios; afirmación esta que se ve ratificada con lo señalado en el artículo sesenticinco del Código Procesal Civil, norma que establece que tratándose de un patrimonio autónomo, como lo es la copropiedad, su representado recae sobre cualquiera de sus partícipes en caso de ser demandantes...” (Casación Nro. 2174-2001 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, pág. 8346).

2. EL INTERDICTO DE RETENER

2.1 Significado

El interdicto de retener (llamado también conservatorio o de mantenimiento) “... nace del hecho de haber sido perturbado en la posesión de la cosa el que la tenga de hecho, por actos de un tercero, que manifiesta la intención de inquietarle y despojarle, pero sin realizar el despojo” (CASTRO, 1931, Tomo Tercero: 173).

Prieto-Castro y Ferrándiz opina que el proceso de interdicto de retener es aquel “... destinado a proteger la posesión actual como hecho, o el hecho de la posesión contra las *perturbaciones* que la dañan, consistentes en actos que no significan privación de ella al poseedor...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 65).

Lino Palacio cataloga como interdicto de retener a “... la pretensión procesal mediante la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble reclama el amparo judicial frente a la existencia de actos materiales que importan una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o de la tenencia” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 22-23).

Para De los Mozos, el interdicto de retener “... se entabla con el objeto de conservar y mantener la posesión de una cosa cuando su titular es inquietado y

perturbado en ella por un tercero, pero sin llegar a ser despojado” (DE LOS MOZOS, 1962: 132).

Diez-Picazo y Gullón se han formado la siguiente idea del interdicto de retener: “El interdicto o acción de retención de la posesión, se produce cuando un poseedor, que conserva la posesión, pero que ha sido perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o de despojarle o que tiene fundados motivos para creer que lo será, se dirige al juez con el fin de que éste le mantenga en la posesión y requiera al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de realizar tales actos u otros que manifiesten el mismo propósito...” (DIEZ-PICAZO; y GULLON, 1979, Volumen III: 80).

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el interdicto de retener es aquel que procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión (art. 606 -primer párrafo- del C.P.C.), consistiendo la pretensión -dependiendo del caso de que se trate- en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado o, genéricamente, en el cese de los actos de perturbación (art. 606 -segundo párrafo- del C.P.C.). Puntualizamos que las pretensiones de suspensión de la continuación de la obra y de destrucción de lo edificado son susceptibles de acumulación (art. 606 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Las hipótesis a que se refieren los interdictos de obra nueva y de obra ruinoso contemplados en la doctrina y en la legislación comparada son consideradas legalmente como elementos configurantes del interdicto de retener, conforme se desprende de la parte inicial del segundo párrafo del artículo 606 del Código Procesal Civil, la cual establece que la perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la **ejecución de obras** o la existencia de **construcciones en estado ruinoso**.

2.2 Procedencia

Según Puig Brutau, “el interdicto de retener procede cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa ha sido perturbado en ella ‘por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle’...” (PUIG BRUTAU, 1978, Tomo III, Volumen I: 256).

A criterio de Papaño, Kiper, Dillon y Causse, “... para la procedencia de este interdicto (de retener) se requieren las siguientes condiciones: 1) Que quien lo intentare se halle en la actual posesión o tenencia de una cosa, mueble o inmueble (...). 2) Que alguien amenazare perturbarle o lo perturbase en ellas mediante actos materiales...” (PAPAÑO; KIPER; DILLON; y CAUSSE, 1989, Tomo I: 140).

Lino Palacio sostiene que “... la procedencia del interdicto de retener se halla supeditada a la circunstancia de que los actos turbatorios no tengan por resultado una exclusión absoluta del poseedor o tenedor, porque en tal hipótesis no corresponde aquel interdicto sino el de despojo (...). En el caso de que, pese a mediar dicha exclusión, el actor haya calificado al interdicto como de retener, no corresponde sin embargo el rechazo de la demanda, sino la aplicación de las normas que se adecuen a las circunstancias de hecho alegadas y probadas (*iura novit curia*). El mismo principio rige en el supuesto inverso” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 30).

Se infiere del Código Procesal Civil que para la procedencia del interdicto de retener es menester, principalmente:

- Que el poseedor sea perturbado en su posesión (art. 606 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Que en la demanda correspondiente se exprese los hechos (perturbatorios) en que consiste el agravio y la época en que se realizaron (art. 600 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Que se acredite la posesión y el acto perturbatorio (así como la época en que éste tuvo lugar). Ello de conformidad con el último párrafo del artículo 600 del Código Procesal Civil.
- Que el bien en cuestión (cuya posesión se alega es perturbada) sea un inmueble o un bien mueble inscrito, pero no de uso público; o que la posesión que se perturba corresponda a una servidumbre aparente (art. 599 del C.P.C.).
- Que no haya transcurrido un año de iniciado el hecho en que se fundamenta la demanda, porque sino prescribe la pretensión interdictal (art. 601 del C.P.C.).

Puntualizamos que, para la procedencia del interdicto de retener, el hecho en que consiste la presunta perturbación de la posesión no debe estar autorizado legalmente (como, por ejemplo, cuando se trata de la servidumbre de paso) o fundarse en una resolución judicial o administrativa expedida en un procedimiento regular.

2.3 Legitimidad activa

“... La legitimación para promover el interdicto de retener pertenece tanto al poseedor cuanto al simple tenedor, como puede ser, v.gr., el locatario o el subinquilino” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 24).

Taquia Vila opina que el interdicto de retener “... puede ser interpuesto por el poseedor o por el tenedor contra cualquiera que le haya molestado en su posesión aun cuando éste fuese el propietario; o porque la cuestión sobre la posesión es separada de la propiedad. Por eso en este interdicto no se toma en consideración, ni el título, ni el mejor derecho a poseer. Constituye únicamente una defensa a la posesión actual” (TAQUIA VILA, 1965: 39).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 598 del Código Procesal Civil, que versa sobre la legitimidad activa en los interdictos en general, todo aquel que se considere **perturbado** o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos (como el de retener, circunscribiéndonos al proceso que ahora nos ocupa).

Al respecto, la primera parte del artículo 921 del Código Civil preceptúa que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los **interdictos** (como el de retener, por ejemplo).

2.4 Legitimidad pasiva

Al respecto, Lino Palacio hace estas aseveraciones:

“... La legitimación pasiva (en el interdicto de retener) (...) incumbe en primer término al autor material del acto turbatorio de la posesión o de la tenencia, aun cuando adujere haber obrado por cuenta de terceros (...).

(...) La demanda puede interponerse frente a los sucesores universales y a los sucesores particulares de mala fe del autor del acto turbatorio. De tal manera resulta excluido como posible legitimado pasivo de la pretensión el sucesor particular de buena fe, sea a título oneroso o gratuito, aunque cabe puntualizar que, excepcionalmente, puede demandarse a aquel tipo de sucesor cuando se trata de cosas muebles robadas o perdidas (...).

(...) Por copartícipes, finalmente, debe entenderse a aquellos que, de cualquier manera, hayan cooperado en la ejecución del acto turbatorio, tomando parte en él o facilitando el proceder del autor principal” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 31-32).

En lo que atañe a la legitimidad pasiva en el interdicto de retener, la última parte del artículo 921 del Código Civil prescribe que si la posesión es de más de un año puede rechazar -el poseedor- los interdictos que se promuevan contra él.

2.5 La prueba en el interdicto de retener

“... La procedencia del interdicto (de retener) sólo está supeditada a la prueba de que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y de

que el demandado lo ha turbado en ellas mediante la realización de actos materiales. Por lo tanto, no configuran fundamento idóneo de la pretensión ni de la oposición los títulos que pudieren invocar el actor o el demandado, ya que la materia del interdicto se limita a la posesión o a la tenencia en sí mismas, o sea como situaciones de hecho, con prescindencia del derecho a poseer...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 32-33).

Taquia Vila apunta que “... los litigantes sólo podrán ofrecer y actuar pruebas encaminadas a demostrar la posesión, la verdad o falsedad de los actos de perturbación y la época en que se cometieron, quién ejecutó dichos actos, si fue el demandado u otra persona a orden suya, distinguiéndose así al autor material y el autor intelectual. Las pruebas tendientes a demostrar el derecho de propiedad o el derecho a poseer no se tendrán en cuenta (...) para los fines de este interdicto (de retener)” (TAQUIA VILA, 1965: 39-40).

En relación a la prueba en el interdicto de retener, cabe indicar que se desprende de nuestro ordenamiento procesal lo siguiente:

- Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o su ausencia (último párrafo del art. 600 del C.P.C.).
- Debe acreditarse la época en que se realizaron los hechos (perturbatorios) en que consiste el agravio (por cuanto, al ser ella expresada en la demanda, hace surgir la carga de la prueba, que corresponderá, en el caso particular, al accionante), cuestión importante a fin de determinar si la pretensión interdictal ha prescrito o no, pues, recuérdese, ello ocurre al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda (arts. 600 -primer párrafo- y 601 del C.P.C.).
- Admitida la demanda, el Juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado (último párrafo del art. 606 del C.P.C.).

2.6 Medidas cautelares en el interdicto de retener

En lo concerniente a las medidas cautelares en el interdicto de retener, debe tenerse presente lo dispuesto en los preceptos legales que se citan a continuación.

- *Artículo 956 del Código Civil (que trata sobre las acciones por obra que amenaza ruina):*

“Si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de **medidas preventivas**”. (El subrayado es nuestro).

- *Artículo 682 del Código Procesal Civil (referido a la 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 sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

- *Artículo 684 del Código Procesal Civil (que versa sobre la 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”.

- *Artículo 687 del Código Procesal Civil (que trata sobre la 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 sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

2.7 Sentencia y efectos del interdicto de retener

“... En el interdicto de retener (...) no se ha producido despojo, por lo que la sentencia que declara haber lugar al mismo decretará que el demandado se abstenga de perturbar en la posesión” (VILALTA; y MENDEZ, 1998, *Interdicto de retener o recobrar*: 9).

Según Lino Palacio, “... si el juez decide actuar la pretensión debe condenar al demandado a cesar en la ejecución de los hechos turbatorios de la posesión o de la tenencia, o bien en las amenazas de esos hechos, y que si, por el contrario, resuelve desestimar el interdicto (de retener), debe limitarse a declarar que no concurren los presupuestos que condicionan su procedencia, no siéndole dado, por consiguiente, fuera de la imposición de las costas, dictar pronunciamiento condenatorio alguno

contra el actor, sin perjuicio de que una sentencia de ese tipo sea objeto de una pretensión independiente” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 37).

Messineo asevera que “... *efecto* de la acción de mantenimiento (léase interdicto de retener) es la *orden*, dada por el juez al demandado, de *desistir de las molestias (inhibición)* y eventualmente la condena a *resarcir el daño (...)*. Es decir, que la acción tiene función conservativa del *status quo ante*” (MESSINEO, 1954, Tomo III: 240).

Por disposición del artículo 607 del Código Procesal Civil, declarada fundada la demanda (sobre interdicto de retener), el Juez ordenará que cesen los actos perturbatorios y lo que corresponda de acuerdo al segundo párrafo del artículo 606 de dicho cuerpo de leyes (vale decir, la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado), además del pago de los frutos y de la indemnización, de ser el caso (siempre y cuando estas dos últimas pretensiones -o alguna de ellas- se hayan acumulado a la pretensión interdictal).

2.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con el interdicto de retener

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al interdicto de retener, ha establecido lo siguiente:

- “... El interdicto de retener, denominado por la doctrina también acción de mantenimiento, presupone la molestia o turbación de hecho o de derecho al ejercicio de la posesión; es decir, uno o más actos que atenten contra la posesión perturbándola materialmente o impliquen negación del derecho a la misma...” (Casación Nro. 399-2005 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2006, págs. 15868-15869).
- “... El interdicto de retener es una acción de defensa posesoria que busca que el accionante no sea perturbado en su posesión, esto es, en su normal ejercicio...” (Casación Nro. 3425-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, págs. 18200-18201).
- “... Este proceso versa sobre interdicto de retener en donde no se discute quien es [sic -léase quién es-] propietario del bien sino que mediante actos perturbatorios, se estaría afectando el derecho posesorio de una de las partes...” (Casación Nro. 3566-00 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7248).
- “... En la presente acción [sobre interdicto de retener] el objeto de controversia lo constituye el hecho de la posesión y no el derecho a ésta ni el dominio sobre el bien...” (Casación Nro. 1029-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-2006, págs. 15303-15304).

- “... No está en discusión en el presente proceso [sobre interdicto de retener] si existe o no derecho de servidumbre sino si hay actos perturbatorios [de la posesión]...” (Casación Nro. 2041-2005 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-07-2006, pág. 16543).
- “... No puede constituir perturbación posesoria, la ejecución de una medida dictada en un proceso judicial” (Casación Nro. 1886-98 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-1999, págs. 2351-2352).
- “... Para que una acción de interdicto de retener pueda tener la perspectiva de ser amparada, el demandante se debe encontrar ocupando físicamente el predio que es objeto de perturbación...” (Casación Nro. 428-2004 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2006, págs. 15683-15684).
- “... En el interdicto de retener, el accionante debe acreditar la posesión del bien objeto de reclamo, los hechos perturbatorios de los que ha sido objeto y que la demanda ha sido interpuesta dentro del término de Ley...” (Casación Nro. 1039-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, págs. 8882-8883).
- “... Estos actos perturbatorios deben ser comprobados de manera objetiva siendo para este caso la inspección judicial realizada, por el Juzgador que le permite formarse convicción real de los hechos...” (Casación Nro. 1698-97 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2000, pág. 4938).
- “... El artículo seiscientos seis del Código Procesal Civil indica la realización de la inspección judicial como prueba de carácter privilegiada para este tipo de interdicto [interdicto de retener] que fuera de haberse realizado con la sola presencia del perito de parte, fue actuada con posterioridad a la Audiencia Unica y no con el admisorio como expresa e imperativamente prescribe el tercer párrafo del referido artículo con carácter inimpugnable [...]. [...] Que, en este sentido, al haberse infringido una norma procesal afectándose el principio imperativo contenido en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Procesal Civil debe señalarse nueva fecha para la realización de la diligencia de inspección judicial así como la designación de peritos, conforme lo establece el artículo seiscientos seis del Código Procesal Civil [...] y, consecuentemente[,] declararse la nulidad de las sentencias de mérito...” (Casación Nro. 2151-2000 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, pág. 10512).

3. EL INTERDICTO DE RECOBRAR

3.1 Noción

Para Esteves Saguí, los interdictos recuperatorios “... son aquellos remedios breves y sumarios que acuerda la ley al que ha sido despojado de la posesión en que quieta y tranquilamente se hallase; ya sea por obra del simple particular, ya por las justicias mismas y tribunales, pero sin haber sido citado, oído y vencido el despojado...” (ESTEYES SAGUI; citado por MOLINARIO, 1962: 203).

En palabras de Lino Palacio, “... el interdicto de recobrar es la pretensión procesal en cuya virtud el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble del cual ha sido total o parcialmente despojado requiere judicialmente que se le restituya la posesión o la tenencia perdidas” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 37).

Colín y Capitant dicen del interdicto de recobrar que “... esta acción posesoria es la que sirve de sanción a las perturbaciones procedentes de *actos de violencia que suponen un ataque directo a la posesión y producen la desposesión del poseedor...*” (COLIN; y CAPITANT, 1942, Tomo Segundo, Volumen II: 1184).

Diez-Picazo y Gullón aseguran que “el interdicto o acción de recuperación de la posesión se da (...) cuando un poseedor ha sido despojado de la posesión de la cosa y se dirige a reponerle en la posesión indebidamente perdida. La acción es independiente de los derechos que el despojado y el despojante puedan tener sobre la cosa” (DIEZ-PICAZO; y GULLON, 1979, Volumen III: 80-81).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el interdicto de recobrar es aquel que procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo (regular, pues si en dicho proceso el desposeído no hubiera sido emplazado o citado, entonces, podrá interponer interdicto de recobrar, siguiéndose, para tal efecto, el procedimiento especial a que se contrae el art. 605 del C.P.C.), y siempre que el despojo no ocurriera en ejercicio del derecho (de defensa posesoria extrajudicial) contenido en el artículo 920 del Código Civil. Ello se colige del artículo 603 del Código Procesal Civil.

3.2 Procedencia

El interdicto de recobrar “... procede cuando el poseedor haya sido ya efectivamente despojado de la posesión o tenencia” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 394).

A criterio de Papaño, Kiper Dillon y Causse, “... para la procedencia de este interdicto son requeridas las siguientes condiciones: 1) Que quien lo intente o su causante, hubiese tenido la posesión actual o la tenencia de una cosa mueble o

inmueble (...). 2) Que hubiese sido despojado total o parcialmente de la cosa con violencia o clandestinidad...” (PAPAÑO; KIPER; DILLON; y CAUSSE, 1989, Tomo I: 145-146).

Se desprende del Código Procesal Civil que para la procedencia del interdicto de recobrar es menester, principalmente:

- Que el poseedor sea despojado de su posesión (art. 603 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Que en el despojo de la posesión no haya mediado proceso previo (regular, pues si en dicho proceso el desposeído no hubiera sido emplazado o citado, entonces, podrá interponer interdicto de recobrar, siguiéndose, para tal efecto, el procedimiento especial a que se contrae el art. 605 del C.P.C.). Ello conforme al primer párrafo del artículo 603 del Código Procesal Civil.
- Que, con arreglo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 603 del Código Procesal Civil, el despojo no haya ocurrido en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, referido a la defensa posesoria extrajudicial.
- Que en la demanda correspondiente se exprese los hechos (desposesorios) en que consiste el agravio y la época en que se realizaron (art. 600 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Que se acredite la posesión y el acto desposesorio (así como la época en que éste tuvo lugar). Ello de conformidad con el último párrafo del artículo 600 del Código Procesal Civil.
- Que el bien en cuestión (cuya posesión ha sido despojada) sea un inmueble o un bien mueble inscrito, pero no de uso público (art. 599 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Que no haya transcurrido un año de iniciado el hecho en que se fundamenta la demanda, porque sino prescribe la pretensión interdictal (art. 601 del C.P.C.).

3.3 Legitimidad activa

El interdicto recuperatorio (o de recobrar), a juicio de Esteves Saguí, “... es un remedio sumamente privilegiado, y que se acuerda al mero poseedor o tenedor, aun cuando carezca del derecho de dominio...” (ESTEYES SAGUI; citado por MOLINARIO, 1962: 203).

En opinión de Lino Palacio, la legitimación activa para promover el interdicto de recobrar “... pertenece tanto al poseedor con posesión jurídica como al poseedor actual y momentáneo e incluso al mero tenedor” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 39).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 598 del Código Procesal Civil, que versa sobre la legitimidad activa en los interdictos en general, todo aquel que se considere perturbado o **despojado** en su posesión puede utilizar los interdictos (como el de recobrar, circunscribiéndonos al proceso que ahora nos ocupa). Dicho numeral es concordante con el artículo 921 del Código Civil, el cual en su parte inicial establece que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los **interdictos** (como el de recobrar, por ejemplo).

3.4 Legitimidad pasiva

Barbero dice que en la acción de reintegración o de despojo (léase interdicto de recobrar), “... *legitimado pasivo* es el autor del despojo, con tal de que en él se revele (un *animus spoliandi*), y también el tercero a quien haya pasado la posesión por adquisición a título particular hecha con conocimiento del despojo ocurrido (...), y mucho más el sucesor universal del autor del despojo -por continuación de la posesión-, aunque no sepa del mencionado despojo (mientras que el sucesor universal del adquirente a título particular sólo podrá ser demandado a condición de que se pudiera demandar a su causante)...” (BARBERO, 1967, Tomo I: 402).

En lo relativo a la legitimidad pasiva en el interdicto de recobrar, cabe indicar que la última parte del artículo 921 del Código Civil prescribe que si la posesión es de más de un año puede rechazar -el poseedor- los interdictos que se promuevan contra él.

3.5 La prueba en el interdicto de recobrar

De los Mozos enseña que “... no se admiten al demandado de despojo otras alegaciones y pruebas que las tendientes a negar el cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio, pero nunca la admisión de excepciones en torno a la cualidad de la posesión del actor o al mejor derecho sobre la cosa del demandado” (DE LOS MOZOS, 1962: 134).

Lino Palacio, al respecto, afirma que, “... en razón de que la única finalidad del interdicto de recobrar consiste en la defensa de la posesión o tenencia actual, no corresponde alegación o prueba alguna relacionada con el derecho posesorio que pueda invocar cada una de las partes. De tal manera, desbordan el objeto del proceso analizado tanto las cuestiones atinentes a la eficacia, ineficacia o alcance

del título presentado por el actor, cuanto las razones que pueda o no tener la demandada para fundar su actitud y retener la posesión o la tenencia de la cosa” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 48).

En relación a la prueba en el interdicto de recobrar, se desprende de nuestro ordenamiento procesal lo siguiente:

- Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto desposesorio o su ausencia (último párrafo del art. 600 del C.P.C.).
- Debe acreditarse la época en se realizaron los hechos (desposesorios) en que consiste el agravio (por cuanto, al ser ella expresada en la demanda, hace surgir la carga de la prueba, que corresponderá, en el caso particular, al accionante), cuestión importante a fin de determinar si la pretensión interdictal ha prescrito o no, pues, recuérdese, ello ocurre al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda (arts. 600 -primer párrafo- y 601 del C.P.C.).

3.6 Medidas cautelares en el interdicto de recobrar

El Código Procesal Civil, en su artículo 681, dispone como medida (cautelar) temporal sobre el fondo la devolución del bien en el despojo. Dicho numeral establece, pues, que “en el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosíblemente el despojo y su derecho a la restitución pretendida”.

El indicado precepto legal guarda concordancia con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 603 del Código Procesal Civil, según el cual, procede a pedido de parte la solicitud de posesión provisoria del bien (materia de interdicto de recobrar) una vez que haya sido admitida la demanda, la que se sujeta a los requisitos y trámites de la medida cautelar.

3.7 Sentencia y efectos del interdicto de recobrar

A juicio de Prieto-Castro y Ferrándiz, “... la sentencia estimatoria que recae en el interdicto *por despojo* contiene la orden de que inmediatamente se reponga al demandante en la posesión de la cosa o derecho” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 71).

Lino Palacio enseña que “... la sentencia mediante la cual concluye el interdicto que nos ocupa (interdicto de recobrar) debe limitarse -supuesta la admisibilidad de éste- a amparar o no al actor en la posesión o en la tenencia del bien de que se trate, según que, respectivamente, concurren o falten los requisitos de fundabilidad

de la pretensión...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 49-50). El mencionado autor añade que “... dicha sentencia sólo adquiere autoridad de cosa juzgada en lo que atañe a la legitimidad o ilegitimidad del desapoderamiento pero no respecto de los eventuales derechos posesorios de las partes, ya que éstos deben ser objeto de una ulterior pretensión real...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 50).

Gómez de Liaño González sostiene que “... en la sentencia que declare haber lugar al interdicto (de recobrar) por haber sido despojado el demandante de la posesión o de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella, y se condenará al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiere percibido. (...) La sentencia contendrá la fórmula de sin perjuicio de tercero, y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 396).

A criterio de Hernández Gil: “... La sentencia estimatoria de la acción, en el interdicto de recobrar, tiene por objeto restablecer la situación posesoria alterada por el despojo, cuyos efectos, por tanto, han de desaparecer en virtud del pronunciamiento judicial (...). Como el despojo de la posesión no es una pérdida de ésta, la reposición no significa recuperarla, sino restablecer el hecho posesorio precedente. El concreto alcance de la sentencia dependerá de aquello en que hubiere consistido el despojo. Si el despojante ocupó por sí o mediante otra persona a sus órdenes un inmueble, habrá que proceder al lanzamiento, como en la ejecución de la sentencia de desahucio (...). De no haber consistido el despojo en la total ocupación, sino en una intromisión privatoria de la posesión, la reposición tendrá el alcance de hacer cesar la utilización de la cosa que se hubiere irrogado el despojante. Si el despojo consistió en el apoderamiento de una cosa mueble, la reposición equivale a la recuperación y entrega de la misma...” (HERNANDEZ GIL, 1980: 710).

Por disposición del artículo 604 del Código Procesal Civil, declarada fundada la demanda (sobre interdicto de recobrar), el Juez ordenará se reponga al demandante en el derecho de posesión del que fue privado y, en su caso, el pago de los frutos y de la indemnización que corresponda (siempre que estas dos últimas pretensiones -o alguna de ellas- se hayan acumulado a la demanda interdictal: art. 602 del C.P.C.).

3.8 Procedimiento especial del interdicto de recobrar en caso de despojo judicial

El procedimiento especial del interdicto de recobrar en caso de despojo judicial se encuentra regulado en el artículo 605 del Código Procesal Civil en estos términos:

“El tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial expedida en un proceso en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar.

El tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución. Si el Juez estima procedente el pedido accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso”.

3.9 Jurisprudencia casatoria relacionada con el interdicto de recobrar

En los subpuntos siguientes veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con el interdicto de recobrar.

3.9.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el interdicto de recobrar

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los aspectos generales sobre el interdicto de recobrar, ha establecido lo siguiente:

- “... El interdicto de recobrar, también llamado interdicto de despojo, de acuerdo a su naturaleza jurídica, puede ser definido como el mecanismo de defensa de la posesión a través del cual se procura la restitución posesoria, esto es, se orienta a reconocer el hecho de la posesión y el hecho del despojo...” (Casación Nro. 1832-2002 / Cañete, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, pág. 10044).
- “... El interdicto de recobrar supone que el poseedor ha sido despojado, privado de su posesión...” (Casación Nro. 3425-2006 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, págs. 18200-18201).
- “... En el presente caso que versa sobre interdicto de recobrar [...] se discute el acto de despojo y no el derecho a ocupar un bien...” (Casación Nro. 943-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19951-19952).
- “... [No es] materia de discusión propia de este proceso [sobre interdicto de recobrar] la propiedad del bien en cuestión, a tenor de lo dispuesto en los artículos novecientos veintiuno del Código Civil y seiscientos tres del Código Procesal Civil, pues mediante el interdicto busca protegerse la posesión como hecho y no los derechos de posesión o de propiedad...” (Casación Nro. 1331-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7156-7157).

- “... Se configura el despojo y procede el interdicto [de recobrar] cuando el arrendatario entrega el bien a tercero sin consentimiento del arrendador que es el poseedor mediato, por cuya razón haya sustento el interdicto de recobrar previsto en el artículo 603 del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 4341-2007 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22204-22206).
- “... El interdicto de recobrar [...] protege únicamente la posesión directa, actual e inmediata, más no [sic -léase mas no-] la indirecta o mediata...” (Casación Nro. 1909-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, pág. 8444).
- “... Se está ante un proceso interdictal [proceso de interdicto de recobrar] en la que [sic -léase en el que-] se debaten derechos posesorios y no de propiedad...” (Casación Nro. 638-2002 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9061-9062).
- “... En el interdicto de recobrar [...] debe acreditarse que ha operado el despojo de la posesión y que este se ha realizado ilegítimamente...” (Casación Nro. 1039-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, págs. 8882-8883).
- “... Tratándose de un proceso sobre interdicto de recobrar, lo que se tiene que acreditar es la posesión que ejercía la demandante y el despojo del que es objeto por parte del demandado...” (Casación Nro. 2589-99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-01-2000, pág. 4581).
- “... Para estos procesos [sobre interdicto de recobrar], la situación a acreditar es el ‘ejercicio de hecho de la posesión’ por parte de la demandante; el despojo en su posesión de cualquier persona, incluso de quien ostente derechos reales sobre el bien en cuestión, siempre que no haya mediado proceso previo; y que la demanda incoada no haya prescrito al año de producida la desposesión...” (Casación Nro. 602-2001 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7736).
- “... Tratándose el litigio de uno de interdicto de recobrar, en que se discute únicamente lo relacionado a la posesión, y existiendo duda sobre ella, es correcta la decisión para que el Juez actúe prueba de oficio como lo faculta el artículo 194 del Código Procesal Civil, ello a fin de establecer el área supuestamente despojada y si efectivamente existió el despojo...” (Casación Nro. 1014-2006 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17324-17325).

3.9.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el procedimiento especial del interdicto de recobrar en caso de despojo judicial

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al procedimiento especial del interdicto de recobrar en caso de despojo judicial, ha establecido lo siguiente:

- “... Si el recurrente [...] consideró que fue desposeído como consecuencia de la ejecución de la orden judicial de lanzamiento [...] expedida en el proceso judicial en que no ha sido parte[,] [...] vale decir no ha sido emplazado o citado, ha debido interponer la acción de interdicto de recobrar conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo seiscientos cinco del Código anotado [C.P.C.]; o en todo caso, si consideró tener la condición de tercero perjudicado con la orden judicial debió acudir ante el juez que la expidió solicitando la restitución del bien conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo seiscientos cinco del Código citado [C.P.C.]. [...] los demandados al haberse introducido en el inmueble por las vías de hecho, sin tener en cuenta lo establecido en el artículo seiscientos cinco del Código Procesal anotado [C.P.C.], han incurrido en el supuesto de despojo contra el accionante [...], quien estaba en posesión del predio en virtud de la ministración de posesión que se le confirió en el acto del lanzamiento [...] por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo seiscientos tres del Código Civil [sic -en realidad es el art. 603 del C.P.C.-] resulta fundada la acción de interdicto de recobrar, consecuentemente no resulta de aplicación el artículo novecientos veinte del Código Civil al presente caso...” (Casación Nro. 1930-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-05-2002, pág. 8694).
- “... Cuando el acto de desposesión se ha efectuado como resultado de una resolución judicial, el artículo seiscientos cinco del Código Procesal Civil prevé un supuesto especial de interdicto de recobrar por despojo judicial; [...] la citada norma contenida en el artículo seiscientos cinco del Código Procesal Civil, establece que el tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden judicial en que no ha sido emplazado o citado, puede interponer interdicto de recobrar; precisando la norma acotada que el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución. Si el Juez estima procedente el pedido, accederá inmediatamente a él. En caso contrario, lo rechazará, quedando expedito el derecho del tercero para hacerlo valer en otro proceso; [...] la referida norma contiene un requisito de procedibilidad para interponer la demanda del interdicto de recobrar por despojo judicial, estableciendo que el tercero perjudicado con la orden judicial en un proceso en que no

ha sido parte, debe solicitar la restitución ante el mismo Juez, y en caso de ser denegado recién podrá hacerlo valer en otro proceso...” (Casación Nro. 578-2004 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2005, pág. 14778).

- “... Con relación a los interdictos por despojo de la posesión, el [...] artículo 605 del Código Adjetivo [C.P.C.] [...] ha previsto que el tercero desposeído como consecuencia de la ejecución de una orden expedida en un proceso judicial en el que no ha sido emplazado o citado, puede interponer demanda de interdicto de recobrar; lo previsto en el segundo párrafo del citado dispositivo legal, en el sentido de que el tercero perjudicado con la orden judicial debe acudir ante el Juez que la expidió solicitando la restitución, en modo alguno puede interpretarse como un trámite previo e ineludible para que el tercero afectado pueda promover la demanda interdictal; por el contrario, de conformidad con el artículo 597 del Código Adjetivo [C.P.C.], la exigencia de acudir ante el mismo Juez que expidió la orden judicial está prevista precisamente para que la demanda sea tramitada por ante el mismo órgano jurisdiccional que expidió la orden de despojo; de tal modo que si el Juez desestima la pretensión, el tercero afectado podrá hacer valer su derecho [...] en otro proceso judicial, tal por ejemplo, podrá hacer uso de las acciones posesorias previstas en el artículo 921 del Código Civil...” (Casación Nro. 2325-06 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2007, pág. 20148).

CAPITULO XLVIII

PROCESO CAUTELAR: ASPECTOS GENERALES

1. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

La medida cautelar, denominada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis u otra razón justificable traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.

Venturini define a las medidas preventivas como aquel “... conjunto de providencias cautelares emanadas judicialmente, a petición de parte o de oficio, por medio de las cuales se efectúa la prevención o aseguramiento procesales con carácter provisorio sobre bienes o personas para garantizar las resultas de un juicio” (VENTURINI, 1962: 209).

A criterio de Rojas Rodríguez, las medidas precautorias “... son aquellas providencias de naturaleza cautelar que, sirviendo para facilitar el cumplimiento práctico de la sentencia, pueden solicitarse por el demandante para asegurar el resultado de su acción” (ROJAS RODRIGUEZ, 1959: 24).

Enrique Falcón sostiene que “... las medidas cautelares son medios que a pedido de la parte realiza la jurisdicción a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial, o para determinar la seguridad de las personas” (FALCON, 1978: 355).

Gimeno Sendra asevera que las medidas cautelares son “... medios o instrumentos legales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida para

prevenir el evento de que, siendo estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, hayan desaparecido los bienes del deudor sobre los que haya de realizarse el derecho del acreedor” (GIMENO SENDRA, 2007, Tomo II: 35).

Según De la Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres:

“... Las medidas cautelares son el remedio arbitrado por el derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo. Dado que la jurisdicción no puede ejercerse de plano, sino que es necesario un período de tiempo, más o menos largo, para sustanciar un proceso en el que las partes puedan defender sus posiciones, entre la iniciación del mismo y su finalización transcurre inevitablemente un lapso de tiempo -desgraciadamente, a menudo excesivo-, durante el cual se pueden producir hechos que priven de eficacia a la sentencia que en su día se dicte. Para evitar ese riesgo existen las medidas cautelares. A través de ellas el actor puede obtener un pronunciamiento judicial que evite que la sentencia que se dicte, caso de serle favorable, quede privada de efectividad.

(...)

(...) Las medidas cautelares pueden definirse como aquella forma de tutela jurisdiccional que tiene por función evitar los riesgos que amenacen la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del proceso” (DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMENEZ; y VEGAS TORRES, 2005: 385-386).

2. CARACTERISTICAS

El artículo 612 del Código Procesal Civil está referido a las características de la medida cautelar y preceptúa lo siguiente: “Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”.

“... Las medidas precautorias no tienen un fin en sí, sino que sirven a un proceso principal, y, en consecuencia, su existencia es provisoria, pues depende de las contingencias de éste...” (ALSINA, 1962, Tomo V: 450). En virtud de la provisoriedad, “tanto el procedimiento cautelar como la resolución que le pone fin tiene una determinada duración en el tiempo. O sea, si bien la resolución cautelar corre paralelamente a un proceso principal, no aspira en ningún momento a transformarse en definitiva, ya que sólo responde a la eliminación de un **periculum in mora** deducible del lógico lapso temporal del proceso ordinario...” (ANGELES JOVE, 1995: 145).

“... El proceso cautelar carece, en rigor, de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de **instrumentalidad** o **subsidiaridad**. Por ello se ha dicho que la tutela cautelar resulta configurada, con respecto a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz cumplimiento de ésta, o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 45). “La instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar. La tutela cautelar no es independiente, sino dependiente de una tutela principal” (ARGÜELLO LANDAETA, 1989: 42).

“... Las medidas cautelares son ‘susceptibles de modificación y alzamiento’, tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su adopción. La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas)” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 662-663). Se dice, entonces, que la medida cautelar es variable, porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, o sea, es dinámica, pudiendo transformarse permanentemente. En consecuencia, se puede modificar la forma de la medida de cautela, variar los bienes sobre los que recae o su monto, y sustituir al órgano de auxilio judicial. Sobre esto, Gozáini refiere que “la modificación puede consistir en una **ampliación de las sumas, del tiempo o de las modalidades decretadas**; también en la **mejora** de la cautela lograda, o bien por la **sustitución** de la precautoria” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 2: 816).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a las características de las medidas cautelares, ha establecido lo siguiente:

- “... Una de las características principales de las medidas cautelares [es] la provisoriedad, esto es, que tienen una función temporal dentro del proceso...” (Casación Nro. 3400-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, pág. 9025).
- “... Conforme lo precisa el artículo 612 del Código Formal [C.P.C.] toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable, siendo su objetivo garantizar la efectividad de una sentencia

que resolverá el fondo de la controversia, por lo que las resoluciones referidas a ella son temporales y no definitivas pudiendo en cualquier momento variar por decisión que las deniegue o las conceda, según el caso...” (Casación Nro. 2649-2005 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-07-2006, pág. 16554).

- “... Siendo la naturaleza de las medidas cautelares provisoria, instrumental y variable, debe señalarse que [...] las resoluciones que las conceden o levantan no revisten el carácter de definitivas salvo en los casos en que se resuelva sobre la pérdida de la contracautela, dado que este extremo no podrá ser objeto de ulterior discusión; siendo [...] dicho pronunciamiento uno definitivo...” (Casación Nro. 2679-2000 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6791).

3. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La admisión de una medida cautelar dependerá de la observancia de estos requisitos:

- Fumus boni iuris.
- Peligro en la demora u otra razón justificatoria de la medida precautoria.
- Razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión.
- Contracautela.

3.1 Fumus boni iuris

El **fumus boni iuris** (requisito para la admisión de la medida cautelar previsto en el art. 611 -inciso 1)- del C.P.C.) es una expresión del Derecho Romano que debe ser entendida como apariencia o verosimilitud del derecho. “Esta expresión latina (...) significa la apariencia del derecho legítimo, el ‘humo del buen derecho’...” (GONZALEZ GONZALEZ, 1963: 147).

Al respecto, Montero Aroca y Pérez-Cruz Martín exponen lo siguiente:

“Las medidas cautelares constituyen en cierto modo una anticipación del comienzo de la ejecución, por lo que para que el tribunal pueda adoptarlas será necesario acreditar una apariencia de buen derecho que se concreta en el tradicional ‘fumus boni iuris’ (buen humo del derecho), ya que en este momento procesal, ni es posible una plena valoración jurídica,

que eliminaría la necesidad del proceso principal. Nos ha de bastar con un juicio somero de probabilidad. Ante la eventualidad de tener que esperar a las alegaciones y pruebas más completas que en el proceso principal se producen, hemos de conformarnos con una menor intensidad probatoria (...).

(...)

Estamos pues ante un juicio provisional o indiciario, porque la medida ha de adoptarse inmediatamente, a veces sin audiencia del demandado, siendo la justificación documental el medio más adecuado de producirla (...).

Y esta apariencia, lo es respecto del derecho que se ha alegado o (...) va a alegarse en el proceso principal, y en orden a la probabilidad de que las cosas sean como el actor manifiesta, lo cual es otro dato a favor de la instrumentalidad de la medida cautelar, que no sólo está en función de ese proceso principal, sino que caminan en la misma dirección probatoria” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2000, Tomo I: 321-322).

3.2 Peligro en la demora u otra razón justificatoria de la medida precautoria

“... Constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse (**periculum in mora**), es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes...” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 34).

El peligro en la demora es así aquel requisito de la medida cautelar (previsto en el art. 611 -inc. 2)- del C.P.C.) consistente en el riesgo de ineficacia de la sentencia a dictarse en el litigio, en caso de no expedirse en forma inmediata el auto de cautela que asegure el cumplimiento o ejecutabilidad de aquélla.

Argüello Landaeta concibe al peligro en la demora como “... el temor razonable de que durante el desarrollo del proceso se pueda alterar la situación controvertida por el deudor, causándose un daño jurídico. Es decir, en la tutela cautelar el peligro razonable se centra en que el derecho puede ser violado como consecuencia de la duración del proceso jurisdiccional: por retardo de la sentencia que se dictará” (ARGÜELLO LANDAETA, 1989: 44).

Para Angeles Jove, “... el **periculum in mora** es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retraso en la obtención de la

resolución definitiva. Por tanto, aparecen delimitados los dos elementos configuradores de este presupuesto: **la demora en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso**. No obstante, ambos se entienden formando un todo unitario debido a su necesaria interrelación” (ANGELES JOVE, 1995: 57).

Conforme se desprende del inciso 2) del artículo 611 del Código Procesal Civil, no sólo el *periculum in mora* amerita la concesión de la medida cautelar, pudiendo el órgano jurisdiccional estimar necesaria la emisión de la decisión preventiva por cualquier otra razón justificable. El señalamiento y acreditación por el interesado de la referida razón justificable de la medida precautoria constituye así un requisito para dictar dicha medida.

3.3 Razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión

La medida cautelar que se solicite no debe estar dirigida a causar perjuicio a la contraparte de un modo desproporcionado, abusivo o innecesario, sino que debe estar orientada, estrictamente, a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Es por ello que en la fundamentación de la pretensión cautelar, el peticionante debe explicar adecuadamente la razonabilidad de la medida preventiva para garantizar la eficacia de la pretensión (requisito de la medida cautelar exigido en el art. 611 -inc. 3)- del C.P.C.). Si tal medida fuese a todas luces excesiva o si busca imponer a la parte contraria un gravamen innecesario, entonces, se estará incumpliendo el requisito examinado en este apartado y deberá desestimarse la solicitud cautelar.

3.4 Contracautela

La contracautela (requisito de la medida cautelar previsto en el art. 610 -inc. 4)- del C.P.C.), denominada también fianza o caución judicial, puede ser definida como aquella figura procesal dirigida a garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre la ejecución cautelar. Consiste en la garantía real (dinero, hipoteca, garantía mobiliaria, etc.) o personal (fianza o caución juratoria) que se pone a consideración del Juzgado, la cual, de ser admitida, tendrá por objeto asegurar la indemnización que pueda corresponder al afectado, haciéndose efectiva sólo en el caso que el derecho que sustenta la pretensión del cautelado sea desestimado, pues, resulta evidente que no puede hablarse de daños y perjuicios derivados de la tramitación cautelar cuando la pretensión del solicitante de la medida es al final amparada por el órgano jurisdiccional.

Gozáini califica a la contracautela como “... el reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar, por ella obtiene una relativa seguridad respecto a los daños

hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordena fuera sin derecho o abusiva” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 2: 805).

La contracautela debe ser ofrecida al tiempo de peticionarse la medida cautelar, es decir, la solicitud respectiva debe contenerla, por así disponerlo el artículo 610 -inciso 4)- del Código Procesal Civil, que la considera un requisito de la solicitud precautoria. Este dispositivo legal es concordante con el penúltimo párrafo del artículo 611 del Código adjetivo, referido al contenido de la decisión cautelar, el cual preceptúa que “la resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela”. Por consiguiente, tiene que ser ofrecida la contracautela en la solicitud cautelar o, en su defecto, antes de expedirse el mandato cautelar.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 614 del Código Procesal Civil, están exceptuados de prestar contracautela los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, las universidades y la parte a quien se le ha concedido auxilio judicial.

4. EXTENSION DE LA MEDIDA CAUTELAR

Por mandato del artículo 611 -antepenúltimo párrafo- del Código Procesal Civil, “la medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso”.

Esto significa que las medidas cautelares recaerán sobre los bienes de quienes tengan que ver con la relación sustancial y no solamente procesal, incluyéndose, además, a los herederos (en lo que no exceda de la masa hereditaria, se entiende). No se puede afectar bienes de terceros, salvo si lo autoriza el ordenamiento legal (como es el caso del artículo 623 del C.P.C.).

4.1 Afectación de bien de tercero

La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, conforme lo faculta el artículo 623 (primer párrafo) del Código Procesal Civil, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal. Tal afectación se encuentra condicionada, según dicho numeral, a que el tercero haya sido citado con la demanda.

Por otro lado, la formalización de la afectación de los bienes del tercero, en atención al mandato preventivo, le confiere automáticamente legitimidad para intervenir en el proceso principal y en el cautelar (última parte del primer párrafo del art. 623 del C.P.C.), razón por la cual se encuentra eximido de acreditarla.

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional podrán oponer (mediante comunicación indubitable) el cambio de su domicilio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil, surtiendo efecto dicha oposición aun en el acto mismo de ejecución de la medida cautelar, bajo responsabilidad del Juez y/o auxiliar jurisdiccional (art. 623 -in fine- del C.P.C.).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la afectación de bien de tercero, ha establecido lo siguiente:

- “... El hecho que se haya formalizado una medida cautelar sobre un inmueble de los fiadores no constituye un abuso del derecho, pues ésta es provisoria y tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva...” (Casación Nro. 3104-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 7047).
- “... Para poder ejecutar una medida cautelar frente al fiador éste ha debido de ser emplazado con la demanda a través de la que se persigue el pago de la deuda...” (Casación Nro. 900-95 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23-12-1996, pág. 2603).

4.2 Afectación de bienes integrantes de personas jurídicas y de patrimonios autónomos

La persona jurídica de derecho privado tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas (art. 78 del C.C.). Esto implica que no puede recaer una medida cautelar sobre los bienes que integran el patrimonio de la persona jurídica para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los socios o asociados, porque el patrimonio social responde tan sólo por las cargas o deudas de aquélla. De la misma manera, no se puede afectar los bienes de los socios o asociados (individualmente considerados) e, inclusive, representantes o administradores, para asegurar la satisfacción de las obligaciones de la persona jurídica, salvo en determinados casos previstos por la ley, como, por ejemplo, cuando se trata de personas jurídicas irregulares, al responder personal, ilimitada y solidariamente quienes hayan celebrado actos a nombre de la sociedad

La solicitud cautelar dirigida a afectar bienes que conforman un patrimonio autónomo, así como la respectiva demanda, deben ser dirigidas a todos los integrantes de él, aun en el caso que la obligación exigida no la hubiesen asumido todos ellos. Lo expuesto se desprende de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 65 del Código Procesal Civil, en el sentido que la representación del patrimonio autónomo recae en la totalidad de los que lo conforman, si tienen la calidad de demandados.

En lo que concierne a las medidas cautelares dirigidas contra bienes que se encuentran sujetos a un régimen de copropiedad, la afectación recaerá sobre las cuotas ideales (denominadas comúnmente derechos y acciones) que corresponden al obligado; por consiguiente, llevada a cabo la ejecución forzosa, el adquirente pasa a convertirse en condómino, a no ser que se produzca la partición.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la afectación de bienes integrantes de patrimonios autónomos, ha establecido lo siguiente:

- “... El hecho de que la sociedad conyugal y más propiamente la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo, no puede entenderse como que se encuentra fuera del comercio de los hombres, o que se ha formado una persona jurídica distinta y que los acreedores de los cónyuges por obligaciones personales no puedan solicitar medidas para cautelar su acreencia sobre los derechos que su deudor tendrá al liquidarse la sociedad de gananciales” (Casación Nro. 2150-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-03-1999, págs. 2834-2835).
- “... No existe impedimento legal para mantener una medida cautelar en la parte que le corresponde a uno de los cónyuges, porque en resguardo de los intereses del otro cónyuge puede sustituirse el régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, haciendo uso de la facultad contenida en el Artículo trescientos treinta del Código Civil...” (Casación Nro. 2610-00 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7201-7202).
- “... Cabe señalar la posibilidad de afectar un bien conyugal por deudas propias de uno de sus integrantes para su posterior remate en la parte que a éste le correspondería en caso de liquidación, ha sido un tema que, al no estar regulado en una norma específica de nuestro ordenamiento civil, ha dado lugar a que se traslade el debate a nivel doctrinario y jurisprudencial, con posiciones a favor y en contra, ubicándose dentro de este último [sic -léase dentro de esta última-] a aquellos que sostienen que la sociedad conyugal no constituye una sociedad civil conformada por acciones sino un patrimonio autónomo, de allí -señalan- que no se pueda referir a la existencia de ‘derechos y acciones’ que correspondan individualmente a cada uno de sus integrantes. Pero así como esta posición, existe también una favorable, sustentada en los ‘derechos expectaticios’ que corresponderían a cada cónyuge una vez liquidada la sociedad conyugal; es decir, lo que se afecta son derechos que pueden concretarse en el futuro (lo que la ley no prohíbe) y que sólo pueden ser detentados materialmente una vez disuelta la sociedad de gananciales, siendo aquellos derechos futuros

los que se pretende asegurar; [...] atendiendo a las consideraciones expuestas, este Supremo Tribunal [...] ha adoptado la posición favorable a la afectación de los derechos expectaticios que pudieran corresponder a uno de los cónyuges, sujetando su realización sólo en caso que se liquide la sociedad de gananciales por cualquiera de las causales contempladas en el artículo trescientos dieciocho del Código Civil; en consecuencia, sin negar la calidad de patrimonio autónomo que detenta dicha sociedad, este Colegiado estima que sí es factible que el acreedor pueda solicitar y obtener una medida cautelar que afecte el inmueble de propiedad de una sociedad conyugal que integra su deudor, y siendo así, aún [sic] en el supuesto que se considere que la demandante [...] interponga tercería en nombre de la sociedad conyugal que integra con su esposo [...], aquella tampoco podría prosperar...” (Casación Nro. 1928-06 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19863-19866).

- “... No es correcto disponer la aplicación de medidas cautelares que afecten a un bien social con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación personal a uno de los cónyuges ni tampoco disponerla sobre una parte del citado bien, asumiendo que se estaría afectando la alícuota del obligado, por cuanto, (...) sobre los bienes sociales no existe un régimen de copropiedad, sino que estos (sic) constituyen parte de un patrimonio autónomos (sic) que es la sociedad de gananciales...” (Casación Nro. 3109-98 / Cusco - Madre de Dios, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27-09-1999, págs. 3582-3583).

5. CONCURRENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES

La concurrencia de medidas cautelares es aquella situación procesal en la que dos o más medidas, emergentes de un proceso distinto o de varios, afectan un mismo bien. El artículo 639 del Código Procesal Civil se refiere a esta institución y establece que “cuando dos o más medidas afectan un bien, éstas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión”.

La eficacia de las medidas cautelares concurrentes se encuentra subordinada a la primera medida que se ejecutó. Rige así el principio de prioridad del cual deriva la preferencia de la medida cautelar formalizada en primer lugar. Si se realiza la ejecución forzosa de un bien afecto a más de una medida cautelar, el producto de ella servirá para satisfacer la pretensión asegurada por la medida cautelar ejecutada primero.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la concurrencia de medidas cautelares, ha establecido lo siguiente:

- “... En el presente caso se ha dado una concurrencia de medidas registrales a nivel registral por lo que es preciso señalar que la prioridad o preferencia a que se refiere el artículo dos mil dieciséis del Código Civil, es un efecto derivado de la presentación en el Registro de la Propiedad Inmueble de diversos títulos relativos a un mismo inmueble; si bien [...] los derechos inscritos no se excluyen, pero sí se jerarquizan en función a la antigüedad de la inscripción. En virtud a ello y a lo señalado por el artículo dos mil dieciséis del Código Civil, se tiene que la medida cautelar de embargo en forma de inscripción del recurrente [...] tiene una prioridad de rango sobre la medida cautelar inscrita por la demandante por la antigüedad de su inscripción que es el significado de la prioridad en el tiempo a que se refiere la norma sustantiva antes citada [...]; por lo que [...] cuando se realice la ejecución forzada sobre el bien inmueble debe de pagarse primero el crédito del recurrente y luego a los que le siguen en inscripción...” (Casación Nro. 1090-03 / Huancayo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12496-12497).
- “... El recurso de casación se aparta del requisito de claridad por cuanto ratifica la argumentación contenida en la demanda, según la cual el derecho preferente de pago respecto del precio del inmueble afectado judicialmente, se funda en la existencia de una medida cautelar previa emitida a su favor, sin embargo las medidas cautelares no generan derechos sustantivos, por lo que el sustento es inconexo para invocar un derecho preferente de pago en los términos del artículo quinientos treintitrés del Código Procesal Civil; [...] el artículo seiscientos treintinueve del Código Procesal Civil no genera derechos preferentes de orden material, sino que se limita a señalar con claridad que cuando dos o más medidas cautelares afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida en la fecha de su ejecución...” (Casación Nro. 806-2003 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-11-2004, pág. 12897).

6. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

En lo que atañe al órgano jurisdiccional competente para conocer del trámite de una medida cautelar, cabe señalar que, en principio, tendrá competencia para decretar medidas cautelares el Juez que se encuentre habilitado para conocer de

las pretensiones de la demanda (art. 608 -primer párrafo- del C.P.C.). Se entiende, pues, que el Juez que conoce la pretensión principal es el competente para encargarse del procedimiento cautelar en que se solicita la medida que busca asegurar aquélla.

Tratándose de la medida cautelar anticipada o fuera de proceso (que el Juez puede decretar, siempre a pedido de parte interesada, quien debe expresar claramente, en su solicitud cautelar, la pretensión a demandar en el proceso principal), cabe indicar que ella puede ser dictada por el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse, según lo ordena el artículo 33 del Código Procesal Civil. Además, es de resaltar que todas las medidas cautelares fuera del proceso que tengan por finalidad asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben ser solicitadas ante el mismo órgano jurisdiccional. Si tales medidas precautorias dirigidas a garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva respecto de una misma pretensión no fuesen peticionadas ante el mismo Juez sino ante magistrados distintos, entonces, ello traerá como consecuencia la nulidad de las resoluciones cautelares que fueron dictadas (art. 608 -penúltimo párrafo- del C.P.C.).

7. REQUISITOS DE LA SOLICITUD CAUTELAR

El artículo 610 del Código Procesal Civil establece cuáles son los requisitos de la solicitud cautelar, al disponer que:

“El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar [*vale decir, argumentar sobre el fumus boni iuris o verosimilitud del derecho invocado, el periculum in mora u otra razón justificable, y la razonabilidad de la medida precautoria para garantizar la eficacia de la pretensión*];
2. Señalar la forma de ésta [*embargo, secuestro, anotación de demanda, etc.*];
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente [*depositario, custodio, interventor recaudador, interventor informador o administrador*], si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal”.

8. CASOS ESPECIALES DE IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Por mandato del artículo 616 del Código Procesal Civil, no proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, los bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos Locales y Regionales (siempre y cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento).

Además, si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga (art. 627 del C.P.C.).

9. LA PROVIDENCIA CAUTELAR

La providencia cautelar se encuentra contenida en una resolución denominada auto, que constituye un acto procesal motivado del Juez dirigido a admitir, rechazar, modificar o cancelar la medida cautelar (art. 121 -parte pertinente- del C.P.C.).

Centrándonos en la providencia cautelar admisoria de una medida precautoria, es de destacar que debe contener lo siguiente:

- La motivación de la decisión cautelar (la que deberá estar referida a la verosimilitud del derecho, a la necesidad de la emisión de la decisión preventiva por el **periculum in mora** o por cualquier otra razón justificable, a la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión, y a la aceptación de la contracautela ofrecida), cuya omisión acarrea la correspondiente nulidad procesal.
- La forma de la medida (que puede ser la solicitada o la que estime pertinente el Juez, y estar prevista en el ordenamiento procesal o tratarse de una medida genérica o atípica).
- La indicación de los bienes o derechos a ser afectados.
- Fijación del monto por el que se concede la medida, si fuere el caso (porque no siempre tienen contenido económico).
- La designación de la persona contra la que se ordena la medida.
- La determinación de la contracautela (que puede ser la ofrecida o la que considere adecuada el órgano jurisdiccional).

- El señalamiento del órgano de auxilio judicial, si fuere el caso.
- Otras disposiciones accesorias o eventuales sobre: a) libramiento de exhortos; b) expedición de oficios a la autoridad policial para que brinde las garantías del caso; c) remisión de oficios de captura (si se trata de una medida en forma de secuestro vehicular); d) envío de oficios a los Registros Públicos para la anotación de la medida, de la demanda, del embargo en forma de inscripción; e) autorización de descerraje; etc.

El Código Procesal Civil, en su artículo 611, se refiere al contenido de la decisión cautelar de esta manera:

“El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad”.

10. TRAMITE Y EJECUCION DE LA MEDIDA CAUTELAR

El trámite y ejecución de una medida cautelar se desarrolla del siguiente modo:

- En primer lugar, y dada la autonomía del procedimiento cautelar, se forma cuaderno especial para todos los actos relativos a su obtención (art. 635 del C.P.C.).
- Tratándose de una medida anticipada o fuera de proceso el cuaderno cautelar lo conforma, como es obvio, la solicitud y los anexos originales.
- En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la

solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este cuaderno está prohibido el pedido del expediente principal (art. 640 del C.P.C.).

- Presentada la solicitud cautelar, es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud (art. 637 -parte pertinente del primer párrafo- del C.P.C.).
- Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna (art. 637 -parte pertinente del primer párrafo- del C.P.C.).
- Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida (art. 637 -segundo párrafo- del C.P.C.).
- De ampararse la oposición (formulada por la parte afectada con la medida precautoria), el Juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición (ya sea amparando o desestimando tal oposición) es apelable sin efecto suspensivo (art. 637 -in fine- del C.P.C.), por lo que la eficacia de la resolución recurrida en apelación se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta (art. 368 -inc. 2)- del C.P.C.).
- La ejecución de la medida (cautelar) será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique (art. 641 -parte pertinente- del C.P.C.).
- Cuando la ejecución de la medida (cautelar) deba ser cumplida por un funcionario público, el Juez le remitirá, bajo confirmación, vía correo electrónico el mandato que ordena la medida de embargo con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión (art. 638 -primer párrafo- del C.P.C.). Por el mérito de su recepción, el funcionario (público) queda obligado a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal (art. 638 -parte pertinente del último párrafo- del C.P.C.).
- Cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública (para la ejecución de la medida cautelar), se cursará un oficio conteniendo

el mandato respectivo a la autoridad policial correspondiente (art. 638 -segundo párrafo- del C.P.C.). Por el mérito de su recepción, la autoridad policial queda obligada a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal (art. 638 -parte pertinente del último párrafo- del C.P.C.).

- Todas las ocurrencias de la ejecución de la medida serán sentadas en un acta por el auxiliar, la que será firmada por todos los intervinientes y certificada por aquél. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar (art. 641 -parte pertinente- del C.P.C.).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al trámite y ejecución de la medida cautelar, ha establecido lo siguiente:

- “... El cuaderno de medida cautelar se encuentra vinculado directamente al proceso principal; [...] por ello, cuando la medida cautelar se encuentra en trámite, no se puede declarar el abandono del proceso, aún cuando el expediente principal se encuentre paralizado por más de cuatro meses; [...] al haberse declarado el abandono del proceso principal, sin tener a la vista el cuaderno cautelar, que podía impedir el abandono, por encontrarse en trámite, se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo setentituno del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 544-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, pág. 11118).
- “... El hecho de que no se haya tenido a la vista el expediente [cuaderno] de medida cautelar no tiene mayor trascendencia en la decisión emitida en el presente proceso [principal], máxime si se tiene en cuenta que el proceso cautelar es de naturaleza provisoria y variable y, por tanto, lo resuelto en dicho expediente [cuaderno] no podría alterar lo decidido en el presente proceso principal...” (Casación Nro. 1121-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, pág. 13562).
- “... Si bien es cierto los auxiliares jurisdiccionales omitieron cumplir con el mandato del Juez [para que las letras de cambio originales sean desglosadas y se agreguen al principal, dejando copias certificadas de las mismas en el cuaderno cautelar], dado que en el principal permanecieron sola [sic -léase sólo-] las copias simples de las referidas letras de cambio, sin agregarse [...] los originales; también es cierto, que tanto para las partes en conflicto, como para el Juez de la causa, las copias de las letras, aún así simples, resultaban ser una reproducción suficientemente fiel de su original, toda vez que en ningún modo fueron cuestionadas en ese sentido por la parte ejecutada en su escrito de contradicción; [...] en tal sentido, estando frente a un mandato de pago despachado con vista a los

originales de las letras de cambio, el posterior vicio de no glosar al principal los originales que obraban en el Cuaderno Cautelar sino proseguir el proceso solo con copias simples no es suficiente para disponer la nulidad de actuados desde dicha primera resolución, toda vez que resulta de aplicación el citado principio de convalidación; [...] no obstante lo anterior, situación distinta resulta el estadio de dictar sentencia; [...] de tal modo que el Juzgador, para resolver la controversia sustentada precisamente en títulos valores, no podía remitirse a los que en original obraban en otro cuaderno, distinto del principal, pero que tampoco lo tenía a la vista; [...] en tal sentido, si bien la formalidad ineludible de presentar el título ejecutivo original [...] para despachar ejecución al mismo, sí se cumplió vía remisión válida a los originales que se tenían a la vista, obrantes en el Cuaderno Cautelar; también lo es que para la etapa de dictarse sentencia, el mandato del A quo, inicialmente incumplido, de glosar al principal los originales de las letras de cambio que giraban en el Cuaderno Cautelar, resultaban [sic -léase resultaba-] además de imperativo, ineludible; sin posibilidad de aplicación de los principios de convalidación y subsanación; [...] en consecuencia, [...] [hay] lugar para amparar en parte el recurso de casación, casar la sentencia de vista y declarar la insubsistencia de la apelada, a fin de que el Juez de la causa expida nuevo fallo teniendo a la vista el Cuaderno Cautelar o incorporando las letras de cambio originales al principal...” (Casación Nro. 3052-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, pág. 10718).

11. VARIACION DE LA MEDIDA CAUTELAR

De acuerdo a lo normado en el artículo 617 del Código Procesal Civil, la medida cautelar es susceptible de variación en cualquier estado del proceso, pudiendo ésta concretarse con la modificación de su forma, el cambio de los bienes sobre los que recae, el aumento de su monto, la reducción de su monto y la sustitución del órgano de auxilio judicial (depositario, custodio, interventor recaudador, interventor informador o administrador).

En virtud del principio de igualdad procesal, la parte afectada con la medida cautelar puede también solicitar su variación en cuanto a la forma, bienes, monto y órgano de auxilio judicial (art. 617 -parte pertinente- del C.P.C.).

12. SUSTITUCION DE LA MEDIDA CAUTELAR

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, procede la sustitución de la medida precautoria en los casos a que hace referencia el artículo 628 del Código Procesal Civil, a saber:

- Cuando el afectado deposita el monto fijado en la medida cautelar que asegura una pretensión dineraria, manteniéndose la suma depositada en garantía de dicha pretensión y devengando el interés legal. En este supuesto, el órgano jurisdiccional dispondrá de plano la sustitución de la medida cautelar, siendo inimpugnable tal decisión
- Cuando el afectado con la medida cautelar ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez. En este caso, se correrá traslado por tres días al peticionante de la medida precautoria, debiendo el Juez resolver absuelto el mismo o en su rebeldía.

13. MEDIDA CAUTELAR FUERA DE PROCESO

La medida cautelar fuera de proceso (denominada comúnmente medida cautelar anticipada) es aquella que se solicita en momento previo a la interposición de la demanda, pudiendo inclusive tramitarse y ejecutarse antes que ésta se presente ante el órgano jurisdiccional.

La medida cautelar anticipada o fuera de proceso obedece a la urgencia del mandato cautelar por ser prácticamente inminente el perjuicio que se quiere evitar con ella o potencial el peligro en la demora. El carácter especial que le da la oportunidad en que es planteada amerita una acreditación mayor de la verosimilitud del derecho del peticionante y del *periculum in mora*, así como el ofrecimiento de una contracautela idónea.

El artículo 608 del Código Procesal Civil autoriza la procedencia de la medida cautelar fuera de proceso, en tanto que el artículo 636 de dicho Código la regula en estos términos:

“Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la oportunidad para presentar la demanda respectiva en caso de haberse petitionado una medida fuera del proceso, ha establecido lo siguiente: “... El Artículo seiscientos treintiséis del Código Adjetivo; dispone que ejecutada la medida cautelar antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe de interponer su demanda dentro de los diez días posteriores a dicho acto y si no se interpone la acción oportunamente, la medida caduca de pleno derecho; (...) este dispositivo legal se refiere a la ejecución de la medida y no a la notificación de la misma” (Casación Nro. 1414-T-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-07-1998, págs. 1406-1407).

CAPITULO XLIX

MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCION FORZADA: EL EMBARGO

1. CONCEPTO DE EMBARGO

En primer lugar, hay que señalar que las medidas para futura ejecución forzada son aquellas dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación a que se le condenará al vencido mediante el correspondiente fallo jurisdiccional. Ellas garantizan que los bienes que van a ser materia de ejecución forzada se mantengan para su realización.

Las medidas para futura ejecución forzada son el embargo (en sus diferentes formas) y el secuestro (judicial y conservativo).

El embargo es el acto procesal de naturaleza preventiva encaminado a la inmovilización jurídica de los bienes del obligado, con la finalidad que el acreedor pueda satisfacer su crédito una vez que se dicte la declaración de certeza que lo reconozca y ordene su pago.

Para Devis Echandía, “embargo es el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa y a órdenes de la autoridad que lo decreta” (DEVIS ECHANDIA, 1964, Tomo IV: 513).

Couture entiende por embargo aquella medida cautelar “... decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes” (COUTURE, 1976: 250).

Azula Camacho califica al embargo como “... una medida cautelar en virtud de la cual el juez pone fuera del comercio determinados bienes, que quedan afectos al proceso donde se decreta” (AZULA CAMACHO, 1994, Tomo IV: 132).

Podetti define al embargo como “la medida judicial que afecta un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al pago eventual de un

crédito, individualizándolos y limitando las facultades de disposición y de goce” (PODETTI, 1952: 143).

Lino Palacio sostiene que el embargo es la medida cautelar “... en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento o de ejecución, con miras a asegurar la eficacia práctica o el resultado de tales procesos” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 100).

Debido al embargo determinados bienes individualizados se vinculan jurídicamente a la subsiguiente actividad procesal que representa la ejecución forzada. Este nexo consiste fundamentalmente en el poder que adquiere el órgano jurisdiccional para desarrollar sobre los bienes materia de embargo actos de disposición que hagan posible la satisfacción de la pretensión principal del embargante. De lo expuesto se desprende como función esencial del embargo, además de la conservativa, el concretar el objeto sobre el cual recaerá la actividad de ejecución forzada (que puede sufrir variaciones hasta tanto ésta no se realice).

El artículo 642 del Código Procesal Civil define al embargo de esta manera: “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”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre el embargo, ha establecido lo siguiente:

- “... Es procedente el embargo de los derechos y acciones que tiene el cónyuge deudor en los bienes sociales pues tales derechos también forman parte de su patrimonio y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación...” (Casación Nro. 2088-2000 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7011-7012).
- “... Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación...” (Casación Nro. 1718-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, págs. 4967-4968).
- “... Nada impide embargar los derechos expectaticios de un cónyuge de la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación, que puede ser por la declaratoria de insolvencia...” (Casación Nro. 2380-2003 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2004, págs. 13111-13112).

- “... No se debe confundir la medida cautelar de embargo con la ejecución de un bien social de la sociedad conyugal, que no procederá hasta que no se produzca la separación de patrimonios...” (Casación Nro. 1716-1999 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7429).
- “... La referida medida (embargo en forma de inscripción) se ha efectuado de conformidad con lo establecido en el Artículo trescientos veintitrés del Código Civil, según el cual los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges luego de verificada la liquidación de la sociedad de gananciales por cualquiera de las causales anotadas en el Artículo trescientos dieciocho del citado Código; que éste es un derecho expectatio que tiene en este caso el Banco para asegurar su crédito y esperar que esta sociedad se liquide por acción de sus propios integrantes o ejerciendo el derecho a pedir la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por la de separación de patrimonios...” (Casación Nro. 342-99 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-1999, pág. 3628).
- “... La sociedad conyugal ha sido considerada como un patrimonio autónomo por el Artículo sesenticinco del Código Procesal Civil, para los efectos de su representación en juicio; más (sic) igual calificación corresponde a una situación de copropiedad, (..) lo que no determina que sean inembargables” (Casación Nro. 1718-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, págs. 4967-4968).
- “... Los bienes sociales pertenecen a la sociedad conyugal que constituye un patrimonio autónomo distinto de sus miembros, no pudiendo distinguirse la presencia de acciones y derechos por cuanto no se trata de una copropiedad, no siéndole aplicable sus reglas, por lo que en tal sentido mientras se encuentre vigente la sociedad de gananciales no puede trabarse embargo sobre los derechos expectatios que pudieran corresponder a cada miembro en caso de fenecimiento de la sociedad de gananciales...” (Casación Nro. 2280-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2004, págs. 13223-13224).

2. EXTENSION DEL EMBARGO

Toda medida cautelar -entre ellas el embargo- sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso (art. 611 -antepenúltimo párrafo- del C.P.C.). Puede, además, recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, siempre que haya sido citado con la demanda (art. 623 -primer párrafo- del C.P.C.).

El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos. Así lo establece el artículo 645 del Código Procesal Civil, numeral que trata precisamente sobre la extensión del embargo.

2.1 Embargo de bien en régimen de copropiedad

El artículo 969 del Código Civil preceptúa que “hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”. Ello supone que los derechos de los condóminos se encuentran representados por cuotas ideales o porcentajes y no por partes materiales del bien. Se dice, entonces, que hay una indivisión física y un fraccionamiento intelectual o ideal.

El artículo 646 del Código Procesal Civil, en concordancia con la definición legal del derecho real de copropiedad, señala que “cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado”.

3. BIENES INEMBARGABLES

El artículo 648 del Código Procesal Civil se refiere a los bienes inembargables de esta manera:

“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, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan;

[NOTA: Este inciso ha sido dejado sin efecto por la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente Nro. 006-97-AI/TC, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 07-03-1997, que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Nro. 26599, del 22-04-1996, que modificara precisamente este inciso. En consecuencia, subsiste la vigencia del artículo 73 de la Constitución Política del Perú, del cual se desprende que sólo son inembargables los bienes del Estado de dominio público].

2. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil *[que autoriza la afectación de los frutos del patrimonio familiar hasta las dos*

terceras partes, pero sólo para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias];

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”.

4. EMBARGO EN FORMA DE DEPOSITO

El embargo en forma de depósito implica la afectación jurídica (sin desposesión) de un bien o derecho del obligado en la medida suficiente para hacer efectivo el cobro de la deuda, debiendo estar autorizado previamente por el Juez a través de una resolución en ese sentido. Aquí el propio obligado es constituido en depositario (arts. 649 -primer párrafo- y 650 -primer párrafo- del C.P.C.), y destacamos que, en su calidad de propietario del bien depositado, mantiene sus poderes de uso y disfrute del mismo, siendo inaplicable en este caso la prohibición de usar el bien impuesta a quienes actúan como depositarios -civiles: art. 1820 del C.C.-. Sin

embargo, el ejercicio de tales poderes inherentes a la propiedad no se opone a la responsabilidad por el eventual deterioro, pérdida o destrucción del bien afectado con la medida cautelar.

Puede recaer el embargo en forma de depósito sobre bienes muebles y también sobre bienes inmuebles sin inscripción registral.

4.1 Embargo de inmueble sin inscripción registral

El artículo 650 del Código Procesal Civil regula lo concerniente al embargo en forma de depósito que recae sobre un bien inmueble sin inscripción registral (y también lo relativo al embargo sobre un bien inmueble perteneciente al deudor pero inscrito a nombre de otra persona), en estos términos:

“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, sólo 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”.

5. EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCION

El embargo en forma de inscripción es aquella medida cautelar dirigida a restringir la disponibilidad de los bienes registrados (predios, vehículos automotores, etc.) del obligado, lográndose su ejecución con la inscripción del embargo en el Registro Público que corresponda, para lo cual se deben cursar los partes judiciales respectivos. Si bien no impide la transferencia del bien, trae como consecuencia jurídica que el adquirente del mismo asuma la carga de la medida preventiva hasta por el monto que ella alcance, sustituyéndose aquél al deudor para tales efectos, salvaguardándose así los intereses del titular de la medida.

Se basa esta clase de embargo en el principio registral de publicidad por el cual se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. En consecuencia, una vez registrado ninguna persona puede alegar el desconocimiento del embargo en forma de inscripción,

descartándose entonces la buena fe del adquirente en caso de transferencia del bien, quien afronta dicha medida al tenerse por cierto que conocía que el bien afectado aseguraba el resultado de un proceso.

El artículo 656 del Código Procesal Civil regula el embargo en forma de inscripción de esta manera: “Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta 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”.

La compatibilidad que exige el artículo 656 del Código Procesal Civil entre la afectación y el título de propiedad ya inscrito implica que el titular del derecho dominial que aparezca en el Registro sea el obligado y no otra persona; lo contrario sería contravenir lo dispuesto en el artículo 2015 del Código Civil, que consagra el principio de tracto sucesivo, así como el artículo 2011 del glosado cuerpo legal, que norma el principio de legalidad.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al embargo en forma de inscripción, ha establecido lo siguiente:

- “... La inscripción de un embargo no representa un derecho real, porque es producto de un derecho personal derivado de una obligación de dar suma de dinero...” (Casación Nro. 1156-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7758).
- “... El derecho de crédito garantizado con la medida cautelar de embargo, a pesar de su inscripción en los registros públicos, mantiene su naturaleza de derecho personal...” (Casación Nro. 490-01 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7732-7733).
- “... No existe prohibición alguna de vender bienes embargados motivo por el cual el derecho de propiedad no esta [sic -léase no está-] en discusión, mas aún [sic -léase más aún-] [si] de autos se desprende que el embargo fue inscrito...” (Casación Nro. 3735-2002 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2003, págs. 11094-11095).
- “... La inscripción de un gravamen (embargo en forma de inscripción) no constituye impedimento para concretar la transferencia de la propiedad de un bien inmueble...” (Casación Nro. 3558-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2008, págs. 21198-21199).
- “... Estando inscrito el embargo con anterioridad [a la transferencia del inmueble], el nuevo adquirente debe soportar la carga existente...”

(Casación Nro. 2288-07 / Huaaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22722-22723).

- “... Tratándose el inmueble de un bien registrado, la medida [embargo en forma de inscripción] no puede ejecutarse en perjuicio de un tercero, pues se ha inscrito el monto de la afectación, con posterioridad a la transferencia de dominio del inmueble no resultando compatible con el título de propiedad ya inscrito a nombre de [la demandante - tercerista de propiedad] [...], quien sólo puede asumir la carga hasta por el monto inscrito en la fecha en que adquiere el bien; no resultando viable exigirle que asuma el monto de la ampliación de embargo ordenado con posterioridad a la transferencia de dominio, pues se afectaría los atributos del nuevo propietario previstos en el artículo 923 del Código Civil, quien ha adquirido el bien premunido de la buena fe pública registral prevista en el artículo 2014 del mismo Código, con los gravámenes inscritos al producirse la compraventa...” (Casación Nro. 2835-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2004, págs. 12666-12667).
- “... En el caso de autos, la demandante opone su derecho real [derecho de propiedad] a un crédito asegurado con un embargo, el cual no prevalece frente al derecho de propiedad adquirido anteriormente, a pesar de haber sido primeramente inscrito, ya que el principio de prioridad sólo es aplicable cuando se trata de derechos inscritos de la misma naturaleza...” (Casación Nro. 1974-2000 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 7009).
- “... Compulsados el principio de rango (recogido por el citado artículo 2022 del Código Civil) frente a los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, se llega a la conclusión que, en el presente caso, deben prevalecer éstos [sic] últimos, en atención a que cuando se inscribió el embargo [...] no aparecía inscrito el título de la tercerista, [...] por lo que la mencionada persona mantiene su acreencia sobre el bien sub litis una vez inscrito su derecho, pues, en materia registral, quien entra primero al registro es primero en el derecho. Admitir lo contrario importaría destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los siguientes principios: **a)** El de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito [...]. **b)** El de impenetrabilidad que preconiza el de impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros, aunque aquéllos sean de fecha anterior. [...] **c)** El de publicidad recogido por el artículo 2012 del Código Civil, que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de

las inscripciones...” (Casación Nro. 4325-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21550-21552).

- “... Los terceristas adquirieron la propiedad del bien [...] cuando ya se encontraba embargado, por lo que su derecho no es preferente ni excluye el adquirido por el acreedor...” (Casación Nro. 1763-2006 / Jaén, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20434-20435).
- “... Se desestima la demanda de tercería de propiedad, cuando el embargo que afecta al inmueble materia de la tercería [...] se ha inscrito con fecha anterior al contrato de compraventa en favor de la empresa demandante [tercerista]; pues se considera que, admitir una posición en contrario importaría: **a)** dejar de lado la finalidad esencial que persiguen las medidas cautelares, cual es, asegurar la eficacia de las decisiones judiciales; y, **b)** destruir la fe que confiere el contenido de los Registros Públicos sobre su veracidad y certeza en el momento de la inscripción de algún acto...” (Casación Nro. 1329-2008 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, págs. 22858-22859).
- “... La hipoteca no otorga derecho de preferencia sobre un embargo inscrito con anterioridad a la fecha de su constitución” (Casación Nro. 655-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26-11-1996, pág. 2451).

6. EMBARGO EN FORMA DE RETENCION

Cuando la medida cautelar recae sobre un crédito del obligado o sobre bienes pertenecientes al mismo que se encuentran en poder de terceros, ordenándose su retención, se configura el embargo en forma de retención.

La retención es una obligación que por mandato judicial se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor, debiendo el retenedor reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva. Esta medida supone la inmovilización de bienes y valores del afectado que efectúa un tercero, quien se encuentra en posesión de ellos (no siempre en calidad de deudor).

Monroy Gálvez señala al respecto que “a través del embargo en retención se solicita a este **deudor** (se refiere al tercero) **del deudor** mantenga en su posesión el bien del deudor embargado. Tratándose de una medida cautelar, nos encontramos ante un mandato judicial que debe ser necesariamente cumplido por este tercero que pasa a ser el retenedor, quien queda sujeto a la decisión judicial respecto del destino del bien retenido” (MONROY GALVEZ, 1987: 52).

El embargo en forma de retención se encuentra normado en el artículo 657 del Código Procesal Civil, cuyo texto es reproducido a continuación:

“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”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al embargo en forma de retención, ha establecido lo siguiente: “... Las instancias de mérito han logrado establecer que los deudores demandados cuentan con otros bienes susceptibles de ser afectados a fin de garantizar el cumplimiento del pago del crédito laboral del cual es titular el demandante. Siendo así, no existe justificación alguna para que el actor embargue las cuentas de los deudores demandados que se encuentran destinadas al cumplimiento de otras obligaciones, pues, existen otras fuentes de ingresos que pueden garantizar el cumplimiento del crédito laboral mencionado en la demanda...” (Casación Nro. 4475-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2008, págs. 21720-21721).

7. EMBARGO EN FORMA DE INTERVENCION

El embargo en forma de intervención representa aquella medida cautelar dirigida a embargar los ingresos de las empresas pertenecientes a personas naturales o jurídicas (incluyéndose aquí a las que no tienen fines de lucro), para lo cual son ellas objeto de control o intervención por parte del órgano de auxilio judicial denominado interventor, quien, en mérito del mandato cautelar respectivo, se ocupa de recaudar directamente tales ingresos (haciendo exclusión de los destinados a cubrir los gastos propios de funcionamiento, como, por ejemplo, los haberes del personal que en ellas labora) o de informar sobre la marcha económica de la empresa intervenida a fin que el peticionante de la medida y el Juez conozcan sobre su real situación.

La intervención no tiene como efecto la desposesión del conjunto de bienes que sirven a la actividad empresarial del sujeto obligado (pues recae sólo sobre los ingresos que se obtengan) ni la sustitución de los órganos de administración existentes. Es por eso que esta medida cautelar no paraliza las actividades económicas de la empresa afectada, debiendo el interventor únicamente inspeccionar el negocio, y verificar sus operaciones y utilidades, informando de ello al Juez o recaudando las últimas directamente y consignándolas en el Banco de la Nación a la orden del Juzgado.

A decir de Monroy Gálvez, “... la intervención como medida cautelar consiste en la injerencia de una persona en un determinado negocio de propiedad del embargado, a fin de que retire periódicamente una parte de sus ingresos y los convierta en depósito judicial o informe al Juzgado sobre la marcha de la actividad comercial” (MONROY GALVEZ, 1987: 52).

Según Lino Palacio, “... denominase intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el Juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interviene 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” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 199).

De acuerdo a la actividad que se le ordene desarrollar al interventor, el embargo en forma de intervención puede ser de dos clases:

- Intervención en recaudación.
- Intervención en información.

7.1 Embargo en forma de intervención en recaudación

La intervención en recaudación “se trata de una medida cautelar complementaria del embargo aplicable con relación a *ingresos percibibles en forma periódica*, verbigracia: alquileres, entradas a espectáculos públicos, ganancias de un comercio, etcétera” (GONZALEZ, 1999: 194).

“... Si la pretensión es dineraria, puede ser útil una **intervención en recaudación**. Esta forma de la medida supone que el interventor nombrado tiene como función específica retirar, en el porcentaje y la periodicidad fijada en la providencia cautelar, los ingresos producidos por el negocio, luego de lo cual deberá depositarlos a la orden judicial” (MONROY GALVEZ, 1987: 53).

El embargo en forma de intervención se encuentra normado en el artículo 661 del Código Procesal Civil en estos términos:

“Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquél.

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”.

7.2 Embargo en forma de intervención en información

“... Esta medida tiene por finalidad que el interventor informante nombrado por el juez, entere al Juzgado, con la periodicidad que se fije en la providencia cautelar, sobre el estado de los bienes que se negocian, sobre las operaciones comerciales que se realizan, en definitiva, sobre todo aquello que pueda ser trascendente para el proceso y que se presenta en la actividad comercial” (MONROY GALVEZ, 1987: 53).

Así también lo considera Lino Palacio cuando afirma que “esta clase de intervención tiene por objeto que la persona designada por el juez ejerza vigilancia sobre la gestión administrativa desarrollada en una sociedad o asociación o respecto de bienes litigiosos, o sobre el estado en que éstos se encuentran, dando cuenta a aquél de las circunstancias comprobadas a raíz de tal actividad” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 208).

El artículo 665 del Código Procesal Civil trata del embargo en forma de intervención en información de esta manera: “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”.

8. EMBARGO EN FORMA DE ADMINISTRACION

Esta clase de embargo (en forma de administración) es aquel que recae sobre bienes fructíferos que se afectan en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan. Tal es la definición legal de este instituto que hace el Código Procesal Civil en su artículo 669.

La diferencia entre la función desarrollada por el interventor y la que lleva a cabo el administrador radica en que el primero únicamente recauda los ingresos

o proporciona información económica y/o financiera de la empresa intervenida, ajustándose a las directivas de su dueño o de su representante legal; mientras que el administrador, precisamente, se encarga de la dirección de aquélla, debiéndose acatar todas sus disposiciones (que no excedan el cometido de su gestión o las facultades señaladas en la providencia cautelar), máxime si al asumir el cargo el administrador cesan en sus funciones los distintos órganos directivos o de administración de la empresa sobre la cual recae la medida (arts. 670 y 672 del C.P.C.).

Ejecutada una medida cautelar de embargo en forma de administración, está obligado el administrador a:

- Gerenciar la empresa embargada, con sujeción a su objeto social (art. 671 -inc. 1)- del C.P.C.).
- Realizar los gastos ordinarios y los de conservación (art. 671 -inc. 2)- del C.P.C.).
- Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan (art. 671 -inc. 3)- del C.P.C.).
- Pagar tributos y demás obligaciones legales (art. 671 -inc. 4)- del C.P.C.).
- Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley (art. 671 -inc. 5)- del C.P.C.).
- Proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión (art. 671 -inc. 6)- del C.P.C.).
- Poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos (art. 671 -inc. 7)- del C.P.C.).
- Cumplir los demás deberes señalados por el Código Procesal Civil y por la ley (art. 671 -inc. 8)- del C.P.C.).

9. ANOTACION DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PUBLICOS

La anotación de la demanda en los Registros Públicos, denominada también anotación de litis, constituye una medida cautelar dirigida a inscribir dicho acto procesal con la finalidad de que todos tomen conocimiento de la existencia de un proceso en que se encuentra ventilándose una pretensión referida a derechos inscritos, que puede afectar su libre disponibilidad por estar sujetos de una u otra manera al resultado del proceso. A diferencia del embargo en forma de inscripción que tiene por fin asegurar la materialización del derecho declarado en juicio, tenga o no vinculación con el bien afectado, la anotación de demanda

en los Registros Públicos se encamina a preservar directamente la pretensión misma, haciendo uso de la publicidad registral que evite la invocación de buena fe por parte de tercero.

Según Álvarez Juliá, Neuss y Wagner, “... anotación de litis (o de demanda) es la medida cautelar que permite alertar sobre la existencia de un juicio, evitando que terceros que contraten sobre bienes registrables respecto a los cuales ha recaído la anotación, puedan invocar buena fe frente a quien la obtuvo. Cumple una función esencial de publicidad, sin restringir las facultades de disposición del dueño de la cosa a la cual se refiere la medida...” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 443). Tales autores agregan que “... (es procedente) en toda acción que pueda tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente, se trate de acción real o personal” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 443).

Monroy Gálvez precisa que “... la anotación de la demanda no afecta la transferibilidad o gravamen del bien sobre el cual recae; simplemente se hace partícipe a quien adquiera algún derecho sobre él, de lo que resuelva en definitiva el órgano jurisdiccional, decisión de la que no podrá sustraerse” (MONROY GALVEZ, 1987: 56). Agrega dicho autor que “... dicha medida no pretende que el bien soporte una carga patrimonial, sino simplemente que el adquirente de un derecho sepa que hay un proceso promovido que, eventualmente, puede afectar el bien” (MONROY GALVEZ, 1987: 56).

El artículo 673 del Código Procesal Civil versa sobre la anotación de demanda en los Registros Públicos y dispone lo siguiente:

“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”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la anotación de demanda en los Registros Públicos, ha establecido lo siguiente:

- “... El objeto esencial de la anotación de una demanda [...] constituye una garantía para el que logra su inscripción en el Registro a fin de cautelar el resultado positivo de la pretensión cuya tutela jurisdiccional ha solicitado...” (Casación Nro. 2007-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2002, págs. 9697-9698).
- “... La anotación de la [...] demanda en el rubro de cargas o gravámenes no impide que respecto del bien sub litis se realicen los actos de transferencia de quien ostenta la titularidad vigente del mismo conforme a lo dispuesto en la parte in fine del artículo seiscientos treintisiete del Código Procesal Civil [sic -en realidad es el art. 673 del C.P.C.-], en cuanto establece que[:] ‘La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida’...” (Casación Nro. 194-2007 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23587-23588).
- “... No existirá buena fe en la adquisición de un derecho efectuada por aquel que haya estado en condición de conocer de la inexactitud del Registro a partir de la anotación preventiva de la demanda, realizada de acuerdo a las normas reglamentarias registrales; con lo cual, no podrá mantener su adquisición por haber incurrido en un supuesto de mala fe, de acuerdo al numeral 2014 del Código Civil...” (Casación Nro. 4309-2007 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22201-22202).
- “... El error en que pudo haber incurrido el registrador al inscribir la anotación de la demanda no puede revertir en perjuicio del demandante; [...] en consecuencia, atendiendo a que el actor no se encontraba en posibilidad material de conocer la medida cautelar dictada a favor del demandado, desde que aquella jamás fue inscrita en el registro correspondiente al predio sub materia, sino en otro distinto, se presume que ha procedido de buena fe al adquirir e inscribir la propiedad a su favor, y no habiendo probado la parte emplazada lo contrario -pues la sola invocación del principio de publicidad, al no ser absoluto, resulta insuficiente para destruir tal presunción- se concluye que la interpretación del artículo dos mil catorce del Código Civil, realizada por las instancias de mérito[,] se sujeta al mérito de lo actuado y de los hechos establecidos...” (Casación Nro. 2126-06 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19850-19852).

CAPITULO L

MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCION FORZADA: EL SECUESTRO

1. DEFINICION

El secuestro es la medida cautelar por la cual se afecta física y no jurídicamente -como en el embargo- un determinado bien mueble (registrado o no) para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse posteriormente. Implica la desposesión del bien de su tenedor (que puede ser el afectado o un tercero, si no estuviese en poder del primero) y entrega a un órgano de auxilio judicial denominado custodio, para que lo guarde y conserve a orden del Juzgado hasta que se decida en definitiva el asunto principal (si acaso el levantamiento, sustitución o variación de la medida precautoria no se produce antes).

A través del secuestro se produce la extracción o aprehensión de los bienes del obligado, sea quien fuere el que los estuviese poseyendo al tiempo de la medida (respetándose, eso sí, los derechos adquiridos), en lo que resulte suficiente para garantizar el efectivo cobro de la deuda del afectado.

Lino Palacio enseña que “en sentido lato, denomínase secuestro a la medida judicial en cuya virtud se desapodera a una persona de una cosa litigiosa o embargada o de un documento que tiene el deber de presentar o de restituir” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 151). Lino Palacio señala, además, que “el secuestro se lleva a cabo (...) mediante el desapoderamiento de la cosa o cosas sobre las cuales recae la medida, de manera que su poseedor o tenedor queda privado de la posibilidad de usar o de disponer de aquéllas...” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 158).

Jorge Carreras entiende por secuestro “... la tenencia de unos bienes muebles o semovientes, afectados a una ejecución, por persona distinta al ejecutante, para guardarlos y retenerlos a disposición del Ejecutor hasta que éste le ordene su entrega a otra persona...” (CARRERAS, 1957: 431).

Enrique Falcón estima que "... el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio, procederá cuando el embargo no asegurare por sí solo el derecho invocado por el solicitante o cuando sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva..." (FALCON, 1999: 84). El mencionado jurista añade que "... el secuestro consiste en una medida cautelar en virtud de la cual se desapodera a una persona de un objeto de su propiedad, o que se encuentra bajo su guarda, con el fin de evitar que el mismo se pierda o que pueda ser destruido o deteriorado..." (FALCON, 1999: 85).

Para Monroy Gálvez, el secuestro "... se trata de la desposesión física al embargado del bien sobre el que recae la medida" (MONROY GALVEZ, 1987: 53). Agrega dicho autor que "... el secuestro no va a concederle la posesión al peticionante de la medida, pero sí va a ordenar que el bien sea depositado en una institución oficial o a la persona que mejor convenga a su cuidado y protección, recibiendo ésta el nombre de custodio" (MONROY GALVEZ, 1987: 54).

El segundo párrafo del artículo 649 del Código Procesal Civil dispone que "cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, éstos 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".

2. SECUESTRO JUDICIAL

Martínez Botos indica al respecto que:

"El secuestro como medida cautelar autónoma tiene a preservar la integridad o evitar el uso de la cosa que constituye materia de un litigio actual o futuro.

Recae, por ende, sobre el objeto mediato de la pretensión principal ya formulada o que se ha de formular.

(...)

El secuestro no es viable, entonces, (...) cuando la cosa que se procura resguardar o cuyo uso se intenta impedir es extraña, en sí misma, al contenido de la pretensión principal" (MARTINEZ BOTOS, 1994: 345).

Lino Palacio nos informa que "este tipo de secuestro tiende a preservar la integridad o evitar el uso de la cosa que constituye materia de un litigio actual o

futuro y recaer, por lo tanto, sobre el objeto mediato de la pretensión principal ya interpuesta o que se ha de interponer” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 153).

Rafael Gallinal expresa del secuestro judicial que es una “... medida preventiva y conservatoria que (...) exige la existencia del mandamiento judicial para su constitución. No puede recaer sino sobre bienes determinados que constituyen el objeto del litigio...” (GALLINAL, s/a, Tomo II: 159).

Mattiolo apunta que el secuestro judicial “... asegura la integridad de una cosa mueble o inmueble, controvertida por las partes, o sobre la cual el acreedor ostenta un derecho real, para cuya protección tiende a prevenirse” (MATTILOLO, s/a, Tomo II: 143).

El secuestro judicial es definido por el Código Procesal Civil en el primer párrafo del artículo 643, el cual señala que: “Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez”.

3. SECUESTRO CONSERVATIVO

Monroy Gálvez enseña que “el secuestro conservativo no recae necesariamente sobre el bien que se discute en el proceso principal como en el judicial, sino en cualquier bien del deudor, a fin de servir de garantía para el cumplimiento de la ejecución...” (MONROY GALVEZ, 1987: 54).

Para Mattiolo, el secuestro conservativo es aquella medida preventiva que constituye “... una garantía sobre los bienes muebles del deudor que el juez concede al acreedor...” (MATTILOLO, s/a, Tomo II: 143).

Satta opina que el secuestro conservativo “... tiende a asegurar la garantía del acreedor sobre los bienes del deudor, contra el peligro de sustracciones o enajenaciones de dichos bienes...” (SATTI, 1971, Volumen II: 216). Ampliando lo expuesto el autor citado nos informa que “... legitimado está cualquier acreedor, en base a la razonable apariencia de su derecho (**fumus bonis juri**) y a la demostración del peligro que él corre...” (SATTI, 1971, Volumen II: 216).

La definición legal del secuestro conservativo es recogida en el segundo párrafo del artículo 643 del Código Procesal Civil, el mismo que establece lo siguiente: “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”.

4. SECUESTRO DE DINERO, JOYAS, PIEDRAS Y METALES PRECIOSOS Y OTROS BIENES SIMILARES

Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, sobre los que recaiga la medida cautelar en forma de secuestro, la ejecución de ésta tendrá lugar con el depósito de los bienes mencionados en el Banco de la Nación. Ello de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 649 del Código Procesal Civil, que se funda en razones de seguridad respecto de la conservación y no aprovechamiento o disponibilidad de los bienes en cuestión por parte del custodio.

5. SECUESTRO DE VEHICULO

Decretada la medida cautelar en forma de secuestro vehicular, el Juzgado debe expedir el respectivo oficio conteniendo la orden de captura dirigido a la autoridad policial competente, que debe prestar el auxilio del caso para la materialización de dicha medida; esto implica ubicar, intervenir o capturar el vehículo, derivarlo al Depósito Oficial de Vehículos, comunicar de tal hecho al Juzgado y poner el mismo a su disposición (conjuntamente con las llaves y la tarjeta de propiedad, de ser posible).

El vehículo sometido a secuestro, será internado en almacén de propiedad o conducido por el propio custodio (se entiende luego de haber sido puesto a disposición del órgano jurisdiccional por la Policía Nacional), 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. Así lo dispone el artículo 647 del Código Procesal Civil.

6. SECUESTRO DE BIENES DENTRO DE UNA UNIDAD DE PRODUCCION O COMERCIO

La admisión del secuestro de bienes que se hallen dentro de una unidad de producción o comercio está condicionada al hecho de que no perjudique tal medida la actividad que en ella se desarrolla. Así lo ordena el artículo 651 del Código Procesal Civil, numeral que señala lo siguiente: “Pueden secuestrarse bienes muebles que se encuentren dentro de una fábrica o comercio, cuando éstos, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio”.

Esta disposición se justifica, porque de esa manera se trata de evitar que la medida preventiva en forma de secuestro que se pretende trabar cause grave perjuicio al obligado (y al personal que labora en el establecimiento fabril o comercial, así como a los proveedores, clientes, terceros acreedores, etc.), importando un daño mayor a aquel que se pretende evitar con la medida de cautela. Además, al

asegurarse la continuación de la actividad económica de la unidad de producción o comercio, se está garantizando a su vez -con los recursos que de ella se obtenga- la eficacia del fallo definitivo, pudiendo constituir la exigencia cautelar en este caso, sobre todo si su monto resulta notoriamente inferior en relación al daño que se pueda causar, un claro ejemplo de abuso de derecho.

7. SECUESTRO DE TITULOS DE CREDITO

Por mandato del artículo 652 del Código Procesal Civil, cuando se afecten (en secuestro) títulos-valores o documentos de crédito en general, éstos 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 (como, por ejemplo, proceder a efectuar el protesto de títulos valores) y a depositar de inmediato (en el Banco de la Nación) a la orden del Juzgado, el dinero que obtenga.

Cachón Cadenas, en relación al embargo de títulos valores (de aplicación al secuestro de los mismos), manifiesta que "... al igual que ocurre respecto de los demás bienes muebles, el objeto del embargo, en estos casos, es el derecho de propiedad que recae sobre los títulos valores. Sólo si el ejecutado es el propietario del título valor de que se trate, puede llevarse a cabo el embargo..." (CACHÓN CADENAS, 1991: 417). Cachón Cadenas agrega que "la fusión del título valor con el derecho incorporado al mismo impide que ese derecho pueda ser embargado con independencia del título valor..." (CACHÓN CADENAS, 1991: 418).

8. SECUESTRO CONSERVATIVO SOBRE BIENES INFORMATICOS

El artículo **647 A** del Código Procesal Civil permite el secuestro conservativo (y también el embargo) sobre bienes informáticos al preceptuar que:

"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".

La información contenida en los soportes magnéticos, ópticos o similares constituye una creación intelectual (que da lugar a derechos de autor), independiente del objeto material que la contiene, que amerita protección, razón por la cual se justifica plenamente el autorizar al afectado para que la retire de aquéllos,

cuando la medida cautelar de secuestro o de embargo no se dirija directamente a asegurar tal información que representa el asunto de fondo a ser ventilado en el proceso principal.

Advertimos que de ninguna manera debe considerarse inembargable a la información contenida en soportes magnéticos, ópticos o similares. En efecto, no existe impedimento alguno para afectar con medida precautoria aquella información, máxime si el acto procesal de cautela coincide con la pretensión principal (como cuando se trata, por ejemplo, de una medida temporal sobre el fondo). Nada obsta, pues, que se pretenda, en vía cautelar, asegurar que dicha información no se pierda o que no se disponga indebidamente.

9. SUPLETORIEDAD DE LAS NORMAS RELATIVAS AL EMBARGO

Las normas relativas al embargo son supletorias en lo que tenga que ver con la medida cautelar en forma de secuestro, siempre que no se oponga a sus caracteres constitutivos. En efecto, por disposición del último párrafo del artículo 643 del Código Procesal Civil, se aplican al secuestro, en cuanto sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.

CAPITULO LI

MEDIDAS CAUTELARES TEMPORALES SOBRE EL FONDO

1. CONCEPTO

“Se denominan así a aquellas que anticipan exactamente lo que presumiblemente va a ser el pronunciamiento final en el proceso principal...” (MONROY GALVEZ, 1987: 59).

Las medidas temporales sobre el fondo son aquellas -de carácter excepcional- cuyo objeto consiste en anticipar lo que va a ser materia de decisión en la sentencia final. A su carácter provisorio (propio de toda medida cautelar) se suma como nota singular el hecho de que, constituyendo tales medidas la pretensión misma (íntegra o parcial), su concesión y ejecución, pese a la referida coincidencia, no significan el amparo definitivo de la demanda -o reconvención, según el caso-, sino la anticipación del fallo que ponga fin a la controversia. Se extinguirá su naturaleza cautelar una vez resuelto el proceso principal, pues prácticamente se fundirá con la pretensión reclamada. Sólo será cuestión de tiempo -mientras dure el proceso- la suspensión de la efectiva concreción del derecho alegado, cuya materialización inicial tiene lugar previa y provisoriamente con la medida precautoria.

Como se aprecia, la medida temporal sobre el fondo equivale a un adelanto cautelar del contenido mismo de la sentencia (ya sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta). No se trata de una medida conservativa (que busca asegurar el cumplimiento de la pretensión manteniendo el status quo), sino de una medida preventiva material, cuya consecuencia es la obtención concreta y real para el beneficiario de los mismos resultados que debería haber aguardado para el caso de serle amparada su pretensión.

Piero Calamandrei, en relación a las medidas temporales sobre el fondo, sostiene que “la función instrumental se explica, pues, en este grupo dando a la

controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta, operando **re adhuc integra** y sin solución de continuidad, pueda tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si hubiese sido dictada sin retardo...” (CALAMANDREI, 1945: 60-61).

El artículo 674 del Código Procesal Civil regula la medida temporal sobre el fondo en estos términos: “Excepcionalmente, por la necesidad impostergradable 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 sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda *[sic]* ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.

2. MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO EN ASUNTOS DE FAMILIA E INTERES DE MENORES

“... Las medidas provisionales en relación a personas deben regularse en lo sustancial (...), pero simplificándolas y teniendo en cuenta la realidad de las separaciones ‘amistosas’ o de hecho. En todo caso deben protegerse con estas medidas durante la situación matrimonial anormal, jurisdiccional o no, a todos los sujetos de la relación conyugal y paterno-filial y sus bienes, particularmente a los que aparezcan como real y verdaderamente más débiles” (GUTIERREZ DE CABIEDES, 1974: 408).

De acuerdo a lo normado en el primer párrafo del artículo 677 del Código Procesal Civil, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final -atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella-, cuando la pretensión principal versa sobre:

- Separación de cuerpos.
- Divorcio.
- Patria potestad.
- Régimen de visitas (que, por lo general, debe fijarse para el progenitor a quien no se le confió la tenencia del hijo menor de edad, a efectos de que ambos sigan manteniendo una relación familiar personal y directa por el bienestar de los dos).
- Entrega de menor (a quien ejerce la patria potestad o la tenencia respectiva, o a la persona que designe el Juez para la custodia del menor, según sea el caso).

- Tutela.
- Curatela.

Conforme al último párrafo del artículo 677 del Código Procesal Civil, el Juez debe adoptar las medidas necesarias (medidas temporales sobre el fondo) para el cese inmediato de los actos lesivos, si durante la tramitación del proceso se producen contra el cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar actos de violencia física, presión psicológica, intimidación y persecución.

3. ASIGNACION ANTICIPADA DE ALIMENTOS

En el proceso sobre prestación de alimentos (y según se colige del art. 675 -primer párrafo- del C.P.C.) procede su asignación anticipada cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores (se entiende debidamente representados) con indubitable relación familiar (que se probará con la respectiva partida de nacimiento, o la copia certificada de la sentencia definitiva que declara infundada la demanda en la acción contestatoria de la paternidad, o la escritura pública de reconocimiento del hijo por parte del obligado a prestar alimentos, o el testamento del obligado a prestar alimentos en que se hace constar el reconocimiento del hijo, según el caso), o por los hijos mayores de edad, de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil, numerales que regulan, respectivamente, los casos de subsistencia de la obligación alimentaria respecto de los hijos mayores de edad, los casos en que las personas mayores de edad tienen derecho a alimentos, y los casos de exoneración y término de la obligación alimentaria.

Es de destacar que, 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 (art. 675 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Al conceder la medida (cautelar) temporal sobre el fondo objeto de análisis, el órgano jurisdiccional debe fijar el monto de la asignación anticipada que el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la pensión de alimentos que se determine en la sentencia definitiva a recaer en el proceso principal. Ello se colige del artículo 675 -tercer párrafo- del Código Procesal Civil.

Según se infiere del artículo 676 del Código Procesal Civil, en caso de resultar desfavorable la sentencia a quien demandó la prestación de alimentos, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida por concepto de asignación anticipada de alimentos y a abonar el correspondiente interés legal, el cual será liquidado

por el Secretario de Juzgado, si fuera necesario aplicándose lo dispuesto por el artículo 567 del Código Procesal Civil, numeral este último que hace referencia a la actualización del valor de la pensión alimenticia.

Por último, se desprende de la parte final del artículo 676 del Código Procesal Civil que podrá ser impugnada (en apelación, se entiende) la decisión del Juez referida a la actualización del valor de las asignaciones anticipadas de alimentos que deben serle devueltas al demandado en caso de que la sentencia declare infundada la demanda en el proceso de alimentos. La apelación en mención será concedida con efecto suspensivo.

4. MEDIDAS TEMPORALES EN LOS PROCESOS DE SEPARACION DE CUERPOS Y DIVORCIO

En lo que respecta a las medidas temporales sobre el fondo que pueden recaer en los procesos de separación de cuerpos y divorcio, señala el artículo 680 del Código Procesal Civil que en cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges (y no sólo del cónyuge culpable):

- Que vivan en domicilios separados.
- La directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

El artículo 680 del Código Procesal Civil es concordante con lo dispuesto en el artículo 485 del mismo cuerpo de leyes (que versa sobre las medidas cautelares en los procesos de separación de cuerpos y divorcio por causal), el cual preceptúa que después de interpuesta la demanda (de separación de cuerpos o de divorcio por causal) 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.
- Administración y conservación de los bienes comunes.

5. MEDIDAS TEMPORALES EN LOS PROCESOS SOBRE ADMINISTRACION DE BIENES

La administración implica el gobierno, gestión y vigilancia de bienes ajenos por parte de una persona. El proceso de administración de bienes tiene por objeto:

- La designación de la persona a desempeñarse como administrador.
- La aprobación de la relación de bienes que van a ser administrados.

Las medidas temporales sobre el fondo que tengan que ver con pretensiones sobre administración de bienes son viables a tenor del artículo 678 del Código Procesal Civil, el cual indica que “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”.

El magistrado al tomar conocimiento del pedido cautelar deberá entonces tener en cuenta para conceder la medida si el daño que se alega estar por producirse es en verdad inminente y si no es posible tanto su resarcimiento como el evitar que ocurra algún perjuicio.

6. MEDIDA TEMPORAL EN EL PROCESO DE DESALOJO

Por mandato del artículo 679 del Código Procesal Civil, en esta clase de procesos son admisibles las medidas temporales sobre el fondo. Así, pues, dicho numeral establece que 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, vale decir, la restitución del bien. Para ello el accionante debe acreditar en forma indubitable lo siguiente:

- El derecho a la restitución del bien objeto del proceso de desalojo.
- El abandono del bien objeto del proceso de desalojo por parte del demandado u otros ocupantes.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la medida temporal sobre el fondo en el proceso de desalojo, ha establecido lo siguiente: “... La demanda de desalojo presupone la existencia de un bien inmueble, cuya restitución se pretende de aquél ocupante [sic -léase aquel ocupante-] a quien le sea exigible tal obligación, esto es, que tal acción requiere como presupuesto fáctico la posesión real del bien por parte del demandado. [...] Que si bien es cierto la presente acción [desalojo] se sustenta en la medida temporal sobre el fondo dictada [...], 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 sólo la desnaturalización del carácter instrumental que ostenta toda medida cautelar, sino también la del proceso principal...” (Casación Nro. 2422-2002 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2005, págs. 14061-14062).

7. MEDIDA TEMPORAL EN EL PROCESO DE INTERDICTO DE RECOBRAR

Es admisible la medida temporal sobre el fondo en los procesos de interdicto de recobrar, según se desprende del artículo 681 del Código Procesal Civil, que dispone que en el interdicto de recobrar procede la ejecución anticipada de la decisión final (vale decir, la restitución al accionante del bien indebidamente despojado) cuando el demandante acredite verosímilmente:

- El despojo del bien materia de la acción interdictal.
- Su derecho a la restitución pretendida.

Es de resaltar que, en aplicación del tercer párrafo del artículo 603 del Código Procesal Civil, procede a pedido de parte la solicitud de posesión provisoria del bien objeto de interdicto de recobrar una vez que haya sido admitida la demanda, la que se sujeta a los requisitos y trámites de la medida cautelar. La referida posesión provisoria representa una medida temporal sobre el fondo.

CAPITULO LII

MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS

1. DEFINICION

La medida precautoria llamada innovativa es aquella diligencia cautelar de carácter excepcional, ordenada de oficio o a petición de parte, cuyo objeto es reponer un estado de hecho o de derecho, siendo menester que se despliegue una actividad (innovativa) que modifique nuevamente el mundo exterior para lograr así tal reposición, representando la alteración de dicho estado la causa que hace nacer la pretensión principal del actor.

Monroy Gálvez afirma que la medida cautelar innovativa “... no se limita a mantener la situación de hecho (sería una medida de no innovar), sino que va más allá, ordena una modificación en el marco material que rodea el inicio del proceso...” (MONROY GALVEZ, 1987: 60).

Peyrano la califica como una “... medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor...” (PEYRANO, 1993: 488). El mencionado jurista señala, además, que la medida innovativa “... no afecta la libre disponibilidad de los bienes por parte de los justiciables (vrg. embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.) ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos, ordenando, sin que medie sentencia firme de mérito, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente...” (PEYRANO, 1993: 488).

La medida innovativa escapa de la concepción de un procedimiento cautelar conservativo que busca asegurar la pretensión principal manteniendo una determinada situación de hecho a fin de evitar que la alteración que pudiera sufrir la misma dificulte o impida la realización plena del derecho ordenado en la sentencia. Aquí

de lo que se trata es que resulta inminente la producción de un perjuicio irreparable a causa de la modificación de un estado de hecho o de derecho, significando la reposición de dicho estado la innovación destinada a evitar que acontezca la consumación del perjuicio.

Esta clase de medida cautelar (innovativa) se encuentra contemplada en el artículo 682 del Código Procesal Civil, el cual prescribe lo siguiente: “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 sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a las medidas innovativas, ha establecido lo siguiente:

- “... La medida cautelar [innovativa fuera del proceso], por hallarse supe-
ditada a un pronunciamiento definitivo, debe referirse precisamente a la
materia que va a ser objeto del principal...” (Casación Nro. 1991-2002 /
La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2004,
pág. 12454).
- “... Respecto a la medida cautelar, debe señalarse que el hecho que sea una
innovativa [fuera del proceso] y que no haya sido impugnada en su oportu-
nidad, no significa que la concesión que por ella se otorgue sea perenne ni
que el derecho que se haya restablecido permanezca firme en una especie
de analogía con la cosa juzgada, ello porque como toda medida cautelar
[sic -léase medida cautelar-] depende de la decisión final en el proceso
principal [...]; máxime si el artículo 630 del Código Procesal Civil dispone
la cancelación de la medida si la demanda hubiere merecido sentencia
adversa en primera instancia. [...] Que siendo esto así, se concluye que no
se ha vulnerado el derecho de defensa de los impugnantes, por cuanto la
medida cautelar innovativa fuera del proceso no otorga una condición que
no pueda ser rebatida mediante la correspondiente sentencia en el principal;
[...] resultando oportuno reiterar que la falta de apelación de la resolución
que concede la medida no configura un pronunciamiento inalterable ni
firme por depender toda medida cautelar [sic -léase medida cautelar-] del
principal...” (Casación Nro. 1991-2002 / La Libertad, publicada en el Diario
Oficial El Peruano el 30-07-2004, pág. 12454).

2. MEDIDAS INNOVATIVAS EN EL PROCESO DE INTERDICCION

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, en los procesos de interdicción proceden las medidas innovativas que exijan la naturaleza y alcances de la situación

presentada. Ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 683 del Código Procesal Civil, del cual se colige que tales medidas precautorias no sólo pueden ser decretadas a instancia de parte sino que, además, pueden ser dispuestas de oficio (aunque, puntualizamos, esto último tiene el carácter de excepcional). El Juez debe, pues, antes de ordenar una medida innovativa, apreciar las circunstancias que se presenten en cada caso y decidir en consecuencia si resulta o no necesario dictar alguna medida que, en todo caso, estará destinada a salvaguardar la persona y bienes del presunto interdicto.

Al respecto, Lino Palacio, en relación a las medidas cautelares sobre personas, señala que “... tienden a la protección física o moral de éstas o la satisfacción de sus necesidades urgentes” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 80).

3. CAUTELA POSESORIA

A fin de evitar un perjuicio irreparable al peticionante de la medida, y en salvaguarda de los derechos reales de propiedad y de posesión (y por qué no de la integridad personal de sus titulares y familiares) que pueden verse afectados debido a situaciones riesgosas respecto de inmuebles colindantes, el artículo 684 del Código Procesal Civil faculta al Juez para decretar las siguientes medidas innovativas:

- La paralización de los trabajos de edificación, cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante.
- La disposición de medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.

4. MEDIDAS INNOVATIVAS EN LOS PROCESOS SOBRE ABUSO DE DERECHO

El artículo 685 del Código Procesal Civil autoriza la concesión de medidas innovativas en los procesos en que se ventilen asuntos que tengan que ver con la figura del abuso del derecho. Dicho numeral preceptúa 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”.

El referido artículo 685 del Código Procesal Civil es concordante con el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, el cual dispone que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho y que al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

5. MEDIDAS INNOVATIVAS EN LOS PROCESOS SOBRE DERECHO A LA INTIMIDAD, A LA IMAGEN Y A LA VOZ

El artículo 686 del Código Procesal Civil faculta al Juez, ante la inminencia de un perjuicio irreparable, a disponer medidas innovativas en los procesos sobre derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz, al indicar que “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”.

CAPITULO LIII

MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR

1. SIGNIFICADO

La medida cautelar de no innovar o prohibición de innovar está dirigida a mantener el estado de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda (de lo que se infiere que puede tratarse de una medida fuera o dentro del proceso), para así garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse posteriormente.

Para Alsina, “... la prohibición de innovar puede ser definida como la medida precautoria por la cual se tiende al mantenimiento de la situación de hecho o de derecho al momento de ser decretada” (ALSINA, 1962, Tomo V: 526).

Lino Palacio refiere que esta medida se encuentra “... entre las medidas cautelares encaminadas a preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la inalterabilidad de determinada situación de hecho o de derecho...” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 176-176).

Enrique Falcón anota que “... la prohibición de innovar alcanza la prohibición de modificar el estado de hecho existente, al tiempo de iniciarse el proceso...” (FALCON, 1978: 386).

A decir de Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, la prohibición de innovar “... es una medida cautelar que tiene por objeto el mantenimiento de la situación de hecho existente al tiempo de ser decretada con relación a las cosas sobre las que versa el litigio” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 443).

Monroy Gálvez concibe a la medida cautelar de no innovar como “... la facultad que tiene el juez, a pedido de parte, de impedir que se modifique la situación de hecho, cuando tal acto tenga una decisiva influencia en la solución del proceso y, por cierto, en su posterior ejecución...” (MONROY GALVEZ, 1987: 58).

La naturaleza de la medida cautelar de no innovar es claramente conservativa, porque se busca con ella hacer efectivo el fallo emitido por el órgano jurisdiccional, lo cual no sería posible de haberse modificado o alterado la situación de hecho o de derecho existente hasta antes de que se solicite la referida medida precautoria. Así tenga la sentencia definitiva el carácter de retroactiva, si se alteró el estado de hecho o de derecho cuya situación será o es invocada en la demanda (como cuando el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal dispone de sus bienes), entonces, lo ordenado en dicha resolución judicial carecería de ejecutabilidad, permaneciendo insatisfecho el derecho hecho valer en el juicio.

La medida de no innovar es una de carácter excepcional, esto es, no será concedida si puede ser aplicable otra medida cautelar que asegure el normal cumplimiento de la decisión final. Tal carácter se hace ostensible, además, al exigirse como presupuesto para su concesión la inminencia de un perjuicio irreparable, el mismo que deberá ser valorado por el magistrado que conoce del procedimiento cautelar.

El artículo 687 del Código Procesal Civil trata acerca de la medida precautoria de prohibición de innovar de este modo: “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 sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

2. FUNDAMENTO

La medida cautelar de no innovar tiene su fundamento en la necesidad de proporcionarle al actor un instrumento que le asegure que la sentencia a recaer en el proceso promovido por él va a ser ejecutada porque no sufrirá alteración el estado de hecho o la situación jurídica en que reposan sus expectativas de ver satisfecho su derecho. La prohibición de innovar se basa, pues, en el valor eficacia, indispensable para el logro de los fines primordiales de la jurisdicción.

En opinión de Monroy Gálvez, “el sustento de esta medida cautelar está dado por la obligación del órgano jurisdiccional de resolver un conflicto, pronunciándose respecto de los hechos tal como se encontraban al momento de iniciarse el proceso. Por cierto, tal situación sería letra muerta si no fuese posible acondicionar las medidas necesarias para que los bienes mantengan tal situación o, por otro lado, no se agrave el perjuicio que, presumiblemente, se está cometiendo contra el derecho del actor” (MONROY GALVEZ, 1987: 57).

A juicio de Lino Palacio, “básicamente, la prohibición de innovar -como exteriorización de un poder jurídico idóneo para resolver provisionalmente un

conflicto y acordar firmeza a la paz- encuentra fundamento en la necesidad de preservar la igualdad de las partes y la garantía constitucional de la defensa en juicio...” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 182).

3. FINALIDAD

La finalidad de la medida cautelar de prohibición de innovar se desprende del propio artículo 687 del Código Procesal Civil que la regula, y es conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda, y que se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso.

Lino Palacio apunta sobre la materia que “generalmente se asigna a la prohibición de innovar la finalidad consistente en impedir la modificación, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida, desechándose, en consecuencia, la posibilidad de que mediante ésta se restablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad a ese momento” (PALACIO, 1992, Tomo VIII: 177).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, en lo que atañe a la finalidad de la medida precautoria de prohibición de innovar, expresan que “... su finalidad consiste en impedir que mediante su alteración por las partes durante el curso del proceso, la sentencia se haga de cumplimiento imposible o el derecho que ella reconoce ilusorio” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 443-444).

4. EFECTOS

La prohibición de innovar tiene como efectos la no producción del perjuicio irreparable debido a su traba, y el mantenimiento, bajo responsabilidad del afectado, del estado de hecho o de derecho existente al tiempo en que se peticionó dicha medida cautelar y hasta la expedición del fallo final (o de la resolución que da por terminado anormalmente el proceso -en los casos de desistimiento, abandono, conciliación, etc.- o de la providencia que levanta la medida en mención).

Martínez Botos, en lo que atañe a los efectos de la medida cautelar de prohibición de innovar, hace estas afirmaciones:

“Los efectos de la prohibición de innovar se producen desde su notificación (...); o sea, no puede producir consecuencia antes de ser notificada, y su destinatario, entre tanto, no tiene obligación de cumplirla y, consiguientemente, no pueden objetarse, en principio, las modificaciones de la situación existente que en ese intervalo haya producido (...).

Se circunscriben dichos alcances en principio, a los litigantes en el proceso y sólo pueden extenderse a los terceros cuando éstos la pueden conocer por su inscripción en los registros inmobiliarios o por su notificación judicial (...).

A su vez, no cabe extender sus efectos más allá de los supuestos tenidos realmente en cuenta al pronunciarla (...), dependiendo de la naturaleza de la causa en que se ordenó y, por eso mismo, varían en función de las circunstancias de hecho de cada caso (...).

Como la medida en cuestión está vinculada con las cosas o bienes que sean materia u objeto de la litis y cuya inmodificabilidad se busca resguardar mediante la adopción de una cautela de esa naturaleza, de ello se sigue, como es obvio, que esa prohibición no puede hacerse extensiva a otros bienes o cosas ajenas al pleito y respecto de las cuales las leyes autorizan la adopción de diversas medidas de seguridad en salvaguarda del derecho de las partes (...).

Es decir, que el alcance de la prohibición de innovar sólo comprende el ámbito del proceso y se extingue con la terminación del juicio con la sentencia que al acoger la demanda permite a las partes solicitar las medidas necesarias para impedir la enajenación de la cosa (...).

En otro orden de cosas, ha de repararse que cuando existen hechos consumados, en modo alguno la prohibición de innovar puede volver las cosas a un estado previo al momento en que se solicitó, pues los hechos realizados con anterioridad sólo se modifican en virtud de una resolución judicial expresa y no de una medida precautoria (...).

(...)

(...) Los actos y hechos realizados con antelación a que se produzca la notificación de la medida de no innovar, deben reputarse válidos. La operatividad de la misma no llega retroactivamente a dichos actos, pues, como ha quedado expuesto, su eficacia comienza a partir de la fecha en que las partes tuvieron conocimiento de la cautela (...).

Por ende, cuando existen hechos consumados, no resulta procedente el retorno al estado anterior en que se produjo la notificación de la decisión, ya que si así no fuere, se estaría ante una sentencia favorable anticipada. Esos hechos realizados con anterioridad son susceptibles de modificación exclusivamente mediante una decisión judicial expresa (...).

Con respecto de terceros es oponible desde su inscripción en el Registro público pertinente (...).

Se ha agregado que dicha medida precautoria se hace efectiva entre las partes en el juicio donde se decreta, y respecto de terceros mediante anotaciones que pongan en guardia a aquéllos sobre posibles nulidades (...), todo ello con el alcance de que la prohibición no puede llegar a tener el efecto de impedir, postergar u obstaculizar el ejercicio de legítimos derechos de terceros...” (MARTINEZ BOTOS, 1994: 425-426).

CAPITULO LIV

PROCESOS DE EJECUCION: ASPECTOS GENERALES

1. CONFIGURACION DEL PROCESO EJECUTIVO O DE EJECUCION

Según Alsina, el proceso de ejecución es “... la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional a instancia del acreedor, para el cumplimiento de la obligación declarada en la sentencia de condena, en los casos en que el vencido no la satisface voluntariamente” (ALSINA, 1962, Tomo V: 25).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner sostienen que el proceso de ejecución “... es aquel mediante el cual se persigue el cumplimiento forzado de: a) sentencia consentida o ejecutoriada; b) transacciones o acuerdos homologados judicialmente; c) cobro de honorarios regulados en concepto de costas; d) multas o sanciones conminatorias procesales; e) títulos ejecutivos” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 345).

Lino Palacio concibe al proceso de ejecución como “... aquel cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectiva -de acuerdo con la modalidad correspondiente al derecho que debe satisfacerse- la sanción impuesta por una sentencia de condena” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 210-211).

En palabras de Azula Camacho, el proceso ejecutivo “... es el conjunto de actuaciones cuyo fin es obtener la plena satisfacción de una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado, la cual debe estar contenida en una sentencia declarativa de condena -que es el camino para llegar a él- o en un documento emanado directamente del deudor, pero que cumple los requisitos que al efecto exige la ley” (AZULA CAMACHO, 1994, Tomo IV: 1).

Donato, acerca del proceso ejecutivo, afirma que:

“El proceso ejecutivo, a diferencia de los de conocimiento, no tiene por objeto la declaración de derechos dudosos o controvertidos, sino simplemente la realización de los que estén establecidos por resoluciones judiciales o por títulos que el legislador prevé, presuponiendo existente un crédito en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba.

La eventual materia litigiosa no se halla representada por ‘el derecho’ y sus connotaciones del ‘ser’, ‘validez’, o ‘eficacia’, sino y nada más que por la validez y eficacia del ‘título’ (documento) en cuya virtud se lo ha promovido.

Es, por lo tanto, un procedimiento para hacer efectivo un crédito que viene ya establecido o determinado en el documento, con el que se procede ejecutivamente, es decir, a ejecutar, no a discutir ni a declarar” (DONATO, 1997: 53).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, se prescinde actualmente de la denominación de proceso o juicio ejecutivo y se ha pretendido establecer un trámite simplificado para la ejecución procesal, al punto de llamarla “proceso único de ejecución”, aunque, en realidad, por la naturaleza de la pretensión de que se trate o del título ejecutivo, todavía es posible distinguir la ejecución procesal (incluso en ciertos aspectos de su tramitación) de esta manera: ejecución de títulos ejecutivos de naturaleza judicial, ejecución de títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial, *ejecución de obligación de dar suma de dinero*, *ejecución de obligación de dar bien mueble determinado*, *ejecución de obligación de hacer*, *ejecución de obligaciones de no hacer*, ejecución de resoluciones judiciales, ejecución de garantías y ejecución forzada.

El Código Procesal Civil regula, pues, lo concerniente al “proceso único de ejecución” en el Título V (de igual denominación) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) de dicho cuerpo de leyes.

2. EL TITULO EJECUTIVO

Para Kisch, el título ejecutivo “... es un documento en el que consta el derecho que ha de hacerse efectivo por la ejecución y cuya cualidad -ejecutiva- es declarada por la ley” (KISCH, 1940: 335).

A criterio de Luis Rodríguez, “... el título ejecutivo consiste en *una declaración, el reconocimiento de un derecho cierto*. Este reconocimiento puede emanar de una decisión jurisdiccional o bien puede ser creado contractualmente por las partes...” (RODRIGUEZ, 1984, Tomo I: 474-475).

Caballol Angelats señala que “el nexo entre la declaración del derecho y su ejecución, cuando sea preciso acudir a ella, es el título ejecutivo. Efectivamente, título ejecutivo es el documento al que el Estado le reconoce la virtualidad de comprometer su poder de coerción para hacer efectivo su contenido. Es por tanto el resultado de la fase de declaración y es el presupuesto del inicio de la ejecución...” (CABALLOL ANGELATS, 1993: 25).

Gómez de Liaño González y Pérez-Cruz Martín definen al título ejecutivo “... como un documento que recoge una obligación exigible, por haber eliminado los interesados judicial o extrajudicialmente la controversia existente sobre su certeza, de manera que hace innecesaria cualquier declaración sobre la misma y justifica su exigencia coactiva” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2001, Tomo II: 752).

Azula Camacho reputa título ejecutivo al “... documento o conjunto de documentos contentivos de una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor del acreedor y a cargo del deudor, que provenga directamente de éste o de su causante y tenga la calidad de plena prueba, o se halle contenida en una decisión judicial que deba cumplirse o en otro documento al cual la ley expresamente le ha otorgado esa calidad” (AZULA CAMACHO, 1994, Tomo IV: 9).

3. CLASES DE TITULOS EJECUTIVOS

Ramos Méndez enseña que “existen (...) dos grandes grupos de títulos ejecutivos: los jurisdiccionales y los extrajurisdiccionales. Los primeros son el resultado de un pronunciamiento jurisdiccional previo; los segundos gozan de fuerza ejecutiva por previsión expresa del derecho positivo, por razones de oportunidad y con el deseo de prestar una tutela jurídica eficaz” (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 996).

De acuerdo a lo normado en el artículo 688 -parte inicial- del Código Procesal Civil, sólo se puede promover ejecución en virtud de:

- Títulos ejecutivos de naturaleza judicial.
- Títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial.

El artículo 688 -parte pertinente- del Código Procesal Civil precisa que son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes.
2. Los laudos arbitrales firmes.

3. Las actas de conciliación de acuerdo a ley (vale decir, el acta de conciliación extrajudicial -art. 18 de la Ley Nro. 26872-; el acta de conciliación judicial, que equivale a una sentencia con calidad de cosa juzgada -art. 328 del C.P.C.-; el acta de conciliación efectuada ante el Juez de Paz -art. 26 de la Ley Nro. 29824-; y el acta de conciliación fiscal en asuntos de Derecho de Familia -art. 4 de la Ley Nro. 28494, e inciso 3 del art. 96-A de la L.O.M.P.-).
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 (Ley Nro. 27287).
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 (Ley Nro. 27287).
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 da mérito ejecutivo (como, por ejemplo, las liquidaciones de saldos deudores emitidas por las empresas del sistema financiero -inc. 7 del art. 132 de la Ley Nro. 26702-; los instrumentos impagos por la cobranza de las cuotas ordinarias y/o extraordinarias para el pago de servicios comunes de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común -art. 50 de la Ley Nro. 27157-; la transacción judicial debidamente aprobada, que también tiene la categoría de una sentencia con calidad de cosa juzgada y que se ejecuta como ésta -arts. 337 del C.P.C. y 1312 del C.C.-; etc.).

4. REQUISITOS DEL PROCESO DE EJECUCION

De la lectura de los artículos 688 y 689 del Código Procesal Civil se desprende que son requisitos del proceso de ejecución los siguientes:

- A. El contar con un título ejecutivo (que debe ser uno de los previstos en el art. 688 del C.P.C.).
- B. La existencia de una obligación (contenida en el título) cierta. Mattiroló señala que es condición para la ejecución "... que el crédito sea cierto, esto es, que su actual y real existencia nazca de modo indubitado del título ejecutivo..." (MATTIROLÓ, s/a, Tomo II: 109). Walter Antillón sostiene al respecto que el derecho cierto es aquel "... cuya existencia no aparece controvertida..." (ANTILLÓN M., 1963: 79).
- C. La existencia de una obligación (contenida en el título) expresa. Al respecto, Nelson Mora nos ilustra de este modo:

"... Expresa, del latín *expressio*, *expressus*, que significa declarar precisamente lo que se quiere dar a entender. El documento debe contener una obligación expresa, es decir, debe expresarse en él (...) el contenido y alcance de la obligación, las partes vinculadas y los términos en que la obligación se ha estipulado.

No valen, pues, las expresiones meramente indicativas o representativas de la existencia de la obligación, o de las características, partes y términos afectos a la obligación, ni tampoco las expresiones presuntas (...). Es decir, que las llamadas obligaciones implícitas, esto es, las que están incluidas en el documento (...), pero sin que estén expresamente declaradas, no pueden exigirse ejecutivamente.

(...) Por muy lógico que sea el raciocinio para deducir de un documento (...) la existencia de una obligación que está implícita, ese documento no prestará mérito ejecutivo, por faltarle el carácter de expreso; porque lo que la ley quiere es que el documento (...) declare o manifieste en forma directa el contenido y alcance de la obligación y los términos y condiciones en que ésta se halla pactada, las partes, etc., sin que para ello haya necesidad de acudir a raciocinios, a hipótesis, a teorías o suposiciones.

(...) Tampoco serán obligaciones expresas aquellas que estén indicadas o expresadas mediante símbolos, escrituras secretas, jeroglíficos o claves especiales, porque son representativos y no declarativos. Es menester que normalmente y con la sola lectura (...) se determine en forma directa o inmediata la obligación, sus términos, contenido, etc., para que pueda afirmarse que la obligación es expresa" (MORA, 1973, Tomo I: 93-94).

- D. La existencia de una obligación (contenida en el título) exigible. A decir de Pallares, "por obligación exigible se entiende aquella que no está

sujeta a plazo ni a condición, o que habiéndolo estado se ha vencido el plazo y cumplido la condición...” (PALLARES, 1989: 562). Según Rocco, “... el concepto de exigibilidad importa (...) que el derecho, aun siendo cierto y líquido, no esté sujeto en su ejercicio a hechos, eventos o actos que impidan el ejercicio mismo de él. Así, si existe un plazo, éste deberá haber expirado; si existe una condición suspensiva, ésta deberá haberse verificado; si hay la obligación de una contraprestación, ésta 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, etc.” (ROCCO, 1976, Volumen IV: 145).

- E. La existencia de una obligación (contenida en el título) líquida o liquidable mediante operación aritmética, en el caso que aquélla sea de dar suma de dinero. Lino Palacio, acerca de las nociones de suma líquida y suma fácilmente liquidable, anota lo siguiente: “... La primera es la que se encuentra determinada en el título, y la segunda aquella que, pese a la circunstancia de no hallarse numéricamente expresada, puede establecerse a través de una simple operación aritmética. Tal lo que ocurre, por ejemplo, cuando el capital reclamado devenga intereses, y la tasa y modo de cómputo de éstos resulta del mismo título...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 340).

Finalmente, puntualizamos que, en aplicación del artículo 690-F del Código Procesal Civil:

- Si el título ejecutivo no reúne los requisitos formales, el Juez de plano denegará la ejecución.
- El auto denegatorio sólo se notificará al ejecutado si queda consentido o ejecutoriado.

5. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS DE EJECUCION

El artículo 690-B del Código Procesal Civil norma lo concerniente a la competencia para conocer de los procesos de ejecución, desprendiéndose de dicho precepto legal que:

- Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el Juez Civil y el Juez de Paz Letrado.
- Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el Juez de Paz Letrado, cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal.

- Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el Juez Civil, cuando la cuantía de la pretensión supera las cien Unidades de Referencia Procesal.
- 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.

No podemos dejar de mencionar lo dispuesto en el artículo 34 del Código adjetivo, conforme al cual los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia (previstas en el Título II de la Sección Primera del C.P.C.), salvo disposición distinta de este Código.

6. LEGITIMACION EN EL PROCESO DE EJECUCION

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner apuntan que “la legitimación procesal de las partes debe resultar de la coincidencia entre quien deduce la acción (**legitimatío ad causam** activa) y quien figura en el título como acreedor y, también, de la coincidencia de la persona frente a quien se deduce la acción y quien figura, también en el título, como deudor (**legitimatío ad causam** pasiva)” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 352-353).

Ramos Méndez refiere que “la legitimación activa y pasiva vienen determinadas por el propio título ejecutivo. Desde el punto de vista activo, la legitimación viene ligada básicamente a la tenencia del título en aquéllos que son transmisibles por naturaleza. Desde el punto de vista pasivo, el ejecutado será la persona que resulte deudor según el título. En ambos casos, es posible promover o dirigir la ejecución contra los sucesores o causahabientes de las personas que aparecen como legitimadas en el título, justificando tal extremo” (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 1124).

En relación a la legitimación en el proceso de ejecución, no debe dejar de tenerse en cuenta lo indicado en el artículo 690 del Código Procesal Civil, numeral que establece lo siguiente:

- Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso, el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litisconsorte necesario (art. 690 -primer párrafo- del C.P.C.).

- Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución (art. 690 -último párrafo- del C.P.C.).
- La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101 del Código Procesal Civil (art. 690 -último párrafo- del C.P.C.), numeral este último que versa sobre los requisitos y el trámite común de las intervenciones de terceros en el proceso.
- Si se desconociera el domicilio del tercero (al que pudiere afectar la ejecución), se procederá conforme a lo prescrito en el artículo 435 del Código Procesal Civil (art. 690 -in fine- del C.P.C.), que contempla el emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados.

7. LA DEMANDA DE EJECUCION

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 694 del Código Procesal Civil, se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones:

- Obligaciones de dar.
- Obligaciones de hacer.
- Obligaciones de no hacer.

El artículo 690-A del Código Procesal Civil trata sobre los requisitos de la demanda de ejecución. Así, según este numeral, a la demanda (de ejecución) se acompaña el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425 del indicado cuerpo de leyes, y los que se especifiquen en las disposiciones especiales.

Es de resaltar que, a tenor del artículo 690-F del Código Procesal Civil:

- Si el título ejecutivo no reúne los requisitos formales, el Juez de plano denegará la ejecución.
- El auto denegatorio sólo se notificará al ejecutado si queda consentido o ejecutoriado.

8. EL MANDATO EJECUTIVO

Para Lino Palacio, “... el mandamiento (ejecutivo) (...) es el documento en el que consta la orden impartida por el juez al oficial de justicia para que requiera al deudor el pago de la suma adeudada y, subsidiariamente, trabe embargo sobre bienes suficientes para cubrir esa suma” (PALACIO, 1994, Tomo

VII: 392). El mencionado jurista argentino añade que “... en el mandamiento (ejecutivo) debe constar la cantidad cuyo pago se reclama, más otra que incumbe al juez fijar para responder a intereses y costas y que reviste carácter provisional hasta tanto se practique la pertinente liquidación. Debe también contener autorización para requerir el auxilio de la fuerza pública y el allanamiento de domicilio para el caso de que el deudor se resista a la diligencia...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 393).

A decir de Mattiolo, el mandamiento (ejecutivo) debe contener:

- “a) La intimación al deudor de pagar el importe de su deuda o de entregar los objetos muebles o inmuebles que detiene indebidamente dentro del plazo determinado en cada caso por la ley.
- b) La advertencia al mismo deudor de que si no cumple su obligación en el plazo legal se procederá a la ejecución forzosa” (MATTIROLLO, s/a, Tomo II: 105).

Acerca del mandato ejecutivo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los siguientes artículos del Código Procesal Civil:

- *Art. 690-C del C.P.C. (sobre el mandato ejecutivo, en general, en el proceso único de ejecución):*

“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”.

- *Art. 705 del C.P.C. (sobre el mandato ejecutivo en la ejecución de obligación de dar bien mueble determinado):*

“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”.

- *Art. 707 del C.P.C. (sobre el mandato ejecutivo en la ejecución de obligación de hacer):*

“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”.

- *Art. 709 del C.P.C. (sobre la ejecución de obligación de hacer consistente en una 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 ésta declarándose infundada, el Juez ordenará al ejecutado cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre”.

- *Art. 711 del C.P.C. (sobre el mandato ejecutivo en la ejecución de obligación de no hacer):*

“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”.

9. LA CONTRADICCION A LA EJECUCION

El Código Procesal Civil, en su artículo 690-D, regula lo concerniente a la contradicción en el proceso único de ejecución. Del citado precepto legal (concretamente de su primer párrafo) se puede apreciar, en principio, que la oportunidad para formular contradicción en el referido proceso y proponer excepciones procesales y defensas previas, es de cinco días de notificado el ejecutado con el mandato ejecutivo. Tal plazo es aplicable al proceso único de ejecución cuya demanda se sustenta en un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial (ver, al respecto, el art. 688 del C.P.C., que contempla los títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial en virtud de los cuales se puede promover ejecución).

En el proceso único de ejecución cuya demanda se basa en un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial, el ejecutado puede plantear (en su escrito de contradicción

a la ejecución y según el primer párrafo del art. 690-D del C.P.C.) las excepciones procesales previstas en el artículo 446 del Código Procesal Civil. También puede proponer el ejecutado (en su escrito de contradicción a la ejecución y según el primer párrafo del art. 690-D del C.P.C.) defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión, entre otras.

En el proceso único de ejecución cuya demanda se sustenta en un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial, el ejecutado debe presentar, en el mismo escrito que contiene la contradicción a la ejecución, los medios probatorios correspondientes que acrediten lo expuesto en tal contradicción. Si no lo hiciera, el órgano jurisdiccional declarará inadmisibles las contradicciones (art. 690-D -segundo párrafo- del C.P.C.).

En el proceso único de ejecución cuya demanda se basa en un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial, existe una limitación de medios probatorios (justificada por la naturaleza sumaria de tales procesos), pues en dicha clase de proceso únicamente podrá ofrecerse y admitirse los siguientes medios de prueba (indicados en el segundo párrafo del art. 690-D del C.P.C.): A. la declaración de parte; los documentos; y C. la pericia.

Por otro lado, en el proceso único de ejecución cuya demanda se basa en un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial, la contradicción que formule el ejecutado sólo puede fundarse en las hipótesis previstas en los incisos 1), 2) y 3) del artículo 690-D del Código Procesal Civil, debiendo el Juez rechazar liminarmente (esto es, de plano) la contradicción cuyo sustento sea ajeno a tales hipótesis, siendo tal decisión judicial apelable sin efecto suspensivo. Las referidas hipótesis que constituyen causales de contradicción a la ejecución, son, pues, las siguientes:

- A. **Inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo**, lo cual significa que la obligación en cuestión se encuentra sujeta a plazo todavía no vencido o sometida a condición o cargo pendiente de cumplimiento.
- B. **Ilíquidez de la obligación contenida en el título ejecutivo**, vale decir, que el monto o cuantía de la obligación no se encuentra determinado ni es determinable mediante operación aritmética.
- C. **Nulidad formal del título ejecutivo**, esto es, que dicho título carece de los requisitos formales exigidos por la ley bajo sanción de nulidad o no cuenta con los requisitos extrínsecos que confieren a un título o documento mérito ejecutivo.
- D. **Falsedad del título ejecutivo**, lo cual implica que éste no sea auténtico por no corresponder su contenido o firma en él impresa a la realidad del

acto o hecho producidos (máxime si son inexistentes) o a la persona a quien se le atribuye, pudiendo comprender la falsedad la elaboración íntegra del documento contrario a la verdad o su adulteración.

E. **Completar en forma contraria a los acuerdos adoptados el título ejecutivo consistente en un título valor emitido en forma incompleta.**

Al respecto, cabe señalar que el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores (Ley Nro. 27287) contempla las causales de contradicción en las acciones derivadas del título valor, entre las que se encuentra la causal señalada precedentemente.

F. **Extinción de la obligación exigida** en vía de proceso único de ejecución, lo cual puede ocurrir si respecto de dicha obligación se ha producido el pago, compensación, condonación, transacción, mutuo disenso, etc.

Conforme se desprende del penúltimo párrafo del artículo 690-D del Código Procesal Civil, la oportunidad para formular contradicción en el proceso único de ejecución cuyo mandato ejecutivo (o de ejecución, como se quiera) se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial (resolución judicial firme, acta de conciliación aprobada judicialmente y transacción judicial debidamente aprobada u homologada), es de tres días de notificado el ejecutado con el mandato ejecutivo (o de ejecución).

En el proceso único de ejecución cuyo mandato ejecutivo (o de ejecución) se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, el ejecutado debe presentar, en el mismo escrito que contiene la contradicción a la ejecución, los medios de prueba respectivos (que, en el caso particular, se restringen a pruebas documentales consistentes en instrumentos) que demuestren lo alegado en dicha contradicción. Si no lo hiciere, el Juez declarará inadmisble la contradicción (art. 690-D -segundo párrafo- del C.P.C.).

En el proceso único de ejecución cuyo mandato ejecutivo (o de ejecución) se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, la contradicción que formule el ejecutado sólo puede fundarse en las causales previstas en el penúltimo párrafo del artículo 690-D del Código Procesal Civil, debiendo el Juez rechazar liminarmente (esto es, de plano) la contradicción sustentada en otras causales, siendo la referida decisión judicial apelable sin efecto suspensivo (art. 690-D -in fine- del C.P.C.). Las causales de contradicción a la ejecución que puede alegar el ejecutado, y que -reiteramos- solamente pueden ser acreditadas mediante prueba instrumental, son las que se señalan seguidamente:

A. **Cumplimiento de lo ordenado en el mandato ejecutivo (o de ejecución).**

- B. Extinción de la obligación reclamada (a que se refiere el título ejecutivo respectivo de naturaleza judicial), lo que puede acontecer mediante la compensación, consolidación, condonación, mutuo disenso, prescripción extintiva, etc. (en cuanto al pago, forma ordinaria de extinción de las obligaciones, cabe indicar que se encuentra comprendido dentro de la causal de contradicción descrita en el acápite anterior, esto es, el cumplimiento de lo ordenado en el mandato ejecutivo o de ejecución).

10. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE EJECUCION

De la lectura del artículo 688 del Código Procesal Civil, que versa sobre los títulos ejecutivos, se desprende que la prueba que debe acompañar el ejecutante a su demanda no es otra sino una documental (concretamente se trata de prueba instrumental).

Del lado del ejecutado, y según se infiere del artículo 690-D del Código Procesal Civil:

- En la contradicción a la ejecución sustentada en un título ejecutivo de *naturaleza extrajudicial*, sólo son admisibles los siguientes medios probatorios: a) la declaración de parte; b) los documentos; y c) la pericia.
- En la contradicción a la ejecución sustentada en un título ejecutivo de *naturaleza judicial*, sólo resulta admisible la prueba instrumental dirigida a acreditar el cumplimiento de lo ordenado en el mandato respectivo o la extinción de la obligación.

En lo que atañe a la actuación de pruebas en el proceso de ejecución, cabe indicar que, conforme se desprende de los párrafos segundo y tercero del artículo 690-E del Código Procesal Civil:

- A. Cuando la actuación de los medios probatorios lo requiera o el Juez lo estime necesario (como sería el caso de presentarse prueba distinta a la documental), señalará día y hora para la realización de una audiencia, la que se realizará con las reglas establecidas para la audiencia única (del proceso sumarísimo). Al respecto, debe tenerse presente lo normado en los artículos 554 y 555 del Código Procesal Civil, referidos a la audiencia única del proceso sumarísimo.
- B. Si no se formula contradicción, el Juez expedirá un auto sin más trámite (lo que implica la no realización de audiencia alguna para la actuación de pruebas), ordenando llevar adelante la ejecución.

11. LA RESOLUCION QUE PONE FIN AL PROCESO DE EJECUCION

Según se colige de los artículos 690-E y 691 del Código Procesal Civil:

- A. La resolución que pone fin al proceso de ejecución no es una sentencia sino un auto.
- B. Si se hubiera formulado contradicción a la ejecución, la resolución que pone fin al proceso de ejecución es el auto que resuelve dicha contradicción (o, de ser el caso, la resolución que resuelve la eventual apelación contra el referido auto).
- C. En el supuesto de no haberse planteado contradicción a la ejecución, la resolución que pone fin al proceso que nos ocupa es el auto que se expide sin más trámite (luego de haberse vencido el plazo para contradecir) y que ordena llevar adelante la ejecución.

12. LA IMPUGNACION EN EL PROCESO DE EJECUCION

El artículo 691 del Código Procesal Civil regula lo concerniente a la impugnación en el proceso de ejecución en estos términos:

“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 todo *[sic]* los casos que en este Título *[Título V de la Sección Quinta del C.P.C.]* se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el Artículo 376° *[del C.P.C., que trata sobre el plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo]*. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369° *[del C.P.C., que norma lo atinente a la apelación diferida]* en lo referente a su trámite”.

Por último, advertimos que, en aplicación de la parte final del artículo 690-D del Código Procesal Civil, la contradicción a la ejecución que se sustente en causales distintas a las consignadas en el indicado precepto legal, será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

13. EJECUCION DE OBLIGACION DE DAR SUMA DE DINERO

En opinión de Montero Aroca y Flors Maties:

“Cuando se insta la ejecución de una obligación dineraria se da lugar a un proceso de ejecución que tiene como finalidad acabar entregando al acreedor una cantidad de dinero igual en cantidad a la establecida en el título (también en la misma moneda), dedicándose a ese fin toda serie de actos que son iguales independientemente de las razones de la deuda. Se trata de que en la ejecución de obligaciones dinerarias la petición, como elemento integrante de la pretensión tiene dos objetos:

- 1.º) Mediato: Lo que se pide al órgano jurisdiccional es que se acabe entregando al acreedor ejecutante siempre una cantidad de dinero. La prestación objeto de la obligación es dinero y por tanto no hay en ello variedad, independientemente de cualquier otra circunstancia.
- 2.º) Inmediato: La petición tiene aquí como objeto una actividad jurisdiccional que también es siempre la misma, pues se tratará de (...) una ejecución expropiativa, consistente en la búsqueda de bienes del deudor, en la realización de los mismos (normalmente por la enajenación) forzosa, para convertir ese o esos bienes en dinero por medio de su valor en cambio con el que pagar al acreedor” (MONTERO AROCA; y FLORS MATIES, 2004, Tomo II: 1958-1959).

En relación a la ejecución de obligación de dar suma de dinero, Prieto-Castro y Ferrándiz anota que “... lo que caracteriza a la ejecución para pago de sumas de dinero es la necesidad que origina de obtener contra la voluntad del deudor, el dinero preciso para efectuar el pago al acreedor de la cantidad en que consista el principal de la deuda, más los intereses, cualesquiera otros accesorios y las costas” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 174). Dicho autor añade que “a esta necesidad no se puede atender de otra manera que aprehendiendo al deudor el dinero, si fuese habido y, en otro caso bienes para ser vendidos o realizados (como regla general), convirtiéndolos en dinero” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 174-175).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, cabe indicar que el artículo 695 del Código Procesal Civil preceptúa que a la demanda con título ejecutivo para el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero se le dará el trámite previsto en el Capítulo I (“Disposiciones generales”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del referido cuerpo de leyes. Por consiguiente, debe tenerse presente lo normado en los arts. 688 al 692-A del Código Procesal Civil, numerales que precisamente integran el Capítulo I del Título V de la Sección Quinta de dicho Código.

14. EJECUCION DE OBLIGACION DE DAR BIEN MUEBLE DETERMINADO

Prieto-Castro y Ferrándiz, en lo que atañe a la ejecución de obligación de dar cosa determinada, apunta que “las obligaciones de dar cosa determinada son, por su esencia, obligaciones de hacer algo fungible, es decir, que consisten en un acto que se puede realizar ejecutivamente por subrogación o por sustitución ...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 173). Dicho autor agrega que “si la obligación tiene por objeto la entrega de **cosa mueble**, la ejecución puede ser también en forma específica, o sea, aprehensión y entrega de dicha cosa al acreedor, si es posible aprehenderla” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 173). Prieto Castro y Ferrándiz concluye señalando que “en estas obligaciones sólo hay sustitución cuando la cosa mueble no puede ser habida, o ya no existe, o ha desaparecido el inmueble. En tales hipótesis, la obligación primitiva no puede ser ejecutada en forma específica y se nova, como todas las de hacer u omitir, en otra de pagar el precio de la cosa y los daños y perjuicios” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 173).

El Código Procesal Civil regula la ejecución de obligación de dar bien mueble determinado en el Subcapítulo 3° (“Ejecución de obligación de dar bien mueble determinado”) del Capítulo II (“Proceso único de ejecución”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), en los arts. 704 al 705-A.

Precisamente, el artículo 704 del Código Procesal Civil prescribe que si el título ejecutivo contiene obligación de dar bien mueble determinado, el proceso se tramitará conforme a las disposiciones generales (contenidas en los arts. 688 al 692-A del C.P.C., que integran el Capítulo I del Título V de la Sección Quinta de dicho Código), con las modificaciones del Subcapítulo 3° del Capítulo II de la Sección Quinta del Código Procesal Civil. En la demanda respectiva se indicará el valor aproximado del bien (mueble) cuya entrega se demanda.

En el proceso de ejecución de obligación de dar bien mueble determinado, y conforme lo preceptúa el artículo 705 del Código Procesal Civil, 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.

Determinado el costo del bien (mueble) 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. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 705-A del Código Procesal Civil.

15. EJECUCION DE OBLIGACION DE HACER

Prieto-Castro y Ferrándiz, acerca de la ejecución de obligación de hacer, anota que:

“... Cuando el título contiene una obligación de hacer, la Ley favorece la postura del deudor al facultar al Juez para que le requiera, concediéndole un plazo, a fin de que realice el acto. La ejecución en estas obligaciones es simple, puesto que se agota con el requerimiento y la realización del acto por el deudor. La dificultad surge en caso de incumplimiento. La Ley renuncia a la ejecución en forma específica y no establece procedimientos coercitivos para obligar al deudor reacio, y acude a medidas de sustitución o subrogación ejecutiva, distinguiendo los actos fungibles o no personales y los personales o no fungibles.

- a) Tratándose de acto **no personal**, la Ley sustituye la actividad del deudor, haciendo que el acto se realice por otro a costa suya, y si la cantidad que esta sustitución importa no es satisfecha, la obligación se nova en otra de pago de dinero (el que importe la realización del acto negado).
- b) Si el acto es **personal**, es imposible sustituir la actividad del deudor por la de otra persona sin consentimiento del acreedor, y lo que ocurre es que la obligación se nova directamente, **ope legis**, en otra de indemnizar daños y perjuicios, a menos que la prestación se hubiese hecho imposible” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 172-173).

El Código Procesal Civil regula la ejecución de obligación de hacer en el Subcapítulo 4° (“Ejecución de obligación de hacer”) del Capítulo II (“Proceso único de ejecución”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), en los arts. 706 al 709.

Precisamente, el artículo 706 -primer párrafo- del Código Procesal Civil establece que si el título ejecutivo contiene una obligación de hacer, el proceso se

tramita conforme a lo dispuesto en las disposiciones generales (contenidas en los arts. 688 al 692-A del C.P.C., que integran el Capítulo I del Título V de la Sección Quinta de dicho Código), con las modificaciones del Subcapítulo 4° del Capítulo II de la Sección Quinta del Código Procesal Civil.

En el proceso de ejecución de obligación de hacer, por disposición del artículo 706 -in fine- del Código Procesal Civil, en la demanda se indicará:

- El valor aproximado que representa el cumplimiento de la obligación.
- La persona que, en caso de negativa del ejecutado y cuando la naturaleza de la prestación lo permita, se encargue de cumplirla.

Lo concerniente al mandato ejecutivo en el proceso de ejecución de obligación de hacer se halla normado en el artículo 707 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

“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”.

El artículo 708 del Código Procesal Civil versa sobre la ejecución de la obligación de hacer por un tercero. Así, según dicho numeral, 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.

Cuando el título (ejecutivo) 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 ésta declarándose infundada, el Juez ordenará al ejecutado que cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre (art. 709 del C.P.C.).

16. EJECUCION DE OBLIGACION DE NO HACER

“... Cuando se habla de deberes de ‘no hacer’ se hace referencia a imperativos de abstención, de comportamientos consistentes en la inactividad...” (DE LA OLIVA SANTOS; DIEZ-PICAZO GIMENEZ; y VEGAS TORRES, 2005: 319-320).

Armenta Deu, acerca de la ejecución por obligación de no hacer, refiere que:

“Si el condenado a no hacer quebrantare la sentencia (y puede realizarlo desarrollando un amplio abanico de actuaciones) se le requerirá, a instancia del ejecutante para:

- a) Que deshaga lo mal hecho, si fuera posible, intimidándole con multas (...).
- b) Que indemnice por los daños y perjuicios causados.
- c) Que se abstenga de reiterar el quebrantamiento, apercibiéndole con incurrir en delito de desobediencia.

Si el hacer prohibido no es susceptible de reiteración (no impedir el paso por un camino, por ejemplo) y tampoco cabe deshacer lo mal hecho (no fabricar un producto ya distribuido y vendido, pongamos por caso), la ejecución se dirigirá a resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado...” (ARMENTA DEU, 2004: 515-516).

El Código Procesal Civil regula la ejecución de obligaciones de no hacer en el Subcapítulo 5° (“Ejecución de obligaciones de no hacer”) del Capítulo II (“Proceso único de ejecución”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), en los arts. 710 al 712.

Precisamente, el artículo 710 del Código Procesal Civil prescribe que si el título ejecutivo contiene una obligación de no hacer, el proceso se tramitará conforme a lo dispuesto en las disposiciones generales (contenidas en los arts. 688 al 692-A del C.P.C., que conforman el Capítulo I del Título V de la Sección Quinta de dicho Código).

Lo relativo al mandato ejecutivo en el proceso de ejecución de obligación de no hacer se encuentra previsto en el artículo 711 del Código Procesal Civil que establece lo siguiente:

“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”.

En el proceso de ejecución de obligación de no hacer, y de acuerdo a lo normado en el artículo 712 del Código Procesal Civil, designada la persona (tercero) 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.

CAPITULO LV

EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTROS TITULOS EJECUTIVOS ESPECIALES

1. CONFIGURACION DE LA EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTROS TITULOS EJECUTIVOS ESPECIALES

Sobre el particular, Juan Pedro Zeballos refiere que:

“... La acción ejecutoria deriva, normalmente, de una sentencia de condena, o excepcionalmente se acuerda a ciertos títulos que la ley asimila a los efectos procesales a la sentencia de condena (...).

En suma, la especial energía procesal de la acción ejecutoria proviene, o bien de que la tutela jurisdiccional cumple su recorrido completo: **conocimiento pleno y luego ejecución**, o bien, sin que haya existido un previo proceso de conocimiento, de que la ley quiere acordar una excepcional protección a ciertos créditos por la especial certidumbre de que están revestidos...” (ZEBALLOS, 1956: 268).

Máximo Castro señala al respecto que la ejecución de sentencia es “... un procedimiento breve y sumario, mediante el cual, sin entrar a discutir los puntos fundamentales del pleito, se obliga al vencido a cumplir lo que la sentencia establece...” (CASTRO, 1931, Tomo III: 8).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner opinan que la ejecución de sentencia “... es el proceso tendiente a la materialización del cumplimiento del derecho reconocido en un pronunciamiento judicial, que impone una obligación de dar, hacer o de no hacer” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 345-346).

Alsina dice del procedimiento de ejecución de sentencia lo siguiente:

“... El proceso de ejecución se presenta (...) como una continuidad necesaria del proceso de declaración, pues el vencedor en el litigio no puede contentarse con un mero reconocimiento de su derecho, y como aquél sólo se satisface con la prestación que le es debida, es por lo que el legislador ha debido arbitrar los medios para procurar esa satisfacción en defecto de cumplimiento voluntario.

(...) Por los fines de su institución, el procedimiento en la ejecución de la sentencia debe ser sumario, no admitiéndose discusiones sobre el derecho decidido en ella, ni dilaciones que contraríen su propósito...” (ALSINA, 1962, Tomo V: 111).

La ejecución de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos que denominaremos especiales se halla regulada en el Capítulo III (“Ejecución de resoluciones judiciales”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 715 al 719. No obstante la denominación del Capítulo del Código adjetivo que trata sobre dicha clase de ejecución, cabe señalar que aquél no se contrae únicamente a las resoluciones judiciales sino que comprende, además, otros títulos ejecutivos cuya naturaleza no es estrictamente judicial, previstos en determinados incisos del artículo 688 del Código Procesal Civil.

2. RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTROS TÍTULOS EJECUTIVOS ESPECIALES

Entre los títulos ejecutivos que denominamos especiales (por cuanto, reiteramos, no son todos ellos de índole judicial, aunque sí se ejecutan siguiendo el trámite asignado para las resoluciones judiciales), tenemos los siguientes:

- A. Las resoluciones judiciales firmes (art. 688 -inc. 1)- del C.P.C.).
- B. Los laudos arbitrales firmes (art. 688 -inc. 2)- del C.P.C.).
- C. Las actas de conciliación de acuerdo a ley (art. 688 -inc. 3)- del C.P.C.). Así tenemos: el acta de conciliación extrajudicial (art. 18 de la Ley Nro. 26872); el acta de conciliación judicial, que equivale a una sentencia con calidad de cosa juzgada (art. 328 del C.P.C.); y el acta de conciliación fiscal en asuntos de Derecho de Familia (art. 4 de la Ley Nro. 28494, e inciso 3 del art. 96-A de la L.O.M.P.).
- D. La transacción judicial debidamente aprobada, que también tiene la categoría de una sentencia con calidad de cosa juzgada y que se ejecuta como ésta (arts. 337 del C.P.C. y 1312 del C.C.).

2.1 Resoluciones judiciales firmes

El inciso 1) del artículo 688 del Código Procesal Civil prevé como títulos ejecutivos a las resoluciones judiciales firmes. Al respecto, es de destacar que el título ejecutivo judicial por excelencia lo constituye la sentencia.

Lino Palacio refiere que “... sólo son susceptibles de ejecución, en sentido estricto, las sentencias de condena, es decir aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación (de dar, de hacer o de no hacer), pues la inscripción registral que en algunas hipótesis las leyes requieren con respecto a las sentencias declarativas o determinativas sólo tiene por objeto extender a los terceros la eficacia de cosa juzgada adquirida por tales sentencias, las que, por lo tanto, son ajenas al concepto de ejecución forzada” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 261-262).

Luis Rodríguez señala sobre las sentencias de condena y su ejecución lo siguiente:

“En atención a la naturaleza de la obligación o prestación, que la sentencia de condena ha acogido, se ha establecido la siguiente clasificación:

- a) sentencias de condena a dar;
- b) sentencias de condena a hacer;
- c) sentencias de condena a no hacer.

(...) Sentencia de condena a dar.

El contenido de la prestación, imperativamente, impuesto por la decisión, puede consistir en un dar, ya sea el pago de una suma de dinero o la entrega de una cosa (...).

(...) Sentencia de condena a hacer.

La prestación puede consistir en un hacer y, en este caso, las modalidades de la ejecución han de contemplar las disposiciones de la ley civil (...).

Se trata de que el ejecutado realice una conducta positiva, es decir que efectúe la obra a que se había obligado. Al no poder ejercer la fuerza sobre la persona, la ejecución -en caso de incumplimiento por el deudor- puede terminar en la ejecución por otro o en el pago de daños y perjuicios.

(...) Sentencia de condena a no hacer.

Aquí se trata de que el ejecutado no haga. Es decir, se requiere una omisión, una conducta negativa. El incumplimiento está dado por el

comportamiento positivo. La sentencia que acoge un interdicto de acoger la posesión, es un típico ejemplo de obligación de no hacer, ya que el demandado debe abstenerse de los actos de perturbación material...” (RODRIGUEZ, 1987, Tomo II-A: 50-51).

2.2 Laudos arbitrales firmes

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 688 del Código Procesal Civil, son títulos ejecutivos los laudos arbitrales firmes.

“Se denomina laudo a la resolución que dicta el árbitro, resolviendo definitivamente todos los temas planteados por las partes con efectos de cosa juzgada, poniéndose término al arbitraje” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ; y PEREZ-CRUZ MARTIN, 2001, Tomo II: 911).

Angela Ledesma anota que “la resolución final emitida en el proceso arbitral se denomina en la práctica laudo. Constituye el acto decisorio de los árbitros a través del cual dan solución al litigio que se les sometía” (LEDESMA, 1989: 103). Dicha autora añade que “... el laudo arbitral se iguala a la sentencia dictada por la justicia ordinaria, porque concreta y determina el derecho después de una etapa de conocimiento. Ya sea a través de la amigable composición, o aplicación de valores jurídicos y tiene la misma eficacia por poseer autoridad de cosa juzgada” (LEDESMA, 1989: 113-114).

En relación al laudo arbitral, debe tenerse presente las normas contenidas en el *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje* (Decreto Legislativo Nro. 1071, del 27-06-2008), especialmente los arts. 52 al 61, que conforman el Título V (“Laudo”) del indicado Decreto Legislativo.

2.3 Actas de conciliación

El inciso 3) del artículo 688 del Código Procesal Civil prescribe que son títulos ejecutivos las actas de conciliación de acuerdo a ley.

Entre tales actas de conciliación tenemos las siguientes:

A. El acta de conciliación extrajudicial.

Según se desprende del artículo 18 de la Ley Nro. 26872, el acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales. A tenor del artículo 22 -último párrafo- del Decreto Supremo

Nro. 014-2008-JUS, el acta de conciliación (extrajudicial) se ejecutará a través del proceso único de ejecución.

B. El acta de conciliación judicial.

El acta de conciliación judicial constituye un título de ejecución porque equivale a una sentencia con calidad de cosa juzgada (art. 328 del C.P.C.), debiendo, pues, procederse a su ejecución de la misma manera que esta última (siguiendo el procedimiento contemplado en el Capítulo III del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil).

C. El acta de conciliación fiscal en asuntos de Derecho de Familia.

Al respecto, el inciso 3) del art. 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala: *A.* que es atribución del Fiscal Provincial de Familia intervenir, a solicitud de parte, como conciliador en asuntos de familia, para propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución consensual al conflicto, siempre que no se haya iniciado proceso judicial, en asuntos de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y del régimen de patria potestad; *B.* que no se podrá propiciar acuerdos sobre derechos no disponibles, irrenunciables o sobre materias que tengan connotación penal; y *C.* que el acta de conciliación fiscal constituye título de ejecución, cuando se logre el acuerdo entre las partes.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Nro. 28494 prescribe que el acta de conciliación fiscal, suscrita por las partes ante el Fiscal de Familia, constituye título de ejecución. El Ministerio Público abrirá un Registro de Actas de Conciliación Fiscal. Expedirá las copias certificadas que soliciten las partes.

2.4 Otros títulos ejecutivos especiales

Además de los títulos ejecutivos -que denominamos especiales- enunciados anteriormente, debe tenerse presente también el consistente en la transacción judicial debidamente aprobada.

El artículo 1302 del Código Civil, que define a la transacción, prescribe: *A.* que 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; *B.* que con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes; y *C.* que la transacción tiene valor de cosa juzgada.

El Código Procesal Civil, sin definir expresamente a la transacción, la considera una forma especial -en relación a la sentencia- de conclusión del proceso, y la encierra bajo la denominación de transacción judicial. Sin embargo, es de anotar que, además de ésta, trata sobre la transacción extrajudicial (que se convierte en judicial cuando es introducida al proceso), la misma que requiere ser homologada por el Juez para que genere la conclusión del proceso y adquiera la autoridad de cosa juzgada (arts. 335 -segundo párrafo- y 337 del Código Procesal Civil).

La transacción (judicial) que pone fin al proceso (debidamente aprobada u homologada por el Juez) tiene la autoridad de la cosa juzgada (art. 337 -segundo párrafo- del C.P.C.) y se ejecuta de la misma manera que la sentencia (art. 1312 del C.C.), es decir, siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo III del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil.

3. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTROS TITULOS EJECUTIVOS ESPECIALES

El artículo 690-B del Código Procesal Civil versa sobre la competencia en los procesos de ejecución. Así, según se infiere de dicho numeral:

- Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza judicial (sentencia, acta de conciliación judicial y transacción judicial debidamente aprobada u homologada) el Juez de la demanda.
- Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial (laudo arbitral y acta de conciliación extrajudicial) el Juez de Paz Letrado, cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal.
- Es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial (laudo arbitral y acta de conciliación extrajudicial) el Juez Civil, cuando la cuantía de la pretensión supera las cien Unidades de Referencia Procesal.

No podemos dejar de mencionar lo dispuesto en el artículo 34 del Código Procesal Civil, conforme al cual los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia (previstas en el Título II de la Sección Primera del C.P.C.), salvo disposición distinta de este Código.

4. LEGITIMACION EN LA EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTROS TITULOS EJECUTIVOS ESPECIALES

En relación a la legitimación en la ejecución de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos especiales (como los laudos arbitrales firmes, las actas de conciliación de acuerdo a ley y la transacción judicial debidamente aprobada u homologada), debe tenerse presente lo indicado en el artículo 690 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

- Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso, el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litisconsorte necesario (art. 690 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución (art. 690 -último párrafo- del C.P.C.).
- La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101 del Código Procesal Civil (art. 690 -último párrafo- del C.P.C.), que versa sobre los requisitos y el trámite común de las intervenciones de terceros en el proceso.
- Si se desconociera el domicilio del tercero (al que pudiere afectar la ejecución), se procederá conforme a lo prescrito en el artículo 435 del Código Procesal Civil (art. 690 -in fine- del C.P.C.), que regula el emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados.

5. MANDATO DE EJECUCION

Tratándose de la ejecución de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos especiales (como son los laudos arbitrales firmes, las actas de conciliación de acuerdo a ley y la transacción judicial debidamente aprobada u homologada), cabe indicar que, en aplicación del artículo 715 del Código Procesal Civil:

- 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 (plazo para formular contradicción al mandato de ejecución, en el supuesto de no ser planteada; o plazo para absolver el traslado de la contradicción, en la hipótesis de plantearse: plazos previstos en los arts. 690-D y 690-E

del C.P.C.), si hubiera cuaderno cautelar conteniendo cualquier medida concedida, éste se agregará al principal y se ordenará la refoliación a fin de ejecutarse.

- Si no hubiera cuaderno cautelar por no haberse concedido medida alguna, a petición de parte, se ordenará las medidas de ejecución adecuadas a la pretensión amparada.

6. EJECUCION DE TITULO QUE CONDENA AL PAGO DE SUMA LIQUIDA

A criterio de Alsina, “... se entiende que hay cantidad líquida, cuando la sentencia condena a pagar una suma determinada. Pero, (...) se considera que también hay cantidad líquida cuando su determinación es posible mediante una operación numérica en base a las constancias de la sentencia...” (ALSINA, 1962, Tomo V: 120).

Lino Palacio asevera que “... existe cantidad líquida cuando la sentencia condene al pago de una suma determinada o la cantidad a pagarse por el vencido sea susceptible de determinación mediante una simple operación aritmética y con arreglo a las bases contenidas en la sentencia. Si ésta condena al pago de una suma determinada en moneda extranjera debe procederse a su conversión (...), según la cotización oficial al día de practicarse la liquidación” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 271).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 716 del Código Procesal Civil:

- 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 (Subcapítulo 1º del Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta del C.P.C.).
- Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil.

7. EJECUCION DE TITULO QUE CONDENA AL PAGO DE SUMA ILIQUIDA

El artículo 717 del Código Procesal Civil regula lo concerniente a la ejecución de título que condena al pago de suma ilíquida en estos términos:

“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 de tercer día, luego de lo cual el Juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada”.

Luis Rodríguez dice de la liquidación (en caso de sentencia por suma ilíquida) lo siguiente:

- “1) La liquidación determina cualitativa y cuantitativamente la deuda;
- 2) torna cierto el monto incierto de la sentencia;
- 3) convierte aritméticamente el derecho cierto;
- 4) el contenido de la liquidación está limitado por la sentencia;
- 5) es provisional aunque sea definitiva;
- 6) es procesal, pues la liquidación importa un acto procesal;
- 7) es del tribunal aunque la practiquen las partes;
- 8) la liquidación implica un proyecto de distribución para asignar o atribuir una suma de dinero al o los ejecutantes.

(...) La liquidación es el acto procesal en virtud del cual y de acuerdo a las pautas de la sentencia se determina aritméticamente la suma que debe oblar el vencido, tornando cierto el monto de lo que debe percibir o asignarse al vencedor y sin perjuicio de eventuales modificaciones” (RODRIGUEZ, 1987, Tomo II-A: 123-124).

8. EJECUCION DE TITULO QUE CONDENA A DAR

Ovalle Favela, acerca de la ejecución de sentencia de condena de dar, expresa lo siguiente:

“... El caso más normal de una sentencia que condena a dar, es el de la que ordena a una de las partes el pago o la entrega de una determinada suma de dinero a la otra parte. En este caso, como la sentencia condena al *pago de una cantidad líquida*, la ejecución se realiza mediante el embargo y remate de bienes de la parte vencida (...).

En el supuesto de que la sentencia condene al pago de una suma de dinero que no haya sido precisada (una *suma ilíquida*), se requiere que la parte beneficiada con la sentencia promueva, al solicitar la ejecución de la sentencia, el *incidente de liquidación de sentencia* (...).

En relación con la sentencia que condena a *entregar una cosa*, hay que distinguir si ésta es *inmueble* o *mueble*. Si el bien es *inmueble*, se debe proceder a poner en posesión del mismo a la persona que tenga que ser entregado, practicando con este fin todas las diligencias conducentes (medios de apremio) que solicite el interesado.

Si se trata de un bien *mueble*, se requerirá su entrega al obligado y, en caso de resistencia de éste, se puede acudir al uso de la fuerza pública y al rompimiento de las cerraduras. Si a pesar de estos medios de apremio, no se logra la entrega del bien mueble, el juez puede ordenar el embargo y remate de otros bienes de la parte condenada...” (OVALLE FAVELA, 1980: 233-234).

Según Gómez de Liaño González, en la ejecución de condena a entrega de cosa determinada cabe distinguir diferentes supuestos, a saber:

- “a) Si se trata de una cosa inmueble, se procederá inmediatamente a poner en posesión de la misma a la persona que corresponda, practicando a este fin las diligencias que solicite el interesado (...).
- b) Lo mismo se practicará si la cosa fuere mueble y pudiere ser habida.
- c) Si se trata de cosa mueble, que es imposible localizar, habrá de acudirse a la forma de ejecución subsidiaria que consiste en el resarcimiento de perjuicios...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 355).

“Cuando por cualquier razón no pueda tener cumplimiento la condena de entrega de un bien mueble o inmueble determinado, es preciso recurrir al sustitutivo de la indemnización genérica de daños y perjuicios, procediendo a su liquidación...” (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 1038).

9. EJECUCION DE TITULO QUE CONDENA A HACER

Luis Rodríguez enseña lo siguiente sobre la ejecución de sentencia de condena a hacer:

“La sentencia de condena puede tener por objeto la realización de una conducta positiva por parte del obligado, es decir, *un hacer*.

Este hacer puede ser *fungible* por la naturaleza de la obligación o por voluntad de las partes, o puede ser *infungible* (...).

El que sea o no fungible la obligación de hacer genera diversas consecuencias. Si se trata de un hacer infungible, la negativa del obligado y la imposibilidad de ejercer coerción dan como única posibilidad el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Si, por el contrario, se trata de un hacer fungible, cabe la ejecución por otro, a costa del deudor” (RODRIGUEZ, 1987, Tomo II-A: 197-198).

Al respecto, Gómez de Liaño González asegura que:

“Si la sentencia impone la realización de una determinada actividad física o jurídica, se requerirá al obligado para que la realice dentro del plazo que la Ley señala, y si no se efectuare, se distingue (...) según el hacer sea o no personalísimo, ya que si lo es, a nadie se le puede obligar a hacer lo que no quiera por imposiciones físicas, y en ese caso se entiende que el obligado opta por el resarcimiento de perjuicios (...).

Si el hacer no fuera personalísimo (...) puede hacerse a su costa y así se hará obligándosele al pago de su importe y procediendo en su caso la vía de apremio” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 354).

10. EJECUCION DE TITULO QUE CONDENA A NO HACER

A decir de Máximo Castro, “... si se tratara de una obligación de no hacer, la sentencia no será de un cumplimiento material inmediato, sino que permanece en expectativa para el caso de violación del precepto, porque si la sentencia condena a no hacer, con que la persona se abstenga, todo ha concluido” (CASTRO, 1931, Tomo III: 25-26). Dicho autor agrega que “si la persona, no obstante la sentencia, realiza la obra que se le ha impedido llevar a cabo, en este caso se procederá a reponer las cosas al estado en que se hallaban, si fuese posible, y a costa del deudor” (CASTRO, 1931, Tomo III: 26).

Para Gómez de Liaño González, “si la sentencia contuviere condena de no hacer, se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto, como puede ser un requerimiento, y si quebrantare lo ordenado en la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de los perjuicios que indemnizará al que hubiere obtenido la ejecutoria...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 355).

A criterio de Alvarez Juliá, Neuss y Wagner, “si la sentencia condena a no hacer alguna cosa, y el obligado la quebranta, el acreedor tendrá opción para pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si es posible, y a costa

del deudor, o que se indemnizen los daños y perjuicios...” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 350).

11. EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES

“En razón de que los árbitros, sean de derecho o amigables componedores, no cuentan con *imperium* para ordenar el cumplimiento del laudo que emitan (...), la ejecución de éste debe llevarse a cabo con intervención de un órgano judicial. De allí que (...) las reglas previstas en materia de ejecución de sentencias son también aplicables a las dictadas por los tribunales arbitrales” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 262).

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, y como se indicara anteriormente, los laudos arbitrales firmes constituyen títulos ejecutivos (art. 688 -inciso 2)- del C.P.C.).

En relación a la ejecución de laudos arbitrales, habrá que estar a lo dispuesto en el *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje* (Decreto Legislativo Nro. 1071, del 27-06-2008), especialmente en los artículos 67 y 68 de dicho Decreto Legislativo, que regulan, respectivamente, la ejecución arbitral del laudo y la ejecución judicial del laudo.

12. EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Según se colige del artículo 719 del Código Procesal Civil, las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, reconocidas por los tribunales nacionales (a través del proceso no contencioso de reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero, previsto en el Sub-Capítulo 11° del Título II de la Sección Sexta del C.P.C., al que también resultan aplicables las normas contenidas en el Título IV del Libro X del C.C.) se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo III (“Ejecución de resoluciones judiciales”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del referido Código, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje* (Decreto Legislativo Nro. 1071, del 27-06-2008, que derogó la Ley General de Arbitraje: Ley Nro. 26572).

Al respecto, cabe señalar que, en el caso de ejecución de laudos arbitrales extranjeros, debe tenerse en consideración lo normado en el Título VIII (“Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”) del *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje* (Decreto Legislativo Nro. 1071), en los arts. 74 al 78.

CAPITULO LVI

EJECUCION DE GARANTIAS

1. CONFIGURACION DE LA EJECUCION DE GARANTIAS

Gómez de Liaño González, en cuanto a la ejecución de garantía hipotecaria y prendaria (o garantía mobiliaria), enseña que:

“La hipoteca y también la prenda (o garantía mobiliaria), son derechos reales que se constituyen en garantía de una obligación sujetando los bienes sobre los que recaen al cumplimiento de aquélla, de forma que puede procederse directamente sobre ellos para exigir las vencidas y no pagadas. La acción real de hipoteca se dirige contra los bienes especialmente hipotecados, persiguiendo una actividad procesal que se concreta en obtener una determinada suma de dinero mediante la enajenación por el precio previamente pactado en el título constitutivo de la cosa hipotecada (...).

Se trata de procedimientos muy simplificados en atención a la constancia documental y fehaciente de un crédito, y la sujeción de un bien determinado como garantía de su cumplimiento, estando previstas en el título las condiciones y circunstancias de la propia ejecución, por lo que la oposición posible se encuentra muy limitada, lo cual no elimina la posibilidad de contradicción...” (GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, 1992: 375).

Prieto-Castro y Ferrándiz, en lo que concierne a la ejecución de garantía prendaria (o garantía mobiliaria) e hipotecaria, apunta lo siguiente:

“... Tres son las causas determinantes de la existencia de estos procedimientos especiales de efectividad de las respectivas garantías, de las cuales dos son de derecho positivo y una histórica.

Las causas de Derecho positivo son, en primer lugar, la conveniencia de fomentar el crédito territorial, precisamente a través de una eficaz y rápida

realización de los bienes puestos como garantía del mismo, y, en segundo lugar, la idea de que los tipos de procesos de Derecho común existentes serían inadecuados para lograr aquellas finalidades primordiales, por su sustanciación más lenta y por las mayores posibilidades de defensa que ofrecen al deudor. Y la razón histórica hay que buscarla en la fórmula, conocida de antiguo en el Derecho procesal, que ofrece la posibilidad de una sumisión del deudor a la ejecución inmediata, con una cognición muy restringida del órgano jurisdiccional...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 211).

La ejecución de garantías reales (anticresis, hipoteca y garantía mobiliaria -conocida antigua y tradicionalmente como prenda-) se encuentra regulada en el Capítulo IV (“Ejecución de garantías”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 720 al 724. Precisamente, el inciso 1) del artículo 720 del mencionado Código adjetivo preceptúa que 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. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA EJECUCION DE GARANTIAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Procesal Civil, los procesos de ejecución (entre los que se incluye el atinente a la ejecución de garantías) se someten a las reglas generales sobre competencia (contempladas en el Capítulo I del Título II de la Sección Primera del C.P.C.), salvo disposición distinta de este Código.

Al respecto, el artículo 690-B del Código adjetivo, en su último párrafo, claramente establece que es competente para conocer los procesos de ejecución con garantía constituida, el Juez Civil.

3. LA DEMANDA DE EJECUCION DE GARANTIAS

Nelson Mora, acerca del contenido de la demanda de ejecución con título hipotecario o prendario (entiéndase título en que conste la garantía mobiliaria en este último caso), nos ilustra de este modo:

“... Fuera de los requisitos, condiciones y anexos exigidos para las demás demandas (...), en la demanda donde se ejecute con título hipotecario o prendario y se persigan exclusivamente los bienes gravados, deberá expresarse:

- a) La pretensión, que deberá perseguir el pago de suma líquida de dinero.
- b) Sólo podrán perseguirse los bienes gravados con hipoteca o prenda.
- c) Especificación del bien o bienes materia del gravamen prendario o hipotecario.
- d) Igualmente, se adjuntará el título ejecutivo con garantía prendaria o hipotecaria, donde conste la obligación, clara, expresa y exigible de pagar suma líquida de dinero” (MORA, 1973, Tomo II: 257).

En relación a la demanda de ejecución de garantías, debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil (que versan, respectivamente, sobre los requisitos y anexos de la demanda en general).

El artículo 720 del Código Procesal Civil, en lo concerniente a los anexos de la demanda de ejecución de garantías, establece que:

- El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor (art. 720 -inciso 2)- del C.P.C.).
- 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 (art. 720 -parte inicial del inciso 3)- del C.P.C.).
- Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documento de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas (art. 720 -parte final del inciso 3)- del C.P.C.).
- No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma (art. 720 -inciso 4)- del C.P.C.).
- Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen (art. 720 -inciso 5)- del C.P.C.).

4. EL MANDATO DE EJECUCION

El artículo 721 del Código Procesal Civil versa sobre el mandato de ejecución en el proceso que nos ocupa y preceptúa que, 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.

Además, según se colige del artículo 720 -in fine- del Código Procesal Civil, el mandato de ejecución debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor.

5. LA CONTRADICCION EN LA EJECUCION DE GARANTIAS

Tratándose de la ejecución de garantías reales, el ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar lo adeudado (plazo que es de tres días contados a partir de la notificación del mandato ejecutivo o de ejecución: art. 721 del C.P.C.), puede formular contradicción a la ejecución con arreglo a las disposiciones generales (art. 722 del C.P.C.).

Así tenemos que, conforme se desprende de los artículos 722 y 690-D del Código Procesal Civil (numeral éste último que se refiere a la contradicción en los procesos únicos de ejecución y que integra las disposiciones generales aplicables a tales procesos):

- A. En la ejecución de garantías reales, dentro de tres días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.
- B. En la ejecución de garantías reales, en el mismo escrito (de contradicción a la ejecución) se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibles. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.
- C. En la ejecución de garantías reales, la contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título (ejecutivo) en:
 - 1. La inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título (ejecutivo).
 - 2. La nulidad formal o falsedad del título (ejecutivo); o, cuando siendo éste 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 (Ley Nro. 27287).
 - 3. La extinción de la obligación exigida.
- D. En la ejecución de garantías reales, la contradicción que se sustente en otras causales (distintas a las enunciadas precedentemente) será rechazada liminarmente (esto es, de plano) por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo (y con la calidad de diferida: arts. 369 y 691 -in fine- del C.P.C.).

6. ORDEN DE REMATE DE LOS BIENES AFECTADOS EN GARANTIA

Con arreglo a lo previsto en el artículo 723 del Código Procesal Civil, transcurrido el plazo (de tres días de notificado el mandato de ejecución en el que se ordena al ejecutado que pague la deuda: art. 721 del C.P.C.) sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción, el Juez, sin trámite previo, ordenará el remate de los bienes dados en garantía.

7. PAGO DEL SALDO DEUDOR DEL REMATE EFECTUADO EN LA EJECUCION DE GARANTIAS

Tal como lo dispone el artículo 724 del Código Procesal Civil, si después del remate del bien dado en garantía (acontecido en el proceso de ejecución de garantías) hubiera saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero.

CAPITULO LVII

LA EJECUCION FORZADA

1. CONCEPTO DE EJECUCION FORZADA

La ejecución forzosa, forzada o procesal (denominada también vía de apremio) es definida por Ovalle Favela como “el conjunto de actos procesales que tienen por objeto la realización coactiva de la sentencia de condena, cuando la parte vencida no la haya cumplido voluntariamente” (OVALLE FAVELA, 1980: 227).

Según Luis Rodríguez, “... la ejecución forzada consiste (...) en conseguir que *un derecho cierto pueda ser satisfecho* y, para ello, cabe la posibilidad de la coerción, es decir, constreñir la voluntad del obligado” (RODRIGUEZ, 1984, Tomo I: 44).

Liebman dice de la ejecución forzada lo siguiente: “... Es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. 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 de un sujeto a favor de otro sujeto. En otros términos, es la actuación de la sanción establecida por la ley para el tipo de ilícito ahora descrito (ilícito civil), con la consecuencia de restablecer el imperio de la ley y de reintegrar correlativamente, mediante la satisfacción coactiva, el patrimonio del titular del derecho subjetivo que había sufrido la lesión” (LIEBMAN, 1980: 150).

Prieto-Castro y Ferrándiz pone de relieve que “... el alcance de la ejecución forzosa es distinto, según verse sobre actos u omisiones (obligaciones de dar, hacer y no hacer) o sobre pago de cantidad en metálico. En el primer caso, la ejecución o **apremio** consiste en lograr (**específicamente**) la entrega de la cosa u objeto al acreedor o en conseguir el acto o la omisión que dependa del deudor;

pero en el segundo, la ejecución tiende a proporcionar al ejecutante el dinero que ha de satisfacer su derecho, y para esto se requieren los actos ejecutivos que sean necesarios, a fin de obtener (por regla general) el dinero metálico o bienes cuyo precio proporcione lo suficiente para tal finalidad o para sustituir a la ejecución que no pueda llevarse a cabo en forma específica (**ejecución por subrogación real**)” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 172).

La ejecución forzada se encuentra regulada en el Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 725 al 748.

2. FORMAS DE EJECUCION FORZADA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 725 del Código Procesal Civil, la ejecución forzada de los bienes afectados se realiza en las siguientes formas:

1. Remate; y
2. Adjudicación.

El remate se halla normado en el Sub-Capítulo 2° (“Remate”) del Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 728 al 743.

La adjudicación se encuentra regulada en el Sub-Capítulo 3° (“Adjudicación”) del Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 744 y 745.

2.1 La tasación

La tasación es la operación ordenada por la autoridad competente -o efectuada en forma convencional- cuya finalidad es determinar el valor de bienes muebles (que no sean dinero, claro está) o inmuebles.

La tasación, estrictamente hablando, representa la valorización que se practica sobre los bienes que serán rematados en fecha próxima. A través de este procedimiento el perito tasador examina el bien y dictamina sobre sus cualidades y caracteres en un determinado momento, a efecto de establecer su justiprecio dentro del plazo determinado por el Juez. La tasación representa prácticamente el paso previo a la ejecución forzosa que recaerá sobre los bienes pertenecientes al sujeto pasivo de la obligación. No habrá remate mientras no se tase el bien, puesto que no será posible su venta en pública subasta si se desconoce el precio base sobre el cual deben girar las posturas.

La satisfacción de una deuda pendiente de pago, fundada en la posibilidad de ejecutar forzosamente los bienes del obligado, no sería posible si no se determina el valor del bien que asegura el crédito impago. He ahí su razón de ser. La valorización excesiva que pueda pretender el obligado respecto de su bien o la estimación minúscula por parte del acreedor hacen necesario un procedimiento especial en el cual los técnicos en valorización, es decir, los peritos profesionales especializados en la materia, garantizan una apreciación equilibrada y objetiva, fijando el verdadero valor del bien del que derivará su precio base (dos terceras partes de la tasación), indispensable para la diligencia del remate.

Una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el Juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados (art. 728 -primer párrafo- del C.P.C.).

El auto que ordena la tasación contiene (según el art. 728 del C.P.C.): 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.

Conforme lo dispone el artículo 729 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, 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.

El indicado Código adjetivo prescribe, en el último párrafo del artículo 729, que 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.

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 acto que desaprueba la tasación es inimpugnable (art. 730 del C.P.C.).

2.2 El remate o subasta o venta forzada

2.2.1 Definición

Azula Camacho anota sobre el particular lo siguiente: “Rematar, en su acepción corriente, es llevar a cabo o concluir algo. Desde el punto de vista del derecho procesal mira tanto la adjudicación que se hace a una persona como la licitación

o subasta propiamente dicha, vale decir, la diligencia en que se atienden las posturas. (...) Por nuestra parte, (...) podemos concebirlo como la venta forzada que el funcionario judicial o administrativo, sustituyendo la voluntad del propietario, hace de un bien mueble o inmueble a quien formula la mejor oferta o postura” (AZULA CAMACHO, 1994, Tomo IV: 215).

Para Ovalle Favela, “el remate es una forma de enajenación de bienes que implica la *oferta pública* de tales bienes y su enajenación a la persona (postor) que en el acto del remate ofrezca el *mejor precio* (mejor postura) por el bien objeto del remate...” (OVALLE FAVELA, 1980: 242).

Enrique Falcón refiere que “... subasta viene de ofrecimiento en la venta pública de bienes al mejor postor hecho por mandato judicial...” (FALCON, 1978: 418). La subasta constituye -agrega dicho autor- “... un acto judicial que tiene por fin la transferencia de bienes del deudor ejecutado, para satisfacer a un acreedor ejecutante conforme a la sentencia que ha acogido una obligación” (FALCON, 1978: 419).

Lino Palacio concibe a la subasta como “... el acto procesal mediante el cual se enajenan, por un auxiliar del juez que actúa en representación de éste, el bien o bienes embargados, con el objeto de satisfacer, con su producido, el importe del crédito que dio origen a la ejecución” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 562).

Ramos Méndez apunta que “... el esquema al que responde este procedimiento de realización (venta en pública subasta) es el siguiente: valorar los elementos patrimoniales embargados, ofrecerlos a la venta en pública licitación con el propósito de realizar su mayor valor económico posible y pagar al ejecutante con la suma recaudada” (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 1083).

Azula Camacho pone de manifiesto sobre el remate lo siguiente:

“La subasta o remate, particularmente la oferta que se hace en el curso de la licitación o diligencia propiamente, tiene unas características propias, que pueden concretarse a las siguientes:

- A) *Es pública*. La razón estriba en que la diligencia se cumple mediante una audiencia, en la cual participan tanto el juez como el secretario y, desde luego, los postores interesados en la adjudicación, cuyas ofertas deben formular verbalmente en el curso de la diligencia.
- B) *Es ascendente*. El remate parte de una base o mínimo y de ahí en adelante se atienden todas las ofertas que se hagan, sin condición alguna. Esto significa que no hay límite o monto previo entre una oferta y la siguiente, basta que sea superior.

- C) *Es abierta*. Quiere decir que en el remate puede participar cualquier persona, con la sola exigencia de que cumpla los requisitos que al respecto le exige la ley, como es el depósito previo de una determinada cantidad.
- D) *Es múltiple*. Se refiere a que cada postor puede efectuar varias ofertas, con la sola condición de mejorar la de quien le precede. Se opone a la exclusiva, en la cual cada postor sólo hace una oferta.
- E) *Es simple*. La oferta se concreta a la cantidad que el postor ofrece por el bien, lo cual implica, si se le adjudica, que debe consignar el saldo en el término al efecto señalado por la norma, sin que pueda o tenga opción de someterlo a condición alguna” (AZULA CAMACHO, 1994, Tomo IV: 215-216).

El remate se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 2° (“Remate”) del Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 728 al 743.

2.2.2 Convocatoria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 731 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el Juez convocará a remate nombrando al Martillero que lo llevará a cabo.

2.2.3 Remate o subasta a cargo del Juez

No obstante disponer el art. 731 -parte pertinente - del C.P.C. que el remate o subasta de muebles e inmuebles se efectúa 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 de la materia (Ley Nro. 30229), y que en los demás casos el remate público es realizado por martillero público hábil, es de destacar que dicho precepto legal, en su último párrafo, establece que, excepcionalmente y a falta de Martillero Público hábil en la localidad donde se convoque la subasta (remate), el Juez puede efectuar la subasta (remate) de inmueble o mueble fijando el lugar de su realización, y, es más, si el mueble se encontrara fuera de su competencia territorial, el Juez puede comisionar al del lugar para tal efecto.

2.2.4 Remate o subasta a cargo de martillero público

Como se indicara anteriormente, y conforme se desprende del texto del artículo 731 del Código Procesal Civil, el remate o subasta, tanto de bienes muebles como

de bienes inmuebles, si no se efectúa por medio del remate judicial electrónico (procedimiento aplicable en caso de no haber oposición entre los interesados), correrá a cargo del martillero público hábil correspondiente.

El martillero público es un órgano de auxilio judicial (art. 55 del C.P.C.) que realiza una función de intermediario, facilitando la enajenación de bienes al relacionar directamente a compradores y vendedores, ofertando públicamente dichos bienes con el fin de conseguir el mayor precio de los mismos mediante las diversas posturas que se hagan.

El artículo 2 de la Ley Nro. 27728 (“Ley del Martillero Público”, del 23-05-2002, cuyo Reglamento lo constituye el Decreto Supremo Nro. 008-2005-JUS, del 22-07-2005) define al martillero público como la persona natural debidamente inscrita y con registro vigente, autorizada para llevar a cabo ventas en remate o subasta pública, en la forma y condiciones que establece la referida Ley o las leyes específicas del Sector Público.

Es de destacar que, con arreglo a lo previsto en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo Nro. 008-2005-JUS, el procedimiento de remate regulado en la Ley Nro. 27728 y en dicho Decreto Supremo será de aplicación a todo remate privado o particular. En el caso de remates judiciales, será de aplicación supletoria a lo establecido en el Código Procesal Civil en lo no previsto, y en el caso de remates administrativos será de aplicación en tanto no exista normatividad especial al respecto.

2.2.5 Publicidad del remate o subasta

Como bien señala Prieto-Castro y Ferrándiz, “el anuncio de la subasta persigue no sólo la obtención del mayor precio por la concurrencia de los postores interesados, sino también que sirva de llamada a los terceros a quienes pueda perjudicar la ejecución, a los acreedores singularmente privilegiados, para su pago preferente, y a los que tengan un derecho de prioridad, para que lo ejerciten...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 195-196).

El Código Procesal Civil regula lo relativo a la publicidad del remate en los artículos 733 y 734, los mismos que citamos seguidamente:

“Artículo 733º.- 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”.

“Artículo 734º.- 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 éste”.

2.2.6 Los postores y las posturas en el remate o subasta

“Los que toman parte en la subasta se llaman **postores o licitadores; licitación o postura** es la oferta que hace el licitador...” (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, 1983, Volumen 2: 194).

El Código Procesal Civil, en relación a los postores y las posturas en el remate, establece lo siguiente:

- Sólo 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 (art. 735 -primer párrafo- del C.P.C.).

- A los postores no beneficiados se les devolverá el íntegro de la suma depositada al terminar el remate (art. 735 -parte final del primer párrafo- del C.P.C.).
- El ejecutado no puede ser postor en el remate (art. 735 -in fine- del C.P.C.).
- La base de la postura será el equivalente a las dos terceras partes del valor de tasación, no admitiéndose oferta inferior (art. 736 -inc. 1)- del C.P.C.).

2.2.7 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 (art. 736 -inc. 1)- del C.P.C.).
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 (art. 736 -inc. 2)- del C.P.C.).
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 (art. 736 -inc. 3)- del C.P.C.).

2.2.8 Acto del remate o subasta

El Código Procesal Civil, en su artículo 737, regula el acto de remate en estos términos: “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”.

2.2.9 El acta del remate

El artículo 738 del Código Procesal Civil versa sobre el acta del remate y es reproducido a continuación:

“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”.

2.2.10 Nuevas convocatorias a remate por falta de postores

El artículo 742 del Código Procesal Civil trata lo concerniente a las nuevas convocatorias a remate por falta de postores (remate desierto). Así tenemos que, según dicho numeral:

- 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 (art. 742 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Si en la segunda convocatoria tampoco se presentan postores, se convocará a una tercera, reduciendo la base (de la postura) en un quince por ciento adicional (art. 742 -segundo párrafo- del C.P.C.).
- 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 (art. 742 -tercer párrafo- del C.P.C.).
- 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 (art. 742 -penúltimo párrafo- del C.P.C.).
- 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 (art. 742 -in fine- del C.P.C.).

2.2.11 Nulidad del remate o subasta

Lino Palacio refiere que “... la eventual invalidación de la subasta se halla regida por las disposiciones aplicables, en general, a las nulidades procesales y a la

conurrencia, por lo tanto, de los siguientes requisitos: 1º) existencia de un vicio que afecte a alguno o algunos de los requisitos del acto, cuando resulten indispensables para la obtención de su finalidad; 2º) interés jurídico en la declaración de nulidad; 3º) falta de imputabilidad del vicio a quien requiere tal declaración; 4º) ausencia de convalidación o de subsanación del acto defectuoso” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 612-613). El indicado tratadista señala, además, que “... la subasta puede ser impugnada no sólo en razón de mediar vicios que afecten sus dimensiones de lugar, tiempo y forma, sino también con fundamento en la existencia de irregularidades que comprometan la validez de los requisitos atinentes a los restantes elementos que la integran, es decir los que conciernen a los sujetos y al objeto...” (PALACIO, 1994, Tomo VII: 616).

En lo atinente a la nulidad del remate, el artículo 743 del Código Procesal Civil prescribe que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 741 (conforme al cual, si el adjudicatario incumple con depositar el saldo del precio del remate de bien inmueble, se declarará la nulidad del citado acto procesal), la nulidad del remate sólo procede por los aspectos formales de éste 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.

2.2.12 Transferencia de bien inmueble y destino del dinero obtenido

En el remate de (bien) inmueble el Juez ordenará, antes de cerrar el acta, que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro de tercer día (art. 739 -primer párrafo- del C.P.C.).

Depositado el precio, el Juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto que contendrá:

1. La descripción del bien (art. 739 -inc. 1)- del C.P.C.).
2. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, 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 (art. 739 -inc. 2)- del C.P.C.).
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 (art. 739 -inc. 3)- del C.P.C.).
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 (art. 739 -inc. 4)- del C.P.C.).

2.2.13 Transferencia de bien mueble y destino del dinero obtenido

En el remate de (bien) mueble el pago se efectúa en dicho acto, debiendo entregarse de inmediato el bien al adjudicatario (art. 740 -primer párrafo- del C.P.C.).

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 (art. 740 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Tratándose de bien mueble registrado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 739 del Código Procesal Civil (referido a la transferencia de inmueble y el destino del dinero obtenido) en lo que fuera pertinente (art. 740 -in fine- del C.P.C.).

3. LA ADJUDICACION EN PAGO O ASIGNACION FORZADA

Según Rosenberg, la adjudicación (llamada también asignación forzada) “... no es la perfección de un contrato, propuesto con la mejor postura, sino un *acto de transmisión de la propiedad de derecho público* (...), con determinados **efectos constitutivos** de derecho...” (ROSENBERG, 1955, Tomo III: 227).

La adjudicación se encuentra regulada en el Sub-Capítulo 3º (“Adjudicación”) del Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 744 y 745.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico (arts. 725 -inc. 2)- y 742 -tercer y cuarto párrafos- del C.P.C.), la adjudicación (declaración judicial por la cual se transfiere o entrega en propiedad un determinado bien) es una modalidad de la ejecución forzada que procede cuando se frustra el remate (convocado por tercera vez) por falta de postores y solicita el ejecutante, dentro del plazo de ley (diez días de la fecha en que se frustró el remate convocado por tercera vez), la adjudicación directa y en pago del bien materia de ejecución forzada. El valor referencial del bien tendrá que ser igual a aquel que constituyó la base de la postura que sirvió para la tercera convocatoria a remate.

Si el adjudicatario no deposita el exceso dentro del tercer día de notificado con la liquidación prevista en el artículo 746 del Código Procesal Civil (vale decir, la liquidación de los intereses, costas y costos del proceso), la adjudicación queda sin efecto (art. 744 -primer párrafo- del C.P.C.).

Se infiere de los artículos 744 -último párrafo- y 739 del Código Procesal Civil que, depositado el exceso, se entregará el bien mueble al adjudicatario y, si se trata de inmueble, se expedirá el auto de adjudicación que deberá contener: 1. la descripción del bien; 2. la orden que deja sin efecto todo gravamen que

pese sobre éste, salvo la medida cautelar de anotación de demanda, debiéndose cancelar, 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, siendo esta orden también 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.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 745 del Código Procesal Civil, si son varios los interesados en ser adjudicatarios, la adjudicación procederá sólo si hay acuerdo entre ellos.

4. EL PAGO A LOS EJECUTANTES O ACREEDORES CONCURRENTES

El Código Procesal Civil regula lo concerniente al pago a los ejecutantes o acreedores concurrentes en el Sub-Capítulo 4º (“Pago”) del Capítulo V (“Ejecución forzada”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”), en los arts. 746, 747 y 748.

El artículo 746 del Código Procesal Civil norma lo relativo a la liquidación del pago en estos términos: a) 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; y b) 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”.

El pago al (a los) ejecutante (s) se halla regulado en el artículo 747 del Código Procesal Civil cuyo texto es como sigue: a) si el bien que asegura la ejecución es dinero, será entregado al ejecutante luego de aprobada la liquidación; b) si son varios los ejecutantes con derechos distintos, el producto del remate se distribuirá en atención a su respectivo derecho; c) este será establecido por el Juez en un auto que podrá ser observado dentro de tercer día; y d) si luego de la distribución hay un remanente, le será entregado al ejecutado.

En relación al pago a los acreedores concurrentes y a la intervención de éstos en el proceso, el Código adjetivo establece lo siguiente:

- 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, sólo tiene derecho al remanente, si lo hubiere (art. 726 del C.P.C.).

- 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 (art. 748 del C.P.C.).

5. CONCLUSION DE LA EJECUCION FORZADA

Se desprende del artículo 727 del Código Procesal Civil que la ejecución forzada concluye:

- Cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate.
- Cuando se produce el pago íntegro al ejecutante con la adjudicación.
- Cuando el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses exigidos y las costas y costos del proceso, antes de la realización de la ejecución forzada.

CAPITULO LVIII

LOS PROCESOS DE EJECUCION EN LA JURISPRUDENCIA CASATORIA

1. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCESO DE EJECUCION

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre el proceso de ejecución, ha establecido lo siguiente:

- “... El Código Procesal Civil determina distintos cauces para otorgar tutela jurisdiccional, y así diferencia entre los procesos previstos para aquellos casos en que se requiere la declaración de un derecho o la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses (esto es que responden a un derecho incierto), y los procesos de ejecución (previstos para aquellos casos en que hay un derecho cierto, establecido por las partes o declarado judicialmente, pero que permanece insatisfecho)” (Casación Nro. 1752-99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, págs. 4968-4969).
- “... Proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] es aquel destinado a hacer efectivo ese derecho [derecho reconocido y cuya cualidad ejecutiva la declara la ley], de tal manera que si en el proceso de conocimiento se parte de una situación de incertidumbre a fin de obtener una declaración jurisdiccional de certeza o la solución a un conflicto intersubjetivo de intereses, en el [...] proceso ejecutivo se parte de un derecho cierto pero insatisfecho...” (Casación Nro. 73-2003 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-12-2003, págs. 11336-11337).
- “... La base del procedimiento [proceso único de ejecución] es el título que trae aparejada ejecución; la autonomía de la acción ejecutiva tiene como fundamento el título, sin título no hay ejecución ni acción, el derecho está

incorporado a éste y las medidas de ejecución sólo pueden efectivizarse sobre ésta, la que debe ser suficiente y bastarse a sí mismo [sic -léase a sí mismo-]. Debe contener además [...] como requisitos intrínsecos que sea líquida, exigible, que el plazo haya expirado para que dé lugar la condena ejecutiva [sic -léase para que dé lugar a la condena ejecutiva-] y la existencia de legitimación entre el acreedor y deudor...” (Casación Nro. 2322-98 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7818).

- “... El proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] es uno de naturaleza formal en donde se discute la exigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo y no el origen de la misma...” (Casación Nro. 4316-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8784).
- “... En los procesos ejecutivos [entiéndase procesos únicos de ejecución en la actualidad], el juicio no se centra en analizar la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas de las partes involucradas, sino que se trata de hacer efectivo lo que consta y fluye del mismo título [ejecutivo], puesto que no se trata de emitir pronunciamiento sobre derechos dudosos y no controvertidos, sino por el contrario, de hacer efectivo lo que consta de manera indubitable en el título que por sí mismo constituye prueba indubitable y, por tanto, hace del proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] uno en el que desaparece la fase por la que se trate de obtener la declaración de un derecho, pues el derecho ya ha sido reconocido por la emisión del título mismo...” (Casación Nro. 1655-2007 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2007, págs. 21103-21104).
- “... Respecto a que existe un proceso de ejecución que pueda garantizar la obligación materia del presente proceso, mientras no se haya ejercitado una defensa de forma al respecto en la etapa pertinente, la autonomía del presente proceso [sobre ejecución de obligación de dar suma de dinero] y su respectiva pretensión cambiaria no puede restringirse ni limitarse...” (Casación Nro. 174-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7373-7374).
- “... La Corte Suprema sólo puede conocer en el caso de procesos ejecutivos (entiéndase procesos únicos de ejecución en la actualidad), cuando se recurre en casación más (sic) no para resolver nulidad de actuados planteadas (sic) en el Recurso de Casación...” (Casación Nro. 164 - 2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-04-2000, pág. 5062).

2. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LOS TITULOS EJECUTIVOS

En los subpuntos que siguen veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con los títulos ejecutivos.

2.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en resolución judicial firme

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en resolución judicial firme, ha establecido lo siguiente:

- “... El título de ejecución judicial por excelencia lo constituye la sentencia, la que en su caso motiva un proceso autónomo y compulsivo para el cumplimiento de una obligación, sin necesidad de un procedimiento declarativo y previo; la misma que se materializa con la ejecución del derecho reconocido en un procedimiento judicial...” (Casación Nro. 4161-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21538-21539).
- “... La demanda contiene una propuesta de sentencia, con una o más pretensiones, que una declaración jurisdiccional puede reconocer como un derecho, y es sólo a partir de que esa sentencia quede consentida o ejecutoriada, que se podrá exigir el cumplimiento de obligaciones a cargo del demandado...” (Casación Nro. 2378-98 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-08-1999, pág. 3224).
- “... La sentencia de condena impone al vencido una prestación (dar, hacer, no hacer) y se ejecuta contra él, aún (sic) por la fuerza, en ejercicio del ‘jus imperium’ del Poder Judicial, de tal manera que resulta condición indispensable y caracteriza a este tipo de sentencia, que ordene al demandado el cumplimiento de algo, de tal manera que esa sentencia constituye un título ejecutivo judicial, cuyos efectos jurídicos nadie puede desconocer...” (Casación Nro. 1516-97 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14-10-1998, págs. 1907-1908).

2.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en laudo arbitral firme

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en laudo arbitral firme, ha establecido lo siguiente: “... Conforme a la naturaleza del proceso de ejecución [...], se colige que para la ejecución de un

laudo arbitral se requiere que éste sea firme y que en su parte resolutive establezca un mandato cuyo cumplimiento debe realizarse en vía judicial...” (Casación Nro. 2563-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6681).

2.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en acta de conciliación de acuerdo a ley

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en acta de conciliación de acuerdo a ley, ha establecido lo siguiente:

- “... El título de ejecución [entiéndase título ejecutivo en la actualidad] está constituido, en este caso, por las copias certificadas de la conciliación judicial y el auto que la aprueba...” (Casación Nro. 2960-2006 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2007, pág. 20097).
- “... Del contexto del documento [acta de conciliación extrajudicial] se aprecia que las partes debidamente determinadas, acordaron obligaciones expresas, precisando el contenido, el alcance de las mismas, los términos en que fueron pactadas así como el supuesto que establece cuando [sic] la obligación asumida por una de las partes se torna en exigible, lo que permite concluir que las instancias de mérito[,] al rechazar in limine la demanda señalando erróneamente que previo al inicio del proceso se determine el incumplimiento o no de los acuerdos contenidos en el título de ejecución, incurrió [sic -léase incurrieron-] en un arbitrario análisis de los supuestos de procedibilidad de la demanda de ejecución de resoluciones judiciales [...]; [...] en consecuencia[,] conforme a lo anteriormente expuesto[,] habiendo incurrido tanto el AQuo como el Ad Quem en afectación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de uno de los justiciables, ello determina la afectación al debido proceso, adoleciendo por ende sus pronunciamientos de nulidad insubsanable a tenor del artículo ciento setenta y uno del Código Procesal Civil, correspondiendo reponer el proceso al estado que corresponde a tenor de la parte in fine del artículo ciento setenta y seis del Código Procesal Civil...”(Casación Nro. 1636-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23272-23273).

2.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en título valor

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en título valor, ha establecido lo siguiente:

- “... Estando a la naturaleza del presente proceso [sobre ejecución de obligación de dar suma de dinero] no está en discusión la obligación que da origen a los títulos valores los cuales por sí mismos tienen mérito ejecutivo el cual sólo puede ser contradicho en virtud de lo establecido por el [...] Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 2447-2000 / Ayacucho, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6672).
- “... El hecho que el título [valor] carezca de mérito ejecutivo por no haberse efectuado un protesto válido, no libera de su obligación a la ejecutada, como erróneamente alega el recurrente, toda vez que le asiste el derecho de ejercitar la acción causal para exigir el cumplimiento de la obligación que alega...” (Casación Nro. 1704-03 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12505-12506).
- “... Para ejercitar la acción cambiaria directa contra el aceptante (emisor del título valor tratándose de un pagaré) o contra sus garantes, es indispensable el protesto por falta de pago únicamente contra dicho aceptante u obligado principal de la deuda, no resultando exigible dicha diligencia contra los demás obligados [...]; [...] la falta de protesto contra quienes intervienen como fiadores solidarios en el mencionado título valor, no perjudica de manera alguna el mérito ejecutivo del recaudo...” (Casación Nro. 2037-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2002, págs. 9722-9723).
- “... La falta de protesto en el domicilio del avalista no invalida el mérito ejecutivo del título recaudado [letra de cambio]...” (Casación Nro. 2423-2003 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12487-12488).
- “... El artículo uno punto dos de la Ley número veintisiete mil doscientos ochentisiete hace referencia a las reglas generales aplicables a los títulos valores, en donde se indica que [...] el documento no tendrá la calidad de título valor, en caso le falte alguno de los requisitos formales esenciales. Conforme se aprecia de su tenor, esta norma no puede ser aplicada de manera aislada, sino que debe ser concordada con las normas que establecen los requisitos formales esenciales de la regulación en materia de letras de cambio. [...] De manera complementaria al dispositivo antes señalado, el artículo seis punto cuatro de la misma Ley [...] establece el deber que tiene toda persona firmante, de consignar su nombre y su documento oficial de identidad; precisándose que en el caso de las personas jurídicas, además se consignará el nombre de su representante que interviene en el título. Con esta norma se hace una distinción entre persona natural

y persona jurídica, dado que para el caso de la persona natural resulta claro que ésta luego de firmar debe consignar su nombre y su documento oficial de identidad, y, en el caso de la persona jurídica, ésta luego de la firma de su representante, debe consignar su nombre, lo que para los autos implica consignar su denominación o razón social, su documento oficial de identificación, es decir su número de RUC [Registro Unico del Contribuyente] (conforme al numeral sexto del artículo doscientos setentinueve de la Ley glosada), y, adicionalmente se debe consignar el nombre del representante. [...] Que, la norma antes referida debe ser necesariamente concordada con el artículo ciento diecinueve punto uno literal f), en donde se establece que la letra de cambio debe contener el nombre, número de documento oficial de identidad y firma de la persona que gira; entonces, apreciándose de autos que [...] quien gira la letra es una persona jurídica, para que aquélla tenga efectos cambiarios, se debe consignar el nombre de la empresa, señalar su número de RUC [Registro Unico del Contribuyente], firmarse la cambial y consignar el nombre de su representante, no exigiendo la norma que además se consigne también el DNI [documento nacional de identidad] del representante de la persona jurídica que gira; ello implicaría exigir un requisito formal esencial que no se desprende del contenido literal de la norma, buscándose ampliar las formalidades esenciales a través de una interpretación extensiva sin ningún sustento jurídico...” (Casación Nro. 2742-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20315-20316).

- “... Su mérito ejecutivo (del pagaré) no se perjudica “por la falta de indicación de dicha causa (que dio origen a la emisión)” (Casación Nro. 1641 - 98 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-01-1999, pág. 2438).
- “... Ha quedado establecido que la parte demandada no ha acreditado fehacientemente haber desembolsado los montos consignados en los pagarés, lo que jurídicamente hace que específicamente los pagarés en litis adolezcan de ineficacia estructural por falta del presupuesto objeto, consecuentemente, [...] debe considerarse que los mencionados pagarés carecen de efectos cambiarios, no siendo instrumentos de crédito válidos. Asimismo, dicha ineficacia estructural declarada, en modo alguno enerva la relación causal y crediticia habida entre las partes...” (Casación Nro. 1705-2008 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23415-23418).
- “... El artículo doscientos trece de la Ley veintisiete mil doscientos ochentisiete regula una de las formas mediante la cual el cheque queda

expedito para su cobro en la vía ejecutiva [...]. Por lo general, un título valor adquiere la calidad de título ejecutivo mediante el protesto del mismo en la forma prevista en la Ley de Títulos Valores; sin embargo, para el caso del cheque, la acción cambiaria queda expedita para el tenedor no sólo a través del protesto del título valor, sino que puede recurrirse a otros medios sustitutorios de tal formalidad, como lo es el requerir al Banco que, en el mismo cheque, deje constancia expresa del motivo de su negativa al pago, en cuyo caso tal comprobación sustituirá al protesto notarial o judicial...” (Casación Nro. 3838-06 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2008, págs. 21196-21197).

2.4.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con las acciones cambiaria y causal

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a las acciones cambiaria y causal, ha establecido lo siguiente:

- “... La acción cambiaria directa, en el caso del pagaré, es la facultad concedida al tenedor legítimo de la cambial (acreedor cambiario) para accionar ejecutivamente en contra del emitente y/o de sus garantes, a fin de conseguir que cumplan con la obligación contenida en dicho título valor...” (Casación Nro. 204-01 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, págs. 7617-7618).
- “... El título valor puesto a cobro es un pagaré que surte todos sus efectos contra las personas que lo han suscrito, en consecuencia el tenedor de dicho documento [...] tiene acción directa contra el obligado principal y sus avalistas, esto es puede promover proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] en mérito a dicho título valor [...], u otros procesos en diferentes vías como la sumaria, conocimiento y de ejecución de garantías si fuera el caso...” (Casación Nro. 146-2002 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2002, págs. 9292-9293).
- “... El caso de autos se contrae a la cobranza de una relación cambiaria sustentada en [...] letras de cambio [...], las mismas que sólo fueron aceptadas por la empresa [...]; no advirtiéndose en dichos títulos valores la presencia de ningún otro sujeto obligado al pago de la acción cambiaria. Que, por lo tanto, no es exigible el cumplimiento de la acción cambiaria directa al fiador obligado por contrato diverso al que resulta del título valor en cobranza y que es objeto de la acción cambiaria directa...” (Casación Nro. 3895-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2002, págs. 9442-9443).

- "... [Se] está ante un proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] en el que se analiza si el título puesta a cobro [sic -léase puesto a cobro-] tiene mérito ejecutivo conforme a los requisitos formales establecidos en la ley mas no se revisa la causa que le dio origen..." (Casación Nro. 3988-2007 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23528-23529).
- "... Estando a la naturaleza ejecutiva de la causa, tampoco resulta atendible discutir el origen causal de la cartular puesta a cobro..." (Casación Nro. 2283-2007 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20380).
- "... Cuando se ejercita la acción cambiaria, ésta se sustenta en el solo mérito del título valor, pero cuando se trata de las otras acciones [acción causal y acción de enriquecimiento sin causa] es requisito indispensable que el accionante acredite la relación jurídica que dio lugar a la emisión del documento cambiario..." (Casación Nro. 1381-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2006, págs. 15623-15624).
- "... La prescripción de la acción cambiaria no elimina la posibilidad de iniciar la acción causal, cuyo plazo prescriptorio de diez años se encuentra previsto en el inciso 1º del artículo 2001 del Código Civil..." (Casación Nro. 2127-2003 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12481-12482).
- "... En el presente proceso, en el que el actor especificó que acudía por la acción causal, el ejercicio de ésta supone que el tenedor legítimo del título-valor tenga que acreditar la causa o el origen de la obligación demandada, esto es, debe dilucidarse en base a la prueba actuada, cuál es la relación contractual o comercial subyacente entre el actor y los demandados que haya dado lugar a la emisión del anotado documento..." (Casación Nro. 3863-2002 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12777-12778).
- "... Cuando se ejercita la acción causal, el demandante debe acreditar la existencia y el origen de la obligación, porque en dicho caso no se está demandando el mérito del título valor, sino la obligación que le sirve de causa fuente, por lo que en este caso el referido título valor constituye un medio de prueba que debe ser examinado con otras circunstancias y en su caso otros elementos probatorios que permitan acreditar la obligación, pudiendo ser valorado como medio de prueba corroborante de otra suficiente para acreditar la obligación que es objeto de la causa petendi..."

(Casación Nro. 5373-2006 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19964-19965).

- “... En una acción causal, el mérito de los títulos valores perjudicados es referencial; de modo que no es posible [...] que en base a ellos [...] se ampare la demanda. Dicho de otro modo, si las letras de cambio han perdido mérito ejecutivo, entonces estas instrumentales resultan siendo sólo documentos probatorios sujetos a la determinación del acto jurídico que los originó, mediante la respectiva acción causal, en la cual el actor tiene la obligación de acreditar el origen de la prestación puesta a cobro...” (Casación Nro. 2425-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21469-21470).
- “... Esta acción no es una acción ejecutiva donde el título valor sí debe reunir determinados requisitos exigidos por la precitada ley [Ley Nro. 27287] para poder ser ejecutado, sino que en el presente caso se trata de una acción causal, donde lo que se analiza es si el actor tiene derecho al cobro reclamado contra el demandado en base a la aprueba [sic -léase en base a la prueba-] actuada...” (Casación Nro. 1808-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22750-22751).
- “... El pagaré, emitido conforme a ley, entendido como promesa de pago[,] goza de autonomía probatoria al interior de una acción cambiaria, mas no en una acción causal, donde se comporta como un simple medio probatorio, por lo que si bien como título valor sirve para acreditar la existencia y contenido de una obligación; sin embargo, como simple documento probatorio resulta insuficiente...” (Casación Nro. 2119-2001 / Lima, C-30580, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, págs. 8379-8380).
- “... Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se ha reconocido al pagaré como título ‘causal’, en el cual la acción emergente del título aparece vinculada a la relación causal, o sea el negocio o contrato que motivó su emisión...” (Casación Nro. 1114-2007 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23599-23600).

2.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido, ha establecido lo siguiente:

- “... Tratándose de documentos privados la fuerza ejecutiva se encuentra subordinada al reconocimiento de la firma del obligado, lo cual debe obtenerse a través de las diligencias preparatorias -prueba anticipada- respectivas o a la certificación de la firma hecha por un notario siempre que se haya efectuado con intervención del obligado y que la certificación éste [sic -léase esté-] registrada en el protocolo...” (Casación Nro. 839-2002 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, pág. 11559).
- “... Tiene mérito ejecutivo la prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido, [...] por éste debe entenderse al original y no a las copias; por cuanto el entendimiento contrario nos llevaría al absurdo de que en base a las diversas copias que pueden obtenerse se inicien diversos procesos, situación que evidentemente se elude con la exigencia del original del documento privado, el que también necesariamente debe ser conducente para crear certeza de la obligación y de su exigibilidad, no restando la interpretación realizada el valor probatorio al reconocimiento efectuado que pueda corresponder y que otorgue el Juez, oportunamente, en base a su apreciación razonada de conformidad con el artículo 197 del acotado Código [C.P.C.]...” (Casación Nro. 2459-2001 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2002, págs. 9683-9684).
- “... La prueba anticipada [de reconocimiento de documento privado] que se presenta como título ejecutivo debe haber cumplido con la formalidad del debido proceso...” (Casación Nro. 2640-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8521).
- “... La actora pretende cuestionar en la vía ejecutiva el valor de los documentos materia de prueba anticipada, lo que no resulta procedente, pues la defensa que alega debió ejercerla en el proceso respectivo [de prueba anticipada], conforme a ley, por lo que no puede alegar transgresión del artículo seiscientos ochentinueve del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 530-02 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9053-9054).
- “... La prueba anticipada de reconocimiento ficto del documento [...] y absolución de posiciones ficta [...] tiene [sic -léase tienen-] mérito ejecutivo [...] al reunir los requisitos formales del título ejecutivo señalados en el artículo 689 del mismo ordenamiento [C.P.C.], contienen una obligación cierta, expresa y es exigible porque se refiere a una obligación pura[,] simple y el plazo está vencido...” (Casación Nro. 307-2003 /

Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-11-2004, págs. 12837-12838).

- “... En este proceso la prueba anticipada [de reconocimiento de firma y absolución de posiciones respecto de letra de cambio] anteriormente dictada es el título con el que se interpone la presente demanda de obligación de dar suma de dinero, bajo el proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad]; [...] el título de esta ejecución en este caso está dado por la prueba anticipada [...] y no la Letra de Cambio [...], que es un documento privado que fue declarado verdadero judicialmente [vía la prueba anticipada]; [...] todos los fundamentos de la contradicción en esta acción ejecutiva deben de estar dirigidos contra dicho título con que se promueve esta acción ejecutiva y no contra la letra de cambio que es un documento privado y que no se está considerando como título en esta acción...” (Casación Nro. 1226-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15443-15444).

2.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, ha establecido lo siguiente:

- “... Por resolución [...] el A quo ha dado por [...] absuelto las posiciones en forma ficta, la cual [...] constituye título ejecutivo...” (Casación Nro. 2322-98 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7818).
- “... Contiene mérito ejecutivo la confesión prestada en procedimiento de prueba anticipada, sin embargo, tiene que contener la existencia de una deuda líquida y exigible, condiciones esenciales en el título ejecutivo...” (Casación Nro. 2322-98 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7818).
- “... El impugnante demandó ejecutivamente el pago de una suma de dinero, sustentándose en la prueba anticipada de absolución de posiciones [...]; sin embargo, como bien anotaron las instancias de mérito, del citado cuaderno no se advierte pliego de absolución de posiciones ni aparece que el emplazado haya reconocido la obligación para con el actor, situación que desde ya solventa la improcedencia de la demanda...” (Casación Nro. 1937-2002 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9940).

2.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en documento privado que contiene transacción extrajudicial

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en documento privado que contiene transacción extrajudicial, ha establecido lo siguiente:

- “... El actor promueve proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] en mérito al título ejecutivo consistente en el documento privado que contiene una transacción extrajudicial [...]; por ende, se trata de un acto jurídico bilateral y consensual donde al hacerse mutuas y recíprocas concesiones, las partes extinguen obligaciones dudosas o litigiosas; constituyendo el aludido documento privado un título ejecutivo, el cual establece por sí solo el hecho relevante para fundar la petición...” (Casación Nro. 3697-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18825-18826).
- “... La transacción extrajudicial [...] constituye el título ejecutivo del presente proceso y equivale al documento en el que consta un derecho reconocido y cuya cualidad (ejecutiva) la declara la ley...” (Casación Nro. 3697-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18825-18826).
- “... El artículo 1312 del Código Civil dispone que la transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia; y la extrajudicial en la vía ejecutiva, otorgando así a la transacción extrajudicial la presunción de certeza que contiene todo título ejecutivo...” (Casación Nro. 1811-2007 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23400-23401).
- “... Es procedente la ejecución del título ejecutivo denominado transacción extrajudicial, por cuanto la obligación contenida en él, es cierta por ser conocida como verdadera e ineludible, es expresa porque manifiesta claramente una intención o voluntad, y es exigible porque se refiere a una obligación pura, simple, con un plazo vencido y no sujeta a condición; por lo tanto, la vía del proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad], por la cual se tramita la cobranza de dicho título ejecutivo es la adecuada, y no mediante un proceso cognoscitivo (de conocimiento)...” (Casación Nro. 3697-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-2007, págs. 18825-18826).
- “... No puede atribuirse mérito ejecutivo a un documento [transacción extrajudicial] que no contiene concesiones recíprocas...” (Casación Nro.

2242-03 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12739-12740).

- “... Formalmente, el título ejecutivo que se apareja a la demanda cumple con el requerimiento que establece el artículo mil trescientos cuatro del Código Civil, toda vez que la transacción [extrajudicial] se ha celebrado por escrito, con intervención de las partes que efectúan las concesiones recíprocas. Los cuestionamientos sobre si tales concesiones se encontraban o no dentro de la esfera de los derechos disponibles de las partes corresponde ser discutido no en la vía ejecutiva [entiéndase vía de proceso único de ejecución en la actualidad], sino en un proceso más lato en el que se absuelva los cuestionamientos sustantivos que se dice afectarían la validez de la transacción...” (Casación Nro. 2078-05 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17494).

2.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en documento impago de renta por arrendamiento

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en documento impago de renta por arrendamiento, ha establecido lo siguiente:

- “... Se puede promover proceso ejecutivo (entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad) en mérito de instrumentos impagos de renta de arrendamiento (...); sin embargo, dichos documentos no constituyen un título valor, por lo tanto no se puede afirmar que se trate de un documento autónomo, ya que no está desvinculado del negocio jurídico que originó su emisión, además de que la autonomía de los títulos valores se efectiviza desde el primer acto de transferencia posterior a su emisión y a favor de la persona que adquiere dicho título, siempre y cuando actúe de buena fe, lo que evidentemente no sucede en el caso de los recibos insolutos de arriendos, porque no son documentos destinados a la circulación comercial” (Casación Nro. 3309-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-08-1999, pág. 3220).
- “... La excepción (a la regla de intervención del obligado en el título ejecutivo) (...), que concede mérito ejecutivo al instrumento impago de renta de arrendamiento, (...) tiene una base contractual, constituida por el contrato de arrendamiento” (Casación Nro. 2380-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-12-1999, págs. 4321-4323).
- “... Los títulos ejecutivos para tener tal calidad deben haber contado en su formación con la intervención del obligado, lo que no se presenta en

el caso de los instrumentos impagos de renta de arrendamiento, porque ellos emanan de un acto unilateral del acreedor, lo que determina que por sí mismos no tienen tal calidad, máxime si (...) la obligación allí contenida no es autónoma respecto al acto jurídico que originó su emisión, por lo que si se pretende ejecutar dichos documentos es necesario acompañar el título causal que permita al Juzgador evidenciar que las obligaciones contenidas en tales instrumentos sean ciertas, expresa (sic) y exigibles” (Casación Nro. 3309-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-08-1999, pág. 3220).

- “... Estamos frente a un proceso de naturaleza ejecutiva, en el cual el título de ejecución lo constituyen los recibos de arrendamiento [impagos] aparejados en la demanda, [...] no [se] exige en rigor el pago de los tributos correspondientes para que el título apareje ejecución...” (Casación Nro. 5387-2006 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2007, págs. 19335-19336).
- “... En la vía ejecutiva solamente resulta procedente exigir el pago de la renta (de arrendamiento) y de la prestación por concepto de uso del bien (arrendado); por tanto, en el caso que se haya pactado una cláusula penal, no resulta exigible su cobro ejecutivo, pues la citada obligación no cumple con los requisitos para que el instrumento que lo contiene sea considerado como título ejecutivo” (Casación Nro. 1243-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-11-1999, pág. 4050).

2.9 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en testimonio de escritura pública

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en testimonio de escritura pública, ha establecido lo siguiente:

- “... Si se tratara de una escritura pública para constituir título ejecutivo ésta deberá contener obligaciones exigibles ejecutivamente -pactum executivum- sea de dar, hacer o no hacer, y que haya sido otorgada cumpliendo los requisitos señalados en la ley, en cuanto a la forma y en cuanto al fondo...” (Casación Nro. 839-2002 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2004, pág. 11559).
- “... Los testimonios de escritura pública constituyen títulos ejecutivos, y [...] en virtud de ellos puede promoverse proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad]; sin embargo, cuando tales documentos (testimonios de escritura Pública) contienen una obligación

de dar suma de dinero, es preciso que se trate de una obligación cierta, expresa y exigible, y además tratándose de una obligación dineraria, el título ejecutivo debe contener una suma líquida o liquidable...” (Casación Nro. 3104-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, págs. 18272-18273).

- “... El sólo [sic] acto de haber hecho constar en escritura pública la cláusula penal, no le otorga mérito ejecutivo al testimonio notarial...” (Casación Nro. 1381-2008 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, pág. 22890).

2.10 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en letra de cambio girada a la vista por saldo deudor en cuenta corriente

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en letra de cambio girada a la vista por saldo deudor en cuenta corriente, ha establecido lo siguiente:

- “... De dicha norma [art. 228 de la Ley Nro. 26702] pueden observarse [sic -léase puede observarse-] tres pasos que debe seguir una empresa del sistema financiero cuando existe un saldo deudor en la cuenta [corriente] de sus clientes, esto son [sic -léase estos son-]: **I)** Cursar una comunicación al cliente a fin que cumpla con el pago de su saldo deudor; **II)** De no producirse el pago o realizarse observaciones dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción de la comunicación, la empresa podrá girar una letra de cambio a la vista, que contendrá el saldo más los intereses generados por dicho período, letra que deberá contener la motivación expresa de porque [sic -léase por qué-] se emite; y **III)** Protestar la letra de cambio por falta de pago, para lo cual no se requerirá la aceptación del girado; [...] como corolario de dicha norma se establece que una vez cumplidos tales requisitos queda expedita la acción ejecutiva; es decir, que si no se cumple con alguno de los pasos antes precisados no es posible recurrir al órgano jurisdiccional...” (Casación Nro. 2804-01 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2002, págs. 9641-9643).
- “... El principio de literalidad a que se hace mención en la recurrida, respecto del título valor recaudado a la demanda, no es de aplicación en este tipo de procesos ejecutivos (entiéndase procesos únicos de ejecución en la actualidad), pues lo que en verdad es materia de ejecución no es la obligación que contiene el mencionado título, sino el saldo deudor generado como consecuencia del cierre de una cuenta corriente bancaria, constituyendo la letra de cambio el medio que la

ley confiere para la representación del saldo deudor” (Casación Nro. 928-98 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-03-1999, pág. 2822).

- “... El [...] artículo doscientos veintiocho de la Ley número veintiséis mil setecientos dos condiciona la emisión de las letras de cambio a la vista por el saldo deudor [en cuenta corriente] a que el cliente no formule observación a la comunicación [del saldo deudor] dentro del plazo de quince días, lo cual debe ser interpretado como un silencio que da una presunción de aprobación del saldo deudor que no tiene el carácter de definitivo puesto que está sujeto a contradicción...” (Casación Nro. 2960-00 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7341-7342).
- “... El último párrafo del artículo doscientos veintiocho de la Ley número veintiséis mil setecientos dos establece que: ‘la empresa puede, en cualquier momento, remitir una comunicación al cliente, advirtiéndole de la existencia de saldos deudores en su cuenta y requiriéndole el pago. Transcurridos quince días hábiles de la recepción de la comunicación sin que hubiere observaciones, la empresa está facultada para girar contra el cliente por el saldo más los intereses generados en dicho período, una letra a la vista, con expresión del motivo por el que se emite. El protesto por falta de pago de la indicada cambial en la que no se requiere la aceptación del girado, deja expedita la acción ejecutiva’, en tal sentido se advierte que el artículo en mención faculta a las empresas del sistema financiero a cobrar el saldo, además de los intereses que generan el incumplimiento del pago durante los quince días establecidos por el artículo en mención, consecuentemente los intereses a que se refiere son aquellos pactados por las partes, siendo éstos tanto compensatorios como moratorios, por lo que la Sala Revisora ha interpretado erróneamente este artículo al considerar que los intereses cobrados por la ejecutante no corresponde a los intereses legales referentes a los quince días...” (Casación Nro. 1600-03 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2004, págs. 11831-11832).
- “... La letra de cambio a la vista anexada a la demanda [ejecutiva] en observancia del artículo 228 de la Ley de Banca [Ley Nro. 26702], expresa el motivo por el cual se ha emitido la misma, al consignar ‘saldo deudor Cuenta Corriente’, no existiendo obligación expresa de describir con exactitud de cuál de las cuentas del girado deriva dicho saldo...” (Casación Nro. 1719-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2005, págs. 14150-14151).

- “... Tratándose de un título ejecutivo [letra de cambio girada por saldo deudor en cuenta corriente] permitido por la Ley, el Banco demandante no estaba obligado a presentar la documentación donde consta el origen de las obligaciones, de la tarjeta de crédito y de la cuenta corriente, pues se trata de una acción cambiaria y no causal...” (Casación Nro. 1104-2001 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8125-8126).

2.11 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en liquidación de saldo deudor emitida por empresa del sistema financiero

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en liquidación de saldo deudor emitida por empresa del sistema financiero, ha establecido lo siguiente:

- “... Las liquidaciones de los saldos deudores de las empresas financieras deben recaudarse con el o los documentos donde conste el origen de la obligación, porque sino emanarían de un acto unilateral y por tanto arbitrario, que no calificarían por sí solos como títulos ejecutivos, pues la ley y la doctrina reservan esa calidad a determinadas situaciones convencionales, en cuya formación siempre tiene intervención el obligado” (Casación Nro. 1706-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10-12-1998, págs. 2213-2214).
- “... La liquidación de saldo deudor [emitida por empresa del sistema financiero], si bien tiene mérito ejecutivo a tenor del inciso séptimo del artículo ciento treintidós de la Ley veintiséis mil setecientos dos - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, no califica como título ejecutivo por ser emanada de un acto unilateral, siendo por tanto necesario la sustentación de dicha liquidación...” (Casación Nro. 594-2001 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7735-7736).
- “... En los procesos ejecutivos, cuando el título está constituido por la Liquidación de Saldo Deudor [emitida por empresa del sistema financiero], [...] es necesaria la presentación de otros documentos que corroboren al anterior, a fin de sustentar la obligación objeto de cobro, ello porque la Liquidación [...] responde a un acto unilateral, que no puede quedar a la sola voluntad de quién [sic -léase de quien-] la emite...” (Casación Nro. 3438-02 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-09-2003, pág. 10813).

- “... Si bien el inciso séptimo del artículo ciento treintidós de la Ley veintiséis mil setecientos dos [Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros] da mérito a las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas comprendidas en tal disposición legal, entre ellas los bancos, la sola presentación de aquella no viabiliza el proceso [único] de ejecución, por lo que es necesario que dichas liquidaciones deben recaudarse con el o los documentos donde conste el origen de la obligación...” (Casación Nro. 2024-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7170).

2.12 Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en contrato de arrendamiento financiero

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al título ejecutivo consistente en contrato de arrendamiento financiero, ha establecido lo siguiente:

- “... El contrato de arrendamiento financiero tiene mérito ejecutivo...” (Casación Nro. 3584-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, págs. 7452-7453).
- “... Al tener el contrato de arrendamiento [financiero] en su conjunto mérito ejecutivo, cualquiera o todas sus cláusulas pueden ser exigidas en vía ejecutiva [entiéndase vía de proceso único de ejecución en la actualidad], lo que incluye entonces las cláusulas penales...” (Casación Nro. 758-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23575-23578. **Nota:** En este caso, los votos de los Vocales respectivos aparecen publicados en forma precedente a la sentencia en casación, siendo la página donde se ubica el presente extracto la Nro. 23577).
- “... La sentencia de vista al negar mérito ejecutivo al testimonio de la escritura pública de subarrendamiento financiero al que se agrega las facturas con las mensualidades adeudadas, ha realizado una calificación indebida del título ejecutivo...” (Casación Nro. 2260-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, págs. 4979-4980).

3. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LOS REQUISITOS DE LA EJECUCION PROCESAL

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a los requisitos comunes de la ejecución procesal, ha establecido lo siguiente:

- “... Una obligación se considera cierta, cuando es conocida como verdadera e indubitable...” (Casación Nro. 784-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7850-7851).
- “... Es expresa [la obligación] cuando manifiesta claramente una intención o voluntad...” (Casación Nro. 784-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7850-7851).
- “... Es exigible [la obligación], cuando se refiere a una obligación pura[,], simple y si tiene plazo, que este haya vencido y no este [sic -léase y no esté-] sujeta a condición...” (Casación Nro. 784-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7850-7851).
- “... La falta de arancel judicial por ofrecimiento de pruebas o por calificación de título ejecutivo o de ejecución, no está contemplada como causal de nulidad en el Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 4358-2001 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-02-2003, págs. 10051-10052).
- “... No es requisito para demandar ejecutivamente el cobro de un pagaré la comunicación previa al fiador...” (Casación Nro. 3488-2000 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7240).
- “... El Código adjetivo [C.P.C.] no exige que se acompañen las actas de protesto sino tan solo la constancia de notario del protesto...” (Casación Nro. 884-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7641).
- “... La imposibilidad de la prestación imputable al deudor conlleva a una mutación o transformación del objeto debido, que hace que la obligación primitiva se transforme en una obligación de valor del monto equivalente, la cual tiene naturaleza indemnizatoria; en tal sentido, siendo de carácter indemnizatorio la citada obligación, no resulta viable su cumplimiento en la vía ejecutiva [entiéndase vía de proceso único de ejecución en la actualidad] en donde se requiere que la obligación sea cierta, expresa, exigible y líquida, sino en una vía más lata en donde se discutan los extremos relativos a la imposibilidad de la prestación y si [...] este hecho le es atribuible al deudor...” (Casación Nro. 865-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6709).

4. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA LEGITIMACION EN LA EJECUCION PROCESAL

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la legitimación en la ejecución procesal, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo 90.1 de la Ley 272827 [sic -léase Ley 27287] establece que ‘los títulos-valores confieren a su tenedor la acción cambiaria directa, que puede ejercitarse contra el obligado principal y/o sus garantes’, es decir, la acción cambiaria es consecuencia de la obligación que asume cada uno de los que ponen su firma en el título-valor, ya sea como girador, endosante, avalista o aceptante; constituyéndose como sujetos pasivos de la acción directa el obligado principal, que puede ser el girador y sus garantes que pueden ser los avalistas y fiadores, quienes a su vez están obligados en los mismos términos que su avalado...” (Casación Nro. 3831-2006 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2007, págs. 18893-18894).
- “... Conforme se advierte del tenor de las letras de cambio, que son el título de la ejecución de la presente demanda [de ejecución] de obligación de dar suma de dinero, la persona de [...] no ha intervenido suscribiendo ninguno de los títulos-valores puestos a cobro, por lo tanto, en razón al texto del documento que determina los alcances de las obligaciones y derechos contenidos en el título-valor, dicha persona no puede responder por las obligaciones contenidas en los referidos títulos, resultando pertinente señalar los alcances del principio de literalidad que rigen a los títulos-valores. [...] Que, asimismo, [sobre] el hecho de haber sido considerada la citada recurrente como litisconsorte necesario pasivo de la parte demandada, tal situación procesal no le puede generar una obligación de naturaleza sustantiva que no fluye del título-valor...” (Casación Nro. 3831-2006 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2007, págs. 18893-18894).
- “... En el desarrollo de la litis [sobre ejecución de obligación de dar suma de dinero] se ha constatado que si bien la entidad recurrente [demandada] se encuentra inmersa en un procedimiento concursal, dicha situación no es un impedimento para [que] la entidad accionante instaure el presente juicio con el propósito de determinar la deuda a cargo de los emplazados...” (Casación Nro. 3253-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, pág. 21554).

5. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA DEMANDA EN EL PROCESO DE EJECUCION

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la demanda en el proceso de ejecución, ha establecido lo siguiente:

- “... Si bien es cierto el examen formal de títulos [cambiales] como los anexados a la demanda [de ejecución de obligación de dar suma de dinero] puede verificarse incluso de oficio por el órgano jurisdiccional, no es menos cierto que dicho examen está limitado a las exigencias que provengan del texto de las leyes respectivas, no pudiendo el juez sustituirse a la actividad que compete a las partes, ni indagar oficiosamente sobre hechos relevantes que pudieran trascender en la resolución de la litis, por cuanto ello corresponde exclusivamente a las partes...” (Casación Nro. 4514-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22082-22083).
- “... Al haber ejercitado el actor la acción cambiaria sin haber presentado el título-valor correspondiente que sustente su demanda, la misma devenía en improcedente conforme a las normas de la Ley de Títulos Valores, resultando facultad del Juez declararla de plano conforme al artículo 427 -penúltimo párrafo- del Código Procesal Civil que autoriza a rechazar una demanda cuando resulta manifiestamente improcedente; no constituyendo ello infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...” (Casación Nro. 2177-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-10-2006, págs. 17248-17249).
- “... No existe modificación o ampliación de la demanda [ejecutiva] sino simplemente una reducción del monto objeto de la reclamación, poniendo de manifiesto la buena fe del ejecutante en beneficio del recurrente...” (Casación Nro. 2642-2000 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7205-7206).

6. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA DENEGACION DE LA EJECUCION PROCESAL

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la denegación de la ejecución procesal, ha establecido lo siguiente:

- “... Cuando la Sala Superior, merituando el título valor que se apareja a la demanda [de ejecución de obligación de dar suma de dinero], estima en sus considerandos que la validez de éste se encuentra sometido [sic -léase sometida-] al cumplimiento previo de una condición, no tiene por

qué pronunciarse sobre la fundabilidad o no de la demanda de obligación de dar suma de dinero (particularmente, de la exigibilidad de la obligación), pues ello sólo sería factible previa valoración de la prueba sobre los hechos en que se sustenta la pretensión, según lo informa el artículo doscientos del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 2424-05 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2006, pág. 17509).

- “... En el caso sub materia se ha demandado una obligación de dar suma de dinero, que tiene un objeto distinto al que las partes pactaron en el contrato [...], que consiste en la entrega en especie [...]; siendo así, resulta evidente que no es viable demandar ejecutivamente el cumplimiento de una obligación distinta a la pactada, por lo tanto si es de aplicación [sic -léase sí es de aplicación-] para el caso el artículo mil ciento treintidós del Código Civil...” (Casación Nro. 865-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6709).

7. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA CONTRADICCION EN EL PROCESO DE EJECUCION

En los subpuntos siguientes pasaremos a ver la jurisprudencia casatoria relacionada con la contradicción en el proceso de ejecución.

7.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la contradicción en el proceso de ejecución

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre la contradicción en el proceso de ejecución, ha establecido lo siguiente:

- “... Es carga procesal del ejecutado invocar la causal que sustenta su contradicción, por lo que no puede alegar en su favor la infracción de un acto procesal cuando con su conducta ha propiciado su propia indefensión, que no puede ser subsanado por el [principio de] iura novit curia ya que no es un error de derecho o de ‘nomen iuris’ sino la posición del justiciable que tiene en el proceso que debe ser cumplida conforme a la ley procesal, pues de lo contrario debe soportar el efecto de su incumplimiento, como es el rechazo liminar de la contradicción...” (Casación Nro. 3568-00 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7249).
- “... Cuando se ejercita la acción cambiaria se pretende el cobro de la obligación en mérito del documento mismo, por lo que el ejecutado podrá formular contradicción basado en la nulidad formal del título, la falsedad del mismo o la inexigibilidad de la obligación por la existencia de medios que se deriven de sus relaciones personales y que resulten procedentes...”

(Casación Nro. 5373-2006 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 19964-19965).

- “... De acuerdo al texto del artículo diecinueve, parágrafo diecinueve punto tres, de la Ley de Títulos Valores, Ley Número veintisiete mil doscientos ochentisiete, el demandado no puede ejercer los medios de defensa fundados en sus relaciones personales con los otros obligados del título valor, ni contra quienes no mantenga relación causal vinculada al título valor, a menos que al adquirirlo, el demandante hubiera obrado a sabiendas del daño de aquél. Por consiguiente, el cuestionamiento efectuado por la ejecutada no puede ser opuesto al ejecutante del presente proceso, por cuanto éste, al ser endosatario del título valor, no forma parte de la relación causal que originó la emisión del título valor puesto en ejecución en el caso de autos, no habiendo demostrado la empresa ejecutada, en modo alguno, que el recurrente tuviera conocimiento del defecto denunciado...” (Casación Nro. 4514-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22082-22083).
- “... Dentro del Proceso Ejecutivo no ha lugar [sic -léase no hay lugar-] a pronunciamientos sobre el fondo de las relaciones jurídicas habidas entre el demandante y demandadas y únicamente se pueden invocar las causales previstas en el [...] Código Procesal acotado [C.P.C.] como sustento de la contradicción de la ejecución; [...] ésta [sic -léase esta-] Sala Suprema considera que la sentencia impugnada al haber emitido un pronunciamiento respecto de la relación causal ha incurrido en contravención del debido proceso...” (Casación Nro. 342-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2002, págs. 9301-9302).
- “... El presente es un proceso ejecutivo en el que la compensación no puede ser determinada, ya que no es materia a dilucidar la existencia de obligaciones por parte de la ejecutante...” (Casación Nro. 2689-2003 / Cono Norte - Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-08-2004, págs. 12468-12469).
- “... Dada la naturaleza del proceso de ejecución [de laudo arbitral], no resulta procedente invocar la inaplicación de normas de derecho material que están relacionadas con aspectos de fondo que sólo pueden ser debatidas en un proceso de cognición o en la vía arbitral...” (Casación Nro. 2563-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6681).
- “... La validez o invalidez de un Laudo Arbitral por alguna presunta corrección indebida del mismo, dispuesta por el mismo árbitro no es materia

del presente proceso de Ejecución de Laudo Arbitral...” (Casación Nro. 1002-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-11-2004, pág. 12934).

- “... La parte demandada no ha formulado contradicción al mandato ejecutivo, [...] razón por la cuál [sic -léase razón por la cual-] ha precluido la oportunidad para formular la nulidad formal o falsedad del título ejecutivo...” (Casación Nro. 3087-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-07-2002, pág. 8992).

7.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo, ha establecido lo siguiente:

- “... La inexigibilidad de la obligación es una causal de contradicción por la cual el accionado acota que la prestación a su cargo no le es exigible ya sea por razones de modo, condición o plazo...” (Casación Nro. 2420-2005 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, págs. 19683-19684).
- “... Para que la contradicción a la ejecución sea amparada por casual [sic -léase causal-] de inexigibilidad de la obligación, se debe acreditar en el proceso que la obligación puesta a cobro resulta inexigible en razón a tiempo, lugar o modo...” (Casación Nro. 2332-2005 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2006, págs. 17509-17510).
- “... La causal [de contradicción] de inexigibilidad presupone la existencia de una obligación, pero ésta no resulta aún exigible por cuanto todavía no se ha vencido el plazo o porque la obligación está sujeta a condición suspensiva...” (Casación Nro. 1369-2000 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6806-6807).

7.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la iliquidez de la obligación contenida en el título ejecutivo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la iliquidez de la obligación contenida en el título ejecutivo, ha establecido lo siguiente: “... 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...” (Casación Nro. 1369-2000 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6806-6807).

7.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la nulidad formal del título ejecutivo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la nulidad formal del título ejecutivo, ha establecido lo siguiente:

- “... 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 [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] 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...” (Casación Nro. 1760-02 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2005, pág. 13802).
- “... No se sanciona con nulidad la omisión o falta de consignación en el título valor de los pagos parciales...” (Casación Nro. 3126-2007 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, pág. 23162).
- “... La contradicción de la ejecutada se basó en la nulidad formal del título pues el mismo se había firmado en blanco; y en la inexigibilidad de la obligación, bajo el sustento de que la obligación ya había sido cancelada; [...] [se] agregó a ello que la demanda resultaba infundada en base a que se sustentaba en un pagaré firmado en blanco dado en garantía [...], pero que tal deuda ya había sido pagada; y que el pagaré contenía una serie de defectos que anota; [...] [sin embargo] la Corte Superior revoca la resolución de Primera Instancia declarando fundada la contradicción en base a que el título valor había sido integrado contraviniendo los acuerdos arribados por las partes, ya que según expresa el mismo no reflejaba el saldo real de la deuda; argumentos éstos que resultan ajenos a los argüidos en la contradicción y que se ha anotado precedentemente, con lo que se configura el vicio de incongruencia...” (Casación Nro. 2614-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7202).
- “... Tampoco resulta procedente que la recurrente en vía de casación pretenda modificar los argumentos de su contradicción de la causal de nulidad

formal del título por el de inexigibilidad de la obligación, por cuanto ello conllevaría a una vulneración del principio dispositivo del proceso civil en virtud del cual el Juez Superior no puede conocer una materia distinta a la que han invocado las partes en sus actos postulatorios y que ha sido objeto de debate contradictorio a lo largo del proceso...” (Casación Nro. 3688-00 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7350).

7.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en completar de modo contrario a los acuerdos adoptados el título valor emitido en forma incompleta

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en completar de modo contrario a los acuerdos adoptados el título valor emitido en forma incompleta, ha establecido lo siguiente:

- “... Definido el tema de la posibilidad legal de emitirse títulos valores, en este caso letra de cambio, en forma incompleta, debe señalarse que en el desarrollo de las relaciones comerciales es usual que los deudores firmen letras de cambio incompletas a favor de los acreedores en garantía del cumplimiento de la obligación asumida[,] empero ello no perjudicará el título siempre y cuando entre los acuerdos adoptados se encuentra [sic -léase se encuentre-] el de autorizar al acreedor a completar la cambial y ejecutarla orientándola así a cumplir su destino de circular...” (Casación Nro. 2378-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20302-20303).
- “... El artículo diez de la Ley de Títulos Valores Número veintisiete mil doscientos ochentisiete contempla la posibilidad de que un título valor sea emitido incompleto y en su punto cuatro se dispone que las menciones y requisitos del título valor o de los derechos que en él deben consignarse para su eficacia deben ser completados hasta antes de su presentación para su pago o cumplimiento; es decir, no se exige ab initio el cumplimiento de todos los requisitos, sino que ellos estén presentes al momento en que deban ejercitarse los derechos que confieren; así, para el caso de Letras de Cambio será en el momento para su aceptación o su pago; no pudiendo acudirse obviamente a la acción judicial en mérito a la letra si ésta incumple con los requisitos que exige la ley; [...] encontrándose aceptada la Letra puesta a cobro debe presumirse la autorización del llenado, el que debe realizarse en atención a los acuerdos adoptados, encontrándose facultado el deudor a formular contradicción cuando ellos no hayan sido respetados como lo señala el artículo diecinueve de la precitada Ley de

Títulos Valores, recayendo en él la carga de la prueba respecto a tal vulneración; más aún, si la aceptación en la letra importa la manifestación de voluntad de parte de la demandada a que se refiere el artículo ciento cuarenta del Código Civil para la validez del acto jurídico...” (Casación Nro. 4130-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, págs. 9217-9218).

- “... Nada impide [...] que en un proceso de cognición -con amplitud probatoria- pueda hacerse valer el derecho del obligado que ha aceptado un pagaré incompleto y que fuera llenado de manera contraria a los acuerdos...” (Casación Nro. 1705-2008 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23415-23418).
- “... La ley veintisiete mil doscientos ochentisiete en su artículo diez aplicable al presente caso permite la emisión o aceptación de un título valor en forma incompleta a menos que se demuestre que el llenado ha sido efectuado contrariamente a los acuerdos adoptados, lo cual no puede ser acreditado con la pericia; y por otro lado, tampoco podría acreditarse con dicha prueba que el título valor haya sido entregado en garantía...” (Casación Nro. 3420-2001 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8536).

7.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la extinción de la obligación contenida en el título ejecutivo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la extinción de la obligación contenida en el título ejecutivo, ha establecido lo siguiente:

- “... 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...” (Casación Nro. 1369-2000 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6806-6807).
- “... La primera [causal de contradicción de inexigibilidad de la obligación] está definida como la inexistencia en un momento determinado de interés para obrar en la satisfacción de una pretensión en vía forzada y la segunda [causal de contradicción de extinción de la obligación exigida] está referida a la terminación o desaparición del vínculo jurídico entre el deudor y acreedor, por alguna de las formas que la ley establece para tal efecto...” (Casación Nro. 88-2003 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-10-2003, págs. 11030-11031).

- “... La extinción total de una obligación se produce cuando se ejecuta íntegramente la prestación, tal como lo dispone el artículo mil doscientos veinte del Código Civil; sin embargo, resulta perfectamente posible que la obligación se extinga parcialmente, requiriéndose en este caso el acuerdo entre las partes, lo cual se produce generalmente cuando el acreedor acepta un pago parcial, quedando vigente la deuda por el saldo pendiente. [...] Que, lo señalado anteriormente es justamente lo que se ha producido en el presente caso, en el cual los órganos de instancia han concluido que en la audiencia única [...] la parte ejecutada reconoció el monto puesto a cobro y a su vez la ejecutante admitió el abono de una parte de la deuda; por eso es que el Juez declaro [sic -léase declaró-] fundada en parte la contradicción y fundada en parte la demanda ejecutiva, ordenando que se lleve adelante la ejecución solamente por el saldo pendiente. [...] si bien el Juez tiene la obligación de calificar los requisitos formales del título ejecutivo, ello no impide que durante el transcurso del proceso se produzca el cumplimiento parcial de la obligación o que se acredite el pago parcial de la misma, procediendo en este caso que el Juez ordene llevar adelante la ejecución únicamente por el monto adeudado; admitir una posición distinta implicaría afectar el derecho que tienen las partes a que sus bienes respondan solamente por lo que realmente adeudan...” (Casación Nro. 1369-2000 / Chinchá, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6806-6807).

7.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en la contradicción y en el proceso de ejecución

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la prueba en la contradicción y en el proceso de ejecución, ha establecido lo siguiente:

- “... En este tipo de procesos [procesos ejecutivos, que deben entenderse en la actualidad como procesos únicos de ejecución] no es posible ofrecer medios probatorios extemporáneos...” (Casación Nro. 4539-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, pág. 22238).
- “... En este proceso ejecutivo (entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad) (...), no hay apreciación de hechos, sino una valoración jurídica de documentos” (Casación Nro. 1695-97 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-10-1998, págs. 1976-1977).
- “... La prueba ofrecida por el recurrente cual es la exhibición de recibos de pago por parte de la co ejecutada [sic] [...] no es prueba que sea admitida en el presente proceso [sobre ejecución de obligación de dar suma

de dinero]...” (Casación Nro. 3226-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7229).

- “... Con relación a la exhibición [...] de las actas de protesto, debe tenerse presente que estos documentos constituyen instrumentos públicos, que pueden ser solicitados por cualquier persona, por lo que no se requiere su exhibición para que formen parte del proceso [sobre ejecución de obligación de dar suma de dinero] puesto que el propio ejecutado pudo haberlos adjuntado con su contradicción...” (Casación Nro. 3634-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9031-9032).
- “... No existe afectación del derecho al debido proceso, porque como lo ha establecido el Colegiado [Superior], las exhibiciones solicitadas por el ejecutado son impertinentes, porque tratan de demostrar la relación causal, la misma que no constituye punto controvertido en los procesos ejecutivos [entiéndase procesos únicos de ejecución en la actualidad]...” (Casación Nro. 3480-2000 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7239-7240).
- “... Si bien la naturaleza del presente proceso es ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad], no menos cierto es que el juez puede ordenar de oficio la actuación de un medio probatorio...” (Casación Nro. 2879 - 99 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-02-2000, pág. 4642).
- “... Cuando en la demanda se señala en forma precisa la suma líquida que el emplazado debe pagar, existe la obligación procesal del Organo Jurisdiccional para fijar en su fallo el monto que éste (sic -léase aquél-) debe abonar, que del mismo modo en el supuesto que surgen discrepancias sobre el particular, el juzgador apreciando la prueba actuada determinara (sic -léase determinará-) lo que corresponde cancelar y a falta de medios probatorios hará uso de la facultad contenida en el Artículo ciento noventicuatro del Código Procesal Civil disponiendo una prueba de oficio que le permita decidir con exactitud” (Casación Nro. 388-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-10-1999, pág. 3769).
- “... En los procesos de ejecución de resoluciones judiciales, la contradicción solo puede sustentarse en el cumplimiento de lo ordenado o en la extinción de la obligación, lo que debe ser sustentado documentalmente [...]. No hay etapa probatoria...” (Casación Nro. 2960-2006 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2007, pág. 20097).

8. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL TRAMITE DEL PROCESO DE EJECUCION

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al trámite del proceso de ejecución, ha establecido lo siguiente:

- “... De acuerdo a su naturaleza los procesos ejecutivos [entiéndase procesos únicos de ejecución en la actualidad] se tramitan con prontitud, de donde resulta fácil deducir que el instituto jurídico de la rebeldía, como una forma de construir la verdad judicial, basándose en presunciones de diversa naturaleza, no es aplicable...” (Casación Nro. 2951-2000 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, pág. 6986).
- “... La notificación por cédula de la citación para sentencia a que se refiere los artículos ciento sesentiuono in fine y cuatrocientos cincuentinueve del Código acotado [C.P.C.], debe realizarse cuando el emplazado ha sido declarado rebelde, no pudiendo homologarse dicha situación procesal con la del ejecutado que no formula contradicción al mandato de ejecución, dada la naturaleza expeditiva de los procesos ejecutivos [entiéndase procesos únicos de ejecución en la actualidad]...” (Casación Nro. 2715-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6794).
- “... En el presente caso, no existe Audiencia de Pruebas, por tratarse de un proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad], cuya actuación debe hacerse en Audiencia Unica...” (Casación Nro. 836-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2004, págs. 11684-11685).

9. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA EJECUCION DE OBLIGACION DE DAR BIEN MUEBLE DETERMINADO

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la ejecución de obligación de dar bien mueble determinado, ha establecido lo siguiente: “... Tratándose de una obligación de dar un bien mueble determinado, cuya entrega se pretende en un proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad], debe existir la prestación concreta a la cual el demandado se ha obligado expresamente frente al acreedor...” (Casación Nro. 1655-2007 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2007, págs. 21103-21104).

10. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES

En los subpuntos que siguen citaremos la jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de resoluciones judiciales.

10.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la ejecución de resoluciones judiciales

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre la ejecución de resoluciones judiciales, ha establecido lo siguiente:

- “... La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna; por tanto la ejecución de las sentencias implica, entre otras cosas, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción...” (Casación Nro. 534-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2005, pág. 15096).
- “... No se acredita que el recurrente [parte demandada] haya sufrido perjuicio alguno, conforme refiere el artículo ciento setenticuatro del mismo Cuerpo Legal [C.P.C.] toda vez que en caso de existir pagos efectuados por éste con respecto al monto total demandado, ellos serán tomados en cuenta durante la etapa de ejecución de sentencia...” (Casación Nro. 2646-2000 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7206).
- “... Los diversos pagos parciales debidamente documentados pueden ser descontados en ejecución de sentencia conforme lo señala el artículo mil doscientos cincuenta y siete del Código Civil...” (Casación Nro. 5206-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, pág. 23290).
- “... En atención a los artículos setecientos dieciséis y setecientos diecisiete del Código Procesal Civil, [...] los pagos parciales se liquidan y deducen en ejecución de resolución judicial...” (Casación Nro. 1146-01 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7913-7914).
- “... El hecho de que dicho pago a cuenta (de un título valor) se haga valer en ejecución de sentencia, no constituye causal de nulidad del proceso (ejecutivo -debiendo entenderse en la actualidad como proceso único de ejecución-)...” (Casación Nro. 415-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-10-1996, pág. 2363).
- “... La Sala Superior ha dispuesto que en ejecución de sentencia se verifique si realmente hicieron o no los abonos que alude la ejecutada lo que

correspondía que la misma apreciara y decida conllevando lo resuelto a que en ejecución se produzca un nuevo debate probatorio lo que no corresponde afectándose así el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente...” (Casación Nro. 3293-2012 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2014, pág. 46819).

10.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de suma ilíquida contenida en el título

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la ejecución de suma ilíquida contenida en el título, ha establecido lo siguiente:

- “... Hay cantidad ilíquida cuando ésta se puede determinar en base a los criterios establecidos en el mismo título o en los que la ley disponga...” (Casación Nro. 3182-99 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7227-7228).
- “... En [...] [la] ejecución de sentencias no corresponde actuar pruebas, y la pericia que se ordene en el caso de las cantidades ilíquidas debe practicarse con arreglo a lo establecido en la sentencia, sin sustentarse en prueba adicional...” (Casación Nro. 3182-99 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7227-7228).
- “... Cualquier controversia respecto de los intereses podrán [sic -léase podrá-] dilucidarse en ejecución de sentencia...” (Casación Nro. 2515-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8851).

11. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA EJECUCION DE GARANTIAS

En los subpuntos que siguen citaremos la jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de garantías.

11.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre la ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... El proceso de ejecución de garantía [...] se caracteriza por seguir un trámite distinto al del proceso cognitivo, en razón a que prescinde de diversas etapas procesales [...]; es, por ello, un proceso más expeditivo, en

razón a que se sustenta en un instrumento público que contiene la garantía y en otros documentos que dotan a la suma puesta a cobro de las características de ser cierta, expresa y exigible...” (Casación Nro. 1078-04 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2005, págs. 15015-15016).

- “... El proceso de ejecución de garantías es aquel destinado a hacer efectivo el derecho contenido en el título de ejecución cuya cualidad la declara la Ley, como es, la escritura pública de garantía hipotecaria [...]; de tal manera que, si en un proceso complejo (de conocimiento), se inicia en una situación de incertidumbre, a fin de obtener una declaración jurisdiccional de certeza o la solución a un conflicto intersubjetivo de intereses, en el presente proceso de ejecución se comienza en un derecho cierto, previamente determinado por las partes, pero insatisfecho por una de ellas...” (Casación Nro. 4939-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21580-21581).
- “... Si bien el proceso de ejecución de garantías presenta semejanzas con el de ejecución de sentencia, se trata de un proceso autónomo en que la parte ejecutada puede contradecir el mandato de ejecución, estableciéndose una controversia que será resuelta por el juzgador[,] a diferencia del segundo de los nombrados en el que no existe debate alguno sino la ejecución de lo resuelto judicialmente...” (Casación Nro. 2585-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15612-15613).
- “... Se ejercita una acción real [acción de ejecución de garantía hipotecaria], que es objetiva, persecutoria del bien inmueble hipotecado, con prescindencia de quien lo tenga en su poder, cualquiera sea el título de posesión, lo que resulta de su naturaleza ‘erga omnes’...” (Casación Nro. 1525-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2006, págs. 15863-15865).
- “... Para la procedencia de la acción de ejecución de garantía sólo se requiere la existencia de una deuda exigible garantizada por el documento que contiene la garantía...” (Casación Nro. 338-2007 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, pág. 21394).
- “... El thema decidendum no estriba en determinar la validez de la hipoteca sub materia sino si la misma resulta ejecutable o no según los términos planteados en la presente demanda [de ejecución de garantía hipotecaria]...” (Casación Nro. 2281-2007 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, pág. 20380).

- “... El origen de las obligaciones que garantiza la hipoteca no es materia de análisis en el presente proceso de ejecución de garantías...” (Casación Nro. 112-2005 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, pág. 17333).
- “... No es objeto de este proceso de ejecución de garantías la determinación de la viabilidad ejecutiva o no de cualquier documento cartular...” (Casación Nro. 3190-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21340-21342).
- “... El proceso de ejecución de garantías es una acción real que corresponde al titular de un derecho real de garantía para hacer efectiva la venta de la cosa, por incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud del título de ejecución; [...] mientras que las acciones personales son las que tienen por objeto garantizar un derecho personal, es decir, se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o de no hacer determinado acto; por lo que el uso de una u otra acción para efectuar el cobro en parte de una obligación no constituye una afectación del derecho al debido proceso...” (Casación Nro. 3956-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22069-22070).
- “... En materia de ejecución de garantías debe distinguirse los conceptos del monto del gravamen así como de la obligación garantizada, pues el primero de ellos está referido a la cobertura de la hipoteca que afecta el bien, y el segundo de ellos se refiere a la obligación que efectivamente se adeuda, siendo por ello perfectamente factible que el monto de la obligación sea menor al monto del gravamen...” (Casación Nro. 1336-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7771).
- “... El hecho de que el monto de la ejecución sea superior a la suma de la garantía hipotecaria, no excluye el proceso de ejecución de garantía, porque la hipoteca sólo podrá ser ejecutada por el monto garantizado y en caso de existir excedente sobre dicha suma, la misma corresponderá al garante hipotecario...” (Casación Nro. 2532-2005 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, pág. 16339).
- “... Si bien la cuantía de la deuda resulta mayor al monto especificado en la hipoteca, ello no es óbice para proceder a la ejecución de la garantía hasta por la suma acordada, dejando a salvo el derecho respecto al saldo deudor...” (Casación Nro. 855-2013 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2013, pág. 42589).

11.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimidad activa y pasiva en la ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la legitimidad activa y pasiva en la ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... El proceso de ejecución de garantías constituye una acción real que corresponde al titular de un derecho real de garantía, para hacer efectiva la venta del bien, por incumplimiento en la obligación garantizada, sustentada en el título constituido por el documento que contiene la garantía...” (Casación Nro. 737-2008 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-09-2008, págs. 23080-23081).
- “... La hipoteca como derecho real de garantía, le concede al acreedor hipotecario el derecho de persecución, preferencia y venta judicial del inmueble hipotecado, (...) (en) ese sentido por el derecho de persecución si el constituyente de la hipoteca procede a enajenar el inmueble hipotecado, el acreedor tiene el derecho de perseguir el bien, cualquiera sea su adquirente, con la finalidad de hacerse pago con el precio que se obtenga en el remate...” (Casación Nro. 1892-99 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-01-2000, pág. 4510).
- “... Si bien es cierto que la garantía hipotecaria es un derecho real accesorio a la obligación que garantiza o respalda, no existe impedimento legal que conmine al beneficiario del gravamen iniciar la acción primero respecto del deudor de la obligación para luego continuar con el garante, más aún si es que, conforme al artículo mil noventisiete del Código Civil, todo acreedor hipotecario tiene derecho a la venta judicial del bien hipotecado, sin mayor restricción que la establecida en la ley...” (Casación Nro. 3190-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21340-21342).
- “... Lo que el artículo mil ciento diecisiete del Código Civil regula es la posibilidad que tiene el acreedor de exigir el pago: **(a)** al deudor, por la acción personal; o **(b)** al tercer adquirente del bien hipotecado, usando la acción real. Al respecto, cabe recordar que, no obstante que la aludida norma sustantiva utiliza el disyuntivo ‘o’ al hacer referencia a las posibilidades del acreedor, la propia norma destaca que el ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra. [...] Que, siendo ello así, es posible concluir que el caso de autos puede ser subsumido en el supuesto de hecho o fattispecie establecida en el artículo mil ciento diecisiete del Código Civil, toda vez que en el proceso de obligación de dar suma de dinero, tramitado en la vía del proceso ejecutivo [entiéndase proceso único

de ejecución en la actualidad], que se tiene a la vista, se demandó a la deudora; y, de otro lado, en el presente proceso de ejecución de garantías, se demandó a la tercera que adquirió el inmueble dado en garantía. [...] Que, sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, y no obstante que la acción personal no excluye a la real, es evidente que al ejecutar el mandato contenido en la sentencia expedida en el proceso que se tiene a la vista o al disponer el remate del inmueble dado en garantía, la ejecutante deberá desistirse de la opción que decida no ejercitar, lo que recién resulta exigible en dicha etapa de ejecución, toda vez que conforme al artículo mil doscientos veinte del Código Civil, el pago se entiende efectuado sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación...” (Casación Nro. 3516-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23476-23477).

- “... Al haberse resuelto el contrato [de compraventa y préstamo hipotecario] y con él todas las obligaciones que el cliente tiene con el Banco [demandante], y vencidos todos los plazos, el demandante tiene expedito su derecho para la ejecución de la garantía hipotecaria otorgada...” (Casación Nro. 1807-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6837).
- “... La legislación sustantiva permite que el garante hipotecario respalde obligaciones propias o de terceros, no siendo necesaria [...] la participación del beneficiario hipotecario en el título de ejecución o en el proceso de ejecución de garantías...” (Casación Nro. 4164-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, pág. 23629).
- “... Este proceso de ejecución de garantía real tiene por objeto exclusivo el remate del bien dado en garantía, en caso de no solventarse la deuda, (...) en consecuencia no es procedente acumularse (sic) la acción dirigida a los fiadores para el pago de la deuda en ejecución de una garantía personal...” (Casación Nro. 242-95 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-08-1996, pág. 2268).
- “... Cualquier omisión de notificar a los terceros que tienen cargas inscritas a su favor, no puede entorpecer el desarrollo del presente juicio [proceso de ejecución de garantías], en la medida que la hipoteca materia de ejecución se encontraba inscrita antes de inscribirse tales cargas [...] y además, en atención al derecho persecutorio que le reconoce la ley a la [...] hipotecante...” (Casación Nro. 2908-2006 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19274-19275).

- “... No existe vulneración al principio de congruencia pues el proceso de autos es uno de ejecución de garantías en el que se ha ordenado el remate del bien sub materia al declararse infundada la contradicción, no correspondiendo pronunciamiento alguno respecto a la posesión del recurrente [interviniente coadyuvante de los demandados] por no ser ello materia de discusión en procesos como el presente...” (Casación Nro. 516-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7489).

11.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con los anexos de la demanda de ejecución de garantías

En los subpuntos siguientes veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con los anexos de la demanda de ejecución de garantías.

11.3.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda referido al título de ejecución consistente en el documento que contiene la garantía

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al anexo de la demanda referido al título de ejecución consistente en el documento que contiene la garantía, ha establecido lo siguiente:

- “... En un proceso de ejecución de garantías reales, el título de ejecución es el documento en que consta la garantía y el estado de cuenta del Saldo Deudor, y cuando corresponda la tasación comercial actualizada del bien inmueble...” (Casación Nro. 2037-2008 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2008, pág. 22894).
- “... La certeza de la obligación debe estar contenida dentro del título de ejecución, teniendo en cuenta que este es un proceso de ejecución de garantías, en donde el título de ejecución [...] lo constituye la suma de la escritura pública de constitución del gravamen, la cual debe contener la obligación cierta, expresa y exigible y el estado de cuenta del saldo deudor, el mismo que debe describir la deuda materia de cobranza...” (Casación Nro. 3190-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2008, págs. 21340-21342).
- “... El título de ejecución [en la ejecución de garantías] está constituido por el documento que contiene la garantía, en este caso el contrato de constitución de garantía hipotecaria...” (Casación Nro. 3788-00 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7269).

- “... El artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil señala que el ejecutante anexará [a la demanda de ejecución de garantías] entre otros, el documento que contiene la garantía, sin hacer diferencia si se trata del documento original o no, no siendo factible diferenciar donde la Ley no diferencia...” (Casación Nro. 2954-2002 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2003, págs. 10322-10323).
- “... Conforme al último párrafo del Artículo doscientos treinticinco del Código Procesal (Civil), la copia del documento público tiene el mismo valor que el original si está certificada (...), de modo que bajo este aspecto la Ley no exige que necesariamente tenga que anexarse a la demanda (de ejecución de garantías) el documento original (que contiene la garantía)...” (Casación Nro. 2946-99 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, pág. 5004).
- “... El título de ejecución que se acompaña a la demanda [de ejecución de garantía] es la escritura pública [...] denominada contrato de reducción de garantía hipotecaria, que si bien tiene sus antecedentes en otras dos escrituras hipotecarias, una primigenia y otra ampliatoria, [...] no significa ninguna omisión respecto al documento que contiene el gravamen, pues conforme a la autonomía de la voluntad, el monto de la hipoteca puede ser reducido, y respecto a éste monto [sic -léase este monto-], es sobre el cual versa el título del presente proceso...” (Casación Nro. 3578-00 / San Martín - Moyobamba, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7250-7251).
- “... Como lo dispone el artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil, es exigencia para el tipo de proceso que corre en autos [sobre ejecución de garantías] la presentación del documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor, no siendo necesario la presentación de otros documentos, máxime si la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria reúne los requisitos necesarios para su validez...” (Casación Nro. 364-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2001, pág. 7474).
- “... El [...] título de ejecución [en el proceso de ejecución de garantías] está constituido por el documento que contiene la garantía, y, copulativamente, por el estado de cuenta del saldo deudor, y los demás documentos que enumera el artículo 720 del Código Procesal Civil, y no por los títulos-valores u otros que pueden ser anexados para acreditar el desembolso del dinero. Dicho de otro modo, para la procedencia de la presente acción [de ejecución de garantías] se requiere principalmente la existencia de

una deuda exigible garantizada por el documento que contiene la garantía...” (Casación Nro. 4939-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21580-21581).

- “... No es materia de discusión la validez del título valor anexado a la demanda de ejecución de garantías, en el cual los títulos [valores] solamente tienen carácter probatorio de la obligación garantizada con la hipoteca...” (Casación Nro. 806-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, págs. 7632-7633).
- “... En el proceso de ejecución de garantías no es exigible el título valor o el documento que acredite la obligación, bastando el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor, siendo facultad del juzgador excepcionalmente solicitar el título valor o el documento que acredite la obligación cuando lo considere necesario como Director del proceso...” (Casación Nro. 54-2001 / Puerto Maldonado - Madre de Dios, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7364).

11.3.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en el estado de cuenta del saldo deudor

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en el estado de cuenta del saldo deudor, ha establecido lo siguiente:

- “... El estado de cuenta del saldo deudor constituye una operación unilateral que establece la situación en la que se encuentra el deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificándose desde el punto de vista del acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma total o parcial, y si ésta ha generado los intereses respectivos, dependiendo de la relación jurídica sustantiva por la cual se encuentran vinculadas las partes...” (Casación Nro. 4772-06 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22109-22110).
- “... El objeto de establecer el saldo deudor (en el proceso de ejecución de garantías) está referido a la cantidad que el ejecutado debe pagar, en caso de prosperar la acción, para evitar el remate del bien dado en garantía” (Casación Nro. 2984-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-09-1999, pág. 3566).
- “... El requisito de que la obligación sea cierta, expresa y exigible [...] se satisface con la presentación del estado de cuenta del saldo deudor; el

cual es de cargo de la parte ejecutante [en la ejecución de garantías]...” (Casación Nro. 3814-2001 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, pág. 9041).

- “... La liquidación del saldo deudor es un anexo de la demanda [de ejecución de garantía] que refleja el contenido de las escrituras de constitución de hipoteca que constituyen el título de ejecución...” (Casación Nro. 3552-2000 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7246-7247).
- “... El [...] estado de cuenta del saldo deudor contiene información referida al estado de las obligaciones contraídas por el ejecutado, derivadas de una liquidación efectuada por la parte ejecutante en donde se consignan los pagos parciales efectuados por aquel [sic -léase aquél-], si los hubiere, así como los intereses legales y demás conceptos, dependiendo de la relación sustantiva a través de la cual se encuentran vinculadas las partes...” (Casación Nro. 594-2001 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7735-7736).
- “... Debe definirse (...) si forzosamente el estado de cuenta del saldo deudor debe figurar en un anexo de la demanda o también puede constar del propio texto de ella. (...) Que, (...) al constar el saldo deudor del texto propio de la demanda, se ha logrado la finalidad para el cual estaba destinado, no obstante que no se ha presentado como anexo de la misma, ya que la finalidad tenía por objeto que el ejecutado conozca cuál es el saldo deudor que se le reclama, por lo que existiendo convalidación tácita no puede haber nulidad del proceso y porque además no se ha afectado en forma alguna el derecho de defensa” (Casación Nro. 2984-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-09-1999, pág. 3566).
- “... Nuestro ordenamiento procesal no ha establecido expresamente formalidad para su elaboración [del estado de cuenta del saldo deudor], y al tratarse de un documento unilateral, basta que el mismo señale de forma detallada cuál es el monto adeudado y cómo se ha procedido a la liquidación de los intereses para que se tenga por cumplido el requisito de su presentación...” (Casación Nro. 4772-06 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22109-22110).
- “... El artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil exige que se anexe a la demanda [de ejecución de garantías] -entre otros requisitos- la liquidación de saldo deudor, documento que constituye una operación en la que se establece la situación en que se encuentra el deudor respecto de las obligaciones que ha asumido, el mismo que es emitido unilateralmente

y que no está sujeto a una forma preestablecida en la ley procesal, por lo que no es necesario que la parte demandante acompañe otros instrumentos que sustenten o acrediten la liquidación de saldo deudor, pues estaríamos exigiendo requisitos no previstos por la ley...” (Casación Nro. 464-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19202-19204).

- “... El requisito de la notificación previa con el saldo deudor solamente es necesario en el caso de emisión de letras de cambio a cargo de las entidades financieras, por lo tanto el citado requisito no es necesario para accionar la ejecución de una garantía real...” (Casación Nro. 2863-99 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21-01-2000, pág. 4611).
- “... El Juez está en la facultad de pronunciarse respecto a la liquidación de saldo deudor, pese a no haber sido cuestionada por la parte ejecutada, por ser requisito de procedibilidad el anexar dicha documentación a la demanda de ejecución de garantía, pronunciándose respecto a la validez de la relación jurídico procesal...” (Casación Nro. 980-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2000, pág. 6379).
- “... El estado de cuenta del saldo deudor constituye una operación que establece la situación en la que se encuentra el deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificándose desde el punto de vista del acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma parcial o total, y si ésta ha generado los intereses respectivos, dependiendo de la relación jurídica sustantiva por la cual se encuentran vinculadas las partes; en tal sentido tratándose de un documento unilateral que sólo el acreedor elabora y que, desde su perspectiva, refleja las deudas del obligado, aquél no puede tomarse prima facie como una prueba indubitable de las obligaciones impagas, pues su contenido necesariamente deberá ser contrastado con otras pruebas que permitan establecer si el mismo contiene una deuda cierta, expresa y exigible...” (Casación Nro. 3172-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20670-20671).
- “... La subsanación del estado de cuenta del saldo deudor [...] no puede ser entendida como una modificación a la demanda [de ejecución de garantías], sino como una adecuación precisa del monto demandado...” (Casación Nro. 1502-2006 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2006, pág. 18096).

- “... El ejecutante [en proceso de ejecución de garantías] se encuentra facultado para demandar una cantidad menor al monto de la deuda original y señalada en la liquidación del saldo deudor...” (Casación Nro. 1818-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2007, págs. 19606-19607).
- “... Según lo establece el inciso 2 del artículo 426 del Código Formal [C.P.C.], el Juzgador declarará inadmisble la demanda cuando no se acompañen los anexos exigidos por ley; por lo tanto, cuando se incumpla con lo señalado, se declarará inadmisble la demanda y no su improcedencia. [...] Que, en consecuencia, cuando la Sala de mérito atribuye la condición de omisión formal a la falta de presentación del estado de cuenta de saldo deudor o su mención en dicho documento, del garante hipotecario y en mérito a ello declara improcedente la pretensión [de ejecución de garantía], no sólo contraviene lo establecido en el inciso 2 del artículo 426 de la Ley Procesal [C.P.C.], sino también lo regulado por el segundo párrafo del artículo 720 del mencionado cuerpo legal [C.P.C.]...” (Casación Nro. 2543-2000 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, pág. 8384).
- “... Si la entidad ejecutante con posterioridad al auto admisorio de la demanda [de ejecución de garantías] admite algún pago de la ejecutada, ello no desvirtúa el [estado de cuenta del] saldo deudor acompañado a la acción, sino que se tiene que considerar al momento de efectuar el remate del bien...” (Casación Nro. 688-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7908).
- “... En los procesos de ejecución de garantías, las liquidaciones del saldo deudor emitidas por las Empresas del Sistema Financiero no tienen el mérito de acreditar la obligación por sí solas...” (Casación Nro. 1930-00 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2001, págs. 7007-7008).

11.3.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en la tasación comercial actualizada del bien

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en la tasación comercial actualizada del bien, ha establecido lo siguiente:

- “... La tasación [comercial actualizada] no constituye el título de ejecución, sino únicamente un requisito de procedibilidad de la demanda [de

ejecución de garantías]...” (Casación Nro. 246-01 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7378).

- “... La norma procesal no exige que la tasación actualizada del bien que se anexe a la demanda de ejecución [de garantías] sea elaborada por dos peritos tasadores, bastando la intervención de dos ingenieros o arquitectos colegiados con sus firmas legalizadas, según se expone en el tercer párrafo del artículo setecientos veinte del Código acotado [C.P.C.]...” (Casación Nro. 16-05 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-08-2005, pág. 14432).
- “... La tasación actualizada de lo bienes [sic -léase de los bienes-] materia de ejecución constituye [...] un requisito de admisibilidad de la demanda [de ejecución de garantías] conforme lo establece el artículo 720 del Código Adjetivo [C.P.C.]; no prohibiendo la Ley, que de acuerdo al bien materia de ejecución, se nombren peritos de la especialidad...” (Casación Nro. 2821-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, pág. 8482).
- “... Cuando un inmueble es valorizado convencionalmente por las partes en moneda extranjera, que es de valor constante, no se requiere la presentación de una nueva tasación comercial actualizada [en la ejecución de garantías], por cuanto dicha moneda extranjera sirve de resguardo frente a cualquier manifestación de carácter inflacionario que deprecie el valor pactado por las partes...” (Casación Nro. 2966-2000 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7342-7343).
- “... Esta Sala tiene resuelto que en caso de tasación convencional, para tener la condición de actualizada, se requiere que no haya transcurrido más de dos años, desde la fecha del pacto contenido en el título de ejecución a la fecha de la presentación de la demanda” (Casación Nro. 1969-98 / Sullana, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-02-1999, págs. 2563-2564).
- “... No obstante que esta Corte ha resuelto que la tasación no debe superar una antigüedad de dos años, cabe considerar que dicha exigencia no es rigurosa, puesto que la tasación convencional materia de autos ha sido celebrada en moneda extranjera, la misma que sirve de resguardo frente a cualquier manifestación de carácter inflacionario que deprecie el valor pactado por las partes respecto a la tasación del bien sub litis...” (Casación Nro. 665-99 / Cono Norte - Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-10-1999, pág. 3718).

- “... El hecho que el inmueble dado en garantía arroje en la actualidad un valor inferior al convenido por las partes no contraviene las garantías de un debido proceso, puesto que en todo caso al momento de la subasta, los bienes rematados pueden recuperar su valor real...” (Casación Nro. 2946-99 / Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-04-2000, pág. 5004).
- “... El cuestionamiento del valor de la tasación del bien [materia de ejecución de garantías] es un asunto que conforme al artículo setecientos veintinueve del Código Adjetivo [C.P.C.] puede ser apreciado por el Juez en la etapa de la ejecución forzada, si es que considera que el valor se hubiere desactualizado...” (Casación Nro. 1152-2001 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7757).
- “... En puridad, no es un supuesto de contradicción al Mandato de Ejecución [en la ejecución de garantías], objetar la tasación comercial del bien garantizado, ni mucho menos es factible invocarlo vía nulidad como lo ha formulado el ejecutado...” (Casación Nro. 3659-2001 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2002, pág. 10414).
- “... La tacha a la tasación [del inmueble materia de ejecución de garantía] ha sido correctamente resuelta por el A quo quien ha establecido que dicha tasación ha sido efectuada por peritos en la materia, y que en todo caso, sobre dicho documento no se puede formular tacha sino observación, la cual debe ser sustentada con medios probatorios idóneos...” (Casación Nro. 265-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, págs. 9541-9542).

11.3.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en el certificado de gravamen del bien registrado

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en el certificado de gravamen del bien registrado, ha establecido lo siguiente:

- “... La exigencia de la presentación del respectivo certificado de gravamen, como requisito de admisibilidad de la demanda [de ejecución de garantías], tiene por objetivo la acreditación del requisito de validez de la hipoteca referido a su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble...” (Casación Nro. 1587-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, págs. 8478-8479).

- “... En todos los procesos de ejecución [de garantías], los certificados de gravamen no constituyen información indispensable ni obligatorio [sic -léase obligatoria-] para adoptar una decisión sobre una obligación, cierta, expresa y exigible, puesto que, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo setecientos veinte del Código Procesal Civil, es imprescindible el título de ejecución, representado por la escritura pública de constitución del gravamen y el estado de cuenta del saldo deudor [...]; es así que la lógica del legislador, al solicitar, además [...] de estos requisitos, para los bienes registrados, el certificado de gravamen, es de constatar que el gravamen para los bienes registrados [...] se encuentra debidamente inscrito, pero este elemento probatorio no influye, en forma directa y contundente, en la determinación de la exigibilidad de la obligación; lo mismo sucede, por ejemplo, con la tasación comercial del bien; [...] no puede alegarse, válidamente, que la omisión de un certificado de gravamen fracciona la pretensión del actor ejecutante, puesto que ello no es cierto, ya que el sustento de la pretensión no es el certificado de gravamen sino el título de ejecución, constituido por las escrituras públicas [sic -léase públicas-] de gravamen y por el estado de cuenta del saldo deudor...” (Casación Nro. 322-2004 / Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2005, págs. 15001-15002).
- “... Las alegaciones respecto al certificado registral inmobiliario no constituyen causales para contradecir el mandato de ejecución [en el proceso de ejecución de garantías]...” (Casación Nro. 2252-2001 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-03-2002, págs. 8479-8480).

11.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda de ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda de ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... La Sala Superior al absolver el grado, ha concluido que la escritura pública de compra venta y de constitución de garantía hipotecaria así como el documento de saldo deudor, aparejados a la demanda [de ejecución de garantías], no reúnen los requisitos contenidos en el artículo 689 del Código Procesal Civil [sobre requisitos comunes de la ejecución]; por lo que es claro [...] que al señalar que la discusión sub litis se discuta en otra vía, es debido a que con la ausencia de dichos requisitos en los documentos antes indicados, no resulta procedente promover ejecución, no importando dicha decisión la contravención del debido proceso...” (Casación Nro. 3029-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, págs. 7670-7671).

- “... En el proceso actual [sobre ejecución de garantía] ya no cabe la ejecución de los inmuebles en cuestión, toda vez que al haberse cancelado y levantado las hipotecas discutidas, no existe título que ejecutar...” (Casación Nro. 818-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7910-7911).
- “... No puede ejecutarse una garantía hipotecaria derivada de un contrato de mutuo que ha sido declarado nulo por el Poder Judicial...” (Casación Nro. 1938-98 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-01-1999, págs. 2464-2465).
- “... En cuanto al cobro de la penalidad, [...] su cobro merece un debate en otro proceso, en el que podrá discutirse qué incumplimiento cubriría la cláusula penal, si fue estipulada para el caso de mora, si el incumplimiento es o no imputable al deudor o si resulta reducible, situaciones todas ellas que no corresponden analizarse en el presente proceso [de ejecución de garantías] y que resultan de los dispuesto [sic -léase de lo dispuesto-] por los artículos mil trescientos cuarentiuno al mil trescientos cincuenta del Código Civil...” (Casación Nro. 784-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7850-7851).

11.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con el mandato de ejecución

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al mandato de ejecución, ha establecido lo siguiente:

- “... De acuerdo al artículo setecientos veintiuno del acotado [C.P.C.], el mandato de ejecución [en el proceso de ejecución de garantías] debe contener la orden de pago de la deuda contraída y no se refiere al monto que ha sido materia de garantía...” (Casación Nro. 1016-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2006, pág. 18161).
- “... Al haberse expedido, un mandato de ejecución por una suma de dinero distinto (sic) a su real saldo deudor y a su vez distinto (sic) al título de ejecución, se infringe el principio de legalidad y formalidad de los actos procesales, y por ende de un debido proceso” (Casación Nro. 3147-98 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27-09-1999, págs. 3581-3582).
- “... Si bien el mandato de ejecución hace referencia a una suma mayor a la que contiene la fianza respaldada con garantía hipotecaria, es evidente que ello no impide la realización del título mencionado, cuya ejecución ha de efectuarse hasta por el monto en que ha sido constituida la garantía

real indicada...” (Casación Nro. 1452-98 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-03-1999, pág. 2825).

11.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con la contradicción en la ejecución de garantías

En los subpuntos siguientes veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con la contradicción en la ejecución de garantías.

11.6.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la contradicción en la ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre la contradicción en la ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... Dada la naturaleza de la presente causa [referida a la ejecución de garantías], las objeciones deben recaer sobre el título que es materia de ejecución...” (Casación Nro. 884-2004 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2006, pág. 16062).
- “... Las causales para contradecir el mandato de ejecución [en la ejecución de garantías] [...] están vinculadas al título de ejecución, los que no están constituidos por los pagarés recaudados [sic] sino por el documento que contiene la garantía...” (Casación Nro. 3698-00 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7262).
- “... De acuerdo a la naturaleza del proceso de ejecución de garantías, las causales de contradicción y los medios probatorios que la sustenten [sic -léase que las sustenten-], deben estar orientados a cuestionar el título de ejecución y no los documentos cartulares que sustentan la obligación...” (Casación Nro. 100-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8802).
- “... Constituye un requisito esencial de validez de la hipoteca que ésta recaiga sobre bienes presentes, y no futuros; por lo que el cuestionamiento de éste (sic) requisito importa el ejercicio de un acción independiente y autónoma, distinta al objeto que se persigue en el proceso de ejecución de garantías” (Casación Nro. 660-96 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23-04-1998, pág. 753).
- “... Las causales en las que debe sustentarse la contradicción [en la ejecución de garantías] [...] no están encaminadas a cuestionar la liquidación de saldo deudor, sino se refieren únicamente al título de ejecución...” (Casación Nro. 3788-00 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7269).

- “... En procesos como el de autos [sobre ejecución de garantías] no se discute la relación causal, esto es, no se analiza el origen de la obligación demandada...” (Casación Nro. 594-2001 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, págs. 7735-7736).
- “... Atendiendo a la naturaleza del proceso de ejecución de garantías, la única oportunidad que los ejecutados tienen para cuestionar los fundamentos del mandato de ejecución y por ende de la demanda correspondiente, es a través de la contradicción, [...] en tal sentido no se puede pretender cuestionar la referida resolución judicial a través del recurso de apelación interpuesto contra el auto que, aplicando el apercibimiento contenido en aquel [sic -léase aquél-], ordena se lleve adelante el remate del bien gravado, salvo que los fundamentos de dicho medio impugnatorio hayan sido hechos valer en la contradicción correspondiente...” (Casación Nro. 1224-01 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2001, pág. 7764).
- “... Al no haber regulado nuestro ordenamiento procesal civil el supuesto de cancelación parcial de obligaciones como causal de contradicción [en la ejecución de garantías], mal puede servir como sustento su invocación; empero es de advertirse que si dichos pagos no son cuestionados ni negados por la entidad ejecutante, las instancias de mérito haciendo uso de la actividad judicial de la valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, pueden ordenar la deducción de dichos pagos al realizarse el pago de la deuda total a la entidad ejecutante...” (Casación Nro. 1123-2000 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6689).
- “... El artículo doscientos noventa de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a los abogados, sin necesidad de la intervención de su cliente a presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley[,] y absolver el traslado de la contradicción [en la ejecución de garantías] no requiere poder especial...” (Casación Nro. 3056-2001 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2002, pág. 8327).

11.6.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo, ha establecido lo siguiente:

- “... La contradicción basada en la causal de inexigibilidad de la obligación debe sustentarse en el incumplimiento de alguna modalidad del acto jurídico dispuesta en el artículo 171 y siguientes del Código Civil, como plazo, lugar y modo...” (Casación Nro. 3611-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2008, págs. 21545-21546).
- “... La inexigibilidad [de la obligación] como causal de contradicción al mandato de ejecución [en la ejecución de garantías] está referida al lugar, tiempo y modo de la obligación, mas no hace referencia a los requisitos formales de la demanda...” (Casación Nro. 1423-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, pág. 8082).
- “... Esta causal [de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación] es proponible en el caso que la obligación no ha vencido, o se encuentra sujeta a condición o a plazo y estos no fueron cumplidos...” (Casación Nro. 2946-2000 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, pág. 7341).
- “... [La causal de] **inexigibilidad de la obligación**, [está referida] en cuanto a que la obligación se encuentre sujeta a plazo que no haya vencido, sujeta a condición o cargo por cumplir...” (Casación Nro. 1110-2007 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23581-23582).
- “... La inexigibilidad de la obligación no implica que el crédito sea desconocido, y menos que la garantía real quede sin efecto, sino que su ejercicio debe pretenderse en el plazo de su vencimiento...” (Casación Nro. 1225-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2007, págs. 20093-20094).
- “... No existiendo plazo determinado en el contrato, la obligación todavía no resultaba exigible, por lo que de acuerdo con el Artículo seiscientos ochentinueve del Código Procesal Civil, faltaba uno de los requisitos (obligación exigible) de la acción ejecutiva (proceso de ejecución de garantías)” (Casación Nro. 1798-98 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-1999, pág. 2351).
- “... La inexigibilidad de la obligación [como causal de contradicción en la ejecución de garantías] está referida al título de ejecución que está constituido por el documento que contiene la garantía y no puede ser declarada cuando se advierta algún supuesto defecto en la liquidación [del saldo deudor]...” (Casación Nro. 2784-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, pág. 8583).

- “... Si bien las instancias inferiores han concluido por el mérito de los documentos aportados como prueba al proceso [sobre ejecución de garantías], que el ejecutado ha realizado pagos parciales con respecto a la obligación que le es exigida, ello no determina que la obligación sea inexigible sino que la misma ha sido pagada parcialmente...” (Casación Nro. 1123-2000 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6689).
- “... La [causal de contradicción en la ejecución de garantías de] inexigibilidad de la obligación [...] puede sustentarse válidamente [en] el pago parcial de la misma, cuestionando con ello el monto de la obligación...” (Casación Nro. 633-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2002, pág. 8839).

11.6.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la nulidad formal del título ejecutivo

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la nulidad formal del título ejecutivo, ha establecido lo siguiente:

- “... La [causal de contradicción de] nulidad formal del título está referida cuando el título adolece de los requisitos formales bajo sanción de nulidad...” (Casación Nro. 1110-2007 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23581-23582).
- “... La causal [de contradicción del mandato de ejecución en la ejecución de garantías] de nulidad formal del título se configura por defectos formales del título de ejecución consistente en el documento que contiene la garantía, presentándose tales defectos formales cuando la hipoteca ha sido otorgada sin la formalidad de la escritura pública exigida por el artículo mil noventiocho del Código Civil, salvo disposición diferente de la ley, o cuando se incumple con las formalidades de la garantía hipotecaria establecidas por el artículo mil noventinueve del Código Civil...” (Casación Nro. 2336-01 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8575-8576).
- “... En las instancias de mérito se ha concluido válidamente que la causal de nulidad formal [...] se encuentra referida al documento que contiene la garantía hipotecaria y no a los títulos valores que se adjuntan a la demanda [de ejecución de garantías] como prueba de la existencia de la obligación...” (Casación Nro. 2851-2000 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6801-6802).

- “... La nulidad formal del título en que se sustenta la contradicción, debe estar referida en estricto al análisis de las exigencias establecidas por la ley para la validez del título de ejecución, mientras que las objeciones que se planteen respecto del saldo deudor estarán sometidas a la actividad probatoria, no pudiendo de ningún modo, ser consideradas como argumentos que sustenten válidamente la nulidad formal de éste...” (Casación Nro. 1104-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2000, pág. 6385).
- “... La sustentación de la nulidad de un documento evidentemente debe deducirse en vía de acción; tratándose el presente proceso (de ejecución de garantías) de uno brevísimos, no sería posible sustentarlo (sic) en esta acción. Únicamente es posible en este tipo de proceso referirse a la nulidad formal del título, mas no a la nulidad sustancial” (Casación Nro. 2550-99 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11-07-2000, pág. 5585).
- “... El obligado solamente podrá solicitar la nulidad formal del título que contiene la hipoteca, esto es, de la escritura pública, dentro de un proceso de ejecución de garantías, siempre y cuando converjan dentro de su constitución, la inobservancia de los requisitos señalados, es decir, no haya sido otorgado por el propietario del bien, no se haya señalado el monto de la deuda o el monto del gravamen; si concurre uno de estos defectos que acarrearán [la] nulidad del título, el Juzgador se pronunciará sobre ello, declarando fundada la contradicción e infundada la demanda...” (Casación Nro. 2310-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, págs. 13434-13435).
- “... La nulidad sustancial se presenta por defectos estructurales del acto jurídico relacionados con la inobservancia de los requisitos de validez exigidos por el artículo ciento cuarenta del Código Civil, como es el caso cuando falta manifestación de voluntad, el agente es incapaz, o el objeto es física o jurídicamente imposible, o el fin del acto jurídico es ilícito; [...] el supuesto de nulidad sustancial del acto jurídico no puede ser argüido como causal de contradicción pues la vía del proceso de ejecución de garantías no es la adecuada para discutir la invalidez sustancial del acto jurídico, ciñéndose la contradicción al mandato de ejecución solamente a defectos formales del título de ejecución...” (Casación Nro. 2336-01 / Chíncha, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2002, págs. 8575-8576).
- “... La declaración de la nulidad formal del título de ejecución como causal de contradicción a la ejecución, en rigor, solo afecta a la formalidad

del título de ejecución pero no al acto jurídico en sí...” (Casación Nro. 3251-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, pág. 18214).

11.6.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la extinción de la obligación exigida

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la causal de contradicción consistente en la extinción de la obligación exigida, ha establecido lo siguiente:

- “... El pago para que imposibilite la obligación tiene que ser total, pues el pago parcial no extingue la obligación, [...] el pago de la obligación, [...] debe entenderse como pago íntegro, pues aquel solo puede motivar la reducción del monto más no [sic -léase mas no-] la extinción de la obligación...” (Casación Nro. 1747-2003 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2005, págs. 13573-13574).
- “... El presente proceso es uno de ejecución de garantías y por lo mismo, está diseñado para la ejecución de obligaciones preconstituidas, la que en el caso de autos [...] está contenida en la escritura pública recaudada a la demanda. Si bien es cierto que la parte demandada ha formulado contradicción a la ejecución sustentándola en que se ha producido la compensación de las [sic -léase de la-] obligación que se reclama, también lo es, que dicha forma de extinción de las obligaciones debe ser acreditada en un proceso más lato en la que se determine [sic -léase en el que se determine-] la viabilidad de tal alegación, lo que en modo alguno implica la violación al debido proceso...” (Casación Nro. 1795-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2007, pág. 20042).

11.6.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en la contradicción y en el proceso de ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la prueba en la contradicción y en el proceso de ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... El mandato de pago en una acción de ejecución de garantías se funda en la escritura pública constitutiva de la garantía hipotecaria, luego la letra y pagaré que se adjunta sólo son elementos corroborantes del saldo de la cuenta a cargo de los ejecutados” (Casación Nro. 767-96 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23-04-1998, pág. 750).

- “... En los procesos de ejecución de garantía reales [sic -léase garantías reales-], los documentos cartulares, las cartas de requerimiento de pago del saldo deudor y las cuentas corrientes no constituyen sino información ilustrativa sobre el origen de la obligación que no tiene mayor relevancia, puesto que la ejecución procede cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible, conforme lo norma el artículo seiscientos ochentinueve del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 1246-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15446-15448).
- “... Dada la naturaleza formal de la presente acción [de ejecución de garantías] que sólo versa sobre el título que contiene la garantía otorgada, la prueba documental que establece la norma procesal [...] debe entenderse de actuación inmediata por no ser este un proceso lato, pues de otro modo quedaría desvirtuada la estructura del proceso de ejecución de garantías que debe ser breve...” (Casación Nro. 315-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2002, pág. 9578).
- “... La tacha ha sido declarada improcedente porque los procesos de ejecución de garantía hipotecaria tienen un trámite especial donde no se admite cuestiones probatorias...” (Casación Nro. 2468-2000 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6882).
- “... Si bien [...] no [se] prevé la presentación de tachas [...] tampoco [se] las prohíbe, por ende, es un derecho de todo justiciable proponerlas en toda clase de procesos ya que no está expresamente prohibido...” (Casación Nro. 1825-2000 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6651).
- “... Las observaciones y las tachas contra documentos no están prohibidos en el proceso de ejecución de garantías, toda vez que en esta clase de procesos se admiten [sic -léase se admite-] la presentación de documentos de actuación inmediata[,], por lo que [...] llegamos a la conclusión de que las cuestiones probatorias sí están permitidas...” (Casación Nro. 3920-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22071-22072).
- “... Dada la naturaleza del presente proceso -de ejecución de garantías-, no cabe el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia...” (Casación Nro. 5040-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, pág. 23285).

11.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el trámite de la ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a aspectos generales sobre el trámite de la ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... En cuanto a la denuncia de contravención del artículo cuatrocientos cincuentinueve del Código Procesal Civil, sobre declaración de rebeldía y la notificación de la resolución que la declara, cabe precisar que esta norma resulta aplicable en el proceso de cognición que prevé la contestación de la demanda, pero tratándose de un proceso de ejecución de garantías en el que se despacha ejecución no resulta de aplicación la declaración de rebeldía, toda vez que en este caso existe la figura de la contradicción, y si ésta no se formula dentro del plazo o no se cancela la obligación, el Juez de inmediato, sin trámite previo, ordena el remate de los bienes dados en garantía, tal como lo establece el artículo setecientos veintitrés del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 753-01 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2003, págs. 11238-11239).
- “... Resolviendo las contradicciones [en el proceso de ejecución de garantías] [...] el Juez de la causa emitió los autos [...] que declaran improcedente una y otra contradicción [de los codemandados]; en infracción del artículo setecientos veintidós y setecientos veintitrés del Código Procesal Civil, pues las contradicciones deben ser resueltas mediante un solo auto, en el que de desvirtuarse debe ordenarse el remate de los bienes dados en garantía; sin embargo, tal afectación no resulta pasible de sanción de nulidad en aplicación de lo dispuesto por el artículo ciento setentidós cuarto párrafo del Código Adjetivo [C.P.C.], en tanto la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución...” (Casación Nro. 4122-2001 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2002, pág. 9217).
- “... No hay prohibición legal de resolver las excepciones conjuntamente con la contradicción en una sola resolución [en el proceso de ejecución de garantías]...” (Casación Nro. 109-2006 / Camaná, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-10-2006, pág. 17194).
- “... Recién al emitir la resolución (...) el Juez al pronunciarse sobre la excepción y contradicción formulada (sic) por la ejecutada, repara en el defecto anterior (demanda carente de requisito de forma) y le concede (al demandante) un plazo para subsanarlo, lo cual desnaturaliza la resolución, por cuanto debió en todo caso declarar fundada dicha contradicción”

(Casación Nro. 1770-96 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-07-1998, págs. 1390-1391).

11.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con la resolución que pone fin a la ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la resolución que pone fin a la ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... Tratándose de una ejecución de garantía hipotecaria, las resoluciones que se expidan tienen que tener sustento en norma de derecho material, [...] en este caso tanto el auto de primera instancia, como el de vista, incurren en la omisión de no citar la Ley sustantiva aplicable, contraviniendo lo dispuesto en el artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Perú e incurriendo en causales de nulidad, contempladas en los artículos ciento veintidós y ciento setentiuono del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 922-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7912).
- “... En el presente caso estamos frente a un proceso no de cognición sino de ejecución [de garantías] en el cual después de calificar el título de ejecución judicial el A-quo dicta un mandato de ejecución, ordenando el pago de la deuda bajo apercibimiento de procederse al remate del bien, siendo que la contradicción a la ejecución al devenir en infundada [...], el mandato de pago se ejecuta. Es por esta razón que en esta clase de procesos no se expide una sentencia sino un auto que pone fin al proceso; motivos por los cuales el A-quo y el Colegiado Superior al pronunciarse únicamente por la contradicción y no por la demanda no han contravenido norma alguna que garantiza el derecho al debido proceso...” (Casación Nro. 655-2003 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2007, pág. 11329).
- “... El auto que resuelve la contradicción en un proceso de ejecución de garantías se homologa con una sentencia...” (Casación Nro. 1751-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, pág. 6817).
- “... La resolución que pone fin al proceso de ejecución de garantías es un auto, homologado al nivel de la naturaleza procesal de una sentencia, en la medida en que pone fin al proceso de ejecución resolviendo la contradicción incoada por el ejecutado, sea amparándola o desestimándola” (Casación Nro. 1627-99 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-12-1999, págs. 4411-4412).

- “... En los Procesos de Ejecución de Garantías corresponde al Juzgador calificar el título de ejecución y verificar que se cumplan con los requisitos antes descritos [requisitos comunes de la ejecución consistentes en la existencia de una obligación cierta, expresa y exigible y, además, líquida o liquidable si es de dar suma de dinero], luego de lo cual expedirá el respectivo Mandato de Ejecución de haberse satisfecho; excepcionalmente y de conformidad con el artículo ciento veintiuno in fine del Código Adjetivo [C.P.C.], podrá realizar tal labor al emitir el Auto Definitivo...” (Casación Nro. 784-2001 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, págs. 7850-7851).
- “... No se ha afectado al debido proceso, porque el auto que pone fin al proceso [de ejecución de garantías] puede amparar o no la contradicción y variar la suma del mandato ejecutivo [sic -léase mandato de ejecución-]...” (Casación Nro. 2564-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 7197).
- “... Si bien el Juzgador emitió mandato de ejecución por la suma peticionada en la demanda [de ejecución de garantías], ello no obsta para que las instancias, luego del análisis de las pruebas en el proceso, en auto definitivo puedan determinar el pago de una suma menor...” (Casación Nro. 1932-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23144-23145).

11.9 Jurisprudencia casatoria relacionada con el remate y/o ejecución en el proceso de ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al remate y/o ejecución en el proceso de ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente:

- “... El artículo setecientos veintitrés del Código Procesal Civil dispone que 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; [...] en consecuencia en el proceso de ejecución de garantía lo que se persigue [...] en el caso de incumplimiento de la obligación de los ejecutados es el remate del bien dado en garantía...” (Casación Nro. 3362-2000 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2001, pág. 7609).
- “... Si bien en el mandato de ejecución [en el proceso de ejecución de garantías] se ordenó pagar la suma hasta por la cual se constituyó la garantía y no el monto demandado [...], ello no es motivo suficiente para declararse la nulidad, ya que dicho monto se tomará en cuenta en la etapa

de ejecución de sentencia...” (Casación Nro. 2876-2000 / Huánuco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7220-7221).

- “... En el presente caso al haberse determinado que el monto real de la obligación que los obligados deben pagar es inferior al contenido en la liquidación del estado de cuenta de saldo deudor, ello se tendrá en cuenta al momento de liquidar la deuda en ejecución de sentencia [en proceso de ejecución de garantías]...” (Casación Nro. 1070-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, págs. 21960-21961).
- “... Si la parte alega la cancelación de una parte de la deuda, es factible que el órgano jurisdiccional dicte la orden de remate [en el proceso de ejecución de garantías] descontando los montos cuyo pago se acrediten...” (Casación Nro. 468-2005 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-08-2006, págs. 16904-16905).

11.10 Jurisprudencia casatoria relacionada con el saldo deudor del remate efectuado en el proceso de ejecución de garantías

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al saldo deudor del remate efectuado en el proceso de ejecución de garantías, ha establecido lo siguiente: “... El artículo 724 del [...] Código Adjetivo [C.P.C.], es una norma a favor del acreedor por la cual puede acudir a exigir el saldo [deudor del remate efectuado en proceso de ejecución de garantías] ejecutivamente, empero no restringe su derecho a reclamar su crédito en otra vía y menos aún de contar con una garantía hipotecaria como en el presente caso, en el que se exige el cobro en base a la liquidación [...] de acuerdo a lo estipulado por el artículo 720 del mencionado cuerpo legal [C.P.C.]...” (Casación Nro. 971-2001 / San Román, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, pág. 8006).

12. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA EJECUCION FORZADA

En los subpuntos que siguen veremos la jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución forzada.

12.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con la tasación

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la tasación, ha establecido lo siguiente:

- “... Cualquier agravio referido a la tasación comercial, en aplicación del artículo setecientos veintinueve del Código Procesal Civil no es

susceptible de implicar la nulidad de la sentencia de vista, puesto que ella es un elemento accesorio a la ejecución...” (Casación Nro. 4004-2007 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-12-2008, págs. 23617-23618).

- “... La ejecución no tiene porque [sic] verse perjudicada por la presencia de un presunto vicio referido a la tasación, puesto que cabe que, en ejecución de sentencia, por disposición del artículo setecientos veintinueve del Código Procesal Civil, de oficio o a pedido de parte, y siempre que se estime necesario, pueda realizarse una nueva tasación...” (Casación Nro. 4776-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23341-23342).
- “... El Artículo setecientos veintinueve del Código adjetivo (que establece que el Juez puede de oficio o a pedido de parte ordenar la tasación si considera que el valor convenido está desactualizado) está previsto para la etapa de la ejecución misma, es decir, del remate del bien materia de la garantía real...” (Casación Nro. 2645-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-01-2000, págs. 4579-4580).
- “... En el caso de un valor desactualizado, el Juez en ejecución forzada, puede ordenar a pedido de parte o de oficio una nueva tasación del inmueble, según corresponda, facultad que se encuentra prevista en el artículo setecientos veintinueve del Código Procesal Civil a fin de proteger el valor de referencia económico [sic] del inmueble materia de ejecución...” (Casación Nro. 434-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs. 17972-17973).
- “... El Juzgador que haciendo uso de la facultad que la Ley le concede, ordene una nueva tasación del bien, deberá tener en cuenta que la operación pericial que se practique, para establecer el valor de referencia del inmueble en la fecha, sólo variará el monto, cuyas dos terceras partes servirán de base para la subasta, pero no el sentido de la resolución de fondo. (...) Que, en consecuencia la resolución de vista impugnada, que anula lo actuado porque considera que la tasación está desactualizada, afecta el derecho al debido proceso del demandante, por aplicación del principio de subsanación, concordante con el Artículo setecientos veintinueve del Código Adjetivo” (Casación Nro. 286-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-09-1999, págs. 3619-3620).

12.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el remate

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al remate, ha establecido lo siguiente:

- “... No debe confundirse el acto de remate con el remate entendido como venta forzosa de un bien mediante su adjudicación a un tercero, pues el primero de ellos es solamente el acto en donde se realiza la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, prosiguiéndose con el anuncio de las posturas, pudiéndose llevar o no llevar a cabo la venta forzosa del bien; en cambio el remate entendido como un acto que transmite la propiedad solamente puede darse cuando se adjudica el bien a quien hace la postura más alta...” (Casación Nro. 776-01 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2001, págs. 8118-8119).
- “... El remate de un bien de la sociedad conyugal, sólo procederá después de la separación de patrimonios o (cuando) la sociedad de gananciales termine de otra forma...” (Casación Nro. 342-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-08-2000, págs. 6101-6102).
- “... No se puede rematar judicialmente acciones y derechos de un bien perteneciente a una sociedad conyugal que constituyen [sic -léase constituye-] un patrimonio autónomo e indivisible hasta que se ponga fin al régimen de sociedad de gananciales de acuerdo con el artículo 318 del Código Civil...” (Casación Nro. 665-2002 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2003, pág. 10792).
- “... El fundamento de la tercería de propiedad es que no se puede embargar ni rematar bienes pertenecientes a un tercero; por esa razón es que en los casos de deudas contraídas por uno de los cónyuges no resulta viable rematar ni embargar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal; siendo por ende fútil el argumento relativo a que se puede embargar supuestos derechos expectaticios correspondientes a uno de los cónyuges, ello por cuanto el fenecimiento de la sociedad de gananciales solamente se produce en los casos previstos en el artículo trescientos dieciocho del Código Civil y en el supuesto de sustitución del régimen patrimonial previsto en el artículo trescientos treinta del mismo Código...” (Casación Nro. 2490-00 / Cajamarca, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, págs. 7188-7189).

12.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la adjudicación en pago

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la adjudicación en pago, ha establecido lo siguiente:

- “... Una forma de transferencia de un inmueble y la consecuente adquisición de propiedad del mismo lo constituye la adjudicación del bien, de quien fuera postor adjudicatario derivado de un remate del inmueble en etapa de ejecución forzada de un proceso judicial...” (Casación Nro. 2541-2006 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-01-2007, págs. 18395-18396).
- “... Los demandantes adquieren la propiedad del inmueble por adjudicación de pago en mérito a un proceso ejecutivo [entiéndase proceso único de ejecución en la actualidad] seguido contra el propietario primigenio, cuya naturaleza jurídica es distinta al de la (sic) enajenación, que es un acto por el cual se transfiere a otro el dominio de alguna cosa, es decir producto de un consenso, entre los contratantes” (Casación Nro. 354-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-02-1997, pág. 2823).
- “... No puede considerarse que con la adjudicación del inmueble a favor del [...] demandante se hubiera extinguido la inscripción del derecho de propiedad de los demandados, por cuanto éstos no fueron parte ejecutada o terceros demandados en el referido proceso de obligación de dar suma de dinero [en que tuvo lugar la adjudicación], y, además, porque en la inscripción de la cancelación de gravámenes [...] no aparece que se hubiera dispuesto la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad de dichos demandados, quienes cuentan con una inscripción vigente, la que mantiene su validez mientras no se declare judicialmente lo contrario, según el artículo 2013 del Código Civil...” (Casación Nro. 771-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20401-20402).

12.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con el pago en ejecución forzada

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al pago en ejecución forzada, ha establecido lo siguiente:

- “... El cálculo en moneda nacional del monto adeudado al tipo de cambio correspondiente, así como el cálculo de los intereses pactados, se deberá efectuar en la etapa de ejecución de sentencia...” (Casación Nro. 1053-06 / Cañete, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2006, págs. 18163-18164).
- “... Es en la etapa de ejecución que corresponden [sic -léase que corresponde-] liquidarse los intereses...” (Casación Nro. 450-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23550-23551).

- “... El pago de intereses se debe ordenar aún [sic -léase aun-] cuando no haya sido demandado de conformidad con el artículo setecientos cuarentiséis del Código Adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro. 702-2002 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07-2002, págs. 9067-9068).
- “... Respecto a la falta de información de cómo se han calculado los intereses o cual [sic -léase cuál-] es el porcentaje de los mismos, resulta de aplicación lo dispuesto por el numeral setecientos cuarentiséis del Código Procesal Civil, según el cual 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; por tal razón, dicha liquidación deberá efectuarse -como se desprende del glosado numeral- en ejecución de sentencia, por lo que su omisión no puede acarrear la nulidad del proceso de ejecución de garantías...” (Casación Nro. 3920-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, págs. 22071-22072).

CAPITULO LIX

EL PROCESO NO CONTENCIOSO: ASPECTOS GENERALES

1. CONCEPTO DE JURISDICCION VOLUNTARIA O NO CONTENCIOSA

Según Clemente Díaz, la jurisdicción voluntaria (o no contenciosa) es “la función que legislativamente se atribuye a los organismos jurisdiccionales para la fiscalización o contralor de las condiciones legales exigidas por el ordenamiento jurídico para la existencia o inexistencia de determinadas situaciones jurídicas cuya eficacia depende de su publicidad o autenticidad” (DÍAZ; citado por BACRE, 1986, Tomo I: 127).

Prieto-Castro se ha formado la siguiente idea de la jurisdicción voluntaria: “... Es la intervención de los tribunales de justicia y de los restantes órganos competentes en todo lo que se refiere a la constitución y desenvolvimiento de estados y relaciones jurídicas en las que se hallan interesadas las personas individuales y las colectivas o corporativas...” (PRIETO-CASTRO, 1956: 112).

Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar apuntan sobre la jurisdicción voluntaria (o no contenciosa) que “... estamos ante un conjunto de actos, realizados o no ante un juez, por los que determinadas personas autorizadas u obligadas a ello, sin existir controversia normalmente, y en principio también con carácter voluntario, solicitan el cumplimiento de normas de derecho privado, con el fin de obtener una resolución, por regla general de carácter constitutivo, a través de la cual se creen, modifiquen o supriman, según los casos previstos, estados o relaciones jurídicas civiles o comerciales” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 897). Tales autores destacan que “muchas veces no hay otra posibilidad de lograr el fin previsto por la ley que acudir al acto de jurisdicción voluntaria, porque la intervención del juez, o del funcionario público, es necesaria para la concurrencia de un presupuesto del negocio o relación jurídica civil o mercantil” (MONTERO AROCA; GOMEZ COLOMER; MONTON REDONDO; y BARONA VILAR, 2003, Tomo II: 897).

Alvarez Juliá, Neuss y Wagner dicen del proceso voluntario (o no contencioso) lo siguiente:

“... El proceso voluntario es un proceso sin litigio (...). En el proceso voluntario las voluntades de las partes están unidas y persiguen una declaración común (...).

Es más técnico decir que existe que existe proceso jurisdiccional voluntario cuando no se plantea al juez la solución de ningún litigio o conflicto de voluntades ni la declaración de un derecho o relación jurídica material frente a un demandado, sino una declaración para el solo interés del peticionario y sin que exista parte demandada” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 44).

Fix Zamudio entiende por jurisdicción voluntaria (o no contenciosa) “... *un conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida*” (FIX ZAMUDIO, 1962: 45). Dicho autor, al referirse a la relación jurídica propia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, manifiesta lo siguiente: “... Si examinamos la estructura de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, observamos que la relación jurídica se establece entre el o los solicitantes con el funcionario judicial que debe conocerla, pero carece del carácter dialéctico que distingue a la relación procesal, pues se trata de una relación simple, que se perfecciona con el solo pedimento del solicitante, de modo que podemos configurarla como un monólogo que debe ser escuchado, no por un juez imparcial situado entre dos partes contrapuestas, sino por un funcionario judicial que debe decidir sobre la procedencia y legitimidad de lo solicitado” (FIX ZAMUDIO, 1962: 45).

Devis Echandía pone de relieve que la jurisdicción contenciosa y la voluntaria se diferencian por lo siguiente:

- “a) *Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídica procesal*, pues al paso que en la voluntaria los interesados que inician el proceso persiguen determinados efectos jurídicos materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan también producir efectos sustanciales obligatorios y vinculantes para determinados demandados.
- b) *Por la posición del juez, al dictar sentencia*, pues mientras en la contenciosa el juez decide entre los litigantes (*inter volentes* o *pro voluntibus*); sin que esto signifique que en la contenciosa el fallo deba ser siempre a

favor de una parte y en contra de otras, porque puede haber acuerdo en sus resultados.

- c) *Por los sujetos de la relación jurídica procesal*, pues en el proceso de jurisdicción voluntaria no existe demandado, sino simple interesado o peticionario, al paso que en el contencioso existe siempre un demandado; además, sólo en sentido amplio se puede denominar demandante a aquél.
- d) *Por el contenido de la relación jurídica procesal al iniciarse el proceso*, porque en la voluntaria se persigue darle certeza o precisión a un derecho o legalidad a un acto, o ciertos efectos jurídicos materiales, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, ni siquiera pedirle una declaración contra otra persona, y en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, o al menos una declaración que vincule y obligue a éste.
- e) *Por los efectos de la sentencia*, porque en la contenciosa lo normal es que tenga el valor de cosa juzgada, si decide en el fondo, al paso que en la voluntaria jamás constituye cosa juzgada” (DEVIS ECHANDIA, 1984, Tomo I: 87).

Los procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria se encuentran regulados en la Sección Sexta del Código Procesal Civil (“Procesos no contenciosos”), en los arts. 749 al 840.

2. CARACTERISTICAS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA O NO CONTENCIOSA

Según Casarino Viterbo, “... sus rasgos más característicos son: proteger ciertos intereses, dar fuerza y eficacia jurídica a determinados actos, completar la capacidad imperfecta de sus autores y testimoniar solemnemente la existencia legal de esos mismos actos” (CASARINO VITERBO, 1982, Tomo I: 61).

Gozáñi considera como características de la jurisdicción voluntaria las que se indican a continuación:

- “a) En la jurisdicción voluntaria no hay controversia concreta, sino únicamente un interés a tutelar.
- b) No hay partes, porque no hay conflicto; hay, en cambio, peticiones y motivos de intervención.

- c) Los efectos perseguidos son diferentes a los del proceso contencioso; mientras en éstos se quiere comprometer los intereses y derechos de terceros o de otro; en los procesos voluntarios los fines pretendidos son personales.
- d) La posición del Juez en el proceso también difiere. En los asuntos litigiosos resuelve como tercero imparcial; en cambio, en los voluntarios, conservando el motivo ajeno deja de ser tercero cuando acude supliendo una voluntad estatal (legislativa)” (GOZAINI, 1992, Tomo I, Volumen 1: 203-204).

A criterio de Bacre, los principales caracteres de la jurisdicción voluntaria son los que describe seguidamente:

“a) Atribución legislativa de la función

Los actos que componen el ámbito de la llamada jurisdicción voluntaria tienen también su manifestación en otros campos del derecho (...), pero además, los encontramos en la esfera de la función legislativa y en la administrativa. No obstante, es menester reservar esta denominación de ‘jurisdicción voluntaria’ solamente a aquellos casos que el legislador expresamente atribuye a la competencia del magistrado judicial, aunque no exista en ellos contenciosidad.

Esta atribución legislativa se hace por razones de oportunidad y conveniencia y no por motivos jurídicos, pues se considera que la jurisdicción es el organismo más capacitado para regular la tramitación de la solicitud del interesado y dar certeza a las condiciones jurídicas exigidas por la ley.

b) Función de fiscalización o contralor

En la jurisdicción contenciosa, el juez emite una declaración de certeza sobre el objeto del litigio (apreciación y fijación de los hechos + subsunción jurídica + declaración del derecho de las partes), mientras que aquí no existe tal declaración de certeza, pues el juez se limita a fiscalizar o controlar el cumplimiento de las condiciones legales para que resulte determinada situación jurídica.

c) Otorga eficacia y autenticidad

Es otra nota que distingue a la jurisdicción contenciosa de la voluntaria. Empíricamente, se observa que todos los actos de esta última tienen una finalidad registral, sea mediata o inmediatamente, con destino a la protección del negocio jurídico, modalidad que sólo por excepción se da en

la primera (v.gr.: resoluciones que ordenan anotaciones cautelares en los Registros Públicos; sentencia de separación de cónyuges y nulidad de matrimonio que se anota en el Registro Civil). Pero esta finalidad registral es una consecuencia o efecto de la ejecutabilidad de la sentencia de mérito, mientras que en la jurisdicción voluntaria constituye una finalidad propia y autónoma” (BACRE, 1986, Tomo I: 127-128).

3. ASUNTOS TRAMITADOS EN VIA DE PROCESO NO CONTENCIOSO

De acuerdo a lo normado en el artículo 749 del Código Procesal Civil, se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:

1. Inventario (art. 749 -inc. 1)- del C.P.C.).
2. Administración judicial de bienes (art. 749 -inc. 2)- del C.P.C.).
3. Adopción (art. 749 -inc. 3)- del C.P.C.).
4. Autorización para disponer derechos de incapaces (art. 749 -inc. 4)- del C.P.C.).
5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta (art. 749 -inc. 5)- del C.P.C.).
6. Patrimonio familiar (art. 749 -inc. 6)- del C.P.C.).
7. Ofrecimiento de pago y consignación (art. 749 -inc. 7)- del C.P.C.).
8. Comprobación de testamento (art. 749 -inc. 8)- del C.P.C.).
9. Inscripción y rectificación de partida (art. 749 -inc. 9)- del C.P.C.).
10. Sucesión intestada (art. 749 -inc. 10)- del C.P.C.).
11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero (art. 749 -inc. 11)- del C.P.C.).
12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención (art. 749 -inc. 12)- del C.P.C.).
13. Los que la ley señale (art. 749 -inc. 13)- del C.P.C.).

Entre los asuntos cuyo trámite en vía no contenciosa es previsto en forma expresa por la ley tenemos los siguientes:

- La prueba anticipada (art. 297 del C.P.C.).
- Reconocimiento de embarazo o parto tramitado en vía de prueba anticipada (arts. 2 del C.C. y 297 del C.P.C.).

- Designación de curador interino de persona desaparecida (art. 47 del C.C.).
- Restitución del patrimonio del ausente (art. 60 del C.C.).
- Declaración de muerte presunta (art. 63 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Reconocimiento de existencia (art. 67 del C.C.).
- Dispensa de impedimento de matrimonio de adolescentes (art. 241 -inc. 1)- del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Dispensa de impedimento de matrimonio entre los parientes consanguíneos en línea colateral dentro del tercer grado (art. 242 -inc. 2)- del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Autorización de matrimonio de menores (art. 244 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Dispensa de presentación de documentos exigidos para contraer matrimonio (art. 249 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Confirmación del matrimonio del impúber (art. 277 -inc. 1)- del C.C.).
- Otorgamiento de garantía de los padres en caso de administración de bienes de los hijos (art. 426 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Rendición de cuentas de los padres en caso de administración de bienes de los hijos (art. 427 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Modificación o suspensión de medidas sobre otorgamiento de garantías o rendición de cuentas de los padres en caso de administración de bienes de los hijos (art. 428 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Dispensa de la aprobación de la cuenta final en caso de administración de bienes de los hijos (art. 429 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Convocatoria a consejo de familia para decidir conveniencia o inconveniencia de la continuación de la administración de bienes de los hijos del matrimonio anterior en caso de nuevo matrimonio de los padres (art. 433 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Autorización de arrendamiento de bienes del patrimonio familiar (art. 491 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Aprobación de solicitud de constitución de patrimonio familiar (art. 496 -inc. 4)- del C.C.).

- Confirmación de tutela legal del hijo extramatrimonial (art. 507 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Autorización al cónyuge superviviente para arrendar la casa-habitación en que existió el hogar conyugal (art. 732 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Determinación de remuneración del albacea (art. 793 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Rendición de cuentas del albacea (y en general) (art. 794 del C.C.).
- Aprobación de renuncia al cargo de albacea (art. 796 -inc. 3)- del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Determinación de la forma de pago de la deuda hereditaria consistente en pensión alimenticia del hijo extramatrimonial (art. 874 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Aprobación de partición convencional en caso de incapacidad o ausencia declarada de alguno de los copropietarios (art. 987 del C.C.).
- Inventario y tasación de bienes muebles en caso de usufructo legal y testamentario (art. 1006 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Elección de bien incierto en las obligaciones de dar o fijación de plazo para elegir bien incierto (art. 1144 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Ofrecimiento de pago y consignación (art. 1253 del C.C.).
- Determinación de plazo para el pago del exceso o la devolución de la diferencia resultante en la compraventa sobre medida (art. 1576 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Devolución de bien entregado en comodato en caso de urgencia imprevista o peligro de deterioro o pérdida (art. 1736 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Autorización de enajenación de bien entregado en secuestro en caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro (art. 1861 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Designación de depositario de bien secuestrado en caso de incapacidad o muerte del depositario (art. 1862 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).
- Aprobación de sustitución de fianza (art. 1876 del C.C. y Sexta D.F. del C.P.C.).

- Convocatoria a junta general de accionistas promovida por quienes reúnen el porcentaje legal exigido de acciones (art. 117 de la L.G.S.).
- Convocatoria a junta general de accionistas promovida por el titular de una sola acción suscrita con derecho a voto (art. 119 de la L.G.S.).
- Exhibición de acta de junta general de accionistas y expedición de copia certificada (art. 137 de la L.G.S.).
- Regularización de la sociedad irregular (arts. 426 y 119 de la L.G.S.).

4. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS

El Código Procesal Civil, en cuanto a la competencia para conocer de los procesos no contenciosos, establece lo siguiente:

- 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 (art. 750 -primer párrafo- del C.P.C.).
- En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno (art. 750 -segundo párrafo- del C.P.C.).
- 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 (art. 750 -in fine- del C.P.C.).
- 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 o pacto en contrario (art. 23 del C.P.C.).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, del 20-09-1996), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos (no contenciosos):

1. Rectificación de partidas.
2. Adopción de personas capaces.
3. Patrimonio familiar.

4. Inventarios.
5. Comprobación de testamentos.
6. Sucesión intestada.
7. Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia, cual es la *Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías* (Ley Nro. 29227, del 15-05-2008) y su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 009-2008-JUS, del 12-06-2008). Al respecto, cabe indicar que el artículo 3 de la Ley Nro. 29227 señala que son competentes para llevar a cabo el procedimiento especial (no contencioso) establecido en dicha Ley (sobre separación convencional y divorcio ulterior en municipalidades y notarías), los alcaldes distritales y provinciales, así como los notarios de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se celebró el matrimonio.
8. Reconocimiento de unión de hecho.
9. Convocatoria a junta obligatoria anual.
10. Convocatoria a junta general.

Es de destacar que, conforme lo prescribe el artículo 6 de la Ley Nro. 26662, es requisito indispensable (del trámite notarial referido a los asuntos no contenciosos) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

5. TRAMITE DEL PROCESO NO CONTENCIOSO

El trámite del proceso no contencioso es como se indica a continuación:

- Una vez presentada la solicitud el Juez la calificará, debiendo pronunciarse sobre su inadmisibilidad o improcedencia (arts. 551 -primer párrafo- y 752 del C.P.C.).
- Si declara inadmisibile la solicitud, concederá al solicitante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnabile (arts. 551 -segundo párrafo- y 752 del C.P.C.).
- Si declara improcedente la solicitud, ordenará la devolución de los anexos presentados (arts. 551 -último párrafo- y 752 del C.P.C.).

- En caso de declarar admisible la solicitud, fijará el Juez fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes, salvo lo dispuesto en el artículo 758 del Código Procesal Civil, referido a los plazos especiales de emplazamiento (primer párrafo del art. 754 del C.P.C.).
- 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 de actuación y declaración judicial (art. 753 del C.P.C.). Esta audiencia, dicho sea de paso, según el artículo 760 del Código Procesal Civil, se regula, supletoriamente, por lo dispuesto en el indicado Código para la audiencia de pruebas (arts. 202 al 211 del C.P.C.).
- 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 (segundo párrafo del art. 754 del C.P.C.).
- Si no hubiera contradicción, el Juez ordenará actuar los medios probatorios anexados a la solicitud (tercer párrafo del art. 754 del C.P.C.).
- 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 ésta inimpugnable (último párrafo del art. 754 del C.P.C.). Es de resaltar que las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda (art. 762 del C.P.C.).
- La resolución que resuelve la contradicción es apelable sólo 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 (sujetándose el trámite a lo dispuesto en el art. 369 del C.P.C., que regula la apelación diferida: art. 757 del C.P.C.). Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada (primer párrafo del art. 755 del C.P.C.).
- La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo (último párrafo del art. 755 del C.P.C.).

- Declarada fundada la contradicción el proceso quedará suspendido. En lo demás, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Civil (que versa sobre el plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo). Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 756 del Código Procesal Civil.

Es de subrayar que el trámite descrito líneas arriba es el correspondiente a los procesos no contenciosos en general y que algunos asuntos no contenciosos se sujetan a ciertas disposiciones legales especiales que, obviamente, prevalecerán sobre las normas generales del proceso no contencioso, siendo estas últimas, por ello, consideradas supletorias ante el caso particular de que se trate.

6. LA DECISION JUDICIAL EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA O NO CONTENCIOSA

Couture, acerca del contenido de los pronunciamientos en la jurisdicción voluntaria o no contenciosa, nos ilustra de esta manera:

“... Las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso, se emiten ‘en cuanto proceda por derecho’, ‘sin perjuicio’ (eventual de ser revocadas si perjudicaren a terceros), ‘en cuanto haya lugar’. Todas estas expresiones son circunloquios forenses utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada. Mediante ellas, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal. En otros casos, como los de venias, homologación, etc., se actúa también con prueba sumaria, *de plano et sine strepitu* (...).

Por oposición a 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.

Acaso podría pensarse que, dada su índole, algunas de ellas, como las venias, etc., pueden incluirse entre las providencias cautelares. La proposición sería parcialmente correcta. Pero las providencias cautelares cautelan contra la lentitud del proceso. Previenen tan sólo el riesgo de que la demora en llegar hasta la sentencia no haga ilusorio el fin del proceso. En la jurisdicción voluntaria, por el contrario, no es el *periculum in mora* 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.

El contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es, por este motivo, de carácter documental, probatorio, fiscalizador. Tienden a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.

Cuando el cumplimiento de la jurisdicción voluntaria supone la obtención de una anuencia prescrita por la ley, tal como acontece en las venias o autorizaciones judiciales, el contenido del acto es de mera fiscalización. El juez acuerda o niega la autorización con los elementos que tiene a la vista. La ley no le exige más que eso. Su decisión no juzga rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra, sino en su sentido meramente lógico o formal” (COUTURE, 1985: 50-51).

El Código Procesal Civil, en lo atinente a la decisión judicial en el proceso no contencioso, prescribe en el último párrafo de su artículo 754 que, concluido el trámite (se entiende con la expedición de la resolución que pone fin al proceso no contencioso), ordenará (el Juez) la entrega de lo actuado al interesado, manteniéndose el original en el archivo del Juzgado, o expedirá la resolución que corresponda, si es el caso, siendo ésta inimpugnable.

En el proceso no contencioso, las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda (art. 762 del C.P.C.).

7. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO NO CONTENCIOSO

Se desprende del artículo 759 del Código Procesal Civil que, cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos regulados en el Título II de la Sección Sexta del indicado Código (inventario, administración judicial de bienes, adopción, autorización para disponer derechos de incapaces, declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, patrimonio familiar, ofrecimiento de pago y consignación, comprobación de testamento, inscripción y rectificación de partida, sucesión intestada y reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero), el referido Ministerio Público será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos de velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. Tal función del Ministerio Público se hallaba contenida en el inciso 2) del artículo 250 de la Constitución Política de 1979, al que nos remitía el artículo 759 del Código Procesal Civil, debiendo entenderse que la remisión actual corresponde al inciso

2) del artículo 159 de la Constitución Política de 1993, norma que prácticamente reproduce el primero de los dispositivos constitucionales mencionados.

En los casos en que se produzca la intervención del Ministerio Público, éste no emitirá dictamen. Ello de acuerdo a lo normado en la parte final del artículo 759 del Código Procesal Civil.

8. ACTOS PROCESALES IMPROCEDENTES EN EL PROCESO NO CONTENCIOSO

En el proceso no contencioso son improcedentes:

- La recusación del Juez y del Secretario de Juzgado (art. 761 -inc. 1)- del C.P.C.).
- Las excepciones y las defensas previas (art. 761 -inc. 2)- del C.P.C.).
- Las cuestiones probatorias cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata (art. 761 -inc. 3)- del C.P.C.).
- La reconvencción (art. 761 -inc. 4)- del C.P.C.).
- El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia (art. 761 -inc. 5)- del C.P.C.).
- Las disposiciones contenidas en los artículos 428 y 429 del Código Procesal Civil (art. 761 -inc. 6)- del C.P.C.), que regulan, respectivamente, la modificación y ampliación de la demanda y el ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos.

La Corte Suprema de Justicia de la República, acerca de los actos procesales improcedentes en el proceso no contencioso, ha establecido lo siguiente: "... En dichos procesos [no contenciosos o de jurisdicción voluntaria] no es procedente el recurso de casación en tanto no subyace el denominado conflicto de intereses, lo cual equivale a la pretensión de un sujeto, resistida por otro; además porque en vía contenciosa se puede examinar e incluso contradecir el eventual conflicto que se derive del presente proceso no contencioso..." (Casación Nro. 91-2008 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2008, págs. 22387-22388).

CAPITULO LX

PROCESO NO CONTENCIOSO DE INVENTARIO

1. CONFIGURACION

“... El *inventario* consiste en un acta descriptiva de la existencia de los bienes, documentos, etc., que se encuentran en un determinado momento en posesión-detentación de determinadas personas, o que formen parte de un determinado acervo patrimonial o estén custodiados o aun sólo materialmente colocados en un determinado lugar, se sepa o no quién es en aquel momento el que tiene jurídicamente su posesión o su detentación...” (REDENTI, 1957, Tomo III: 50).

“Desde el punto de vista jurídico se llama inventario al asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y distinción...” (FALCON, 1978: 521-522).

El inventario, en el Código Procesal Civil, es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inc. 1)- del C.P.C.), y que se halla regulado en el Sub-Capítulo 1º (“Inventario”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del referido cuerpo de leyes, en los arts. 763 al 768.

Precisamente, el artículo 763 del Código Procesal Civil señala al respecto que 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.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al inventario, ha establecido lo siguiente:

- “... La norma adjetiva no exige como requisito de admisibilidad y/o procedibilidad la presentación de inventario de bienes al demandar partición

de bienes...” (Casación Nro. 4044-01 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2002, págs. 9397-9398).

- “... Para la venta de la cuota ideal, el Código Civil no exige realización de inventario ni liquidación del régimen patrimonial...” (Casación Nro. 3150-99 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-04-2000, pág. 5022).
- “... Para la exclusión de bienes [de la masa hereditaria] se debe acreditar la existencia del inventario respectivo de la masa hereditaria, debiendo tenerse presente lo normado por los artículos 763 y 766 del Código Procesal Civil, relativas a la procedencia del inventario y la exclusión de bienes...” (Casación Nro. 553-2006 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2006, págs. 17426-17427).
- “... El proceso de faccionamiento de inventarios se encuentra con resolución firme, consecuentemente la división y partición solicitada por las recurrentes debe hacerse en base al inventario efectuado en sede judicial, no siendo ni el proceso de división y partición o el de faccionamiento de inventario idóneos para discutirse el derecho de propiedad, es por ello que el Artículo setecientos sesentiséis del Código Procesal Civil otorga al interesado en la exclusión de bienes del inventario cuyo pedido haya sido rechazado a accionar en la vía del proceso de conocimiento o abreviado, según la cuantía, no existiendo en autos pruebas que acrediten que el emplazado haya hecho uso de tal acción, en consecuencia, la división y partición solicitada sólo puede ejecutarse de acuerdo a lo resuelto judicialmente, es decir a lo establecido en el proceso de inventario, y no discutir el derecho de propiedad sobre los bienes materia de división...” (Casación Nro. 2275-97 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-12-1998, pág. 2144).
- “... Como los bienes materia de la litis (exclusión de bienes inventariados) han sido adquiridos durante el matrimonio de los demandantes (el conviviente y una tercera persona -que no es la otra conviviente-) y muchos años después de la celebración de dicho enlace, no puede procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la unión convivencial realizada antes del matrimonio, incluyendo estos bienes, dentro del inventario y proceder de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos trescientos veinte, trescientos veintiuno y trescientos veintiséis del Código Civil...” (Casación Nro. 3168-99 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-07-2000, pág. 5659).

- “... La acción para obtener que un bien indebidamente inventariado o comprendido en cualquier proceso sea excluido se ejercita en vía de acción y por no tener una tramitación especial señalada en la ley procesal, se debe tramitar según determine el importe de su cuantía...” (Casación Nro. 1470-2006 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, pág. 19985).
- “... Para efectos de determinar la existencia de los bienes sujeto [sic -léase sujetos-] a un régimen de sociedad de gananciales la Sala de mérito ha invocado el mérito de un acta notarial de inventario [...], la misma que sólo 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...” (Casación Nro. 3015-2005 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-07-2007, págs. 20018-20019).
- “... Este Supremo Tribunal concuerda con las conclusiones anotadas por las instancias de mérito, según las cuales la escritura pública de inventario [...] no constituye prueba suficiente que acredite la propiedad de los bienes muebles que en él se detalla de forma general, además de ser un documento unilateral...” (Casación Nro. 740-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19212-19213).

2. FINALIDAD

Del Código Procesal Civil se infiere que el inventario tiene por finalidad:

- Individualizar los bienes que se pretende asegurar (art. 763 del C.P.C.).
- Establecer la existencia de los bienes que se pretende asegurar (art. 763 del C.P.C.).
- La valorización de los bienes objeto de inventario (la misma que puede ser ordenada siempre que se solicite antes de concluida la audiencia de actuación y declaración judicial: art. 767 del C.P.C.).

El inventario no puede tener por finalidad la obtención de un título para solicitar la posesión de los bienes en cuestión. Ello se colige de la parte final del artículo 768 del Código Procesal Civil.

3. COMPETENCIA

Se desprende de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Son competentes para conocer el proceso no contencioso de inventario los Jueces Civiles y los de Paz Letrados.
- La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva si la solicitud de inventario contiene una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal; en caso contrario, conocerá de aquélla el Juez Civil.
- En el proceso no contencioso de inventario 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.

Es de subrayar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 -inc. 4)- de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, del 20-09-1996), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar la facción de inventario. Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo 6 de la Ley Nro. 26662, es requisito indispensable (del trámite notarial) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

4. CASOS EN QUE PROCEDE LA FACCIÓN DE INVENTARIO

Tal como lo señala el artículo 763 del Código Procesal Civil, la facción de inventario procede en los siguientes casos:

- Cuando lo prescriba la ley.
- Cuando se sustente su necesidad.

5. LA AUDIENCIA DE INVENTARIO

El artículo 764 del Código Procesal Civil norma lo relativo a la audiencia de inventario. Así, según se desprende de dicho precepto legal:

- A. La audiencia de inventario se realizará en el lugar, día y hora señalados, con la intervención de los interesados que concurran.
- B. En el acta (de la audiencia de inventario):

- Se describirán (ordenadamente) los bienes que se encuentran en el lugar.
- Se describirá el estado de tales bienes.
- Se describirán las características que permitan individualizar los bienes en referencia.
- No se calificará la propiedad ni la situación jurídica de los bienes.
- Se dejará constancia de las observaciones e impugnaciones que se formulen.

6. INCLUSION DE BIENES EN EL INVENTARIO

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 ésta. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 765 del Código Procesal Civil.

7. EXCLUSION DE BIENES EN EL INVENTARIO

La exclusión de bienes del inventario es regulada en el artículo 766 del Código Procesal Civil en estos términos:

“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° *[del C.P.C., vale decir, dentro del plazo de diez días en que, terminado el inventario y la valoración, en su caso, se pone de manifiesto lo actuado en el local del Juzgado]*, la que se resolverá en una nueva audiencia fijada exclusivamente para tal efecto.

Vencido el plazo para solicitar la exclusión o denegada ésta, puede ser demandada en proceso de conocimiento o abreviado, según la cuantía”.

8. VALORIZACION DE LOS BIENES INVENTARIADOS

Puede ordenarse que los bienes inventariados sean valorizados por peritos, siempre que se solicite antes de concluida la audiencia (de actuación y declaración judicial). Así lo establece el primer párrafo del artículo 767 del Código Procesal Civil.

Pedida la valoración, el Juez nombrará peritos y fijará fecha para la audiencia respectiva (art. 767 -in fine- del C.P.C.).

9. APROBACION DEL INVENTARIO Y PROTOCOLIZACION NOTARIAL

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 ésta, el Juez aprobará el inventario y mandará que se protocolice notarialmente (art. 768 -primer párrafo- del C.P.C.). Es de resaltar que por la protocolización notarial se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen (art. 64 del Decreto Legislativo Nro. 1049: Decreto Legislativo del Notariado).

No podemos dejar de mencionar que, tal como lo prevé el último párrafo del artículo 768 del Código Procesal Civil, el inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes.

CAPITULO LXI

PROCESO NO CONTENCIOSO DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE BIENES

1. CONFIGURACION

“... La administración comprende la ejecución de todos los actos y la celebración de todos los negocios necesarios a la conservación, cultivo y mejora de los bienes” (CLARO SOLAR; citado por PESCIO V., 1950, Tomo III: 241).

En opinión de Pescio, “... administrar un patrimonio es tomar todas las medidas y ejecutar todos los actos y negocios jurídicos que tienden a conservar, aumentar y obtener todas las ventajas que sus elementos son susceptibles de producir” (PESCIO V., 1950, Tomo III: 241).

Para Alterini, “... los actos de administración hacen a la conservación del patrimonio, a su explotación; implican en sustancia la percepción y aplicación de rentas...” (ALTERINI, 1981: 317).

La administración judicial de bienes es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inc. 2)- del C.P.C.) y que se halla regulado en el Sub-Capítulo 2º (“Administración judicial de bienes”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 769 al 780.

Precisamente, el artículo 769 del Código adjetivo señala al respecto que a falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad, procede designar administrador judicial de bienes.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la administración judicial de bienes, ha establecido lo siguiente:

- “... Estando vigente la persona jurídica, los miembros que la componen no pueden solicitar individualmente la administración de sus bienes ante

el Poder Judicial, invocando su condición de condóminos de dichos de dichos bienes” (Casación Nro. 1804-98 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12-01-1999, págs. 2460-2461).

- “... La formación de inventario será precisamente la primera función del administrador que se nombre, y (...) además, dicho nombramiento puede recaer inclusive a criterio del Juez en un tercero, y (...) su designación no solamente está sujeto (sic) al cumplimiento obligatorio de ciertos requisitos y prohibiciones sino a la remoción y la designación de otro administrador” (Casación Nro. 186-95 / Tacna, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-12-1996, págs. 2538-2539).
- “... El señor [...] no ha sido nombrado como administrador judicial de los bienes de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo setecientos setentidós del Código Adjetivo [C.P.C.], por lo tanto al no tener esa calidad no podía ser removido de un cargo que no tiene, como equivocadamente lo ha efectuado la Sala Superior en la resolución de vista...” (Casación Nro. 1193-2000 / Moquegua, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6691).
- “... El proceso penal en curso iniciado por la propia actora contra la demandada, no la descalifica como administradora judicial de su causante, en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia contenido en el artículo segundo inciso veinticuatro acápite e) de la Constitución Política del Perú...” (Casación Nro. 1158-07 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-04-2008, págs. 21955-21956).

2. OBJETO

Es objeto del proceso de administración judicial de bienes:

- El nombramiento de administrador judicial (art. 770 -inc. 1)- del C.P.C.).
- La aprobación de la relación de bienes sobre los que se va a ejercer la administración (art. 770 -inc. 2)- del C.P.C.).

Es de subrayar que, tal como lo dispone el último párrafo del artículo 770 del Código Procesal Civil, cuando haya desacuerdo sobre el segundo punto (indicado en el último acápite), se nombrará al administrador y éste deberá iniciar proceso de inventario.

3. CASOS EN QUE PROCEDE LA ADMINISTRACION JUDICIAL DE BIENES

De acuerdo a lo normado en el artículo 769 del Código Procesal Civil, procede designar administrador judicial de bienes:

- A falta de padres, tutor o curador.
- En caso de ausencia.
- En caso de copropiedad.

4. COMPETENCIA

Se infiere de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Son competentes para conocer el proceso no contencioso de administración judicial de bienes los Jueces Civiles y los de Paz Letrados.
- La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva si la solicitud de administración judicial de bienes contiene una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal; en caso contrario, conocerá de aquélla el Juez Civil.
- En el proceso no contencioso de administración judicial de bienes 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.

5. LEGITIMACION

Pueden solicitar el nombramiento de administrador judicial de bienes aquellos a quienes la ley autorice (como, por ejemplo, cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente: art. 54 del C.C.) y los que, a criterio del Juez, tengan interés sustancial para pedirlo. Así lo establece el artículo 771 del Código Procesal Civil.

6. NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE BIENES

Lo concerniente al nombramiento del administrador judicial de bienes se encuentra normado en el artículo 772 del Código Procesal Civil, según el cual:

“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”.

7. ATRIBUCIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE BIENES

El administrador judicial de bienes tiene las atribuciones que le concede el Código Civil en cada caso (como, por ejemplo, tratándose del administrador judicial de los bienes del ausente, el art. 55 del C.C. señala que le corresponde: percibir los frutos; pagar las rentas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra; ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición; ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial; etc.), 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. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 773 del Código Procesal Civil.

El administrador judicial de bienes requiere autorización del Juez para celebrar los actos señalados en el Código Civil (como, por ejemplo, para enajenar o gravar los bienes del ausente en la medida de lo indispensable, en caso de necesidad o utilidad: art. 56 del C.C.). La referida autorización le será concedida oyendo al Consejo de Familia, cuando así lo disponga la ley. Así lo prescribe el artículo 776 del Código Procesal Civil.

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 (art. 780 -primer párrafo- del C.P.C.).

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 (art. 780 -in fine- del C.P.C.).

8. OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE BIENES

Conforme lo dispone el artículo 774 del Código Procesal Civil, 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.

En relación a los plazos en que el administrador judicial de bienes debe rendir cuentas e informar de su gestión, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 794 del Código Civil, referido a la rendición de cuentas del albacea, y aplicable supletoriamente a todos los casos en que exista deber legal o convencional de presentar cuentas de ingresos y gastos o informes de gestión (como se precisa en el último párrafo de dicho numeral). El artículo 794 del Código Civil preceptúa, pues, lo siguiente:

“Aunque el testador le hubiere eximido de este deber, dentro de los sesenta días de terminado el albaceazgo, el albacea debe presentar a los sucesores un informe escrito de su gestión y, de ser el caso, las cuentas correspondientes, con los documentos del caso u ofreciendo otro medio probatorio. Las cuentas no requieren la observancia de formalidad especial en cuanto a su contenido, siempre que figure una relación ordenada de ingresos y gastos.

También cumplirá este deber durante el ejercicio del cargo, con frecuencia no inferior a seis meses, cuando lo ordene el juez civil a pedido de cualquier sucesor. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

El informe y las cuentas se entienden aprobados si dentro del plazo de caducidad de sesenta días de presentados no se solicita judicialmente su desaprobación, como proceso de conocimiento.

Las reglas contenidas en este artículo son de aplicación supletoria a todos los demás casos en los que exista deber legal o convencional de presentar cuentas de ingresos y gastos o informes de gestión”.

9. PROHIBICIONES A LAS QUE ESTA SUJETO EL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE BIENES

Conforme lo indica el artículo 775 del Código Procesal Civil, 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.

Así tenemos, por ejemplo, que el administrador judicial estaría prohibido de:

- Enajenar o gravar los bienes del ausente, salvo en caso de necesidad o utilidad y siempre que ello se haga en la medida de lo indispensable (art. 56 del C.C.).
- Adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, respecto de bienes que, por ley o acto de autoridad pública, administren. Tal

prohibición rige hasta seis meses después de cesar en el cargo (arts. 1366-inc. 8)- y 1368 del C.C.).

- Tomar en arrendamiento los bienes que administra (art. 1668 -inc. 2)- del C.C.).
- Vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administre (sujetos a régimen de copropiedad), que impliquen su disposición o excedan 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). Ello con arreglo a lo previsto en el artículo 780 del Código Procesal Civil.

10. RETRIBUCION DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE BIENES

El artículo 778 del Código Procesal Civil trata sobre la retribución del administrador judicial de bienes y establece que aquélla es determinada por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la labor que deba realizar dicho administrador.

11. SUBROGACION DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE BIENES

El artículo 777 del Código Procesal Civil regula lo concerniente a la subrogación del administrador judicial de bienes en estos términos:

“La renuncia del administrador judicial de bienes produce efecto sólo 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”.

12. CONCLUSION DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL DE BIENES

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. Ello según lo señalado en el artículo 779 del Código Procesal Civil.

CAPITULO LXII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE ADOPCION

1. PROCEDENCIA

La adopción de **personas mayores de edad** es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inc. 3)- del C.P.C.), y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 3° (“Adopción”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 781 al 785.

El artículo 781 del Código Procesal Civil señala al respecto lo siguiente:

“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 éste el adoptante, la solicitud se entenderá con el Ministerio Público”.

Es de destacar que la adopción de **menores de edad** se rige por lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), en la *Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono* (Ley Nro. 26981) y su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 010-2005-MIMDES), y la *Ley que permite la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho* (Ley Nro. 30311).

2. COMPETENCIA

Se desprende de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Es competente para conocer el proceso no contencioso de adopción (**de personas mayores de edad**) el Juez Civil.

- En el proceso no contencioso de adopción (de personas mayores de edad) es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve.

Es de destacar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 -inciso 2)- y 21 de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar la adopción de **personas mayores de edad con capacidad de goce y ejercicio**. Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo 6 de la Ley Nro. 26662, es requisito indispensable (del trámite notarial) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

3. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ADOPCION

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código Procesal Civil, adicionalmente a lo previsto en el artículo 751 de dicho Código (que establece que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los arts. 424 y 425 del C.P.C.), la persona que quiera adoptar a otra (mayor de edad) acompañará:

1. Copia certificada de su partida de nacimiento y de matrimonio, si es casado (art. 782 -inc. 1)- del C.P.C.).
2. Copia certificada de la partida de nacimiento del adoptado y de su matrimonio, si es casado (art. 782 -inc. 2)- del C.P.C.).
3. Los medios probatorios destinados a acreditar su solvencia moral (art. 782 -inc. 3)- del C.P.C.).
4. Documento que acredite que las cuentas de su administración han sido aprobadas, si el solicitante ha sido representante legal del adoptado (art. 782 -inc. 4)- del C.P.C.).
5. Copia certificada del inventario y valoración judicial de los bienes que tuviera el adoptado (art. 782 -inc. 5)- del C.P.C.).
6. Garantía otorgada por el adoptante, suficiente a criterio del Juez, si el adoptado fuera incapaz (art. 782 -inc. 6)- del C.P.C.).

El Código Civil, en su artículo 378, regula los requisitos de la adopción (exigibles tanto para personas mayores de edad como para los menores de edad), estableciendo que:

“Para la adopción se requiere:

- 1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.
- 2.- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
- 3.- Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge.
- 4.- Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el artículo 326, concorra el asentimiento del otro conviviente.
- 5.- Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
- 6.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
- 7.- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
- 8.- Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.
- 9.- Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud”.

En relación a los requisitos de la adopción, deben tenerse en cuenta, además, las siguientes disposiciones del Código Civil:

- El tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas (art. 383 del C.C.).
- Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez (art. 384 del C.C.).

4. TRAMITACION

Lo relativo al trámite del proceso no contencioso de adopción de personas mayores de edad se encuentra normado en el artículo 783 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

“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 [*que versa sobre los requisitos de la adopción en general*] en lo que corresponda.

Si hay oposición, se sigue el trámite previsto en los Artículos 753°, 754°, 755°, 756° y 757° [*del C.P.C.*]”.

Los numerales a que se contrae el último párrafo del artículo 783 del Código Procesal Civil (citado precedentemente) forman parte de las disposiciones generales de los procesos no contenciosos (contenidas en el Título I de la Sección Sexta del C.P.C.) y están referidos al trámite regular de dicha clase de procesos.

5. EJECUCION DE LA RESOLUCION QUE DECLARA LA ADOPCION

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. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 784 del Código Procesal Civil.

El Código Civil establece al respecto que:

- Terminado el procedimiento, **el juez**, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción (art. 379 -segundo párrafo- del C.C.).
- En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador (art. 379 -tercer párrafo- del C.C.).
- La partida original conserva vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales (art. 379 -in fine- del C.C.).

6. SOLICITUD DE INEFICACIA DE LA ADOPCION

De acuerdo a lo normado en el artículo 785 del Código Procesal Civil, dentro del año siguiente de cesada su incapacidad, el adoptado puede solicitar se deje sin efecto la adopción, siguiendo el mismo trámite establecido en el Sub-Capítulo 3° del Título II de la Sección Sexta del Código Procesal Civil, en lo que sea aplicable.

El Código Civil, en lo que concierne a la solicitud de ineficacia de la adopción, señala en su artículo 385 lo siguiente:

“El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado pueden pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite.

En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial”.

CAPITULO LXIII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE AUTORIZACION PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

1. CONFIGURACION

La autorización para disponer derechos de incapaces es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inc. 4)- del C.P.C.), y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 4° (“Autorización para disponer derechos de incapaces”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 786 al 789.

Precisamente, el artículo 786 -primer párrafo- del Código Procesal Civil señala al respecto que se tramitan conforme a lo dispuesto en el Sub-Capítulo 4° del Título II de la Sección Sexta del mencionado Código 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 (como, por ejemplo, y según lo dispone el art. 167 del Código Civil, para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: 1. disponer de ellos o gravarlos; 2. celebrar transacciones; 3. celebrar compromiso arbitral; y 4. celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial).

Conforme se desprende de los artículos 161 y 162 -inc. c)- del Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), corresponde al Juez especializado (Juez de Familia) resolver el proceso no contencioso de licencia para enajenar u obligar los bienes del niño o adolescente (quienes, legalmente, son considerados **incapaces**: arts. 43 -inciso 1)- y 44 -inciso 1)- del C.C.), debiendo aquél tomar en cuenta las disposiciones del Proceso Unico establecido en el Capítulo II (“Proceso único”) del Título II (“Actividad procesal”) del Libro Cuarto (“Administración de justicia

especializada en el niño y el adolescente”) del mencionado cuerpo de leyes, y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil.

La Ley Nro. 27337, en relación a la licencia para enajenar o gravar bienes de niños y adolescentes, precisa que:

- Quienes administran bienes de niños o de adolescentes necesitan autorización judicial para gravarlos o enajenarlos por causas justificadas de necesidad o utilidad de conformidad con el Código Civil (art. 109 de la Ley Nro. 27337).
- 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 (art. 110 de la Ley Nro. 27337).

2. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE AUTORIZACION JUDICIAL PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

Se desprende de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Es competente para conocer el proceso no contencioso de autorización judicial para disponer derechos de incapaces (mayores de edad) el Juez Civil.
- En el proceso no contencioso de autorización judicial para disponer derechos de incapaces es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve.

Puntualizamos que, tal como se señalara anteriormente, y según se infiere de los artículos 161 y 162 -inciso c)- del Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), corresponde al Juez especializado (Juez de Familia) resolver el proceso no contencioso de licencia para enajenar u obligar los bienes del **niño o adolescente** (que -reiteramos- son considerados legalmente incapaces), debiendo aquél tomar en cuenta las disposiciones del Proceso Unico establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del indicado Código, y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil.

3. ANEXO ESPECIAL DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACION PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

La solicitud de autorización para disponer derechos de incapaces debe estar anexada, cuando corresponda, del documento que contiene el acto para el cual se

solicita autorización. Así lo establece el último párrafo del artículo 786 del Código Procesal Civil.

4. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público es parte en el proceso no contencioso de autorización judicial para disponer derechos de incapaces sólo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad. Así lo determina el artículo 787 del Código Procesal Civil.

5. MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO DE AUTORIZACION PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

El artículo 788 del Código Procesal Civil trata sobre los medios probatorios en el proceso no contencioso de autorización para disponer derechos de incapaces. Dicho numeral es reproducido a continuación:

“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”.

6. LA AUTORIZACION JUDICIAL

Marín García de Leonardo, en lo que atañe a la calidad previa y concreta de la autorización judicial para disponer de bien de menor sujeto a patria potestad (que bien puede ser de aplicación para la disposición de bienes de las demás clases de incapaces), apunta lo siguiente: “La autorización judicial se exige como previa. (...) La autorización debe ser concreta y para casos determinados, excluyéndose las licencias o autorizaciones generales. Si bien es cierto que la autorización judicial debe ser concreta, y para cada caso, puesto que no es discrecional, sino basada en la apreciación de la utilidad o necesidad de cada acto de disposición, no creemos que tenga el carácter de excepción, sino más bien viene planteada como una limitación al ámbito representativo que a los padres corresponde en virtud de la patria potestad” (MARIN GARCIA DE LEONARDO, 1986, II: 325).

La mencionada autora, esta vez refiriéndose a la valoración judicial de las causas justificadas de disposición de bienes de menores sujetos a patria potestad

(que bien puede valer para la disposición de bienes de las demás clases de incapaces), formula estas observaciones:

“... La autorización judicial no es discrecional, sino que viene condicionada por la apreciación de la utilidad o necesidad (...).

La valoración que realiza el juez (...) tendrá como límite y condicionamiento, por un lado, la justificación de la necesidad o utilidad de la enajenación y, por otro, el motivo de la misma y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga. Pero nada impide que, dentro de estas coordenadas, el juez discrepe de la petición de las partes y, en consecuencia, deniegue la autorización para la venta. Como podemos apreciar, el juez ha de valorar no sólo si está justificada la necesidad o utilidad de la enajenación, sino también el objeto al que se aplica la suma que se obtiene. Este criterio de proporcionalidad debe estar presidido por el beneficio e interés del menor, en el sentido de que el juez debe considerar qué solución es no sólo más útil, sino también más conveniente para el menor. Por último, el interés y beneficio del menor, evidentemente, inciden en la consideración del motivo y objeto al que se aplicará la suma que se obtenga, es decir, si ésta va a repercutir directa o indirectamente en su beneficio” (MARIN GARCIA DE LEONARDO, 1986, II: 325-326).

No podemos dejar de mencionar que en el proceso no contencioso de autorización para disponer de derechos de incapaces, cuando el acto cuya autorización se solicita deba formalizarse documentalmente, el Juez firmará y sellará cada una de las hojas. Ello de conformidad con lo indicado en el artículo 789 del Código Procesal Civil.

CAPITULO LXIV

PROCESOS NO CONTENCIOSOS DE DECLARACION DE DESAPARICION, AUSENCIA O MUERTE PRESUNTA

1. PROCESO NO CONTENCIOSO DE DECLARACION DE DESAPARICION

1.1 Configuración

La declaración de desaparición (y designación de curador interino del desaparecido) es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 5)- del C.P.C.), y que se encuentra regulado en el Sub-Capítulo 5° (“Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 790 al 794.

Al respecto, el artículo 790 del Código Procesal Civil establece que, a pedido de interesado o del Ministerio Público, se puede solicitar la **declaración de desaparición**, ausencia o muerte presunta, sustentada en los casos previstos en el Código Civil. La solicitud de declaración de desaparición (y designación de curador interino del desaparecido), dicho sea de paso, se sustentará en la reunión de los siguientes presupuestos establecidos en el artículo 47 del Código Civil: 1) la no presencia de una persona en el lugar de su domicilio por más de sesenta días; 2) la falta de noticias sobre su paradero durante dicho lapso de tiempo; y 3) la falta de representante o mandatario del desaparecido, que cuente con facultades suficientes inscritas en el registro público.

1.2 Competencia

Se infiere del artículo 750 del Código Procesal Civil que es competente para conocer el proceso no contencioso de declaración de desaparición (y designación de curador interino del desaparecido) el Juez Civil.

La curatela de los bienes del desaparecido será instituida por el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes (art. 601 -primer párrafo- del C.C.).

1.3 Legitimación

Están legitimados para solicitar la declaración de desaparición (y designación de curador interino del desaparecido):

- Cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad (art. 47 -primer párrafo- del C.C.).
- Quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido (art. 47 -primer párrafo- del C.C.).
- El Ministerio Público (art. 790 del C.P.C.).

Es de destacar que en el proceso no contencioso de declaración de desaparición (y designación de curador interino del desaparecido) deberán ser citados el desaparecido, los familiares conocidos y el Ministerio Público (arts. 792 del C.P.C. y 47 -primer párrafo- del C.C.).

1.4 Requisitos de la solicitud de declaración de desaparición

Conforme lo indica el artículo 791 del Código Procesal Civil, además de los requisitos señalados en el artículo 751 de dicho cuerpo de leyes (el cual establece que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los arts. 424 y 425 del C.P.C.), la solicitud (de declaración de desaparición y designación de curador interino del desaparecido) debe indicar la relación de bienes y deudas que se conozcan del desaparecido.

Tal como se señalara anteriormente, la solicitud de declaración de desaparición (y designación de curador interino del desaparecido), debe fundarse en la reunión de los presupuestos que configuran la desaparición y que se hallan normados en el artículo 47 del Código Civil, a saber: 1) la no presencia de una persona en el lugar de su domicilio por más de sesenta días; 2) la falta de noticias sobre su paradero durante dicho lapso de tiempo; y 3) la falta de representante o mandatario del desaparecido, que cuente con facultades suficientes inscritas en el registro público.

1.5 Notificaciones

La resolución que admite a trámite la solicitud (de declaración de desaparición y designación de curador interino del desaparecido) será notificada al desaparecido

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. Ello de acuerdo a lo normado en el artículo 792 del Código Procesal Civil.

1.6 Sentencia

La sentencia que ampara la solicitud (de declaración de desaparición y designación de curador interino del desaparecido), establece la fecha probable de la desaparición y designa al curador (art. 793 -primer párrafo- del C.P.C.).

La sentencia, tal como lo prevé el último párrafo del artículo 793 del Código Procesal Civil, es inscribible en los registros en donde deba producir efectos jurídicos. El Código Civil, al respecto, dispone, en el inciso 2) de su artículo 2030, que se inscribe en el registro personal (Registro de Personas Naturales en la actualidad), entre otras, la resolución que declare la desaparición.

1.7 Efectos de la declaración de desaparición

Becerra Palomino, acerca de los efectos patrimoniales de la desaparición, hace la siguiente exposición (en la que cita arts. del C.C.):

“El efecto de la desaparición es la designación judicial de un curador de bienes para el desaparecido (arts. 47 y 597).

El ejercicio del cargo de curador tiene carácter interino y corresponde que lo ejerzan (art. 597), en primer lugar, las personas llamadas a la curatela legítima (art. 569); en segundo lugar, a falta de curador legítimo corresponderá el cargo al curador nombrado por testamento o por escritura pública (art. 572); de no existir ninguno de los anteriores, será designado por el consejo de familia (art. 573), y de no ser ello posible, lo nombrará el juez (art. 597).

En principio, las facultades del curador del desaparecido son: a) la custodia y conservación de los bienes; b) el cobro de créditos y el pago de las deudas; y, c) la representación en juicio del desaparecido.

Como excepción a este principio, los actos prohibidos para el curador pueden ser válidos cuando, probada la necesidad o utilidad, son autorizados por el Juez con la previa audiencia del Consejo de Familia (art. 602). Adicionalmente, el Juez señalará al curador sus facultades y obligaciones, según las circunstancias (art. 605), lo cual es acertado, puesto que las relaciones jurídico-patrimoniales del desaparecido pueden requerir de facultades mayores que las conferidas como regla general, y,

en consecuencia, esta norma permite una mejor protección de los bienes del desaparecido.

(...)

Dicha curatela cesa, según el art. 616, por el retorno del desaparecido y al declarársele ausente o muerto presunto. Se ha omitido mencionar expresamente dos supuestos obvios: su muerte real y el hecho que designe representante con facultades suficientes con posterioridad al nombramiento del curador” (BECERRA PALOMINO, 1991: 42-43).

El mencionado autor nacional, esta vez sobre los efectos de la desaparición en la esfera familiar, afirma que tales efectos son los que describe a continuación:

- “a) En lo referente a la invalidez del matrimonio, se establece que en caso que el cónyuge de un desaparecido contrajera nuevo matrimonio, esta nueva unión sólo puede ser impugnada por el nuevo cónyuge, mientras dure la ausencia y no se declare la muerte presunta, y siempre que hubiere procedido de buena fe (art. 274, inc. 3º) (...).
- b) Las facultades de dirección, representación y administración de la sociedad conyugal las asume uno de los cónyuges cuando ‘se ignora el paradero del otro’ o éste se encuentra en lugar remoto (arts. 294, inc. 2º, y 314). Al mencionarse la ignorancia del paradero se alude tácitamente a la desaparición (en virtud de lo previsto en el artículo 47). Aunque el código no lo señala expresamente, se entiende que esta situación es provisional y debe cesar del mismo modo en que cesa la curatela del desaparecido.
- c) Respecto a la unión de hecho, el código establece que ésta termina por ‘ausencia’. En vista que bajo el de ausencia se regulan tanto la desaparición cuanto la declaración de ausencia, podría afirmarse que la unión de hecho termina por la desaparición de uno de los concubinos. Sin embargo, dado que de lo que se trata es de proteger el patrimonio del desaparecido ante su desaparición imprevista, no creemos que afecte su status personal, y por ende, que sea causa de término de la unión de hecho. Consideramos más bien que aquí el término ‘ausencia’ está referido a la declaración de ausencia.
- d) La desaparición del marido es causa de negación de la paternidad matrimonial (art. 363, inc. 2do.), en tanto que implica una imposibilidad manifiesta de cohabitación.
- e) En cuanto a la acción de separación de cuerpos, se señala que ésta corresponde a los cónyuges, pero los ascendientes pueden accionar si alguno

‘es incapaz, por enfermedad mental o ausencia (art. 334). (Cabe apreciar la errónea consideración del ausente como incapaz).

En tal virtud, la desaparición de uno de los cónyuges faculta a los ascendientes a interponer la acción de separación de cuerpos.

- f) En lo relativo a la Patria Potestad, ésta se suspende cuando se comprueba que el padre o la madre se hallan ‘impedidos de hecho para ejercerla’ (art. 466). Por tanto, se suspende por la desaparición de alguno de ellos” (BECERRA PALOMINO, 1991: 44-46).

1.8 Reconocimiento de presencia

La solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la desaparición, se tramita conforme a las reglas del Sub-Capítulo 5° (“Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en cuanto sea aplicable. Así lo determina el artículo 794 del indicado cuerpo de leyes.

Es de subrayar que la resolución que se pronuncie haciendo lugar a la solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la desaparición, será objeto de inscripción en el registro personal (Registro de Personas Naturales en la actualidad), según se desprende del artículo 2030 -inciso 2)- del Código Civil y de los artículos 793 -último párrafo- y 794 del Código Procesal Civil.

2. PROCESO NO CONTENCIOSO DE DECLARACION DE AUSENCIA

2.1 Configuración

La declaración de ausencia es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 5)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 5° (“Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 790 al 794.

Al respecto, el artículo 790 del Código Procesal Civil prescribe que, a pedido de interesado o del Ministerio Público, se puede solicitar la **declaración** de desaparición, **ausencia** o muerte presunta, sustentada en los casos previstos en el Código Civil. La solicitud de declaración de ausencia, advertimos, debe sustentarse, conforme lo determina el primer párrafo del artículo 49 del Código Civil, en la falta de noticias sobre el desaparecido durante dos años.

2.2 Competencia

Se desprende del artículo 750 del Código Procesal Civil que es competente para conocer el proceso no contencioso de declaración de ausencia el Juez Civil.

Por disposición del último párrafo del artículo 49 del Código Civil, es competente (para conocer la solicitud de declaración de ausencia) el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.

2.3 Legitimación

A decir de Barbero, “la declaración de ‘ausencia’ puede hacerse a instancia de los presuntos sucesores legítimos y de quienquiera que conceptúe razonablemente que tiene sobre los bienes del desaparecido derechos dependientes de la muerte de él (...) y, por tanto, también a instancia de quien razonablemente considere ser llamado a la sucesión por testamento (no del ministerio público)” (BARBERO, 1967, Tomo I: 231-232).

Según nuestro ordenamiento jurídico, pueden solicitar la declaración judicial de ausencia cualquiera que tenga legítimo interés y el Ministerio Público (arts. 49 -primer párrafo- del C.C. y 790 del C.P.C.).

Es de resaltar que en el proceso no contencioso de declaración de ausencia deberán ser citados el ausente y quienes puedan tener derechos sucesorios (art. 792 del C.P.C.).

2.4 Requisitos de la solicitud de declaración de ausencia

Conforme lo señala el artículo 791 del Código Procesal Civil, además de los requisitos señalados en el artículo 751 de dicho Código (el cual establece que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los arts. 424 y 425 del C.P.C.), la solicitud (de declaración de ausencia) debe indicar la relación de bienes y deudas que se conozcan del ausente, así como el nombre de sus probables sucesores.

Por último, tal como se expresó anteriormente, la solicitud de declaración de ausencia debe fundarse, de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 49 del Código Civil, en la falta de noticias sobre el desaparecido durante dos años.

2.5 Notificaciones

La resolución que admite a trámite la solicitud (de declaración de ausencia) será notificada al ausente 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. Ello puede colegirse del artículo 792 del Código Procesal Civil.

2.6 Sentencia

Nuestro ordenamiento jurídico, en lo que atañe a la sentencia en el proceso de declaración de ausencia, dispone lo siguiente:

- A. La sentencia que ampara la solicitud, establece la fecha probable de la ausencia (art. 793 -primer párrafo- del C.P.C.).
- B. 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. Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47 del Código Civil (curatela interina). Así lo determina el artículo 50 del mencionado cuerpo de leyes.
- C. La sentencia (según el artículo 793 -in fine- del Código Procesal Civil) es inscribible en los registros en donde deba producir efectos jurídicos, vale decir:
 - En el registro personal (art. 2030 -inc. 2)- del C.C.).
 - En el registro de mandatos y poderes, para extinguir los otorgados por el ausente (art. 53 del C.C.).

No podemos dejar de mencionar que los registros señalados en los acápites precedentes, a los que hace mención el Código Civil en los numerales indicados, han sido unificados en el Registro de Personas Naturales (art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366, del 14-10-1994).

2.7 Efectos

Sobre el particular, García Amigo anota que “... la ausencia produce en el ausente una determinada *incapacidad fáctica de obrar*, para actuar sus relaciones jurídicas; situación a la que responde el ordenamiento jurídico nombrando un *defensor de sus intereses*, o un *representante*, e incluso en el momento final se afecta su *capacidad jurídica*. También, abriendo la sucesión del mismo -siquiera estableciendo cautelas-, y con la posibilidad de recuperar sus bienes -o los subrogados- si apareciese vivo” (GARCIA AMIGO, 1979, I: 347).

Llambías examina lo relativo a los efectos de la declaración de ausencia de esta manera:

“La declaración de ausencia autoriza a instituir un representante del ausente que supla la imposibilidad de obrar en que éste se encuentra, en el lugar donde se instituye la representación.

Desde luego tal declaración no obsta a que el ausente obre en el lugar donde se encuentre con la capacidad que le corresponda sin considerar a la declaración de ausencia. Pero este pronunciamiento sirve para fijar el estado de las relaciones jurídicas pendientes o que se formalizaren después, con respecto a terceros, para quienes el ausente está hábilmente sustituido en la administración de los bienes por el curador que se le ha nombrado. Es desde ese punto de vista que la ley instituye la representación del ausente, quien por razón de esa ausencia está, en la especie, impedido para realizar cualquier acto jurídico. Pero basta que su presencia se verifique en algún lugar determinado para que cese su ‘desaparición’ y consiguientemente la representación que se apoyaba en ella (...).

Con todo, la reaparición del ausente no impide que hasta ese momento haya subsistido su imposibilidad de obrar que era cubierta por la representación del curador. De ahí que cuanto haya obrado éste en el desempeño de su función obliga y beneficia al ausente reaparecido, como ocurre con cualquier representado” (LLAMBIAS, 1991, Tomo I: 568-569).

2.7.1 Posesión temporal de los bienes del ausente

En relación al efecto de la declaración de ausencia consistente en la posesión temporal de los bienes del ausente a ser ejercida por los probables sucesores, el Código Civil establece lo siguiente:

- En la declaración judicial de ausencia de ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47 del Código Civil (curatela interina). Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del indicado cuerpo de leyes.
- La posesión temporal de los bienes del ausente debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado (art. 51 -primer párrafo- del C.C.).
- El poseedor (temporal de los bienes del ausente) tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (art. 51 -in fine- del C.C.).

- Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al artículo 56 del Código Civil (según el cual, 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). Así lo prescribe el artículo 52 del indicado Código.

2.7.2 Administración judicial de los bienes del ausente

Entre los efectos a que puede dar lugar el estado de ausencia declarado judicialmente encontramos el relativo a la administración judicial de los bienes del ausente, la misma que es regulada en los artículos 54, 55, 56 y 57 del Código Civil, que versan, respectivamente, sobre la designación de administrador judicial a solicitud de quien haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, los derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente, la necesidad de contar con autorización judicial para enajenar o gravar los bienes del ausente, y la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil sobre administración judicial de bienes.

2.8 Término o fin de la ausencia

El Código Civil, en su artículo 59, prescribe que cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por:

1. Regreso del ausente (art. 59 -inciso 1)- del C.C.).
2. Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración (art. 59 -inciso 2)- del C.C.).
3. Comprobación de la muerte del ausente (art. 59 -inciso 3)- del C.C.).
4. Declaración judicial de muerte presunta (art. 59 -inciso 4)- del C.C.).

En cuanto a las consecuencias que se producirían con el cese de los efectos de la declaración judicial de ausencia, cabe señalar que, conforme se desprende del artículo 60 del Código Civil:

- En los casos de regreso del ausente o designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración, se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia (art. 60 -primer párrafo- del C.C.).

- En los casos de comprobación de la muerte del ausente o declaración judicial de muerte presunta se procede a la apertura de la sucesión (art. 60 -último párrafo- del C.C.).

En relación al término o fin de la ausencia, debe tenerse presente que la solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la ausencia, se tramita conforme a las reglas del Sub-Capítulo 5° (“Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en cuanto sea aplicable. Así lo prevé el artículo 794 del indicado Código adjetivo.

Es de resaltar que la resolución que se pronuncie haciendo lugar a la solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la ausencia, será objeto de inscripción en el registro personal (el cual ha sido incorporado al Registro de Personas Naturales por el art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366), según se desprende del artículo 2030 -inciso 2)- del Código Civil y de los artículos 793 -último párrafo- y 794 del Código Procesal Civil.

3. PROCESO NO CONTENCIOSO DE DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA

3.1 Configuración

La declaración de muerte presunta es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 5)- del C.P.C.), y que se encuentra normado en el Sub-Capítulo 5° (“Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 790 al 794.

El artículo 790 del Código Procesal Civil señala al respecto que, a pedido de interesado o del Ministerio Público, se puede solicitar la **declaración** de desaparición, ausencia o **muerte presunta**, sustentada en los casos previstos en el Código Civil. Al respecto, el artículo 63 del Código Civil indica que procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.
2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.

3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido lo siguiente: “... La solicitud de la declaración judicial de muerte presunta se tramita mediante un proceso no contencioso o de jurisdicción voluntaria, en el que no existe, al menos en teoría, un conflicto de intereses o litigio, el cual está integrado por sujetos que asumen la calidad de demandante y demandado, lo cual equivale a la pretensión de uno y la resistencia del otro; en ese sentido y teniendo en consideración que la petición formulada por la impugnante ha sido declarada infundada por el Colegiado; es factible de renovarse en cada oportunidad que se presenten los supuestos que la Ley señale para estos casos...” (Casación Nro. 483-2004 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-01-2005, pág. 13338).

3.2 Competencia

Se infiere de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Es competente para conocer el proceso no contencioso de declaración judicial de muerte presunta el Juez Civil.
- En el proceso no contencioso de declaración judicial de muerte presunta es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve (respecto de esto último, entiéndase que será competente el Juez del lugar del domicilio de la persona cuya muerte presunta se pretende sea declarada, pues, como es evidente, no cabe encontrar interés alguno en una persona para que se le declare judicialmente muerto presunto).

3.3 Legitimación

A decir de Larenz, “... el procedimiento (de declaración de fallecimiento) tiene lugar sólo a instancia; están facultados para la instancia el representante legal del ausente, su cónyuge, sus descendientes y sus padres, ‘así como cualquier otra persona que tenga un interés jurídico en la declaración de fallecimiento’ (...). Existe un ‘interés jurídico’ cuando de la declaración del fallecimiento del ausente dependan efectos jurídicos para el interesado...” (LARENZ, 1978: 117-118).

Nuestro ordenamiento jurídico prescribe que pueden solicitar la declaración de muerte presunta:

- Cualquier interesado, obviamente con legítimo interés económico o moral (arts. VI del T.P. y 63 -primer párrafo- del C.C., y art. 790 del C.P.C.).

- El Ministerio Público (arts. 63 -primer párrafo- del C.C. y 790 del C.P.C.).

Es de resaltar que en el proceso no contencioso de declaración de muerte presunta deberán ser citados el muerto presunto y quienes puedan tener derechos sucesorios (art. 792 del C.P.C.).

3.4 Requisitos de la solicitud de declaración de muerte presunta

Tal como lo dispone el artículo 791 del Código Procesal Civil, además de los requisitos señalados en el artículo 751 de dicho Código (el cual señala que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los arts. 424 y 425 del C.P.C.), la solicitud (de declaración de muerte presunta) debe indicar la relación de bienes y deudas que se conozcan del muerto presunto, así como el nombre de sus probables sucesores.

Por último, debe tenerse presente que la solicitud de declaración de muerte presunta debe sustentarse en alguno de los casos contemplados en el artículo 63 del Código Civil (que fueran vistos en el punto 3.1 del presente Capítulo de la obra). Además, para la procedencia de la solicitud de declaración de muerte presunta no será indispensable la previa declaración de ausencia, según se infiere del primer párrafo del artículo 63 del Código Civil.

3.5 Notificaciones

La resolución que admite a trámite la solicitud (de declaración de muerte presunta) será notificada 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. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 792 del Código Procesal Civil.

3.6 Sentencia fundada y efectos

“... La declaración de fallecimiento, al constatar oficialmente la no existencia del ausente, tendrá virtualidad para extinguir todas aquellas relaciones jurídicas de carácter personal o patrimonial que se extinguirían con su muerte. (...) Con la declaración de fallecimiento el patrimonio del ausente se convierte en herencia, produciéndose con aquella declaración la apertura del proceso sucesorio y la consiguiente delación hereditaria a favor de las personas llamadas a sucederle en el momento en que la declaración judicial (...) entienda sucedida la muerte” (PUIG BRUTAU, 1979, Tomo I, Volumen I: 251).

La sentencia que ampara la solicitud de declaración de muerte presunta (la misma que procede sin que sea indispensable la previa declaración de ausencia: art. 63 -primer párrafo- del C.C.), establece la fecha probable de la muerte presunta y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido -entiéndase del muerto presunto- (arts. 65 del C.C. y 793 -primer párrafo- del C.P.C.).

La sentencia que ampara la solicitud de declaración de muerte presunta es inscribible en los registros en donde deba producir efectos jurídicos, como el registro personal (arts. 793 -in fine- del C.P.C. y 2030 -inc. 2)- del C.C.). Este último registro, dicho sea de paso, ha sido incorporado al Registro de Personas Naturales por el artículo 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la declaración judicial de muerte presunta produce los siguientes efectos:

- La apertura de la sucesión (arts. 59 -inc. 4)- y 60 -último párrafo- del C.C.).
- El cese de los efectos de la declaración judicial de ausencia, si la hubiera (art. 59 -inc. 4)- del C.C.), así como de la curatela de bienes del desaparecido (art. 616 del C.C.).
- La disolución del matrimonio del desaparecido -léase del muerto presunto- (art. 64 del C.C.).
- El fenecimiento de la sociedad de gananciales, que para las relaciones personales entre los cónyuges se considera producido en la fecha de la declaración de muerte presunta, y, respecto a terceros, se considera fenecido dicho régimen de sociedad de gananciales en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal (que, como se indicara, ha sido incorporado al Registro de Personas Naturales por el art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366). Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 319 del Código Civil.

3.7 Término o fin del estado de muerte presunta

Según García Amigo, "... la declaración de fallecimiento y la situación por ella creada pueden terminar: *a)* por la muerte real comprobada del declarado fallecido; *b)* por su reaparición..." (GARCIA AMIGO, 1979, I: 362).

Nuestro ordenamiento jurídico, en relación al reconocimiento de existencia de quien fuera declarado muerto presunto (con lo que se pondría fin al estado de muerte presunta), establece lo siguiente:

- La existencia de la persona cuya muerte hubiera sido judicialmente declarada, puede ser reconocida a solicitud de ella, de cualquier interesado, o del Ministerio Público. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta (art. 67 del C.C.).
- La solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la muerte presunta, se tramita conforme a las reglas del Sub-Capítulo 5° (“Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en cuanto sea aplicable. Así lo dispone el artículo 794 del indicado Código adjetivo.
- Se inscribe en el registro personal (que fuera incorporado al Registro de Personas Naturales por el art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366) la resolución que declare el reconocimiento de existencia de las personas (art. 2030 -inciso 2)- del C.C., y arts. 793 -in fine- y 794 del C.P.C.).
- El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge (art. 68 del C.C.).
- El reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes, conforme a ley (art. 69 del C.C.).

CAPITULO LXV

PROCESO NO CONTENCIOSO DE PATRIMONIO FAMILIAR

1. CONCEPTO DE PATRIMONIO FAMILIAR Y VIA PROCEDIMENTAL

Barbero define al patrimonio familiar como “... un *conjunto de bienes gravados por un destino particular a beneficio de la familia*” (BARBERO, 1967, Tomo II: 87).

Zannoni sostiene que el patrimonio familiar “... consiste en la *afectación* de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo *sustraer* a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación” (ZANNONI, 1989, Tomo 1: 558-559).

Rufus Waples califica al *homestead* (equivalente norteamericano del patrimonio familiar) como “... una residencia o finca de familia que implica la posesión, la ocupación efectiva, la limitación del valor, la exención de embargo y la restricción de la enajenación autorizada por leyes” (RUFUS WAPLES; citado por VACA NARVAJA, 1963: 320).

A decir de Ferrer, “... constituer un ‘bien de familia’ importa en rigor un acto de disposición, ya se realice en beneficio propio o de tercero. Significa su afectación al servicio familiar; lo cual implica someter ese bien a un régimen particular de restricciones jurídicas y privilegios. Su estatuto evoca la idea de una fundación. Al ser sustraída la propiedad del comercio, en este caso, pierde sus rasgos comunes para convertirse (...) en un dominio anómalo...” (FERRER, 1961: 136).

Fueyo Laneri apunta que el patrimonio familiar:

“... Es un conjunto de *bienes especiales*, pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del patrimonio común por su *función aseguradora* de la

prosperidad económica de la familia y por las normas que la ley dicta en su protección.

No significa copropiedad familiar entre los dos cónyuges y los hijos ni constituye una persona autónoma, como si fuese una fundación...” (FUEYO LANERI, 1959, Tomo Sexto, Volumen I: 26-27).

Fueyo Laneri considera como caracteres del patrimonio familiar los que describe a continuación:

“... **Inalienabilidad.**- Está prohibida la venta de los bienes que forman el patrimonio familiar; salvo que lo autorice el juez en caso de utilidad evidente, señalándose el empleo que ha de darse al precio.

(...) **Indivisibilidad.**- Este patrimonio es calificado como ‘*unidad económica*’ y ‘*unidad jurídicamente indivisible*’. Lo anterior tiende al mejor cumplimiento de su finalidad. La desintegración es posible en casos excepcionales y de manera condicional.

(...) **Inembargabilidad.**- Esta es una nota saliente, como que se agrega esta característica a la denominación de la institución. Así, se dice ‘patrimonio familiar inembargable’. Contribuye a su *estabilidad y seguridad*” (FUEYO LANERI, 1959, Tomo Sexto, Volumen I: 27).

La constitución de patrimonio familiar es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 6)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 6° (“Patrimonio familiar”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 795 al 801.

El Código Civil regula dicha institución jurídica en el Capítulo Segundo (“Patrimonio familiar”) del Título I (“Alimentos y bienes de familia”) de la Sección Cuarta (“Amparo familiar”) del Libro III (“Derecho de Familia”), en los arts. 488 al 501.

2. BIENES OBJETO DE PATRIMONIO FAMILIAR

El artículo 489 del Código Civil trata sobre los bienes objeto de patrimonio familiar en estos términos:

“Puede ser objeto del patrimonio familiar:

- 1.- La casa habitación de la familia.
- 2.- Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios”.

3. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE CONSTITUCION DE PATRIMONIO FAMILIAR

Se infiere de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Son competentes para conocer el proceso no contencioso de constitución de patrimonio familiar los Jueces Civiles y los de Paz Letrados.
- La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva si la solicitud de constitución de patrimonio familiar contiene una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal; en caso contrario, conocerá de aquélla el Juez Civil.
- En el proceso no contencioso de constitución de patrimonio familiar es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve.

Es de destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 -inciso 3)- de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar la constitución de patrimonio familiar. Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo 6 de la Ley Nro. 26662, es requisito indispensable (del trámite notarial) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

4. LEGITIMIDAD PARA CONSTITUIR PATRIMONIO FAMILIAR

De acuerdo a lo normado en el artículo 795 del Código Procesal Civil, pueden solicitar la constitución de patrimonio familiar las personas señaladas en el artículo 493 del Código Civil, a saber:

- Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad (art. 493 -inciso 1)- del C.C.).
- Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad (art. 493 -inciso 2)- del C.C.).
- El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios (art. 493 -inciso 3)- del C.C.).

- El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad (art. 493 -inciso 4)- del C.C.).
- Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento (art. 493 -inciso 5)- del C.C.).

5. BENEFICIARIOS DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Se desprende de los artículos 495 del Código Civil y 795 del Código Procesal Civil que pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar las siguientes personas en relación con el constituyente:

- Los cónyuges.
- Los hijos y otros descendientes menores o incapaces.
- Los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad.
- Los hermanos menores o incapaces.

Puntualizamos que, tal como lo prevé el artículo 498 del Código Civil, dejan de ser beneficiarios del patrimonio familiar:

- Los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren (art. 498 -inciso 1)- del C.C.).
- Los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad (art. 498 -inciso 2)- del C.C.).
- Los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad (art. 498 -inciso 3)- del C.C.).

6. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO NO CONTENCIOSO DE PATRIMONIO FAMILIAR

En el proceso no contencioso de patrimonio familiar, según se infiere de los artículos 759 y 798 del Código Procesal Civil, el Ministerio Público debe ser notificado con las resoluciones que se expidan, para los efectos de velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. Tal función del Ministerio Público se hallaba contenida en el inciso 2) del artículo 250 de la Constitución Política de 1979, al que nos remitía el artículo 759 del Código Procesal Civil, debiendo entenderse que la remisión actual corresponde al inciso 2) del artículo 159 de la Constitución Política de 1993, norma que prácticamente reproduce el primero de los dispositivos constitucionales mencionados.

De los artículos 759 y 798 del Código Procesal Civil se desprende también que el Ministerio Público no emitirá dictamen en el proceso no contencioso de patrimonio familiar. Al respecto, el último párrafo del artículo 496 del Código Civil preceptúa que en los casos de **constitución**, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oír la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

7. REQUISITOS EXIGIBLES PARA LA CONSTITUCION DE PATRIMONIO FAMILIAR

El Código Civil, en su artículo 496, establece que para la constitución del patrimonio familiar se requiere:

1. Que el constituyente formalice solicitud ante el juez, en la que, según el inciso 1) del artículo 496 del Código Civil, debe:
 - Precisar su nombre y apellidos.
 - Precisar su edad.
 - Precisar su estado civil.
 - Precisar su domicilio.
 - Individualizar el predio que propone afectar.
 - Aportar la prueba instrumental de no hallarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado.
 - Señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos.
2. Que se acompañe a la solicitud la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide (art. 496 -inciso 2)- del C.C.).
3. Que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere (art. 496 -inciso 3)- del C.C.).
4. Que sea aprobada por el juez, conforme a lo dispuesto para el proceso no contencioso (art. 496 -inciso 4)- del C.C.).
5. Que la minuta sea elevada a escritura pública (art. 496 -inciso 5)- del C.C.).
6. Que sea inscrita en el registro respectivo (art. 496 -inciso 6)- del C.C.).

El Código Civil prescribe, además, en su artículo 494, que para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución.

El Código Procesal Civil, respecto de los requisitos de la solicitud de constitución de patrimonio familiar, señala en su artículo 796 lo siguiente:

“Además de lo previsto en el Artículo 751° *[del C.P.C.]*, 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”.

El artículo 751 del Código Procesal Civil, a que hace referencia el primer párrafo del artículo 796 de dicho Código (citado precedentemente), dispone que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

8. EXIGIBILIDAD DE NOTIFICACION EDICTAL EN EL PROCESO SOBRE PATRIMONIO FAMILIAR

En el proceso no contencioso de constitución de patrimonio familiar, en la solicitud se pedirá la publicación de un extracto de ésta 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 (de actuación y declaración judicial). Ello conforme a lo dispuesto en el artículo 797 del Código Procesal Civil.

Es de resaltar que, según se infiere del artículo 800 del Código Procesal Civil, lo descrito en el párrafo anterior sería aplicable también para la modificación y extinción del patrimonio familiar.

9. TRAMITACION DEL PROCESO NO CONTENCIOSO DE PATRIMONIO FAMILIAR

Con arreglo a lo previsto en el artículo 799 del Código Procesal Civil, en el proceso no contencioso de patrimonio familiar:

- Si no hay contradicción, el Juez resolverá atendiendo a lo probado.
- Si hay contradicción, se seguirá el trámite establecido en los artículos 753, 754, 755, 756 y 757 del Código Procesal Civil. Estos numerales forman

parte de las disposiciones generales de los procesos no contenciosos (contenidas en el Título I de la Sección Sexta del C.P.C.) y contemplan el trámite regular de dicha clase de procesos.

10. EFECTOS DE LA CONSTITUCION DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a los efectos del patrimonio familiar, establece lo siguiente:

- La constitución del patrimonio familiar no trasfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios. Estos adquieren sólo el derecho de disfrutar de dichos bienes (art. 490 del C.C.).
- El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia (art. 488 del C.C.).
- Son inembargables los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492 del Código Civil (según el cual, los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias). Así lo determina el artículo 648 -inciso 2)- del Código Procesal Civil.

11. MODIFICACION Y EXTINCION DEL PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar puede ser modificado según las circunstancias, observándose el mismo procedimiento que para su constitución (art. 501 del C.C.).

Al respecto, el artículo 800 del Código Procesal Civil prescribe que la modificación y extinción del patrimonio familiar se solicitará ante el Juez que lo constituyó, conforme al trámite previsto en el Sub-Capítulo 6° (“Patrimonio familiar”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del referido Código adjetivo (arts. 795 al 801), en lo que fuese aplicable.

La modificación y extinción del patrimonio familiar debe ser declarada por el juez y se inscribe en los registros públicos, debiendo aquél oír la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución (arts. 496 -in fine- y 500 del C.C., y art. 801 del C.P.C.).

Por disposición del artículo 499 del Código Civil, el patrimonio familiar se extingue:

1. Cuando todos sus beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498 del Código Civil (vale decir: a. cuando los cónyuges dejan de serlo o mueren;

- b. cuando los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece su incapacidad; y c. cuando los padres y otros ascendientes mueren o desaparece su estado de necesidad). Ello de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 499 del Código Civil.
2. Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo (art. 499 -inciso 2)- del C.C.).
 3. Cuando, habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido (art. 499 -inciso 3)- del C.C.).
 4. Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados. Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización (art. 499 -inciso 4)- del C.C.).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la extinción del patrimonio familiar, ha establecido lo siguiente:

- “... Las sentencias de mérito [...] han declarado liminarmente improcedente la demanda, por cuanto los cónyuges beneficiarios aún están vivos y el artículo cuatrocientos noventinueve del Código Civil [...] establece las causales por las cuales se extingue el patrimonio familiar, no siendo ninguna de ellas la adquisición de deudas; [...] el [...] artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil [...] permite que el Juez declare improcedente la demanda cuando el petitorio fuese jurídicamente imposible; [...] más aún, el mismo artículo faculta al A-Quo en el caso de que estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declare así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos; [...] en este caso la demanda era jurídicamente imposible, porque no se había producido ninguna de las causales de extinción del patrimonio familiar; [...] por ello, las resoluciones de mérito no han contravenido el debido proceso...” (Casación Nro. 2796-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, págs. 10629-10630).

- “... Si bien esta Sala [Suprema] ha establecido que las resoluciones finales emitidas en procedimientos no contenciosos no son impugnables en casación por considerar que ellas en rigor no son el producto de un proceso contencioso, también es verdad que, en el presente caso, dada la naturaleza de la pretensión procesal planteada en la solicitud (extinción del patrimonio familiar) y habiéndose formulado contradicción [...], la materia propuesta [...] se ha convertido en una de naturaleza contenciosa, por lo que las resoluciones de mérito [...] son homologadas por esta Sala [Suprema] como aquellas que ponen término al proceso...” (Casación Nro. 2829-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, págs. 10495-10496).

12. FORMALIZACION DE LA CONSTITUCION, MODIFICACION O EXTINCION DEL PATRIMONIO FAMILIAR

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 (art. 801 del C.P.C.), esto es, en el Registro de la Propiedad Inmueble, porque el objeto del patrimonio familiar (según el art. 489 del C.C.) recae siempre sobre bien inmueble: casa habitación de la familia o un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

CAPITULO LXVI

PROCESO NO CONTENCIOSO DE OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION

1. CONFIGURACION

El *ofrecimiento de pago* “... puede entenderse como la acción de prometer u obligarse uno a dar o hacer la entrega de un dinero o especie que se debe...” (LINARES NOCI, 1991: 172). Para Nart, “el ofrecimiento de pago al acreedor es (...) un requerimiento, en cuanto ofrece, y una notificación, en cuanto anuncia que se consignará después” (NART, 1951: 209). Ospina Fernández afirma que “... la oferta es una etapa previa a la consignación y consiste en la invitación formal que el solvens le hace al acreedor para que reciba el pago de lo debido” (OSPINA FERNÁNDEZ, 1976: 498).

El ofrecimiento de pago puede ser judicial o extrajudicial (art. 1252 -primer párrafo- del C.C.).

Conforme lo determina el segundo párrafo del artículo 1252 del Código Civil, el ofrecimiento de pago será judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido

En cuanto al ofrecimiento extrajudicial de pago, éste debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores

a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale (art. 1252 -último párrafo- del C.C.).

En lo que concierne al *pago por consignación*, Marín Pérez lo concibe como “... el depósito que en forma legal hace el deudor de la cosa objeto de la obligación cuando el acreedor no quiere o no puede recibirla. De esta forma el deudor queda liberado de toda responsabilidad” (MARÍN PÉREZ, 1983, Volumen II: 97). Busso afirma que el pago por consignación puede definirse como “... pago impuesto forzosamente por el deudor al acreedor, que se cumple mediante el depósito judicial de la suma adeudada, y se perfecciona en el curso de una instancia judicial, con la aceptación del acreedor con la aprobación del juez” (BUSO; citado por WAYAR, 1983: 46). Wayar califica al pago por consignación como “... el modo de extinción de las obligaciones que se verifica mediante la intervención judicial solicitada por el deudor, que ejerce coactivamente su derecho a liberarse, para suplir la falta de cooperación del acreedor o para salvar obstáculos que imposibilitan el pago directo y espontáneo” (WAYAR, 1983: 50). Castán Tobeñas distingue el ofrecimiento de pago de la consignación diciendo lo siguiente: “... Consiste el primero (...) en una declaración de voluntad dirigida al acreedor, por la que el deudor manifiesta su firme decisión de cumplir inmediatamente la obligación; y la segunda, en el depósito que en forma legal hace el deudor de la cosa objeto de la obligación, cuando el acreedor no quiere o no puede recibirla. Sólo la consignación es forma de pago. La oferta (...) es un acto preparatorio de la consignación...” (CASTÁN TOBEÑAS; citado por WAYAR, 1983: 47).

El Código Civil, en su artículo 1251, regula los requisitos del pago por consignación en los siguientes términos:

“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 lo hubiere 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 [del C.C., según el cual 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] o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para

el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas”.

El Código Civil regula el pago por consignación en el Capítulo Tercero (“Pago por consignación”) del Título II (“Pago”) de la Sección Segunda (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”), en los arts. 1251 al 1255.

El ofrecimiento de pago y consignación es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 7)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 7° (“Ofrecimiento de pago y consignación”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 802 al 816.

El artículo 802 del Código Procesal Civil señala al respecto lo siguiente:

“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”.

2. COMPETENCIA

Se infiere de los artículos 23 y 750 del Código Procesal Civil que:

- Son competentes para conocer el proceso no contencioso de ofrecimiento de pago y consignación los Jueces Civiles y los de Paz Letrados.
- La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva si la solicitud de ofrecimiento de pago y consignación contiene una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal; en caso contrario, conocerá de aquélla el Juez Civil.
- En el proceso no contencioso de ofrecimiento de pago y consignación es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve.

3. REQUISITOS DEL OFRECIMIENTO JUDICIAL DE PAGO

El artículo 803 del Código Procesal Civil contempla lo relacionado a los requisitos del ofrecimiento judicial de pago en estos términos:

“Además de lo dispuesto en el Artículo 751° [del C.P.C.], 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”.

El artículo 751 del Código Procesal Civil, a que hace mención el primer párrafo del artículo 803 de dicho cuerpo de leyes (citado precedentemente), dispone que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

En lo que concierne a los requisitos establecidos en el Código Civil para el pago, a que hace genérica referencia el inciso 2) del artículo 803 del Código Procesal Civil (citado anteriormente), cabe señalar que habrá que estar a lo dispuesto en el Título II (“Pago”) de la Sección Segunda (“Efectos de las obligaciones”) del Libro VI (“Las Obligaciones”) del Código Civil, especialmente en los artículos 1220 (que versa sobre la verificación del pago), 1221 (que trata acerca de la indivisibilidad del pago), 1223 (referido a la aptitud legal para efectuar el pago), 1224 (que norma la aptitud legal para recibir el pago), 1225 (que trata sobre el pago a persona con derecho a cobrar), 1227 (que versa sobre el pago hecho a un incapaz), 1228 (que regula el pago posterior a notificación judicial prohibiéndolo), 1235 (que norma el criterio valorista del pago), 1236 (sobre el cálculo del valor del pago), 1237 (referido al pago en moneda extranjera), 1238 (que establece el lugar de pago), 1239 (que versa acerca del lugar de pago en caso de cambio de domicilio del deudor o del acreedor) y 1240 (que trata acerca del plazo para efectuar el pago a falta de plazo convencional) del citado Código sustantivo.

4. FORMA DEL OFRECIMIENTO JUDICIAL DE PAGO

El artículo 804 del Código Procesal Civil versa sobre la forma del ofrecimiento judicial de pago y prescribe que el ofrecimiento debe consistir en cumplir la prestación en la audiencia (de actuación y declaración judicial, audiencia propia del proceso no contencioso).

5. TRAMITE DEL PROCESO EN CASO DE FALTA DE CONTRADICCIÓN O INCONCURRENCIA DEL EMPLAZADO

Tal como lo señala el primer párrafo del artículo 805 del Código Procesal Civil, si el acreedor no contradice el ofrecimiento (de pago) dentro de los cinco días del

emplazamiento, en la audiencia (de actuación y declaración judicial) el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 807 del Código Procesal Civil, numeral éste que preceptúa que 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 (de actuación y declaración judicial) 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; y 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.

En caso de inconcurrencia del emplazado, se procederá en la forma establecida en el párrafo anterior (art. 805 -segundo párrafo- del C.P.C.).

Si el emplazado acepta el ofrecimiento, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata (art. 805 -in fine- del C.P.C.).

Es de destacar que, 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 éste lo estima necesario (art. 806 del C.P.C.).

6. TRAMITE DEL PROCESO EN CASO DE INCONCURRENCIA DEL SOLICITANTE A LA AUDIENCIA O DE INCUMPLIMIENTO DEL PAGO OFRECIDO

Si el solicitante no concurre a la audiencia (de actuación y declaración judicial), 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. Ello de acuerdo a lo normado en el tercer párrafo del artículo 805 del Código Procesal Civil.

7. TRAMITE DEL PROCESO EN CASO DE EXISTIR CONTRADICCION

Según el artículo 809 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, 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. Sobre el particular, el último párrafo

del artículo 1253 del Código Civil prescribe que la oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.

Iniciado el proceso contencioso, cuando se trate de prestaciones de cumplimiento periódico, los ofrecimientos y consignaciones siguientes se realizarán en dicho proceso (art. 809 -in fine- del C.P.C.).

Con arreglo a lo previsto en el artículo 810 -primer y segundo párrafos- del Código Procesal Civil, si el acreedor (emplazado) formula contradicción parcial al ofrecimiento de pago, éste 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 del referido cuerpo de leyes, numerales éstos que forman parte de las disposiciones generales de los procesos no contenciosos (contenidas en el Título I de la Sección Sexta del C.P.C.) y están referidos al trámite regular de dicha clase de procesos.

Es de resaltar que resulta improcedente la negativa del deudor (solicitante) a la aceptación parcial del acreedor (emplazado). Así lo determina el último párrafo del artículo 810 del Código del Código Procesal Civil.

8. TRAMITE DEL PROCESO EN CASO DE OFRECIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGO

Lo relativo al trámite del proceso en caso de ofrecimiento extrajudicial de pago se encuentra previsto en el artículo 811 del Código Procesal Civil, numeral que citamos seguidamente:

“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 *[del C.P.C., referido a los requisitos del ofrecimiento judicial de pago, lo que fuera visto en el punto 3 de este Capítulo de la obra]*, 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 *[Sub-Capítulo 7º del Título II de la Sección Sexta del C.P.C.,*

Sub-Capítulo referido al proceso no contencioso de ofrecimiento de pago y consignación]”.

9. CONSIGNACION DE LA PRESTACION

Conforme a lo prescrito en el artículo 807 del Código Procesal Civil, 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 (art. 807 -inciso 1)- del C.P.C.).
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 (art. 807 -inciso 2)- del C.P.C.).
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 (art. 807 -inciso 3)- del C.P.C.).

Tratándose de prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, las inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud (de ofrecimiento de pago y consignación) se realizarán en el mismo proceso, sin necesidad de audiencias posteriores y se sujetarán a lo que el Juez haya decidido en la audiencia (de actuación y declaración judicial) realizada. El solicitante deberá expresar en la solicitud la periodicidad de la obligación (art. 812 del C.P.C.). 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. Así lo establece el artículo 813 del Código Procesal Civil.

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 (contempladas en el Capítulo Sexto del Título IX de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, en los arts. 1857 al 1867). Ello conforme al artículo 814 -primer párrafo- del Código Procesal Civil. Estas solicitudes proceden incluso cuando haya contradicción del acreedor (art. 814 -in fine- del C.P.C.).

El Código Procesal Civil, en su artículo 816, trata lo concerniente al retiro de la consignación de esta manera:

“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”.

Al respecto, el Código Civil, en su artículo 1255, establece que el deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:

1. Antes de la aceptación por el acreedor.
2. Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

10. EFECTOS DEL OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION

Cubides Camacho anota que “la consignación produce los efectos de extinguir la obligación del mismo modo como si se hubiere aceptado voluntariamente el pago (...). Por consiguiente cesan los intereses, cesan los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa debida, se extinguen las obligaciones accesorias, etc.” (CUBIDES CAMACHO, 1996: 367).

Según Alterini, Ameal y López Cabana:

“... El pago por consignación produce los efectos generales propios de todo pago.

También hace: (1) cesar el curso de los intereses, legales o voluntarios, que acceden a la obligación; (2) trasladar del deudor al acreedor los riesgos que pudieran afectar al objeto que se consigna; (3) que las ventajas y frutos de la cosa consignada beneficien al acreedor de ella” (ALTERINI; AMEAL; y LOPEZ CABANA, 1995: 385).

El Código Procesal Civil, en relación a los efectos del ofrecimiento de pago y consignación, dispone lo siguiente:

- Si el acreedor (emplazado) no contradice el ofrecimiento o se produce su inconcurrencia, en la audiencia (de actuación y declaración judicial) el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago (art 805 -primer y segundo párrafos- del C.P.C.).
- Si el solicitante no concurre a la audiencia (de actuación y declaración judicial), 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 (art. 805 -tercer párrafo- del C.P.C.).
- Si se hubiera formulado contradicción, 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 (art. 809 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Si el acreedor (emplazado) formula contradicción parcial al ofrecimiento de pago, éste surte efectos en aquella parte no afectada por la contradicción (art. 810 -primer párrafo- del C.P.C.).
- Excepcionalmente, tanto el deudor como el acreedor pueden solicitar (aun cuando haya contradicción del acreedor) que el objeto de la prestación quede en depósito judicial (por lo que no surtiría efecto de pago) en poder del deudor o persona distinta, en cuyo caso se aplican, en cuanto fueran pertinentes, las reglas del contrato de secuestro (art. 814 del C.P.C.).

Además, resulta importante tener presente lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil, según el cual:

“El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:

- 1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;

- 2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento”.

11. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación al ofrecimiento de pago y consignación, ha establecido lo siguiente:

- “... Resulta necesario conceptualizar la figura jurídica del pago por consignación la cual no viene a ser sino aquella posibilidad que tiene todo deudor de liberarse del vínculo obligatorio que lo mantiene atado, poniendo a disposición de la autoridad judicial el objeto de la prestación por negativa del acreedor a recibirlo...” (Casación Nro. 683-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-07-2003, pág. 10793).
- “... Tratándose de la entrega de un bien inmueble por vencimiento del contrato de arrendamiento, la solicitud para dar cumplimiento a lo pactado se define conforme a las disposiciones del arrendamiento previstas en el Título Sexto, Sección Segunda, del Libro Séptimo del Código Civil, específicamente de acuerdo con las normas contenidas en los Artículos mil seiscientos noventinueve y mil setecientos seis y no aplicando el Artículo mil doscientos cincuentidós del mismo Código que resulta norma impertinente por estar reservada para la consignación de suma de dinero y no para la entrega o consignación de bienes inmuebles” (Casación Nro. 1042-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-11-1999, págs. 4180-4181).
- “... En casos como el presente (consignación de inmueble arrendado), la cuantía para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales no queda establecida con la suma de dinero dado en garantía sino por el valor estimado del bien arrendado” (Casación Nro. 1042-99 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-11-1999, págs. 4180-4181).
- “... El artículo doscientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil [...] está referido a la ineficacia probatoria de los documentos por ausencia de una formalidad esencial para su validez, prevista bajo sanción de nulidad; sin embargo, la falta de presentación de las consignaciones judiciales

en copia certificada [sino en copia simple] no se encuentra sancionado con nulidad, por lo que los alcances de dicho artículo son inaplicables al caso...” (Casación Nro. 318-07 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22693-22695).

- “... Habiéndose desestimado la contradicción efectuada en el proceso de Consignación carece de objeto pronunciarse ya respecto a la resolución [de contrato] por la falta de pago, pues es efecto del acogimiento del ofrecimiento de pago que el mismo se repute válido con efecto retroactivo a la fecha del ofrecimiento como resulta del artículo mil doscientos cincuenticuatro inciso segundo del Código Civil...” (Casación Nro. 560-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7848).

CAPITULO LXVII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE COMPROBACION DE TESTAMENTO

1. CONFIGURACION

La comprobación de testamento es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 8)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 8° (“Comprobación de testamento”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 817 al 825.

El artículo 817 -primer párrafo- del Código Procesal Civil señala al respecto que se tramita conforme a lo dispuesto en el Sub-Capítulo 8° del Título II de la Sección Sexta de dicho cuerpo de leyes, la comprobación de autenticidad y cumplimiento de formalidades del testamento cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, para su ulterior protocolización notarial. Sobre el particular, debe tenerse presente las reglas del Código Civil referidas a las formalidades de los testamentos, a efecto de determinar si han sido cumplidas o no. Tales reglas son las siguientes: art. 695 del C.C. (referido a las formalidades comunes a todo testamento), art. 699 del C.C. (que trata acerca de las formalidades del testamento cerrado), art. 707 del C.C. (que versa sobre las formalidades esenciales del testamento ológrafo), arts. 713 y 714 del C.C. (que regulan las formalidades del testamento militar), y arts. 717, 718 y 719 del C.C. (que contemplan lo concerniente a las formalidades del testamento marítimo).

2. COMPETENCIA

Se infiere del artículo 750 del Código Procesal Civil que el Juez Civil es competente para conocer el proceso no contencioso de comprobación de testamento.

Por disposición del artículo 663 del Código Civil, corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país conocer de los procesos

no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión. El citado precepto legal resulta concordante con lo normado en el artículo 19 del Código Procesal Civil, según el cual, en materia sucesoria (como es el caso que nos ocupa) es competente el Juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, siendo tal competencia improrrogable.

Es de destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 -inciso 5)- de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar la comprobación de testamentos. Debe tenerse presente que, en aplicación del artículo 6 de la Ley Nro. 26662, es requisito indispensable (del trámite notarial) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

3. LEGITIMACION

Se encuentra legitimado para solicitar la comprobación de testamento:

1. Quien tenga en su poder el testamento (art. 817 -inciso 1)- del C.P.C.).
2. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal (art. 817 -inciso 2)- del C.P.C.).
3. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario (art. 817 -inciso 3)- del C.P.C.).
4. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor (art. 817 -inciso 4)- del C.P.C.).

4. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE COMPROBACION DE TESTAMENTO

Lo concerniente a los requisitos de la solicitud de comprobación de testamento se halla contemplado en el artículo 818 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

“Además de lo dispuesto por el Artículo 751° *[del C.P.C.]* 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 ésta, 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° *[del C.P.C.]*, 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”.

El artículo 751 del Código Procesal Civil, a que hace mención el primer párrafo del artículo 818 de dicho Código (citado líneas arriba), dispone que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

5. PRESENTACION DEL TESTAMENTO Y CONSTATAACION PREVIA

El Código Procesal Civil, en su artículo 819, prevé lo relacionado a la presentación y constatación previa del testamento. Dicho precepto legal es reproducido a continuación:

“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 *[numeral que se verá más adelante]*”.

El Código Civil, en lo que concierne a la presentación y constatación previa del testamento, dispone lo siguiente:

- 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 (art. 701 del C.C.).
- 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 éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707 del Código Civil (art. 703 del C.C.). El primer párrafo del artículo 707 del Código Civil establece lo siguiente: A. son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador; y B. si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699 del Código Civil, conforme al cual, tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.
- Para que produzca efectos (el testamento ológrafo) debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador (art. 707 -in fine- del C.C.).
- La persona que conserve en su poder un testamento ológrafo, está obligada a presentarlo al juez competente dentro de los treinta días de tener conocimiento de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación, y no obstante lo dispuesto en la parte final del artículo 707 del Código Civil (visto en el acápite precedente). Ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 708 del citado cuerpo de leyes.
- Presentado el testamento ológrafo con la copia certificada de la partida de defunción del testador o declaración judicial de muerte presunta, el juez, con citación de los presuntos herederos, procederá a la apertura si estuviera cerrado, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de sus páginas y dispondrá lo necesario para la comprobación de la

autenticidad de la letra y firma del testador mediante el cotejo. 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. En caso de un testamento otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador (art. 709 del C.C.).

- Si el testamento (ológrafo) estuviera escrito en idioma distinto del castellano, el juez nombrará un traductor oficial. Además, si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiera. Igualmente, el juez podrá nombrar un traductor si el testamento hubiera sido otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación. La versión será agregada al texto original, suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretario del juzgado. El juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado. Esta disposición es aplicable también en la comprobación del testamento cerrado (art. 710 del C.C.).
- Si el testador muere antes del plazo de caducidad del testamento militar (tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias -cuales son, testamento por escritura pública, cerrado u ológrafo-), sus presuntos herederos o legatarios pedirán ante el juez en cuyo poder se encuentra el testamento, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo, a 711 del Código Civil (que tratan sobre el testamento ológrafo). Así lo prevé el tercer párrafo del artículo 715 del citado Código sustantivo.
- Si muere (el testador) antes del vencimiento del plazo de caducidad del testamento marítimo (tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador), sus presuntos herederos o legatarios pedirán al juez en cuyo poder se encuentre, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo, a 711 del Código Civil (que versan sobre el testamento ológrafo). Ello de acuerdo a lo normado en el primer párrafo del artículo 720 del Código Civil.

6. EMPLAZAMIENTO COMPLEMENTARIO DE SUCESORES

El artículo 820 del Código Procesal Civil trata sobre el emplazamiento complementario de sucesores en el proceso no contencioso de comprobación de testamento y prescribe en su primer párrafo que, si después de efectuada la

constatación a que se refiere el artículo 819 de dicho Código (constatación previa del testamento, lo que fuera visto en el punto 5 de este Capítulo de la obra), 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.

Tal como lo señala el último párrafo del artículo 820 del Código Procesal Civil, 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 del referido cuerpo de leyes.

7. CASO ESPECIAL DE IMPROCEDENCIA DE CONTRADICCIÓN

En el proceso no contencioso de comprobación de testamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código Procesal Civil, las contradicciones que conciernan a la validez del contenido del testamento serán declaradas improcedentes. Ello obedece a que en el proceso bajo análisis sólo es susceptible de comprobación la autenticidad y el cumplimiento de formalidades del testamento (art. 817 -primer párrafo- del C.P.C.), por lo que toda contradicción que no esté dentro de dichos parámetros debe ser desestimada por el juzgador.

8. MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO DE COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO

En aplicación del artículo 821 -primer párrafo- del Código Procesal Civil, tratándose de testamento cerrado, sólo se admite como medios probatorios:

1. El acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta.
2. La copia certificada del acta transcrita del registro del notario.
3. La declaración de los testigos que intervinieron en el acto (testamentario).
4. El cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.

Los medios probatorios indicados en los puntos 2, 3 y 4 (citados precedentemente) serán admisibles sólo en defecto del acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta, y cuando el sobre estuviera deteriorado (art. 821 -primer párrafo- del C.P.C.).

Conforme al segundo párrafo del artículo 821 del Código Procesal Civil, tratándose del testamento ológrafo (respecto del cual destacamos que sus normas son de aplicación al trámite de comprobación judicial de los testamentos militar y

marítimo: arts. 715 -tercer párrafo- y 720 -primer párrafo- del C.C.), son admisibles como medios probatorios:

1. El cotejo de la letra y firma del testador.
2. La pericia (si el cotejo de la letra y firma del testador no fuera posible).
3. La declaración de testigos sobre la letra y firma del testador, en caso que no hayan podido actuarse el cotejo y la pericia. 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.

Es de resaltar que en el proceso de comprobación de un testamento ológrafo, y de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 709 del Código Civil, tratándose de un testamento (ológrafo) otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador (persona con discapacidad por deficiencia visual).

9. CONTENIDO Y EFECTOS DE LA RESOLUCION FINAL

Lo relativo al contenido y efectos de la resolución final en el proceso no contencioso de comprobación de testamento se encuentra normado en el artículo 823 del Código Procesal Civil, en estos términos:

“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”.

El artículo 703 del Código Civil, a que hace mención el primer párrafo del artículo 823 del Código Procesal Civil, preceptúa que si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada, de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento (cerrado), dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707 del Código Civil. El primer párrafo del artículo 707 del Código Civil prescribe lo siguiente: A. son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador; y B. si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo

del numeral 1 del artículo 699 del Código Civil, conforme al cual, tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

Acerca de la protocolización notarial del expediente de comprobación de testamento, que dispone el Juez en su resolución final, resulta conveniente tener en cuenta que por la protocolización se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen (art. 64 del Decreto Legislativo Nro. 1049: Decreto Legislativo del Notariado).

10. COMPROBACION DE TESTAMENTO TRAMITADA EN PROCESO CONTENCIOSO

Si la solicitud (no contenciosa) 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 (art. 824 del C.P.C.).

11. DISPOSICIONES ESPECIALES EN CASO DE TESTAMENTO MILITAR, MARITIMO O AEREO

Lo concerniente a este punto se halla contemplado en el artículo 825 del Código Procesal Civil, conforme al cual, 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 (que fuera incorporado al Registro de Personas Naturales por el art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366).

12. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA COMPROBACION DE TESTAMENTO

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la comprobación de testamento, ha establecido lo siguiente:

- "... En el caso de los testamentos cerrados, además de las formalidades generales de todo testamento establecido (sic) en el Artículo seiscientos noventicinco del Código Civil, se requiere (sic) también las formalidades esenciales para este tipo especial de testamento contempladas en el Artículo seiscientos noventinueve del Código acotado, por lo que

no solo (sic) basta el cumplimiento de las formalidades generales, sino también las esenciales del testamento cerrado” (Casación Nro. 2202-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-01-2000, págs. 4522-4523).

- “... Debe desestimarse la denuncia de inaplicación del artículo ciento cuarentiuno del Código Civil, por cuanto si bien esa norma regula de manera genérica las formas de la manifestación de voluntad del acto jurídico, sin embargo tratándose de un testamento ológrafo se aplica la norma especial del artículo setecientos siete del Código Civil que exige como formalidad esencial que el contenido del documento debe ser totalmente por escrito...” (Casación Nro. 1560-01 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05-11-2001, pág. 7859).
- “... Para este tipo de testamento [ológrafo] no se exige la denominada unidad de contexto, tal y como se exige en el testamento por escritura pública y en el testamento cerrado, en la medida de que se puede permitir al testador expresar en diversos momentos los distintos puntos de regulación destinados a la atribución de su patrimonio para el momento de su muerte...” (Casación Nro. 4327-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21592-21593).
- “... A pesar que el testamento ológrafo es un acto jurídico unilateral, en el documento [...] intervienen también dos testigos, inobservando la solemnidad que lo caracteriza...” (Casación Nro. 4327-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21592-21593).
- “... Teniendo el testamento ológrafo una forma ad solemnitatem, [...] la inobservancia en cuanto a su forma prevista en el artículo 707 del Código Civil se sanciona con nulidad...” (Casación Nro. 4327-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21592-21593).
- “... El segundo párrafo del artículo 707 del Código Civil, con relación al testamento ológrafo establece [...] [que] para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador. [...] Que el artículo 711 del Código citado, en cuanto a protocolizar el testamento, señala que comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente; concordando dicha norma con [el] artículo 707 materia de análisis, se tiene que el plazo legal dentro del cual puede ser presentado el testamento ológrafo para su comprobación judicial se ha establecido que es de un año. [...] En

el caso materia de litis, el plazo a computarse es de un año al momento de presentarse la solicitud para la comprobación del testamento al Juez y no a la fecha de la resolución de éste, que es un acto ajeno a la voluntad de los interesados y por lo tanto, no puede vulnerar sus derechos. [...] Mal puede afirmarse que no se ha cumplido con el plazo legal; toda vez que éste es susceptible de verificarse por la parte interesada hasta el inicio del trámite ante el órgano jurisdiccional competente. [...] El plazo en referencia es uno de caducidad y como tal resulta inexorable no admitiendo interrupción alguna...” (Casación Nro. 2651-2001 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9942).

- “... Siendo que en vía de comprobación judicial de testamento solamente se examina su autenticidad y el cumplimiento de sus formalidades, no puede entenderse que el artículo 707 del Código Civil contenga un plazo de caducidad que origine la extinción del derecho a heredar, toda vez que [...] en esta vía no se discute la validez del testamento ni la caducidad del mismo, ello de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo ochocientos veintitrés del Código Procesal Civil, en cuanto establece que la resolución que dispone la protocolización de testamento no prejuzga la validez formal del testamento ni del contenido de las disposiciones testamentarias; [...] en ese sentido, el artículo setecientos siete del Código Civil no contiene un plazo de caducidad, siendo que más bien contiene un plazo de carácter resolutorio de la posibilidad de protocolización del testamento ológrafo [...]; [...] en efecto, la citada norma contiene un plazo de carácter resolutorio para efectos de la protocolización previa comprobación judicial del testamento, debiendo entenderse que dicho plazo se computa a partir de la muerte del testador, pero el mismo se interrumpe con la interposición de la solicitud de comprobación dentro del plazo de un año, toda vez que la dilación del proceso y de la correspondiente protocolización no resulta imputable a la parte accionante cuando oportunamente formuló su solicitud...” (Casación Nro. 1292-2004 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15456-15457).
- “... En materia de sucesión testamentaria debe distinguirse entre la validez del testamento que otorga el derecho a heredar, de la solicitud de comprobación judicial de testamento que está previsto para determinados tipos de testamento como el cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, a efectos de verificar su autenticidad y cumplimiento de formalidades, conforme lo establece el artículo ochocientos diecisiete del Código Procesal Civil...” (Casación Nro. 1292-2004 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28-02-2006, págs. 15456-15457).

- “... La citada norma procesal (art. 819 del C.P.C.) debe concordante (sic -léase concordarse-) con lo dispuesto en los Artículos setecientos siete y siguientes del Código Civil, referidos a los requisitos esenciales que debe contener todo Testamento Ológrafo, y de los que se desprende que no es causal de invalidez del procedimiento (de comprobación de testamento) la apertura del Testamento Ológrafo (contenido en sobre cerrado), si se comprueba que está totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador” (Casación Nro. 908-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-01-1998, págs. 341-342).
- “... En los presentes actuados el Testamento Ológrafo (contenido en sobre cerrado) ha sido abierto por un Notario, con la presencia y aceptación del recurrente, lo que no invalida el testamento, salvo que hubiera habido un cambio en su contenido, invalidez que constituye materia ajena a este proceso (de comprobación de testamento)” (Casación Nro. 908-95 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-01-1998, págs. 341-342).
- “... En un proceso no contencioso, no se puede declarar la invalidez de un testamento, al resolver una oposición, porque requiere de todo un proceso contencioso, con demanda, contestación, prueba, sentencia y la intervención del albacea para sostener la validez del testamento” (Casación Nro. 1380-T-97 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-07-1998, págs. 1405-1406).
- “... Si bien el Artículo ochocientos veinticuatro del Código Procesal Civil permite que si la solicitud de comprobación de testamento en procedimiento no contencioso es rechazada, puede ser nuevamente intentada en proceso de conocimiento, ello no significa de que en el nuevo proceso tenga que prescindirse de las formas esenciales de los testamentos. (...) Que, es por ello, que si en un proceso de conocimiento de comprobación de testamento ológrafo, se comprueba que es auténtica la firma del testador, pero no ha sido totalmente escrito y fechado por él, se estaría reuniendo solamente uno de los requisitos esenciales de dicho testamento, pero no los otros, por lo que no podría ampararse la demanda” (Casación Nro. 2202-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-01-2000, págs. 4522-4523).

CAPITULO LXVIII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE INSCRIPCION O RECTIFICACION DE PARTIDA

1. CONFIGURACION

La inscripción o rectificación de partida es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 9)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 9° (“Inscripción y rectificación de partida”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 826 al 829.

Precisamente, el artículo 826 del Código Procesal Civil prescribe al respecto lo siguiente:

“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 sólo 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 [*Ley Nro. 26497, del 11-07-1995, y Decreto Supremo Nro. 015-98-PCM, del 23-04-1998*].

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 [*Sub-Capítulo 9° del Título II de la Sección Sexta del C.P.C.*] 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”.

Sobre el particular, Salvat sostiene que “la rectificación de una partida consiste en todo *cambio, supresión o adición*, destinado a salvar las irregularidades que contenga...” (SALVAT, 1954, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General I*: 326).

Ripert y Boulanger apuntan que “... *rectificar* un acta es realizar cambios, adiciones o supresiones para hacerla concordar con la verdad. La *rectificación* supone por lo tanto que existe un *acta inscrita en los registros* y que se la modifica...” (RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I: 138).

2. COMPETENCIA

La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva para conocer de los procesos de inscripción de partidas (parte inicial del tercer párrafo del art. 750 del C.P.C.).

Los procesos de rectificación de partidas podrán ventilarse ante los Juzgados de Paz Letrados o ante Notario (parte final del tercer párrafo del art. 750 del C.P.C.).

Al respecto, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 -inciso 1)- de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar la rectificación de partidas. Debe tenerse presente que:

- Se tramitarán ante notario las rectificaciones (de partidas) que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidente del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios (art. 15 -primer párrafo- de la Ley Nro. 26662).
- En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente (art. 15 -in fine- de la Ley Nro. 26662).
- Es requisito indispensable (del trámite notarial) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad (art. 6 de la Ley Nro. 26662).

Es de destacar que, según se infiere del artículo 23 del Código Procesal Civil, en los procesos no contenciosos de inscripción y rectificación de partidas es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve.

3. CASOS DE INSCRIPCION Y RECTIFICACION DE PARTIDAS

Conforme al Código Procesal Civil:

- La solicitud de inscripción de una partida de matrimonio o de defunción procede sólo 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 (Ley Nro. 26497 y Decreto Supremo Nro. 015-98-PCM). Así lo determina el primer párrafo del artículo 826 del Código Procesal Civil.
- La solicitud de rectificación de partida de nacimiento, matrimonio o defunción procede cuando el Juez considere atendible el motivo. En este sentido, si se justifica debidamente y el juzgador lo aprueba, puede rectificarse cualquier error u omisión en la partida respectiva, debiendo indicarse con precisión lo que se solicita cuando se trate de rectificación del nombre, sexo, fecha del acontecimiento o estado civil (art. 826 -primer y segundo párrafos- del C.P.C.).

En relación a los casos de rectificación de actas del estado civil (léase partidas), Colín y Capitán afirman que “podrá pedirse la rectificación de un acta siempre que contenga menciones inexactas, enunciaciones prohibidas u omite indicaciones que deba contener. De hecho, la mayor parte de las acciones de rectificación tienen por objeto, ya hacer que se rectifique la ortografía del apellido mencionado en el acta, o ya suprimir un error cometido en la indicación de los nombres del niño, de los esposos, del difunto...” (COLIN; y CAPITAN, 1941, Tomo Primero: 829).

Ripert y Boulanger anotan que los casos en que es necesaria la rectificación de actas (partidas) son los que describen a continuación:

- “1° El acta es *incompleta*. No contiene todas las enunciaciones que debiera y corresponde realizar una o varias *adiciones* (...);
- 2° El acta es *inexacta*. Hay errores de ortografía en los nombres, o bien enuncia hechos falsos (...). Poco importa que esto haya sido conscientemente o por error; se debe hacer la *corrección* (...). Entran dentro de esta categoría las rectificaciones que resultan de un cambio de nombre autorizado por decreto;
- 3° El acta contiene *enunciaciones prohibidas*. Se debe ordenar la *supresión* de esas menciones” (RIPERT; y BOULANGER, 1963, Tomo II, Volumen I: 138-139).

3.1 Casos en que se dispone de plano la rectificación de partidas

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 (art. 829 -primer párrafo- del C.P.C.).

En tales casos, el Juez, sin observar el trámite del artículo 754 del Código Procesal Civil (referido al trámite regular de los procesos no contenciosos), dispondrá **de plano** la rectificación correspondiente (art. 829 -in fine- del C.P.C.).

4. LEGITIMIDAD PARA PROMOVER EL PROCESO DE INSCRIPCION O DE RECTIFICACION DE PARTIDA

El Código Procesal Civil, en su artículo 827, establece que la solicitud será formulada por:

1. El representante legal del incapaz y, a falta de aquél, por cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para la rectificación de la partida de nacimiento (art. 827 -inciso 1)- del C.P.C.).
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 (art. 827 -inciso 2)- del C.P.C.).
3. Cualquiera de los cónyuges o, por fallecimiento de éstos, 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 (art. 827 -inciso 3)- del C.P.C.).
4. Cualquiera de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del fallecido, para la inscripción o rectificación de la partida de defunción (art. 827 -inciso 4)- del C.P.C.).
5. Por el Ministerio Público cuando el fallecido no tiene parientes (art. 827 -inciso 5)- del C.P.C.).

5. EXIGIBILIDAD DE NOTIFICACION EDICTAL EN EL PROCESO DE INSCRIPCION O RECTIFICACION DE PARTIDA

Lo relativo a la exigibilidad de notificación edictal en el proceso no contencioso de inscripción o rectificación de partida se encuentra regulado en el artículo

828 del Código Procesal Civil, según el cual: “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 [*C.P.C., referidos a la notificación edictal*] en lo que fueren aplicables. Los documentos que contienen los edictos serán autorizados por Abogado, como requisito para su publicación”.

Puntualizamos que, en el caso que la solicitud sea formulada por el Ministerio Público cuando el fallecido no tenga parientes, no se requiere de publicación, salvo que la actuación del Ministerio Público se origine a pedido de interesado. Así lo determina el inciso 5) del artículo 827 del Código Procesal Civil.

6. DECISION JUDICIAL EN EL PROCESO DE INSCRIPCION O RECTIFICACION DE PARTIDA

La resolución que ampara la solicitud dispondrá la inscripción o rectificación de la partida, según el caso, para lo cual se cursarán los partes judiciales respectivos.

Salvat, en lo que atañe a la necesidad de sentencia para rectificar una partida, apunta lo siguiente:

“... En tanto que la partida no haya sido firmada, el jefe del registro está autorizado para hacer en ella todas las rectificaciones necesarias; pero una vez *firmado un asiento, no podrá ser rectificado o adicionado, sino en virtud de sentencia de juez competente* (...). La ley ha querido con esta disposición prevenir fraudes; por consiguiente, ni aun estando conformes todos los interesados y presentes al acto, podría rectificarse una partida sin sentencia del juez; el principio riguroso y absoluto en esta materia es que no hay rectificación sin sentencia” (SALVAT, 1954, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General I*: 326-327).

Sobre el particular, De Ruggiero señala que “la reparación de los errores u omisiones materiales en que haya incurrido el interesado en su declaración o el oficial en la redacción del acta, no puede hacerse sino mediante un procedimiento especial de rectificación (...); la sentencia es dictada como resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria...” (DE RUGGIERO, s/a, Volumen Primero: 432). El mencionado autor agrega que “... la rectificación se ordena con sentencia y se ejecuta sólo cuando ésta, que es siempre apelable, sea definitiva; materialmente se verifica con la transcripción de su parte dispositiva al margen del acta que se quiere rectificar sin alterar su primitivo estado...” (DE RUGGIERO, s/a, Volumen Primero: 433).

CAPITULO LXIX

PROCESO NO CONTENCIOSO DE SUCESION INTESTADA

1. CONFIGURACION

“... El juicio sucesorio *ab intestato* (...), que no es sino aquel en que la sucesión o una parte de la sucesión se defiere según la ley, es de rigor cuando no existe testamento, pero también es de rigor -ya como complementario, ya como principal- cuando el testamento que existe no cubre con sus llamamientos toda la sucesión y cuando, habiéndola cubierto inicialmente, se hace inoperante, en todo o en parte” (REBORA, 1953, Tomo Tercero: 82).

“El objeto del juicio sucesorio no es un pronunciamiento judicial que ponga un conflicto de intereses, sino determinar el patrimonio transmisible y las personas que habrán de heredarlo” (ALVAREZ JULIA; NEUSS; y WAGNER, 1990: 385-386).

La sucesión intestada es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 10)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 10° (“Sucesión intestada”) del Título II (“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 830 al 836.

Precisamente, el artículo 830 del Código Procesal Civil señala al respecto que, en los casos previstos en el artículo 815 del Código Civil (o sea, los casos de sucesión intestada), cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público.

El artículo 815 del Código Civil regula los casos de sucesión intestada o legal de esta manera:

“La herencia corresponde a los herederos legales, cuando:

- 1.- El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.
- 2.- El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.
- 3.- El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.
- 4.- El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados.
- 5.- El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal sólo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso.

La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664 *[del C.C.]*”.

El artículo 664 del Código Civil, a que hace referencia el último párrafo del artículo 815 de dicho Código sustantivo (citado precedentemente), trata sobre el derecho de petición de herencia en estos términos:

“El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien lo posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos.

Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento”.

2. COMPETENCIA

Se desprende del artículo 750 del Código Procesal Civil que son competentes para conocer el proceso no contencioso de sucesión intestada los Jueces Civiles.

Cabe señalar que, tal como lo señala el artículo 663 del Código Civil, corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión (como el que nos ocupa en este Capítulo de la obra). El citado precepto legal resulta concordante con lo normado en el artículo 19 del Código Procesal Civil, según el cual, en materia sucesoria (como es el caso de la sucesión intestada) es competente el Juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, siendo tal competencia improrrogable.

Puntualizamos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 -inciso 6)- de la Ley Nro. 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar la sucesión intestada. Debe tenerse presente, además, que, de acuerdo a lo normado en el artículo 6 de la Ley Nro. 26662, es requisito indispensable (del trámite notarial) el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al Juez correspondiente, bajo responsabilidad.

3. LEGITIMIDAD ACTIVA

Pueden solicitar el inicio del proceso de sucesión intestada cualquier interesado (como los presuntos herederos, verbigracia). Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público (art. 830 del C.P.C.).

4. LEGITIMIDAD PASIVA

Lo relativo a la legitimidad pasiva se encuentra contemplado en el artículo 832 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

- a) A los presuntos herederos domiciliados en el lugar, al cónyuge supérstite y a la Beneficencia Pública correspondiente, se les notifica sólo la resolución admisorio, y las demás si se apersonan al proceso.
- b) Si el causante fue extranjero, se notificará además al funcionario consular respectivo.

5. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

En cuanto a la intervención del Ministerio Público en el proceso no contencioso de sucesión intestada, cabe indicar que, con arreglo a lo previsto en el artículo 830 del Código Procesal Civil, tratándose del interés de incapaces sin representante, el Ministerio Público puede solicitar el inicio de dicho proceso.

En el proceso no contencioso de sucesión intestada, según se infiere de los artículos 759 y 835 del Código Procesal Civil, el Ministerio Público debe ser notificado con las resoluciones que se expidan, para los efectos de velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. Tal función del Ministerio Público se hallaba contenida en el inciso 2) del artículo 250 de la Constitución Política de 1979, al que nos remitía el artículo 759 del Código Procesal Civil, debiendo entenderse que la remisión actual corresponde al inciso 2) del artículo 159 de la Constitución Política de 1993, norma que prácticamente reproduce el primero de los dispositivos constitucionales mencionados.

De los artículos 759 y 835 del Código Procesal Civil se desprende también que el Ministerio Público no emitirá dictamen en el proceso no contencioso de sucesión intestada.

6. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE SUCESION INTESTADA

El Código Procesal Civil, en relación a los requisitos de la solicitud de sucesión intestada, señala en su artículo 831 lo siguiente:

“Además de lo dispuesto en el Artículo 751° *[del C.P.C.]*, 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 extra-matrimonial;
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”.

El artículo 751 del Código Procesal Civil, a que hace mención el primer párrafo del artículo 831 de dicho Código (citado precedentemente), dispone que la solicitud -de un asunto no contencioso- debe cumplir con los requisitos y anexos previstos para la demanda en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

7. NOTIFICACION EDICTAL E INSCRIPCION REGISTRAL DE LA SOLICITUD DE SUCESION INTESTADA

Lo referente a la notificación edictal e inscripción registral de la solicitud de sucesión intestada se encuentra normado en el artículo 833 del Código Procesal Civil en estos términos:

“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 éste.

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 [*Registros éstos que fueron incorporados al Registro de Personas Naturales por el art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366*]. Para tal fin el Juez cursa los partes a los registros correspondientes conforme a ley”.

8. TRAMITE DEL PROCESO EN CASO DE APERSONAMIENTO DE OTRO HEREDERO

Dentro de los treinta días contados desde la publicación referida en el artículo 833 del Código Procesal Civil (publicación de un aviso, tanto en el diario de los anuncios judiciales como en otro de amplia circulación, sobre la solicitud de sucesión intestada, que 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 éste), 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 (de actuación y declaración judicial), siguiéndose el trámite correspondiente (previsto en los arts. 754 al 757 del C.P.C., referidos al trámite regular de los procesos no contenciosos). Así lo establece el artículo 834 -primer párrafo- del Código Procesal Civil.

9. TRAMITE DEL PROCESO EN CASO DE NO HABER APERSONAMIENTO DE OTRO HEREDERO

En el proceso no contencioso de sucesión intestada, efectuada la publicación del aviso sobre la solicitud en cuestión (a que se contrae el artículo 833 -inciso 1)- del C.P.C.), si no hubiera apersonamiento de otro heredero dentro de los treinta días contados desde la mencionada publicación, el Juez sin necesidad de citar a audiencia de actuación y declaración judicial resolverá la solicitud de sucesión intestada atendiendo a lo probado. Ello se colige del último párrafo del artículo 834 del Código Procesal Civil.

10. RESOLUCION DECLARATORIA DE HEREDEROS

Llevada a cabo la audiencia de actuación y declaración judicial (si hubo apersonamiento de otro heredero) o sin que ésta se realice (en caso de no haberse apersonado otro heredero), y atendiendo a lo probado, el Juez resolverá. En ese sentido, el magistrado puede emitir resolución declarando herederos legales a quienes se indicó (y acreditó) como tales en la solicitud de sucesión intestada, a los herederos que se hubieran apersonado al proceso (no señalados en la solicitud, se entiende, y que hubiesen demostrado dicha calidad), y, en general, a todos aquellos que, de las pruebas actuadas en el proceso, resulten ser sucesores del causante conforme a ley.

Sobre el particular, Maffía sostiene que “la inclusión en la declaratoria de herederos crea en favor de los declarados tales una presunción que será válida mientras no se demuestre su inexactitud, apuntando con ello a la seguridad de las transacciones” (MAFFIA, 1980, Tomo I: 279).

Por su parte, Reimundín anota que “la declaratoria de herederos es una sentencia que no causa estado ni tiene efecto de cosa juzgada, porque se limita a declarar quiénes han justificado su derecho...” (REIMUNDIN, 1957, Tomo II: 277).

Enrique Falcón, acerca de la resolución declaratoria de herederos, opina de este modo:

“La declaratoria de herederos no contiene otra cosa que la determinación judicial de la calidad de heredero. Si bien se considera que equivale a una sentencia que se dicta en otros juicios, *no tiene el valor de cosa juzgada material ni formal*, de manera que no excluye la posibilidad de que existan otros herederos de igual grado o con derecho de preferencia. Por ese motivo esta providencia se dicta siempre ‘sin perjuicio de mejor derecho’.

La declaratoria de herederos equivale a la aprobación del testamento e importa para los herederos incluidos en ella la posesión de la herencia...” (FALCON, 1978: 514).

Nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a la resolución declaratoria de herederos, establece lo siguiente:

- Consentida o ejecutoriada la resolución que declara herederos, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 762 del Código Procesal Civil (vale decir, se cursarán los respectivos partes judiciales a efecto de su inscripción). Ello de acuerdo a lo normado en el artículo 836 del Código Procesal Civil.
- Se inscriben obligatoriamente en el Registro de Sucesiones Intestadas (que fuera incorporado al Registro de Personas Naturales por el art. 2 -inciso a)- de la Ley Nro. 26366) las resoluciones judiciales ejecutoriadas que declaran a los herederos del causante (parte inicial del art. 2041 del C.C.).
- Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que declaran a los herederos del causante se inscriben en el registro correspondiente del último domicilio del causante y, además, en el lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles, en su caso (art. 2042 del C.C.).
- La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664 del Código Civil (que versa sobre el derecho de petición de herencia). Así lo prescribe el último párrafo del artículo 815 del Código Civil.

11. JURISPRUDENCIA CASATORIA RELACIONADA CON LA SUCESION INTESTADA

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la sucesión intestada, ha establecido lo siguiente:

- “... El referido proceso no contencioso [proceso de sucesión intestada], [...] su fin inmediato es la de llenar [sic -léase es el de llenar-] la ausencia de disposiciones testamentarias del causante, declarando como herederos a quienes hayan tenido con aquél lazos de parentesco por consanguinidad o vínculo conyugal...” (Casación Nro. 2192-03 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12734-12736).

- “... El proceso de sucesión intestada, por ser de carácter no contencioso y adolecer de etapa contradictoria, no puede ser declarativa o constitutiva [sic -léase declarativo o constitutivo-] de otros derechos distintos a los que corresponden a la calidad de heredero de quien lo promueve...” (Casación Nro. 2192-03 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12734-12736).
- “... En materia de sucesiones, la tramitación judicial o notarial de sucesión intestada y la consecuente declaración de herederos, no importa un acto constitutivo de derechos, sino se trata de la mera declaración de un derecho preexistente; la condición de heredero según nuestro sistema sucesorio, no se adquiere [...] con el acta notarial o la sentencia judicial de sucesión intestada, sino, por imperio del artículo 660 y siguientes del Código Civil, tal condición se adquiere ipso iure, en el momento mismo en que se produce el fallecimiento del causante...” (Casación Nro. 1267-2006 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-10-2007, págs. 20458-20459).
- “... Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contiene disposición alguna que subordine la transmisión sucesoria a la intervención judicial, la jurisprudencia de esta Suprema Corte es uniforme, debido a la aplicación de las disposiciones procesales pertinentes, en el sentido que los herederos deben probar su calidad de tales con el tratamiento (sic -entiéndase testamento-) o la declaración judicial de heredero...” (Casación Nro. 83-95 / Ancash, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27-02-1996, pág. 46).
- “... De conformidad con el Artículo seiscientos sesenta del Código Civil, la transmisión sucesoria se produce desde la muerte del causante, por lo que, los herederos deben probar su calidad de tales con el título sucesorio correspondiente, testamento o declaración judicial de herederos” (Casación Nro. 1182-97 / Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18-07-1998, pág. 1472).
- “... El Artículo seiscientos sesenta del Código Civil señala que la condición de heredero se adquiere a la muerte del causante, consecuentemente la resolución judicial de declaratoria de herederos sólo es declarativa de derechos y obligaciones más (sic) no constitutivas (sic) de los mismos” (Casación Nro. 850-96 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-01-1998, pág. 359).
- “... Al tramitarse el procedimiento no contencioso de sucesión intestada, cuando existe un testamento, que no ha sido impugnado judicialmente a través de un proceso contencioso, se ha incurrido en nulidad insubsanable

comprendida en la primera parte del Artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil” (Casación Nro. 1380-T-97 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07-07-1998, págs. 1405-1406).

- “... No se ha contravenido el debido proceso al admitirse la demanda (de desheredación por indignidad) del padre aludido (padre del causante), por la falta de la declaratoria judicial de herederos pues la sucesión intestada depende de lo que resuelva en la acción de indignidad” (Casación Nro. 1079-96 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15-05-1998, pág. 1036).
- “... La acción de petición de herencia admite que se acumule la de declaración de herederos de los peticionantes que consideren preteridos (desconocidos) sus derechos, aún cuando ya existiese declaración judicial de herederos, pretensión que, en efecto, ha sido acumulada en la presente demanda, lo que no significa de modo alguno cuestionar la sentencia recaída en el proceso no contencioso de sucesión intestada, sino otorgar el título de heredero a quien indebidamente fue excluido de la sucesión del causante...” (Casación Nro. 2192-03 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2004, págs. 12734-12736).

CAPITULO LXX

PROCESO NO CONTENCIOSO DE RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAUDOS EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO

1. CONFIGURACION

“... Los Estados, al reconocer (cuando lo hacen) las sentencias extranjeras, no aceptan la jurisdicción extranjera ni los efectos de su ejercicio, pues ello sería contrario a la soberanía; simplemente les dan el valor de un hecho jurídico consumado que, según los sistemas, se acepta sin más, con tal que se den en cada sentencia las condiciones exigidas por la ley extranjera, o sólo en el caso de que reúnan los requisitos establecidos por la ley nacional, y cuyos requisitos son examinados en un procedimiento de *exequatur* o de homologación” (PRIETO-CASTRO; citado por GOWLAND, 1956: 845-846).

A criterio de Day, el *exequatur* se trata del “... pase que el juez competente en el país de la ejecución concede a una sentencia extranjera después de examinarla a fin de cerciorarse de que dicha sentencia reúne los requisitos que la ley del territorio ordena, para que pueda ser ejecutoria...” (DAY; citado por SENTIS MELENDO, 1958: 132).

Para Aragoneses, “el procedimiento de ‘*exequatur*’ (...) es aquella sucesión de actos por los que un órgano jurisdiccional, actuando una pretensión de parte interesada, concede a una resolución extranjera la ejecutabilidad necesaria para que la misma produzca los efectos de una resolución nacional” (ARAGONESES; citado por ARJONA COLOMO, 1954: 526).

Lachau considera que mediante el *exequatur* “... se concede a una decisión, ‘que tiene autoridad de cosa juzgada’, la fuerza ejecutoria que le falta en el país en que se solicita la ejecución...” (LACHAU; citado por SENTIS MELENDO, 1958: 40).

Enrique Falcón refiere que “... el proceso de reconocimiento, que es un proceso especial, se llama normalmente: *exequatur*, que quiere decir técnicamente: ‘es ejecutable’. Aunque la traducción no sea la que refleje con exactitud el concepto del proceso, es el *exequatur*, en consecuencia, un juicio de reconocimiento que tiene por objeto otorgarle a la sentencia extranjera, la eficacia de nacional. No puede variar el contenido de la sentencia, a la que sólo le agrega la fuerza necesaria para su cumplimiento. Pero las relaciones sustanciales controvertidas no pueden ser atacadas, ni el efecto de la cosa juzgada modificado” (FALCON, 1978: 341).

Sánchez-Apellaniz, en lo que toca al reconocimiento de la sentencia extranjera, señala lo siguiente: “... El reconocimiento de la sentencia extranjera (...) es (...) su incorporación al orden jurídico nacional, su admisión dentro del ordenamiento propio. Si por su naturaleza la sentencia no requiere ejecución o no es susceptible de ella, por el mero reconocimiento logra la plenitud de sus efectos en el ámbito del orden nacional. Incorporada así al ordenamiento propio, la sentencia extranjera puede ser esgrimida como *exceptio rei iudicata* o hacer nacer dentro del orden nacional la relación jurídica declarada o el estado originado... Pero puede también -caso de ser sentencia de condena- ser utilizada como *actio iudicati*, para pedir de los tribunales nacionales den efectividad coactivamente al mandato que entraña en orden al cumplimiento por el condenado de la prestación, de la obligación que le ha sido impuesta. De lo dicho se deduce que en la ejecución de sentencia extranjera hay un primer momento lógico, el de su reconocimiento, esto es, su incorporación al orden propio; y un segundo momento, el de la ejecución propiamente dicha” (SANCHEZ-APELLANIZ, 1956: 393).

Sentís Melendo apunta que “... por el *exequatur* se inviste a la sentencia extranjera, *tal como ha sido dictada*, de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales, sin necesidad de entrar a la revisión del juicio” (SENTIS MELENDO, 1958: 131). El mencionado jurista añade que “la finalidad del juicio de reconocimiento no puede ser otra que la de determinar si a una sentencia extranjera se le puede dar la consideración de sentencia nacional; esto es, si se le puede reconocer el valor de cosa juzgada y si se puede proceder a su ejecución, pero sin modificar su contenido...” (SENTIS MELENDO, 1958: 131).

El reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero es un asunto que se tramita en vía de proceso no contencioso (art. 749 -inciso 11)- del C.P.C.), y que se halla normado en el Sub-Capítulo 11° (“Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero”) del Título II

(“Disposiciones especiales”) de la Sección Sexta (“Procesos no contenciosos”) del Código Procesal Civil, en los arts. 837 al 840.

El Código Civil regula el reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros en el Título IV (“Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”), en los arts. 2102 al 2111.

Es de resaltar que, conforme lo señala el artículo 2111 -primer párrafo- del Código Civil, lo dispuesto en el Título IV del Libro X de dicho Código rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones judiciales extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil. Tratándose de laudos arbitrales, el último párrafo del artículo 2111 del Código Civil prescribe que serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje (Ley Nro. 26572, ya derogada), debiéndose entender que la **remisión actual** está referida al *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje*: Decreto Legislativo Nro. 1071 (del 27-06-2008). Al respecto, el último párrafo del artículo 837 del Código Procesal Civil preceptúa que se aplican al proceso de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros las Disposiciones Generales de la Sección Sexta del mencionado Código adjetivo (contenidas en el Título I de dicha Sección y que son aplicables a los procesos no contenciosos en general), en todo lo que no se oponga a la Ley General de Arbitraje (Ley Nro. 26572, ya derogada), debiéndose entender -reiteramos- que la **remisión actual** corresponde al *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje*, vale decir, al Decreto Legislativo Nro. 1071.

2. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES O LAUDOS EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO

Es competente para conocer del proceso no contencioso de reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero: la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer (art. 837 -primer párrafo- del C.P.C.).

El proceso no contencioso de reconocimiento de laudos arbitrales expedidos en el extranjero lo conocerá: 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 (art. 8 -inciso 5)- del Decreto Legislativo Nro. 1071).

3. REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA O DEL LAUDO ARBITRAL EXPEDIDO EN EL EXTRANJERO

Lo relativo a los requisitos para el reconocimiento de sentencias extranjeras se encuentra regulado en el artículo 2104 del Código Civil, el cual dispone que para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103 de dicho cuerpo de leyes, lo siguiente: A. que las sentencias extranjeras materia de reconocimiento no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva; B. 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; C. que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; D. que se le haya concedido al demandado plazo razonable para comparecer; E. que se le hayan otorgado al demandado garantías procesales para defenderse; F. que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso; G. 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; H. que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en el Título IV (“Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”) del Código Civil y que haya sido dictada anteriormente; I. que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres; J. que se pruebe la reciprocidad.

El artículo 2102 del Código Civil, a que hace alusión el artículo 2104 del indicado Código sustantivo (citado precedentemente), establece que las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos y que si no hay tratado en el país en el que se pronunció la sentencia, tiene ésta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por tribunales peruanos. El artículo 2103 del Código Civil, a que hace mención el artículo 2104 de dicho cuerpo de leyes (citado líneas arriba) preceptúa que si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República y que están comprendidas en tal disposición las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos.

Por otro lado, en lo que concierne al requisito para el reconocimiento de sentencias extranjeras indicado en el inciso 1) del artículo 2104 del Código Civil, vale decir, que aquéllas no resuelvan sobre asunto de competencia peruana exclusiva, cabe señalar que habrá que estar a lo dispuesto en el Título II (“Competencia jurisdiccional”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”) del Código Civil, conformado por los artículos 2057 al 2067.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar en relación a los requisitos de la solicitud de reconocimiento de sentencias extranjeras que, según se desprende del artículo 2107 del Código Civil, a dicha solicitud debe acompañarse la copia de la sentencia extranjera íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano (si estuviese redactada en idioma distinto a éste), así como los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en el Título IV (“Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”) del Código Civil.

4. LA SENTENCIA DE RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIÓN JUDICIAL O LAUDO ARBITRAL EXPEDIDO EN EL EXTRANJERO

Sentís Melendo dice de la sentencia de reconocimiento lo siguiente:

“... La sentencia de reconocimiento no pronuncia un mandato de contenido idéntico al de la sentencia extranjera, sino que pronuncia un mandato aceptando la idoneidad de ésta para producir efectos en el propio Estado; y de ello deriva que los efectos se produzcan desde el momento en que nacieron los de la sentencia extranjera; porque, de no ser así, al postergarse la producción de los efectos, podría estimarse que ya no eran los mismos, y, por consiguiente, que la incorporación o la nacionalización no era absoluta.

Es bien sabido, por otra parte, que el carácter constitutivo de una sentencia no es obstáculo para que sus efectos se retrotraigan a momento anterior al de su pronunciamiento. En tal sentido, no puede apreciarse incongruencia entre el carácter que se atribuye a la sentencia de reconocimiento y la producción de efectos de la sentencia extranjera. Pero es que (...) no se trata de efectos de la sentencia nacional de reconocimiento, sino de efectos de la sentencia extranjera, los cuales no pueden ser otros que los propios de ésta, y a producirse desde la fecha que corresponda según su naturaleza” (SENTÍS MELENDO, 1958: 164-165).

En opinión de Rocco, “... mientras la sentencia extranjera puede tener naturaleza de mera declaración de certeza, de condena o ser constitutiva, según la naturaleza de las respectivas acciones ejercidas en el proceso extranjero, la sentencia de reconocimiento tiene siempre y en todo caso *naturaleza estrictamente declarativa o de declaración de certeza*, cualquiera que sea la naturaleza de la sentencia extranjera sujeta a juicio de reconocimiento” (ROCCO, 1981, Volumen VI: 391). Dicho tratadista italiano añade lo siguiente:

“... La llamada sentencia de reconocimiento no es más que una sentencia de pura declaración de certeza, y no una sentencia de naturaleza constitutiva

o de declaración constitutiva de certeza, puesto que se concreta en un *acto de reconocimiento* (...) de la sentencia extranjera como acto jurídico productor de los efectos jurídicos, obligatorios y ejecutivos, propios de toda sentencia.

Pero el *reconocimiento*, es decir, el acto con el cual se declara un hecho (causa) o la idoneidad de un hecho para producir determinadas consecuencias jurídicas (efecto), tiene siempre, no importa quién lo lleve a cabo, naturaleza *estrictamente declarativa*, puesto que no es a la declaración de la existencia o de su idoneidad para producir efectos jurídicos por parte del declarante (aunque éste sea el juez), a lo que vincula la ley las consecuencias jurídicas, sino que tales consecuencias encuentran su fuente en las normas jurídicas, las cuales, suponiendo, en orden a ciertos y determinados hechos, que se haya producido de cierto y determinado modo la posibilidad de que se produzcan aquellos efectos jurídicos, vinculan directamente al hecho los efectos jurídicos que las mismas normas han ordenado previamente.

De manera que no es al *reconocimiento* (declaración) de la existencia del hecho o de su idoneidad para producir las consecuencias jurídicas previstas por la ley, a lo que las normas previstas y ordenadas previamente vinculan los efectos jurídicos, sino a la *ley misma*, previa la declaración de certeza del hecho y de su idoneidad para producir los efectos exigidos. Porque si, a veces, por la índole particular de las relaciones o de los efectos que de un hecho o de su idoneidad para producir determinados efectos jurídicos sobre los cuales prevalece un interés público, el ordenamiento procesal impone que el hecho o su idoneidad sean declarados ciertos *en vía de acción*, sometiénolos al tamiz y al control de un órgano jurisdiccional, ello no impide que tales efectos jurídicos sean siempre producidos por las normas jurídicas, mientras que el acto del juez que realiza su declaración de certeza *tiene siempre carácter declarativo*” (ROCCO, 1981, Volumen VI: 400-401).

5. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS O LAUDOS ARBITRALES EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO

Herrán Medina, acerca de los efectos del reconocimiento de sentencias extranjeras, señala que:

“... El reconocimiento de una sentencia extranjera otorga a éste efectos excepcionantes, probatorios y de ejecución. En cuanto a los primeros, pueden presentarse algunos problemas, por disparidad de legislaciones

en cuanto al alcance de la excepción de cosa juzgada. Hay por ejemplo legislaciones que atribuyen a la cosa juzgada efectos con respecto a personas que no han sido parte en el juicio. Hay especialmente discrepancias entre los sistemas de derecho consuetudinario y de derecho codificado, por cuanto en los primeros una sentencia extingue la causa originaria de la acción que es reemplazada por una nueva acción emanada de la propia sentencia, lo que no existe en el derecho codificado.

Si la sentencia es reconocida, en el país que la reconoce tiene los efectos probatorios y además los ejecutorios. Esto quiere decir que tiene validez igual a la de una sentencia dictada por los jueces o tribunales del país” (HERRAN MEDINA, 1959: 267-268).

Anzilotti afirma por su lado que “... el efecto del juicio de reconocimiento no es el de admitir la sentencia extranjera a que obre en el Estado, sino emitir un acto jurisdiccional que certifique, que mande, que aplique en el Estado, lo que el juez extranjero pudo válidamente certificar, mandar y aplicar sólo en su propio Estado. Desde el punto de vista formal, no hay una sentencia sola que despliegue su efecto en dos Estados, sino dos sentencias, cada una de las cuales sólo es eficaz en el ámbito de la soberanía de donde emana; pero su contenido es idéntico, toda vez que ambas reposan en una única actividad lógica...” (ANZILOTTI; citado por MORELLI, 1953: 292).

El Código Civil, en su artículo 2108 -primer párrafo-, prescribe que, cumplido el trámite para la declaración de ejecutoria (léase proceso de reconocimiento o exequatur), la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias nacionales.

6. VALOR PROBATORIO DE LA SENTENCIA O LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO

Herrán Medina, en relación al tema analizado en este apartado, enseña que: “La validez de la sentencia extranjera como *prueba* se reconoce internacionalmente sin discusión, a condición de que se haya dictado por juez competente y de que esté conforme con la forma exigida por la ley del Estado en que se haya dictado. Es decir, se aplica en este caso la regla *locus regit actum*. Una corriente doctrinaria y la jurisprudencia de algunos Estados sostienen que aun en caso de que una sentencia extranjera no haya recibido el *exequatur*, si éste se exige para su ejecución, ella puede ser aceptada como medio de prueba, siempre que ello no implique reconocerle la autoridad de cosa juzgada. Su valor en esas condiciones se reduce al de un testimonio o al de prueba documental: por ejemplo, para comprobar la ejecución de un contrato. Se funda este criterio en que el derecho positivo no

puede desconocer la existencia de una sentencia extranjera aunque no haya recibido el *exequatur*. En cuanto a los elementos probatorios que cite, a los testimonios en que se base, será equivalente a un acto notarial, sin que sus conclusiones sean aceptadas por el juez del otro Estado” (HERRAN MEDINA, 1959: 260).

Según el Código Civil:

- Las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos, no requiriendo para ese efecto del *exequatur* (art. 2109 del C.C.).
- La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse dentro de un juicio si cumple con los requisitos establecidos en el Título IV (“Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”) del Código Civil, sin necesidad de someterla al procedimiento del *exequatur* (art. 2110 del C.C.).

7. ACTOS QUE NO REQUIEREN DEL TRAMITE DEL EXEQUATUR

No requiere seguir este proceso (de reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero -*exequatur*-) 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 (art. 839 del C.P.C.).

Finalmente, se infiere del articulado del Código Civil que:

- Las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren *exequatur* (art. 2108 -in fine- del C.C.).
- No se requiere del *exequatur* para que las sentencias extranjeras debidamente legalizadas produzcan en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos (art. 2109 del C.C.).
- No se requiere someter al procedimiento de *exequatur* a la sentencia extranjera para hacer valer su autoridad de cosa juzgada en un juicio, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Título IV (“Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”) del Código Civil. Así lo determina el artículo 2110 del indicado cuerpo de leyes.

8. EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ARBITRALES EXTRANJERAS

Tal como lo señala el artículo 2106 del Código Civil, la sentencia extranjera que reúna los requisitos establecidos en los artículos 2102, 2103, 2104 y 2105 de dicho Código (los tres primeros artículos fueron vistos en el punto 3 de este Capítulo de la obra; en cuanto al art. 2105 del C.C., cabe indicar que trata acerca del reconocimiento de la sentencia extranjera de quiebra) puede ser ejecutada en el Perú a solicitud del interesado.

La solicitud a que se refiere el artículo 2106 del Código Civil debe ir acompañada de 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 (“Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros”) del Libro X (“Derecho Internacional Privado”) del Código Civil. Ello con arreglo a lo normado en el artículo 2107 del citado Código sustantivo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 719 del Código Procesal Civil, las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, reconocidas por los tribunales nacionales (a través del proceso no contencioso de reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero, previsto en el Sub-Capítulo 11° del Título II de la Sección Sexta del C.P.C., al que también resultan aplicables las normas contenidas en el Título IV del Libro X del C.C.) se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo III (“Ejecución de resoluciones judiciales”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje* (Decreto Legislativo Nro. 1071, del 27-06-2008, que derogó la Ley General de Arbitraje: Ley Nro. 26572, del 03-01-1996).

Sobre el particular, deben tenerse en consideración, además, y en lo que resulte pertinente, la normatividad contenida en el Capítulo I (“Disposiciones generales”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil.

9. RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAUDOS EXTRANJEROS EN EL DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE

Según nuestro ordenamiento jurídico:

- Se aplican al proceso (no contencioso) de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros (conforme se desprende del último párrafo del art.

837 del C.P.C.) las Disposiciones Generales de la Sección Sexta del Código Procesal Civil (contenidas en el Título I de dicha Sección y que son aplicables a los procesos no contenciosos en general), en todo lo que no se oponga a la Ley General de Arbitraje (Ley Nro. 26572, ya derogada), debiéndose entender que la **remisión actual** está referida al *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje*, cual es el Decreto Legislativo Nro. 1071 (del 27-06-2008).

- Las resoluciones arbitrales extranjeras, reconocidas por los tribunales nacionales, se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo III (“Ejecución de resoluciones judiciales”) del Título V (“Proceso único de ejecución”) de la Sección Quinta (“Procesos contenciosos”) del Código Procesal Civil, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el *Decreto Legislativo que norma el Arbitraje* (Decreto Legislativo Nro. 1071, que derogó la Ley General de Arbitraje: Ley Nro. 26572). Ello se colige del artículo 719 del Código Procesal Civil.

Atendiendo a lo señalado en los acápites anteriores, resulta importante tener en cuenta lo normado en el Título VIII (“Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”) del referido Decreto Legislativo Nro. 1071, cuyos artículos 74 al 78 -que integran dicho Título- los reproducimos a continuación:

- *Artículo 74 del D. Leg. Nro. 1071 (normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros):*
 - “1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:
 - a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
 - b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
 - c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.
 - 2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero”.

- *Artículo 75 del D. Leg. Nro. 1071 (causales de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros):*

- “1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.
2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:
 - a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
 - b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.
 - d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 - e. 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.
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.
4. La causa prevista en el inciso a. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado

la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano.

5. La causa prevista en el inciso b. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.
 6. La causa prevista en el inciso c. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si éste se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.
 7. La causa prevista en el inciso d. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e. numeral 2 de este artículo; la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas”.
- *Artículo 76 del D. Leg. Nro. 1071 (reconocimiento de laudos extranjeros):*
- “1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9 [del Decreto Legislativo Nro. 1071, conforme al cual: 1. todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español; 2. todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga

sus veces; y 3. si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable]. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.

2. Admitida la solicitud, la Corte Superior competente [*concretamente, 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: art. 8 -inciso 5)- del Decreto Legislativo Nro. 1071*] dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente.
3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el numeral 8 del artículo 75 [*del Decreto Legislativo Nro. 1071, citado precedentemente*]. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
4. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo”.

- *Artículo 77 del D. Leg. Nro. 1071 (ejecución de laudos extranjeros):*

“Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente [*concretamente, 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: art. 8 -inciso 6)- del Decreto Legislativo Nro. 1071*], según lo previsto en el artículo 68”.

[El art. 68 del Decreto Legislativo Nro. 1071 trata acerca de la ejecución judicial del laudo, y establece lo siguiente: A. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral; B. la autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada; C. la parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución

conforme al artículo 66 del Decreto Legislativo Nro. 1071; D. la autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días, vencido el cual, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes, siendo la resolución que declara fundada la oposición apelable con efecto suspensivo; y E. la autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo].

- *Artículo 78 del D. Leg. Nro. 1071 (aplicación de la norma más favorable en caso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros):*

“Cuando resulte de aplicación la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, se tendrá presente lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo [*Decreto Legislativo Nro. 1071*], cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.
2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención, la parte interesada podrá acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados de los cuales el Perú sea parte, para obtener el reconocimiento de la validez de ese convenio arbitral.
3. Cuando resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención, esta disposición se aplicará reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”.

BIBLIOGRAFIA

- ABELEND, César Augusto (1980): *Derecho civil*. Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- AGUIRRE GODOY, Mario (1975): “*Las nulidades procesales en el sistema guatemalteco*”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Enero - Agosto 1975, Nueva Serie, Año VIII, Nros. 22-23, págs. 41-65.
- ALBALADEJO, Manuel (1990): “*El plazo de la acción para recobrar la posesión ¿es de prescripción o de caducidad?*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Enero - Diciembre 1990, Tomo LXXIV, págs. 551-560.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1947): *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Imprenta Universitaria, México.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1964): “*Introducción al estudio de la prueba*”. En: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, Año XXXII, Chile, Abril - Junio 1964, Nro. 128, págs. 255-266.
- ALESSANDRI R., Fernando (1940): *Curso de derecho procesal*. Tercera edición, Editorial Nascimento, Santiago, Chile.
- ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo I, segunda edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo II, segunda edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- ALSINA, Hugo (1958): *Las nulidades en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- ALSINA, Hugo (1961): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo III (segunda edición) y Tomo IV (segunda edición), Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.

- ALSINA, Hugo (1962): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo V, segunda edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- ALSINA, Hugo (1963): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo VI, segunda edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- ALTERINI, Atilio Aníbal (1981): *Derecho privado*. Segunda edición, primera reimpresión, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; y LOPEZ CABANA, Roberto M. (1995): *Derecho de obligaciones*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo E. (1969): “*Recurso de reposición*”. En: Revista de Estudios Procesales, Centro de Estudios Procesales, Rosario, Argentina, Año 1969, Nro. 1, págs. 7-29.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1997): *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera parte, reimpresión, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires.
- ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo (1959): “*Acotaciones sobre los interdictos de retener y de recobrar la posesión*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Noviembre 1959, págs. 966-977.
- ALVAREZ JULIA, Luis; NEUSS, Germán R. J.; WAGNER, Horacio (1990): *Manual de derecho procesal*. Segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- ALVAREZ JULIA, Luis; NEUSS, Germán R. J.; WAGNER, Horacio (1992): *Manual de derecho procesal*. Segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- ALVAREZ MARTINEZ, Carlos (1955): “*La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: Su razón de ser*”. Revista General de Derecho, Valencia, España, Año XI, Julio - Agosto 1955, Nros. 130-131, págs. 466-474.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario (s/a): *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Octava edición, Ediciones EDDILI, Lima - Perú.
- AMAYA, N. Enrique (1947): *La nulidad en el proceso civil*. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires.

- ANGELES JOVE, María (1995): *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
- ANTILLON M., Walter (1963): “*Notas sobre nuestro proceso ejecutivo común*”. En: Revista de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Noviembre de 1963, Nro. 2, págs. 25-97.
- ARAGONESES, Pedro (1957): *Sentencias congruentes*. Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid.
- ARAGONESES, Pedro (1958): *Técnica procesal (proceso de cognición y juicio verbal)*. Segunda edición, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid.
- ARAZI, Roland (1998): “*Litisconsorcio e intervención de terceros*”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Marzo 1998, Nro. II, págs. 319-331.
- ARBONES, Mariano (1990): “*Es posible instituir la casación nacional, sin necesidad de reformar la Constitución?*”. En: Revista Jurídica, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, San Miguel de Tucumán, Argentina, 1990, Nro. 28, II Parte, págs. 47-96.
- AREAN DE DIAZ DE VIVAR, Beatriz (1985): *Curso de derechos reales*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- ARGÜELLO LANDAETA, Israel (1989): “*Medidas cautelares generales en el código de procedimiento civil*”. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989, Año XXXIV, Nro. 73, págs. 39-51.
- ARJONA COLOMO, Miguel (1954): *Derecho internacional privado*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona.
- ARMENTADEU, Teresa (2004): *Lecciones de derecho procesal civil*. Segunda edición, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.
- AVENDAÑO V., Jorge (1965): “*Los títulos supletorios y la acción declarativa de prescripción*”. En: Thémis, Lima, Año 1, Octubre - Diciembre de 1965, Nro. 1, págs. 3-5.
- AYARRAGARAY, Carlos A. (1959): *El principio de la inmaculación en el proceso*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- AZPIRI, Jorge O. (2000): *Derecho de familia*. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires.

- AZULA CAMACHO, Jaime (1994): *Manual de derecho procesal civil*. Tomo IV, segunda edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- AZULA CAMACHO, Jaime (1995): *Manual de derecho procesal civil*. Tomo III, tercera edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- AZULA CAMACHO, Jaime (2000): *Manual de derecho procesal*. Tomo I (séptima edición) y Tomo II (sexta edición), Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- BACRE, Aldo (1986): *Teoría general del proceso*. Tomo I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- BACRE, Aldo (1992): *Teoría general del proceso*. Tomo III, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- BACRE, Aldo (1996): *Teoría general del proceso*. Tomo II, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- BADENES GASSET, Ramón (1979): *El contrato de compraventa*. Tomo II, Librería Bosch, Barcelona.
- BAPTISTA MARTINS, Pedro (1944): “*De las nulidades en el proceso civil brasileño*”. En: Revista de Derecho Procesal, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, Cuarto Trimestre de 1944, Año II, Nro. 4, págs. 381-397.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard; y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía (1994): *Derecho de familia y sucesiones*. Harla S.A., México D.F.
- BARASSI, Ludovico (1955): *Instituciones de derecho civil*. Volumen I, Traducción y notas de comparación al Derecho español por Ramón García de Haro de Goytisolo, José M. Bosch, Barcelona.
- BARBERO, Doménico (1967): *Sistema del derecho privado*. Tomos I, II y V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique (1991): “*Ausencia y muerte presunta en el Código civil de 1984*”. En: Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, Diciembre 1991, Nro. 45, págs. 19-70.
- BELLUSCIO, Augusto César (1979): *Manual de derecho de familia*. Tomo II, tercera edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

- BELLUSCIO, Augusto César (1981): *Manual de derecho de familia*. Tomo I, tercera edición actualizada, reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- BELLUSCIO, Augusto César (1990): *Divorcio vincular de cónyuges separados judicialmente*. En: Revista Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, Argentina, 1990, Nro. 28, Tomo I, págs. 33-48.
- BONNECASE, Julien (1945): *Elementos de derecho civil*. Tomo I, traducción por José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México.
- BONNECASE, Julien (2003): *Tratado elemental de derecho civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 1, Oxford University Press, México D.F.
- BORDA, Guillermo A. (1984): *Manual de derecho de familia*. Novena edición, Editorial Perrot, Buenos Aires.
- BORDA, Guillermo A. (1984): *Tratado de derecho civil. Derechos reales I*. Tercera edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M. (1952): *El contrato de compraventa según el Código civil español*. Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- BOSSERT, Gustavo A.; y ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Manual de derecho de familia*. Segunda edición ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- BRAIN RIOJA, Héctor (1943): “*Patrocinio, comparecencia y representación judiciales*”. En: Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile, Año XI, Enero - Junio de 1943, Nros. 43 y 44, págs. 19-36.
- BRICE, Angel Francisco (1955): “*Títulos supletorios de dominio*”. Memorándum para la Cámara de Comercio de Maracaibo. En: Revista de Derecho y Legislación, Tipografía Garrido, Caracas, Año XLV, 1956, Tomo XLV, págs. 3-53.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto (1967): “*El saneamiento del proceso*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, 1967, Nro. 3, págs. 147-180.
- BUZAID, Alfredo (1967): “*Del despacho saneador*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, 1967, Nro. 3, págs. 117-146.

- CABALLOLANGELATS, Luis (1993): *La ejecución provisional en el proceso civil*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
- CACHON CADENAS, Manuel-Jesús (1991): *El embargo*. Librería Bosch, Barcelona.
- CALAMANDREI, Piero (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires.
- CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen II, traducción de la primera edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- CARBONNIER, Jean (1961): *Derecho civil*. Tomo I, Volumen II, traducción de la 1ra. edición francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel M. Zorrilla Ruiz, Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- CARDOSO ISAZA, Jorge (1979): *Pruebas judiciales*. Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- CARDOSO ISAZA, Jorge (1982): *Pruebas Judiciales*. Cuarta edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia.
- CARNELUTTI, Francesco (s/a): *La prueba civil*. Traducción de la segunda edición italiana de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Arayu, Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de derecho procesal civil*. Tomos II, III y IV, traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Ed. UTEHA, Buenos Aires.
- CARRERAS, Jorge (1957): *El embargo de bienes*. José M. Bosch, Barcelona.
- CARRION LUGO, Jorge (1994): *Análisis del Código procesal civil*. Tomo I, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú.
- CASARINO VITERBO, Mario (1948): “*La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*”. En: Revista de Derecho Procesal, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, Año VI, Cuarto Trimestre de 1948, Nro. 4, págs. 334-354.
- CASARINO VITERBO, Mario (1982): *Manual de derecho procesal*. Tomo I, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- CASARINO VITERBO, Mario (1983): *Manual de derecho procesal*. Tomos II y III, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CASARINO VITERBO, Mario (1984): *Manual de derecho procesal*. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- CASTAN TOBEÑAS, José (1964): *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Segundo, Volumen Primero, décima edición, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1949): “*Títulos supletorios de dominio*”. En: Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Lima, Perú, Año XXXVI, Enero - Marzo 1949, Nro. 1, págs. 172-186.
- CASTRO, Máximo (1926): *Curso de procedimientos civiles*. Tomo Primero, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires.
- CASTRO, Máximo (1927): *Curso de procedimientos civiles*. Tomo Segundo, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires.
- CASTRO, Máximo (1931): *Curso de procedimientos civiles*. Tomo Tercero, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. (1968): “*Actividad probatoria en el proceso judicial*”. En: Cuadernos de los Institutos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1968, Nro. 101, págs. 43-78.
- COLIN, Ambrosio; y CAPITANT, H. (1941): *Curso elemental de derecho civil*. Tomo Primero, segunda edición, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- COLIN, Ambrosio; y CAPITANT, H. (1942): *Curso elemental de derecho civil*. Tomo Segundo, Volumen II, segunda edición, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan F. (1981): “*Apreciación de la prueba*”. En: Nuevas Orientaciones de la Prueba, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1981, págs. 157-181.
- CONDORELLI, Epifanio J. L. (1980): “*Presupuestos de la nulidad procesal*”. En: Estudios de Nulidades Procesales, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1980, págs. 87-120.
- COUTURE, Eduardo J. (1949): *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo II, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.

- COUTURE, Eduardo J. (1950): *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo III, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- COUTURE, Eduardo J. (1960): *Vocabulario jurídico*. Facultad de Derecho, Montevideo.
- COUTURE, Eduardo J. (1976): *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- COUTURE, Eduardo J. (1985): *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición (decimotercera reimpresión), Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- CREGO, Gustavo A.; FIORENTINI, Mirta I.; y RODRIGUEZ, Mabel E. (1989): “*Instrumentos particulares, privados y públicos*”. En: Revista Notarial. Colegio de Escribanos de Buenos Aires, Argentina, Año 95, 1989, Nro. 903, págs. 419-444.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge (1996): *Obligaciones*. Tercera edición, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa Fe de Bogotá.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1936): *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1999): *Curso de derecho procesal civil*. Oxford University Press, México D.F.
- CHIRINOS SOTO, Francisco (1994): *Derecho procesal civil*. Fascículo 2, Editorial Siete Partidas S.C.R.L., Lima, Perú.
- CHIRINOS SOTO, Francisco (1995): *Derecho procesal civil*. Fascículo 6, Editorial Siete Partidas S.C.R.L., Lima, Perú.
- CHIRINOS SOTO, Francisco (1997): *Derecho procesal civil*. Fascículos 11 y 12, Editorial Siete Partidas S.C.R.L., Lima, Perú.
- DALURZO, Beatriz F. (1958): “*Expropiación*”. En: Revista Jurídica Argentina La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1958, Tomo 73, segunda edición, págs. 845-857.
- DAVALOS FERNANDEZ, Rodolfo (1992): “*¿Usucapión en la vivienda?*”. En: Revista Cubana de Derecho, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, Cuba, Enero - Marzo, 1992, Nro. 5, págs. 79-90.
- DE COSSIO, Alfonso (1977): *Instituciones de derecho civil I*. Alianza Universidad - Textos, Madrid.

- DE DIEGO LORA, Carmelo (1956): “*Vigencia de los interdictos de retener y recobrar*”. En: Revista de Derecho Procesal, Publicación Iberoamericana y Filipina, Madrid, Año 1956, Segunda Epoca, Nro. 3, págs. 665-764.
- DE FUENMAYOR, Amadeo (1975): “*La separación conyugal no contenciosa en el derecho español*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Enero - Diciembre 1975, Tomo LIX, págs. 3-26.
- DE LA OLIVA, Andrés; y FERNANDEZ, Miguel Angel (1990): *Derecho procesal civil*. Volúmenes I y II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio; y VEGAS TORRES, Jaime (2005): *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid.
- DE LA PLAZA, Manuel (1943): *Derecho procesal civil español*. Tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- DE LA PLAZA, Manuel (1944): *La casación civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- DE LA PLAZA, Manuel (1951): *Derecho procesal civil español*. Volumen I, tercera edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- DE LA PLAZA, Manuel (1955): *Derecho procesal civil español*. Volumen II, Primera y Segunda Parte, tercera edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1962): *Tutela interdictal de la posesión*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- DE PINA, Rafael (1940): *Principios de derecho procesal civil*. Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F.
- DE PINA, Rafael (1981): *Tratado de las pruebas civiles*. Tercera edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F.
- DE RUGGIERO, Roberto (s/a): *Instituciones de derecho civil*. Volumen Primero, y Tomo II -Volumen Segundo-, traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid.

- DE SANTO, Víctor (1987): *El proceso civil*. Tomo VIII-A, Ed. Universidad, Buenos Aires.
- DE SANTO, Víctor (1988): *El proceso civil*. Tomo I, reimpresión, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires.
- DE SANTO, Víctor (1992): *La prueba judicial. Teoría y práctica*. Editorial Universidad, Buenos Aires.
- DE SANTO, Víctor (1999): *Nulidades procesales*. Editorial Universidad, Buenos Aires.
- DENTI, Vittorio (1972): “*Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Autónoma de México, México, Año V, Enero - Agosto 1972, Nros. 13-14, págs. 3-22.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1965): “*Objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba judicial*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, 1965, Nro. 4, págs. 9-53.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1967): “*La iniciativa probatoria del Juez civil en el proceso contemporáneo*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, 1967, Nro. IV, págs. 61-86.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1968): “*Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1968, Nro. 3, págs. 9-68.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1970): “*Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión*”. En: Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia, Marzo 1970, Año XXI, Segunda Epoca, Volumen XXIX, Nro. 77, págs. 111-125.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1970): *Teoría general de la prueba judicial*. Tomos I y II, Víctor P. de Zavalia - Editor, Buenos Aires.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1984): *Compendio de pruebas judiciales*. Tomos I y II, Rubinzal - Culzoni, Editores, Santa Fe, Argentina.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*. Tomo I, Ed. Universidad, Buenos Aires.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1985): *Teoría general del proceso*. Tomo II, Ed. Universidad, Buenos Aires.
- DI IORIO, Alfredo J. (2003): “*Prueba anticipada*”. En: Debido proceso, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, págs. 343-368.
- DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA (2003). Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Año 9, Febrero 2003, Nro. 53.
- DIAZ SABINA, Manuel (1986): “*El procedimiento de divorcio consensuado*”. En: Revista de Derecho Procesal, Edersa, Madrid, 1986, Nro. 2, págs. 327-339.
- DIEZ-PICAZO, Luis; y GULLON, Antonio (1979): *Sistema de derecho civil*. Volumen III, segunda reimpresión, Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- DONATO, Jorge D. (1997): *Juicio ejecutivo*. Tercera edición, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires.
- D’ONOFRIO, Paolo (1945): *Lecciones de derecho procesal civil*. Traducción de José Becerra Bautista, Editorial Jus, México.
- DÖHRING, Erich (1972): *La prueba. Su práctica y apreciación*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- ESCOBAR FORNOS, Iván (1990): *Introducción al proceso*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- ESCRIBANO, Carlos; ESCRIBANO, Raúl Eduardo (1984): *Alimentos entre cónyuges*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- FAIREN GUILLEN, Víctor (1949): “*Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*”. En: Revista de Derecho Procesal, Madrid, Abril - Mayo - Junio 1949, Año V, Nro. 2, págs. 247-285.
- FAIREN GUILLEN, Víctor (1954): “*Notas sobre la intervención principal en el proceso civil*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Año XXXVIII, Marzo 1954, Nro. 444, págs. 183-205.
- FAIREN GUILLEN, Víctor (1954): “*Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Año XXXVIII, Octubre 1954, Nro. 451, págs. 859-873.
- FAIREN GUILLEN, Víctor (1955): *Estudios de derecho procesal*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

- FAIREN GUILLEN, Víctor (1986): “*Terminación anormal o extraordinaria del proceso civil*”. En: Revista de Derecho Procesal, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Año 1986, Nro. 3, págs. 455-501.
- FAIREN GUILLEN, Víctor (1988): “*Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar*”. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Julio-Diciembre 1988, Tomo XXXVIII, Nros. 160-161-162, págs. 23-82.
- FAIREN GUILLEN, Víctor (1990): “*Sugerencias sobre la renuncia a la pretensión, el desistimiento de la demanda, de otros actos del juicio y de los recursos, para el Proyecto de Código del proceso civil para los países iberoamericanos*”. En: Revista de Derecho Procesal, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Año 1990, Nro. 2, págs. 199-221.
- FALCON, Enrique (1978): *Derecho procesal civil, comercial y laboral*. Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
- FALCON, Enrique (1989): *Caducidad o perención de instancia*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- FALCON, Enrique M. (1993): *Cómo hacer una demanda*. Segunda edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- FALCON, Enrique M. (1995): *Cómo contestar una demanda*. Segunda edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- FALCON, Enrique M. (1999): “*Límites difusos del embargo*”. En: Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1999, Rubinzal - Culzoni Editores, Nro. 1 (Medidas Cautelares), págs. 75-86.
- FERRER, Francisco M. (1961): “*El ‘bien de familia’ y su ajuste constitucional*”. En: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1961, Nros. 105-106, págs. 123-137.
- FERRER, Francisco A. M. (1979): *El divorcio por presentación conjunta*. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina.
- FERRER MARTIN, Daniel (1953): “*La caducidad en el proceso*”. En: Revista General de Derecho, Valencia, España, Año X, Diciembre 1953, Nro. 11, págs. 616-625.
- FIORINI, Bartolomé A. (1976): *Derecho administrativo*. Tomo II, segunda edición, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.

- FIX ZAMUDIO, Héctor (1962): *“Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de procedimientos civiles para el distrito y territorios federales, de 30 de Agosto de 1932”*. En: El Foro, Organo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México D.F., Enero - Marzo 1963, Cuarta Epoca, Nro. 40, págs. 25-50.
- FLORES TREJO, Fernando G. (1985): *“Consideraciones en torno a los conceptos de impedimento, recusación y excusa”*. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Tomo XXXV, Julio - Diciembre 1985, Nros. 142-143-144, págs. 501-518.
- FORNACIARI, Mario Alberto (1987): *Modos anormales de terminación del proceso*. Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- FORNACIARI, Mario Alberto (1988): *Modos anormales de terminación del proceso*. Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- FORNACIARI, Mario Alberto (1991): *Modos anormales de terminación del proceso*. Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- FUEYO LANERI, Fernando (1959): *Derecho civil*. Tomo Sexto, Volumen I, Imp. y Lito. Universo S.A., Santiago de Chile.
- FURNO, Carlo (1954): *Teoría de la prueba legal*. Traducido por Sergio González Collado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GALLINAL, Rafael (s/a): *Manual de derecho procesal civil*. Tomos I y II, Unión Tipográfica Editorial Hispano - Americana, Buenos Aires.
- GARCIA AMIGO, Manuel (1979): *Instituciones de derecho civil*. I, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid.
- GARCIA SIERRA, Luis Alfonso (1974): *“Prueba de inspección judicial”*. En: Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia, Año XXXV, Segunda Epoca, Septiembre 1974, Volumen XXXIII, Nro. 86, págs. 321-344.
- GARCIA VALDECASAS y GARCIA VALDECASAS, Alfonso (1958): *“Aspectos del fraude procesal”*. En: Revista de Derecho Privado, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, Febrero 1958, págs. 107-123.
- GELSI BIDART, Adolfo (1965): *“Responsabilidad judicial en el derecho uruguayo”*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1965, Nro. 2, págs. 9-81.

- GELSI BIDART, Adolfo (1975): “*Pericia científica y ‘libre’ apreciación*”. En: Revista de Estudios Procesales, Centro de Estudios Procesales, Rosario, Argentina, Marzo 1975, Nro. 23, págs. 3-18.
- GELSI BIDART, Adolfo (1975): “*Modos extraordinarios de concluir el juicio*”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Año VIII, Nueva Serie, Enero - Agosto 1975, Nros. 22 - 23, págs. 491-505.
- GIL IGLESIA, Roberto A. (1958): “*La sentencia de divorcio y la cosa juzgada*”. En: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1958, Año XX, tercera época, Nros. 96-97, págs. 117-132.
- GIMENO GAMARRA, Rafael (1949): “*El incidente de nulidad de actuaciones*”. En: Revista de Derecho Procesal, Madrid, Julio - Agosto - Septiembre 1949, Año V, Nro. 3, págs. 511-525.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2007): *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, segunda edición, Editorial Colex, Madrid.
- GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho procesal civil*. Traducción de la segunda edición alemana por Leonardo Prieto-Castro, con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo, Editorial Labor S.A., Barcelona.
- GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, Fernando (1992): *El proceso civil*. Segunda edición, Editorial Fórum S.A., Gijón, España.
- GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, Fernando; y PEREZ-CRUZ MARTIN, Agustín Jesús (2000): *Derecho procesal civil*. Tomo I, Editorial Fórum S.A., Oviedo, España.
- GOMEZ I SINDE, Araceli (1983): *Todo sobre el divorcio*. Editorial De Vecchi S.A., Barcelona.
- GONZALEZ, Atilio Carlos (1979): *Silencio y rebeldía en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- GONZALEZ, Atilio C. (1998): “*La intervención voluntaria de terceros en el Código Procesal Civil del Perú*”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Marzo 1998, Nro. II, págs. 389-399.

- GONZALEZ, Atilio C. (1999): “*Las medidas cautelares en las sociedades comerciales (la intervención judicial cautelar)*”. En: Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1999, Rubinzal - Culzoni Editores, Nro. 1 (Medidas Cautelares), págs. 177-204.
- GONZALEZ GONZALEZ, Pedro (1961): “*Depósito judicial*”. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Venezuela, Octubre - Diciembre 1961, Año XXIV, Nro. 118, págs. 59-72.
- GONZALEZ GONZALEZ, Pedro (1961): “*Medidas preventivas judiciales*”. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Venezuela, Enero - Marzo 1961, Año XXIV, Nro. 115, págs. 41-64.
- GONZALEZ GONZALEZ, Pedro (1962): “*Mandato judicial*”. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, Año XXV, Abril - Junio de 1962, Nro. 120, págs. 51-72.
- GONZALEZ GONZALEZ, Pedro (1963): “*El fumus boni juris en el derecho positivo venezolano*”. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Venezuela, Enero - Marzo y Abril - Junio 1963, Año XXV, Nros. 123-124, págs. 147-156.
- GORPHE, Francois (1950): *De la apreciación de la prueba*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- GOWLAND, Norberto (1956): “*Ejecución de sentencias extranjeras*”. En: Revista de Derecho Procesal, publicación iberoamericana y filipina, Madrid, Año 1956, Segunda Epoca, Nro. 3, págs. 839-853.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo (1992): *Derecho procesal civil*. Tomo I, Volúmenes 1 y 2, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires.
- GUASP, Jaime (1968): *Derecho procesal civil*. Tomo I, tercera edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- GUASP, Jaime (1998): *Derecho procesal civil*. Tomo I, cuarta edición, Editorial Civitas S.A., Madrid.
- GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo (1974): *Estudios de derecho procesal*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, España.
- HERNANDEZ GIL, Antonio (1980): *La posesión*. Editorial Civitas S.A., Madrid.

- HERRAN MEDINA, Alvaro (1959): *Compendio de derecho internacional privado*. Editorial Temis, Bogotá.
- HERRERA ARRAU, Alberto (1940): “*De las excepciones y de las defensas en general y particularmente de las excepciones en el juicio ejecutivo*”. En: Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, Enero - Junio 1940, Año VIII, Nros. 31-32, págs. 2521-2592.
- IRIBARNE, Ramón (1956): *Los dos divorcios*. Ediciones Paulinas, Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1978): *Separación de hecho entre cónyuges*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; y PARELLADA, Carlos A. (1986): “*Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial*”. En: Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe, Argentina, 1986, págs. 11-117.
- KIELMANOVICH, Jorge L. (1989): *Recurso de apelación*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- KIELMANOVICH, Jorge L. (2001): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Segunda edición actualizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires.
- KIELMANOVICH, Jorge L. (2003): “*Valor probatorio de la conducta procesal de las partes*”. En: Debido proceso, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, págs. 309-316.
- KISCH, W. (1940): *Elementos de derecho procesal civil*. Traducción de la cuarta edición alemana y adiciones de derecho español por Leonardo Prieto-Castro, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRIA, Jesús; y RIVERO HERNANDEZ, Francisco (1990): *Elementos de derecho civil I. Parte general del derecho civil*. Volumen II, José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
- LAFAILLE, Héctor (1929): *Curso de derecho civil. Derechos reales*. Tomo Primero, tercera edición, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires.
- LAGOMARSINO, Carlos A. R.; y URIARTE, Jorge A. (1991): *Separación personal y divorcio*. Editorial Universidad, Buenos Aires.

- LANDONI SOSA, Angel (1998): "*Nuevas orientaciones en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos*". En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Marzo 1998, Nro. II, págs. 443-466.
- LARENZ, Karl (1978): *Derecho civil*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- LEDESMA, Angela Ester (1989): "*Eficacia del laudo arbitral*". En: El arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Libro Homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski, Universidad de Ottawa, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1989, págs. 99-114.
- LEDESMA, Angela Ester (1995): "*Nulidades procesales*". En Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1995, Nro. 8, págs. 325-343.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella (1996): *La conciliación*. Legrima Editorial S.R.L., Lima, Perú.
- LETE DEL RIO, José Manuel (1986): *Derecho de la persona*. Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- LEVITAN, José (1979): *Prescripción adquisitiva de dominio*. Segunda edición, reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- LEVITAN, José (1986): *Recursos en el proceso civil y comercial*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- LINARES NOCI, Rafael (1991): "*Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago*". En: Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Marzo 1991, págs. 171-192.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (2000): *Tratado de derecho procesal civil*. Editorial Dykinson S.L., Madrid.
- LORETO, Luis (1979): "*Acumulación objetiva de acciones*". En: Libro Homenaje a Rafael Pizani, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979, págs. 155-171.

- LORETO, Luis (1960): “*La conversión de la separación de cuerpos en divorcio*”. En: Revista de Derecho y Legislación, Caracas, Venezuela, Octubre 1960, Año IL, Nro. 593, págs. 135-146.
- LOUTAYF RANEA, Roberto G; y OVEJERO LOPEZ, Julio C. (1986): *Caducidad de la instancia*. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- LOUTAYF RANEA, Roberto G. (1989): *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Tomos 1 y 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín (1980): *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Tomo IV-B, Editorial Perrot, Buenos Aires.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín (1991): *Tratado de derecho civil*. Tomo I, décimo cuarta edición, Editorial Perrot, Buenos Aires.
- MAFFIA, Jorge O. (1980): *Manual de derecho sucesorio*. Tomos I y II, segunda edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa (1986): “*Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad (I)*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Enero - Diciembre 1986, Tomo LXX, págs. 221-249.
- MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa (1986): “*Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad (II)*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Enero - Diciembre 1986, Tomo LXX, págs. 291-339.
- MARIN PEREZ, Pascual (1983): *Derecho civil*. Volúmenes I y II, Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- MARTINEZ BOTOS, Raúl (1994): *Medidas cautelares*. Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- MATTIROLO, Luis (s/a): *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomos I y II, traducción de Eduardo Ovejero, Ed. La España Moderna, Madrid.
- MAURINO, Alberto Luis (1990): *Nulidades procesales*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- MAURINO, Alberto Luis (1991): *Perención de la instancia en el proceso civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

- MENDOZA, Juan Carlos (1966): “*Nulidades procesales civiles*”. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, Julio - Diciembre 1966, Tomo IX, Nro. 17, págs. 123-186.
- MESSINEO, Francesco (1954): *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- MESSINEO, Francesco (1956): *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo VII, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- MICHELI, Gian Antonio (1970): *Curso de derecho procesal civil*. Tomos I, II y III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- MOLINA GONZALEZ, Héctor (1978): “*Teoría general de la prueba*”. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Enero - Abril 1978, Tomo XXVIII, Nro. 109, págs. 147-162.
- MOLINARIO, Alberto D. (1962): “*Interpretación de la protección posesoria actual en función de la historia interna*”. En: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de La Plata, La Plata, Argentina, 1962, Tomo XXII, págs. 181-240.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (1979): *Principios de derecho procesal civil*. Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (1995): “*La conciliación como medio alternativo de solución de conflictos*”. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, Año XXXV, Enero - Diciembre 1995, Nro. 56, págs. 173-195.
- MONROY GALVEZ, Juan F. (1987): *Temas de proceso civil*. Librería Studium, Lima, Perú.
- MONROY GALVEZ, Juan (1993): “*Postulación del proceso en el código civil procesal*”. En: Orientaciones y Tendencias sobre el Código Procesal Civil, Revista El Derecho, publicación oficial del Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, Diciembre 1993, Nro. 298, págs. 349-377.
- MONROY GALVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Tomo I, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.

- MONTERO AROCA, Juan (1979): *Introducción al derecho procesal*. Segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*. Segunda edición, Editorial Civitas S.A., Madrid.
- MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*. Cuarta edición, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España.
- MONTERO AROCA, Juan; y FLORS MATIES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomos I y II, Tirant Lo Blanch, Valencia, España.
- MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTON REDONDO, Alberto; y BARONA VILAR, Silvia (2003): *Derecho jurisdiccional*. Tomos I y II, 12ava. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- MORA G., Nelson R. (1973): *Procesos de ejecución*. Tomos I y II, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá.
- MORALES MOLINA, Hernando (1978): *Curso de derecho procesal civil*. Tomo I, Ed. ABC, Bogotá.
- MORELLI, Gaetano (1953): *Derecho procesal civil internacional*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- MORELLO, Augusto Mario (1968): “*Notas para el estudio de la conciliación en el Código procesal civil y comercial de la Nación*”. En: Revista Argentina de Derecho Procesal, La Ley S.A. Editora e Impresora, Buenos Aires, Año 1968, Nro. 1, págs. 69-76.
- MORELLO, Augusto M. (1993): *La casación. Un modelo intermedio eficiente*. Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MORELLO, Augusto M. (2001): *La eficacia del proceso*. Segunda edición ampliada, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires.
- MORENO MOCHOLI, M. (1944): “*Derecho, acción y juicio de desahucio*”. En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, Madrid, Mayo de 1944, Año LXXXIX, Nro. 5, págs. 509-536.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1986): “*Responsabilidad del Estado por errores judiciales*”. En: Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe, Argentina, 1986, págs. 119-231.

- MUÑOZ ROJAS, Tomás (1960): “*Parte y justa parte en el proceso civil*”. En: Revista de Derecho Judicial, Editorial Gesta, Madrid, Año 1, Octubre - Diciembre 1960 Nro. 4 págs. 48-75.
- NART, Ignacio (1951): “*Pago por consignación*”. En: Revista de Derecho Privado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Enero - Diciembre 1951, Tomo XXXV, págs. 206-213.
- NUÑEZ PONCE, Julio (1993): “*Valor y efectos legales del documento informático*”. En: Revista del Foro, Lima, Perú, Año LXXXI, Julio - Diciembre 1993, Nro. 2, págs. 155-161.
- ODERIGO, Mario A. (1982): *Lecciones de derecho procesal*. Tomos I y II, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- ODERIGO, Mario A. (1989): *Lecciones de derecho procesal*. Tomos I y II, reimpresión inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- OGAYAR Y AYLLON, Tomás (1969): “*La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar*”. En: Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas, Volumen I, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1969, págs. 229-289.
- ONECHA SANTAMARIA, Carlos (1972): “*La prueba de reconocimiento judicial*”. En: Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Madrid, Enero - Marzo 1972, Nro. 312, págs. 81-92.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo (1976): *Régimen general de las obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá.
- OVALLE FAVELA, José (1980): *Derecho procesal civil*. Harla S.A., México D.F.
- PALACIO, Lino Enrique (1977): *Derecho procesal civil*. Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- PALACIO, Lino Enrique (1979): *Derecho procesal civil*. Tomos II y V, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- PALACIO, Lino Enrique (1983): *Derecho procesal civil*. Tomos III (tercera reimpresión) y VI (primera reimpresión), Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- PALACIO, Lino Enrique (1990): *Derecho procesal civil*. Tomo VI, tercera reimpresión, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.

- PALACIO, Lino Enrique (1992): *Derecho procesal civil*. Tomo VIII, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- PALACIO, Lino Enrique (1994): *Derecho procesal civil*. Tomo VII, cuarta reimpresión, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- PALOMINO MARIN, Valeriano (1966): “*La acumulación procesal*”. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1966, Nro. 2, págs. 71-86.
- PALLARES, Eduardo (1979): *Derecho procesal civil*. Octava edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F.
- PALLARES, Eduardo (1989): *Derecho procesal civil*. Decimotercera edición, Editorial Porrúa S.A., México D.F.
- PAPAÑO, Ricardo José; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio Alberto; y CAUSSE, Jorge Raúl (1989): *Derechos reales*. Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- PAPAÑO, Ricardo José; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio Alberto; y CAUSSE, Jorge Raúl (1990): *Derechos reales*. Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- PARELLADA, Carlos Alberto (1990): *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- PAVON, Cirilo (1946): *Tratado de la familia en el derecho civil argentino*. Tomos II y III, Editorial Ideas, Buenos Aires.
- PEÑAGUZMAN, Luis Alberto (1973): *Derecho civil. Derechos reales*. Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- PEREZ, Benito (1975): “*Acción declarativa de nulidad contra sentencia inconstitucional*”. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, Argentina, 1975-1976, Tomos XVI-XVII, Nros. 34-36, págs. 157-179.
- PESCIO V., Victorio (1950): *Manual de derecho civil*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- PEYRANO, Jorge W. (1978): *El proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.

- PEYRANO, Jorge Walter (1981): *Medida cautelar innovativa*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- PEYRANO, Jorge W. (1993): “*La medida cautelar innovativa embozada*”. En: Revista El Derecho, Publicación Oficial del Colegio de Abogados de Arequipa, Diciembre 1993, Nro. 298, págs. 485-494.
- PEYRANO, Jorge W. (1996): “*Lo urgente y lo cautelar*”. En: Revista Jurídica del Instituto Peruano del Estudios Forenses, Lima, Perú, Julio 1996, Año III, Nro. 6, págs. 51-53.
- PICO I JUNOY, Joan (1996): *El derecho a la prueba en el proceso civil*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
- PINO CARPIO, Remigio (1965): *Nociones de derecho procesal y comento del Código de procedimientos civiles*. Tomo IV, Editorial Jurídica S.A., Lima, Perú.
- PODETTI, J. Ramiro (1949): *Tratado de la tercería*. Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- PODETTI, J. Ramiro (1952): *Tratado de las ejecuciones*. Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires.
- PODETTI, José Ramiro (1969): *Tratado de las medidas cautelares*. Ed. Ediar, Buenos Aires.
- PRAT, Julio A. (1978): *Derecho administrativo*. Tomo IV, Volumen II, Acali Editorial, Montevideo.
- PRAT, Julio A. (1979): *Derecho administrativo*. Tomo IV, Volumen I, Acali Editorial, Montevideo.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo (1956): “*Acumulación de acciones*”. En: Revista de Derecho Procesal, Publicación Iberoamericana y Filipina, Madrid, Año 1956, Segunda Epoca, Nro. 1, págs. 11-28.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo (1980): *Derecho procesal civil*. Volumen 1, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo (1983): *Derecho procesal civil*. Volumen 2, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- PUIG BRUTAU, José (1978): *Fundamentos de derecho civil*. Tomo III, Volumen I, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona.
- PUIG BRUTAU, José (1979): *Fundamentos de derecho civil*. Tomo I, Volumen I, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona.

- PUIG PEÑA, Federico (1947): *Tratado de derecho civil español*. Tomo II, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- PUIG PEÑA, Federico (1951): *Tratado de derecho civil español*. Tomo IV, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- PUIG PEÑA, Federico (1954): *Tratado de derecho civil español*. Tomo V, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- QUINTERO, Beatriz; y PRIETO, Eugenio (1995): *Teoría general del proceso*. Tomo II, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- QUINTERO, Beatriz; y PRIETO, Eugenio (1998): *Teoría general del proceso*. Tomo I, segunda reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- RAMOS MENDEZ, Francisco (1992): *Derecho procesal civil*. Tomos I y II, quinta edición, José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
- REBORA, Juan Carlos (1953): *Derecho de las sucesiones*. Tomo Tercero, segunda edición, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- REDENTI, Enrico (1957): *Derecho procesal civil*. Tomos I, II y III, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- REIMUNDIN, Ricardo (1951): “*Contribución al estudio de la contumacia en la legislación argentina*”. En: Revista de Derecho Procesal, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, tercer y cuarto trimestres de 1951, Año IX, Nros. 3-4, págs. 219-269.
- REIMUNDIN, Ricardo (1956): *Derecho procesal civil*. Tomo I, Editorial Viracocha S.A., Buenos Aires.
- REIMUNDIN, Ricardo (1957): *Derecho procesal civil*. Tomo II, Editorial Viracocha, Buenos Aires.
- REYES MONTERREAL, José María (1957): “*El proceso sobre reintegración de la capacidad*”. En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, Madrid, Enero de 1957, Año CV, Segunda Epoca, Tomo XXXIV, Nro. 1, págs. 36-80.
- REYES MONTERREAL, José María (1958): “*Procedimiento para reclamar mejoras el poseedor lanzado*”. En: Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, Marzo - Abril 1958, Año LVII, Nro. 2, págs. 227-242.

- RIPERT, Georges; y BOULANGER, Jean (1963): *Tratado de derecho civil*. Tomo II, Volumen I, traducción de Delia García Daireaux, La Ley, Buenos Aires.
- RIVAS, Adolfo A. (1997): “*El litisconsorcio*”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Setiembre 1997, Nro. I, págs. 115-127.
- RIVAS SACCONI, Jesús Medardo (1954): “*Acumulación de acciones y de autos*”. En: Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia, Marzo de 1954, Volumen XV, Nro. 44, págs. 267-277.
- RIVERA MIRANDA, Roberto (2007): “*La prueba anticipada*”. En: Objeto y carga de la prueba civil, J. M. Bosch Editor, España, págs. 323-342.
- ROCCO, Ugo (1970): *Tratado de derecho procesal civil*. Volumen II, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Temis, Depalma, Buenos Aires.
- ROCCO, Ugo (1976): *Tratado de derecho procesal civil*. Volúmenes I, II, III y IV, traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. Temis y Depalma, Buenos Aires.
- ROCCO, Ugo (1977): *Tratado de derecho procesal civil*. Volumen V, Temis - Depalma, Buenos Aires.
- ROCCO, Ugo (1981): *Tratado de derecho procesal civil*. Volumen VI, Temis - Depalma, Buenos Aires.
- RODRIGUEZ, Carlos J. (1937): *Deslinde y mensura*. Librería y Editorial “La Facultad”, Buenos Aires.
- RODRIGUEZ, Luis A. (1984): *Tratado de la ejecución*. Tomo I, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires.
- RODRIGUEZ, Luis A. (1987): *Tratado de la ejecución*. Tomos II-A y II-B, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires.
- RODRIGUEZ, Luis A. (1987): *Nulidades procesales*. Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- RODRIGUEZ ESPEJO, José (1958): “*La dinámica de la libre apreciación de la prueba en la jurisdicción civil*”. En: Revista de Derecho Procesal, Madrid, Segunda Epoca, 1958, Nro. 4, págs. 847-875.

- RODRIGUEZ ESPEJO, José (1976): “*En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales*”. En: Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Enero - Diciembre 1976, Tomo LX, págs. 671-686.
- RODRIGUEZ GARCES, Sergio (1967): *Tratado de las tercerías*. Tomos I y II, segunda edición, Librotec Ltda. Editores, Concepción, Chile.
- RODRIGUEZ GONZALEZ, Cayetano (1972): “*La ‘ficta confessio’ en el proceso civil español*”. En: Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Madrid, Enero - Marzo 1972, Nro. 312, págs. 41-64.
- RODRIGUEZ OSSORIO, Ronaldo (1971): “*La prescripción en el Código civil de Puerto Rico*”. En: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, Puerto Rico, Volumen XL, 1971, Nro. 3, págs. 327-374.
- RODRIGUEZ SOLANO, Federico (1950): “*La demanda reconvencional en la legislación española*”. En: Revista de Derecho Procesal, Madrid, Año VI, Abril - Mayo - Junio 1950, Nro. 2, págs. 219-300.
- ROJAS RODRIGUEZ, Mario (1959): “*Concepto de medidas precautorias en el derecho procesal civil*”. En: Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile, Enero - Marzo 1959, Año XXVII, Nro. 107, págs. 3-24.
- ROSENBERG, Leo (1955): *Tratado de derecho procesal civil*. Tomos I, II y III, traducido por Angela Romero Vera, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires.
- SALAS VIVALDI, Julio S. (1962): “*Facultades del Juez en el proceso civil para mantener la corrección del procedimiento*”. En: Revista del Ministerio de Justicia, Ministerio de Justicia, Venezuela, Julio - Agosto - Septiembre de 1962, Año XI, Nro. 42, págs. 287-300.
- SALAS VIVALDI, Julio E. (1988): “*La subsanación del acto procesal irregular*”. En: Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, Enero - Junio 1988, Año LXI, Nro. 183, págs. 25-32.
- SALAS VIVALDI, Julio E. (1993): “*La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica*”. En: Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Chile, Enero - Junio 1993, Año LXI, Nro. 193, págs. 117-125.

- SALAS VIVALDI, Julio (1995): “*La conciliación ¿medio eficaz de poner fin al litigio?*”. En: Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile, Año LXIII, Julio - Diciembre 1995, Nro. 198, págs. 175-180.
- SALVAT, Raymundo M. (1954): *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general I, décima edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- SANCHEZ-APELLANIZ, Francisco (1956): “*Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en derecho hispano - americano*”. En: Revista de Derecho Procesal, publicación iberoamericana y filipina, Madrid, Año 1956, Segunda Epoca, Nro. 2, págs. 365-417.
- SANTOS BRIZ, Jaime (1973): *Derecho civil*. Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- SATTA, Salvatore (1971): *Manual de derecho procesal civil*. Volumen I, traducido de la séptima edición italiana por Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- SCHÖNKE, Adolfo (1950): *Derecho procesal civil*. Traducción española de la quinta edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Ed. Bosch, Barcelona.
- SENTIS MELENDO, Santiago (1958): *La sentencia extranjera*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- SENTIS MELENDO, Santiago (1959): *Teoría y práctica del proceso. Ensayos de derecho procesal*. Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- SENTIS MELENDO, Santiago (1964): “*Fijación de los términos de la controversia en el proceso civil argentino*”. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, Julio - Diciembre 1964, Año VII, Nro. 13, págs. 47-60.
- SENTIS MELENDO, Santiago (1967): *Estudios de derecho procesal*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- SENTIS MELENDO, Santiago (1979): *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel (1969): *Estudios de derecho procesal*. Ediciones Ariel, Barcelona.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel (2009): *Estudios de derecho probatorio*. Librería Communitas E.I.R.L., Lima, Perú.

- SERRA ROJAS, Andrés (1981): *Derecho administrativo*. Segundo Tomo, décima edición, Ed. Porrúa S.A., México.
- SERRANO Y SERRANO, Ignacio (1943): *La ausencia en el derecho español*. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- SILVA MELERO, Valentín (1963): *La prueba procesal*. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- STIGLITZ, Rubén S. (1970): “*Partes e intervención de terceros en el proceso. Especial referencia a la intervención del asegurador en el proceso que por daños promueve la víctima contra el asegurado y/o conductor*”. En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Colegio de Abogados del Distrito Judicial de La Plata, La Plata, Argentina, Año XII, Julio - Diciembre 1970, Nro. 25, págs. 123-174.
- STILERMAN, Marta; y DE LEON, María Teresa (1994): *Divorcio. Causales objetivas*. Editorial Universidad, Buenos Aires.
- SUAREZ, Nelson J. (1972): “*La prueba pericial. Su contenido científico y su valoración*”. En: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, Año XII, Marzo - Agosto 1972, Nro. 35, págs. 63-68.
- SUAREZ FRANCO, Roberto (2001): *Derecho de familia*. Tomo I, octava edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia.
- TAQUIA VILA, Víctor (1965): *Interdictos y acción publiciana*. Editorial “La Antártida”, Lima.
- TARIGO, Enrique E. (1962): “*Nuestro ‘juicio ejecutivo’: proceso sumario de conocimiento*”. En: La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, Uruguay, 1962, Tomo 58, págs. 34-56.
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid.
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid.
- TARUFFO, Michele (2009): *La prueba. Artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile.
- TORINO, Ernesto (1960): “*La protección posesoria y el código civil español*”. En: La Justicia, México D.F., Noviembre 1960, Tomo XX, Nro. 367, págs. 33-45.

- TRABUCCHI, Alberto (1967): *Instituciones de derecho civil*. Tomo I, traducción de la décimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- VACA NARVAJA, Hugo (1963): “*El patrimonio familiar*”. En: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, Enero - Setiembre 1963, Año XXVII, Nro. 1-2-3, págs. 307-381.
- VALENCIA ZEA, Arturo (1974): *Derecho civil*. Tomo I, sexta edición, Editorial Temis, Bogotá.
- VALENCIA ZEA, Arturo (1976): *Derecho civil*. Tomo II, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá.
- VALENCIA ZEA, Arturo (1978): *Derecho civil*. Tomo III, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá.
- VALENCIA ZEA, Arturo (1978): *Derecho civil*. Tomo V, reimpresión de la cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá.
- VALIENTE NOAILLES, Luis M. (1958): *Derechos reales*. Roque Depalma Editor, Buenos Aires.
- VALLEJO, Eduardo Lucio (1970): “*Intervención de terceros en el proceso*”. En: Revista de Estudios Procesales, Centro de Estudios Procesales, Rosario, Argentina, Septiembre 1970, Nro. 5, págs. 41-50.
- VARELA, Casimiro (1990): *Valoración de la prueba*. Ed. Astrea, Buenos Aires.
- VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto (1990): “*La audiencia preliminar*”. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín Colombia, Nros. 87 (Octubre - Diciembre 1989) y 88 (Enero - Marzo 1990), págs. 175-199.
- VENTURINI, Alí (1962): “*Esquema para un desarrollo de las medidas preventivas*”. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Venezuela, Julio - Septiembre 1962, Año XXV, Nro. 121, págs. 113-141.
- VERGE GRAU, Joan (1989): *La rebeldía en el proceso civil*. Librería Bosch, Barcelona.
- VERGE GRAU, Joan (1998): “*La rebeldía en el proceso civil*”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Marzo 1998, Nro. II, págs. 585-611.

- VESCOVI, Enrique (1988): *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- VESCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*. Segunda edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando (1996): *Prescripción extintiva y caducidad*. Gaceta Jurídica Editores, Lima, Perú.
- VILALTA, A. Esther; y MENDEZ, Rosa M. (1998): *Interdicto de retener o recobrar*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona.
- WAYAR, Ernesto C. (1983): *El pago por consignación*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- ZAFRA, José (1960): “*La pertinencia de la prueba*”. En: Revista de Derecho Procesal, Madrid, España, Nro. 3, 1960, págs. 633-673.
- ZANNONI, Eduardo A. (1989): *Derecho de familia*. Tomos 1 y 2, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- ZEBALLOS, Juan Pedro (1956): “*El proceso de ejecución en el proyecto Couture*”. En: La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, Año 54, Marzo - Octubre de 1956, Nros. 3-10, págs. 264-272.
- ZEISS, Walter (1979): *El dolo procesal*. Traducción de Tomás A. Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires.
- ZEPEDA, Jorge Antonio (1986): “*El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar*”. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Julio - Diciembre de 1986, Tomo XXXVI, Nros. 148-149-150, págs. 173-202.
- ZINNY, Jorge Horacio (1966): “*Las partes en el proceso civil*”. En: Cuadernos de los Institutos, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina, Agosto 1966, Nro. 89, págs. 51-68.
- ZINNY, Jorge Horacio (1990): “*Sanciones procesales*”. En: Revista Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, Argentina, 1990, Nro. 28, Tomo II, págs. 159-175.

INDICE GENERAL

CAPITULO XXVIII

POSTULACION DEL PROCESO: DEMANDA Y EMPLAZAMIENTO

1. Cuestión preliminar: la etapa postulatoria o introductoria del proceso.....	5
2. Concepto de demanda.....	7
3. Características de la demanda.....	9
4. Modificación y cambio de la demanda.....	9
5. Ampliación de la demanda.....	13
6. Ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos.....	15
7. Requisitos de la demanda.....	20
8. Anexos de la demanda.....	29
9. Calificación de la demanda por el Juez.....	31
9.1 Admisibilidad e inadmisibilidad de la demanda.....	35
9.2 Improcedencia de la demanda.....	40
9.3 Rechazo de la demanda.....	49
10. Demanda fundada e infundada.....	50
11. Traslado de la demanda.....	53
12. Emplazamiento y citación del demandado.....	54
12.1 Emplazamiento del demandado domiciliado en la competencia territorial del Juzgado.....	56
12.2 Emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del Juzgado.....	56
12.3 Emplazamiento del demandado que se encuentra fuera del país.....	57
12.4 Emplazamiento de demandados con domicilios distintos.....	58
12.5 Emplazamiento a demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados.....	58

12.6	Emplazamiento al apoderado del demandado	60
12.7	Emplazamiento defectuoso	60
12.8	Jurisprudencia casatoria relacionada con el emplazamiento y citación del demandado	62
13.	Efectos de la presentación y/o notificación de la demanda	67

CAPITULO XXIX

POSTULACION DEL PROCESO: CONTESTACION DE LA DEMANDA

1.	Noción de contestación de la demanda	75
2.	Oportunidad para contestar la demanda	76
3.	Posiciones o actitudes que adopta el demandado frente a la demanda.....	77
4.	Requisitos de la contestación de la demanda.....	82
4.1	Observancia de los requisitos previstos para la demanda	84
4.2	Pronunciamiento sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda	85
4.2.1	El silencio del demandado	88
4.2.2	Las respuestas evasivas al contestar la demanda	89
4.2.3	La negativa genérica al contestar la demanda.....	90
4.3	Aceptación o negación de autenticidad o recepción de docu- mentos.....	90
4.4	Exposición de hechos en que funda su defensa el demandado	91
4.5	Ofrecimiento de medios probatorios.....	91
4.6	Firma del demandado y de su abogado.....	92
5.	Anexos de la contestación de la demanda	92
6.	Efectos de la contestación de la demanda.....	93
7.	Efectos de la falta de contestación de la demanda	94

CAPITULO XXX

POSTULACION DEL PROCESO: RECONVENCION

1.	Configuración de la reconvención	97
2.	Fundamento de la reconvención	100
3.	Carácter autónomo de la reconvención.....	101
4.	Formas o modalidades de la reconvención	101
5.	Requisitos de la reconvención.....	103

6. Oportunidad de la reconvencción	105
7. Modificación y ampliación de la reconvencción	106
8. Trámite de la reconvencción.....	107
9. Resolución de la reconvencción.....	108
10. Efectos de la reconvencción	109
11. Procesos en que resulta improcedente la reconvencción	110
12. Jurisprudencia casatoria relacionada con la reconvencción.....	111

CAPITULO XXXI

POSTULACION DEL PROCESO: EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

1. La excepción procesal.....	113
2. Clases de excepciones.....	117
2.1 Excepción de incompetencia	118
2.1.1 Definición	118
2.1.2 Efectos	119
2.1.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de incompetencia	120
2.2 Excepción de incapacidad del demandante o de su represen- tante	121
2.2.1 Noción.....	121
2.2.2 Efectos	122
2.3 Excepción de representación defectuosa o insuficiente del de- mandante o del demandado	123
2.3.1 Concepción	123
2.3.2 Efectos	124
2.3.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excep- ción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado.....	124
2.4 Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de propo- ner la demanda	126
2.4.1 Significado	126
2.4.2 Efectos	129
2.4.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.....	129
2.5 Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa ...	130
2.5.1 El agotamiento de la vía administrativa	130

2.5.2	Configuración de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.....	135
2.5.3	Efectos	135
2.5.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa	135
2.6	Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado	136
2.6.1	Noción	136
2.6.2	Efectos	138
2.6.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado	139
2.7	Excepción de litispendencia	141
2.7.1	Configuración	141
2.7.2	Procedencia de la excepción de litispendencia	143
2.7.3	Efectos de la excepción de litispendencia.....	145
2.7.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de litispendencia.....	146
2.8	Excepción de cosa juzgada	147
2.8.1	Significado	147
2.8.2	Requisitos.....	148
2.8.3	Efectos de la excepción de cosa juzgada.....	149
2.8.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de cosa juzgada.....	150
2.9	Excepción de desistimiento de la pretensión	153
2.9.1	Definición	153
2.9.2	Requisitos.....	153
2.9.3	Efectos	153
2.9.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de desistimiento de la pretensión	154
2.10	Excepción de conclusión del proceso por conciliación	154
2.10.1	Concepto	154
2.10.2	Requisitos.....	154
2.10.3	Efectos	155
2.11	Excepción de conclusión del proceso por transacción	155
2.11.1	Noción	155
2.11.2	Requisitos.....	156

2.11.3	Efectos	157
2.11.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de conclusión del proceso por transacción.....	158
2.12	Excepción de caducidad.....	160
2.12.1	Definición	160
2.12.2	Efectos	160
2.12.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de caducidad	161
2.13	Excepción de prescripción extintiva.....	162
2.13.1	Significado	162
2.13.2	Efectos	163
2.13.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la excepción de prescripción extintiva	163
2.14	Excepción de convenio arbitral	166
2.14.1	Concepto	166
2.14.2	Efectos	168
3.	Plazo y forma de proponer excepciones.....	168
4.	Medios probatorios de las excepciones	170
5.	Decisión judicial sobre las excepciones e impugnación.....	171
6.	Efectos de la excepción procesal	171
7.	Costos, costas y multas de las excepciones	174
8.	Improcedencia de alegación de hechos configurantes de excepción en vía de nulidad	175
9.	Las defensas previas.....	175
9.1	Definición.....	175
9.2	Clases de defensas previas	176
9.3	Propuesta y trámite de las defensas previas.....	180
9.4	Prueba de las defensas previas	181
9.5	Efectos del amparo de una defensa previa	182
9.6	Costos, costas y multas de las defensas previas	183

CAPITULO XXXII

POSTULACION DEL PROCESO: REBELDIA

1.	Configuración de la rebeldía o contumacia	185
1.1	Rebeldía del demandante	187
2.	Fundamento de la rebeldía.....	189
3.	Requisitos de la declaración de rebeldía.....	189

4.	Efectos de la declaración de rebeldía.....	191
4.1	Efectos de la rebeldía previstos en nuestro ordenamiento procesal	193
4.1.1	Efectos de la rebeldía relacionados con la notificación de su declaración y de otras resoluciones judiciales....	193
4.1.2	Efectos de la rebeldía en relación con el material fáctico de la demanda	194
4.1.3	Efectos de la rebeldía en relación con el trámite del proceso	195
4.1.3.1	Ingreso del rebelde al proceso.....	196
5.	Procedencia de medidas cautelares en caso de rebeldía	197
6.	Costas y costos en caso de rebeldía	199
7.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la rebeldía	200

CAPITULO XXXIII

POSTULACION DEL PROCESO: SANEAMIENTO DEL PROCESO, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO

1.	Principio de saneamiento procesal	205
2.	Función o finalidad del despacho saneador o de la audiencia preliminar.....	208
3.	Oportunidad para la realización del despacho saneador o de la audiencia preliminar.....	209
4.	La decisión saneadora del proceso	211
5.	Efectos del saneamiento del proceso	212
5.1	Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal	213
6.	Jurisprudencia casatoria relacionada con el saneamiento del proceso	213
7.	Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio	218
7.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con la fijación de puntos controvertidos.....	220

CAPITULO XXXIV

POSTULACION DEL PROCESO: JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

1.	Juzgamiento anticipado del proceso.....	223
1.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con el juzgamiento anticipado del proceso	226

2.	Conclusión anticipada del proceso.....	227
2.1	Casos de conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo	229
2.1.1	Hipótesis de sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional	229
2.1.2	Hipótesis del conflicto de intereses que deja de ser un caso justiciable por disposición legal.....	231
2.1.3	Hipótesis de la declaración de abandono del proceso	231
2.1.4	Hipótesis del incumplimiento del saneamiento de la relación jurídica procesal en caso de excepción o defensa previa amparada	232
2.1.5	Hipótesis de la caducidad del derecho	233
2.1.6	Hipótesis del desistimiento del proceso o de la pretensión	233
2.1.7	Hipótesis de la consolidación en los derechos de los litigantes.....	234
2.1.8	Otras hipótesis previstas legalmente	234
2.2	Casos de conclusión anticipada del proceso con declaración sobre el fondo	234
2.2.1	Hipótesis de la conciliación de las partes	234
2.2.2	Hipótesis de la transacción entre las partes.....	235
2.2.3	Hipótesis de la renuncia del derecho que sustenta la pretensión del demandante.....	235

CAPITULO XXXV

PROCESO DE CONOCIMIENTO

1.	Configuración del proceso de conocimiento	237
2.	Organo jurisdiccional competente para conocer del proceso de conocimiento	237
3.	Asuntos contenciosos tramitados en vía de proceso de conocimiento	238
3.1	Fijación judicial de la vía de proceso de conocimiento.....	239
4.	Plazos máximos aplicables al proceso de conocimiento	240
5.	Plazo especial del emplazamiento en el proceso de conocimiento	242
6.	Proceso de separación de cuerpos por causal	243
6.1	Configuración.....	243
6.2	Causales de la separación de cuerpos	244

6.2.1	Adulterio.....	245
6.2.2	Violencia física o psicológica	247
6.2.3	Atentado contra la vida del cónyuge.....	249
6.2.4	Injuria grave que haga insoportable la vida en común	250
6.2.5	Abandono injustificado de la casa conyugal por el plazo de ley.....	254
6.2.6	Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común	258
6.2.7	Uso habitual de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.....	261
6.2.8	Enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.....	262
6.2.9	Homosexualidad sobreviniente al matrimonio.....	263
6.2.10	Condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio	263
6.2.11	Imposibilidad de hacer vida en común.....	264
6.2.12	Separación de hecho por el plazo legal	266
6.3	Caducidad de la acción de separación de cuerpos por causal.	276
6.4	Organo jurisdiccional competente para conocer del proceso de separación de cuerpos por causal.....	277
6.5	Legitimación para promover la acción de separación de cuerpos por causal.....	278
6.6	Intervención del Ministerio Público en el proceso de separación de cuerpos por causal	279
6.7	Impulso del proceso	279
6.8	Acumulación originaria de pretensiones accesorias.....	279
6.9	Acumulación sucesiva de pretensiones accesorias	282
6.10	Medidas cautelares procedentes en el proceso de separación de cuerpos por causal.....	283
6.11	Efectos de la separación de cuerpos.....	284
6.12	Conclusión de la separación de cuerpos por reconciliación o divorcio de los cónyuges	288
6.12.1	Conclusión de la separación de cuerpos por reconciliación de los cónyuges.....	289
6.12.2	Conclusión de la separación de cuerpos por divorcio de los cónyuges	291
7.	Proceso de divorcio por causal.....	292

7.1	Configuración.....	292
7.2	Causales de divorcio	293
7.3	Caducidad de la acción de divorcio por causal	296
7.4	Competencia para conocer del proceso de divorcio por causal...	297
7.5	Legitimidad activa para incoar la acción de divorcio por causal...	297
7.6	Intervención del Ministerio Público en el proceso de divorcio por causal	299
7.7	Impulso del proceso de divorcio por causal.....	299
7.8	Variación de la pretensión de divorcio a la de separación de cuerpos	300
7.9	Acumulación originaria de pretensiones accesorias.....	300
7.10	Acumulación sucesiva de pretensiones accesorias	301
7.11	Medidas cautelares procedentes en el proceso de divorcio por causal.....	302
7.12	Conversión de la separación de cuerpos en divorcio	304
7.13	Fin del proceso de divorcio por reconciliación de los cónyuges	306
7.14	Facultad judicial de declarar la separación de cuerpos en vez del divorcio.....	308
7.15	La sentencia en el proceso de divorcio por causal.....	309
7.16	Consulta de la sentencia de divorcio	310
7.17	Efectos del divorcio	311

CAPITULO XXXVI

EL PROCESO ABREVIADO: ASPECTOS GENERALES

1.	Configuración	319
2.	Asuntos contenciosos tramitados en proceso abreviado.....	320
3.	Competencia para conocer de los procesos abreviados.....	323
4.	Plazos máximos aplicables al proceso abreviado.....	323
5.	Plazo especial del emplazamiento en el proceso abreviado	325
6.	Procesos abreviados en los que resulta improcedente la recon- vención.....	326
7.	La apelación en el proceso abreviado.....	326

CAPITULO XXXVII

PROCESO ABREVIADO DE RETRACTO

1.	Concepto de retracto	329
1.1	El proceso de retracto	332

2. Organo jurisdiccional competente para conocer del proceso de retracto.....	333
3. Titulares del derecho de retracto	334
4. Legitimación pasiva en el retracto.....	335
5. Bienes objeto de retracto	335
6. Requisitos para el ejercicio del derecho de retracto.....	335
6.1 Observancia del plazo del retracto	336
6.2 Reembolso o consignación del precio del bien materia de retracto	338
6.3 Título en que se funda el retracto.....	339
7. Casos de improcedencia de la demanda de retracto	340
8. Requisito especial de la contestación de la demanda de retracto	341
9. Acumulación de procesos de retracto.....	341
10. La prueba en el proceso de retracto	342
11. Conclusión especial del proceso de retracto.....	342
12. Efectos del retracto.....	342
13. Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de retracto.....	344

CAPITULO XXXVIII

PROCESOS ABREVIADOS DE TITULO SUPLETORIO, PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y RECTIFICACION O DELIMITACION DE AREAS O LINDEROS

1. Título supletorio.....	349
1.1 Configuración.....	349
1.2 Procedencia	351
1.3 Organo jurisdiccional competente para conocer del proceso de título supletorio	352
1.4 Requisitos	352
1.5 Emplazamiento	353
1.6 Legitimación	354
1.7 Intervención del Ministerio Público	354
1.8 Prueba	355
1.9 Sentencia y efectos	355
1.10 Elevación en consulta de la sentencia	356
1.11 Los títulos supletorios en la Ley Nro. 27157 y en el Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA	357

1.12	Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de otorgamiento o formación de título supletorio.....	358
1.12.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales del proceso de otorgamiento o formación de título supletorio.....	358
1.12.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos del proceso de otorgamiento o formación de título supletorio.....	361
2.	Prescripción adquisitiva o usucapión.....	363
2.1	Concepto.....	363
2.2	Contenido.....	365
2.3	Clases	365
2.4	Competencia para conocer del proceso de prescripción adquisitiva	366
2.5	Requisitos de la prescripción adquisitiva	366
2.5.1	Posesión en concepto de dueño	368
2.5.2	Posesión continua o ininterrumpida.....	368
2.5.3	Posesión pacífica.....	369
2.5.4	Posesión pública	370
2.5.5	Buena fe	371
2.5.6	Justo título	372
2.5.7	Transcurso del plazo de prescripción adquisitiva.....	373
2.5.7.1	Interrupción y suspensión de la prescripción adquisitiva.....	374
2.5.7.2	Accesión o unión de posesiones en la usucapión.....	374
2.5.8	Requisitos especiales de la demanda de prescripción adquisitiva.....	374
2.6	El emplazamiento en el proceso de prescripción adquisitiva..	375
2.7	Intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva	376
2.8	La prueba en la usucapión.....	376
2.9	Efectos de la prescripción adquisitiva.....	377
2.10	La sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva.....	378
2.11	Elevación en consulta de la sentencia de prescripción adquisitiva	380
2.12	La prescripción adquisitiva en la Ley Nro. 27157 y en el Decreto Supremo Nro. 035-2006-VIVIENDA	380

2.13	Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de prescripción adquisitiva.....	381
2.13.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales del proceso de prescripción adquisitiva.....	381
2.13.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la interrupción y suspensión de la prescripción adquisitiva	383
2.13.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la accesión o unión de posesiones en la prescripción adquisitiva	384
2.13.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación activa en la prescripción adquisitiva	385
2.13.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación pasiva en la prescripción adquisitiva	390
2.13.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos de la prescripción adquisitiva	391
2.13.6.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre los requisitos de la prescripción adquisitiva.....	391
2.13.6.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión en concepto de dueño	393
2.13.6.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión continua o ininterrumpida.....	394
2.13.6.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión pacífica	395
2.13.6.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la posesión pública	397
2.13.6.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en la buena fe.....	397
2.13.6.7	Jurisprudencia casatoria relacionada con el requisito de la prescripción adquisitiva consistente en el justo título	398
2.13.6.8	Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos especiales de la demanda de prescripción adquisitiva	399

2.13.7	Jurisprudencia casatoria relacionada con el emplazamiento en el proceso de prescripción adquisitiva	402
2.13.8	Jurisprudencia casatoria relacionada con la intervención del Ministerio Público en el proceso de prescripción adquisitiva	403
2.13.9	Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en el proceso de prescripción adquisitiva.....	404
2.13.10	Jurisprudencia casatoria relacionada con la sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva.....	405
3.	Rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos.....	407
3.1	Noción de delimitación de áreas o linderos o deslinde	410
3.2	Competencia para conocer de la acción de deslinde	411
3.3	Requisitos de la acción de deslinde.....	411
3.4	El emplazamiento en la acción de deslinde.....	413
3.5	Intervención del Ministerio Público en la acción de deslinde.	414
3.6	La prueba en la acción de deslinde	414
3.7	La sentencia en la acción de deslinde.....	416
3.8	Elevación en consulta de la sentencia emitida en la acción de deslinde	416
3.9	Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de rectificación o delimitación (deslinde) de áreas o linderos	416

CAPITULO XXXIX

PROCESO ABREVIADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

1.	Proceso de responsabilidad civil de los Jueces	421
2.	Responsabilidad del Estado y del Juez por acto jurisdiccional	422
3.	Organo jurisdiccional competente para conocer el proceso de responsabilidad civil de los Jueces	424
4.	Causas o factores de atribución de la responsabilidad civil de los Jueces	424
4.1	El dolo.....	425
4.2	La culpa	426
4.3	Presunción legal de dolo o culpa inexcusable	427
5.	El agotamiento de los medios impugnatorios como presupuesto de la acción de responsabilidad civil de los Jueces	427
6.	Plazo para interponer la demanda de responsabilidad civil del Juez....	428

7. Intervención del Ministerio Público en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces.....	428
8. La prueba en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces	429
9. La sentencia en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces.....	430
9.1 Imposición de multa por demanda maliciosa o afectación del honor del demandado.....	430
10. Pago de la indemnización en el proceso de responsabilidad civil de los Jueces	431
11. Responsabilidad civil de los representantes del Ministerio Público...	432

CAPITULO XL

PROCESO ABREVIADO DE EXPROPIACION

1. Concepto de expropiación.....	433
2. Objeto de expropiación	435
3. Competencia para conocer del proceso de expropiación.....	436
4. Requisitos de la expropiación	437
4.1 La ley expropiatoria.....	437
4.2 Las razones o causales justificantes de utilidad o necesidad pública o de seguridad nacional	438
4.3 La indemnización.....	439
5. Improcedencia de la expropiación	441
6. Legitimidad activa en la expropiación.....	441
7. Legitimidad pasiva en la expropiación	442
8. La demanda de expropiación.....	443
9. La contestación de la demanda de expropiación	444
10. La reconvención en la expropiación.....	445
11. Efectos de la declaración de rebeldía.....	445
12. Oposición del expropiante a la compensación por daños y perjuicios y obligación del expropiado de otorgar contracautela.....	446
13. La conciliación en el proceso de expropiación	446
14. La posesión provisoria del bien en la expropiación	447
15. La prueba en el proceso de expropiación	448
16. Abandono o caducidad de la expropiación.....	450
17. Efectos de la expropiación.....	451
18. Contenido y ejecución de la sentencia de expropiación.....	452
19. Costas procesales y demás gastos en la expropiación.....	455

20. Reversión o retrocesión de la expropiación.....	455
21. Expropiación para obras de infraestructura y de gran envergadura ...	457
22. Nulidad de la expropiación	457
23. Procedimiento expropiatorio basado en el trato directo.....	458
24. Procedimiento arbitral regulado en la Ley general de expropiaciones	459
25. Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de expropiación	459
25.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales del proceso de expropiación	459
25.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con la contestación de demanda en el proceso de expropiación	461
25.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con la caducidad de la expropiación	461
25.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la reversión de la expropiación	462

CAPITULO XLI

PROCESO ABREVIADO DE TERCERIA

1. Significado.....	465
2. Vía procedimental	466
3. Competencia	466
4. Requisitos.....	467
5. Clases	467
5.1 Tercería de propiedad o de dominio.....	467
5.1.1 Concepto	467
5.1.2 Fundamento	469
5.1.3 Oportunidad	469
5.1.4 Prueba.....	470
5.1.5 Sentencia.....	471
5.1.6 Efectos	473
5.1.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con la tercería de propiedad	474
5.1.7.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales de la tercería de propiedad.....	475

5.1.7.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación en la tercería de propiedad.....	480
5.1.7.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la oportunidad para promover la tercería de propiedad	483
5.1.7.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos y la prueba en la tercería de propiedad	485
5.1.7.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con la connivencia y malicia en la tercería de propiedad.....	491
5.1.7.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con la suspensión de la medida cautelar sin interponer la tercería de propiedad	492
5.2	Tercería de derecho preferente o de prelación.....	492
5.2.1	Concepto	492
5.2.2	Fundamento	493
5.2.3	Oportunidad	494
5.2.4	Prueba.....	494
5.2.5	Sentencia.....	495
5.2.6	Efectos	495
5.2.7	Jurisprudencia casatoria relacionada con la tercería de derecho preferente.....	497
5.2.7.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales de la tercería de derecho preferente	497
5.2.7.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la oportunidad para promover la tercería de derecho preferente.....	499
5.2.7.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos y la prueba en la tercería de derecho preferente.....	500
5.2.7.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con los efectos de la tercería de derecho preferente	502
6.	Connivencia y malicia en la tercería.....	503
7.	Suspensión de medida cautelar sin tercería.....	504

CAPITULO XLII

EL PROCESO SUMARISIMO: ASPECTOS GENERALES

1. Configuración del proceso sumarísimo	505
2. Asuntos contenciosos tramitados en proceso sumarísimo	505
3. Competencia para conocer de los procesos sumarísimos	509
4. Trámite del proceso sumarísimo.....	511
5. Actos procesales improcedentes en el proceso sumarísimo	513

CAPITULO XLIII

PROCESO SUMARISIMO DE ALIMENTOS

1. El proceso de alimentos en el Código Procesal Civil	515
1.1 Configuración.....	515
1.2 Organo jurisdiccional competente.....	516
1.3 Legitimación	516
1.4 Representación procesal.....	517
1.5 Exoneración del pago de tasas judiciales	518
1.6 Prohibición de ausentarse.....	518
1.7 Informe del centro de trabajo sobre remuneración del deman- dado	518
1.8 Anexo especial del escrito de contestación de demanda.....	520
1.9 La prueba en el proceso de alimentos.....	521
1.10 Medidas cautelares en el proceso de alimentos.....	522
1.11 La sentencia en el proceso de alimentos: Efectos y modifica- ción	523
1.12 Pago de la cuota alimentaria.....	526
1.12.1 Exigibilidad de garantía al demandado	528
1.12.2 Intereses y actualización del valor de la pensión ali- menticia	528
1.12.3 Liquidación de pensiones alimenticias devengadas e intereses	529
1.12.4 Sanción penal por delito de incumplimiento de obli- gación alimentaria	529
1.13 Prorrato de alimentos.....	530
1.14 Normatividad aplicable a procesos conexos al de alimentos ...	531

2.	El proceso de alimentos en el Código de los Niños y Adolescentes ...	531
2.1	Configuración.....	531
2.2	Organo jurisdiccional competente.....	531
2.3	Intervención del Ministerio Público	532
2.4	Presentación de la demanda	533
2.5	Inadmisibilidad o improcedencia de la demanda	533
2.6	Modificación y ampliación de la demanda	533
2.7	Medios probatorios extemporáneos.....	533
2.8	Traslado de la demanda.....	533
2.9	Cuestiones probatorias.....	533
2.10	Audiencia única y sentencia.....	533
2.11	Actuación de pruebas de oficio.....	535
2.12	Informe social y evaluación psicológica de las partes.....	535
2.13	Medidas en favor del niño o adolescente.....	535
2.14	Impugnación.....	536
2.15	Apercibimientos.....	536
2.16	Regulación supletoria.....	537
3.	Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de alimentos	537
3.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre los alimentos.....	537
3.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la exoneración del pago de tasas judiciales en el proceso de alimentos.....	539
3.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en el proceso de alimentos	540
3.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la sentencia en el proceso de alimentos	541
3.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de prorrateo de alimentos.....	543
3.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con los procesos de aumento, reducción y exoneración de la pensión de alimentos	544

CAPITULO XLIV

PROCESOS SUMARISIMOS DE SEPARACION CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

1.	La separación convencional	547
1.1	Generalidades	547
1.2	Competencia.....	549

1.3	Intervención del Ministerio Público	550
1.4	Titularidad de la acción y representación	551
1.5	Requisito especial de la demanda: El convenio regulador.....	551
1.6	Anticipación de tutela	552
1.7	La prueba en el proceso de separación convencional	553
1.8	La reconciliación de los cónyuges.....	553
1.9	Sentencia de separación y efectos	555
2.	El divorcio ulterior	556
2.1	Concepción.....	556
2.2	Requisitos	558
2.3	Competencia.....	559
2.4	Intervención del Ministerio Público	559
2.5	Titularidad y representación.....	560
2.6	Tramitación.....	560
2.7	Efectos.....	561
3.	Procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías.....	562
4.	Jurisprudencia casatoria relacionada con los procesos de separación convencional y divorcio ulterior	563

CAPITULO XLV

PROCESO SUMARISIMO DE INTERDICCION

1.	Proceso de interdicción.....	565
2.	Personas sobre las que procede la declaración de interdicción.....	567
3.	Organo jurisdiccional competente	568
4.	Legitimidad activa y pasiva	568
5.	Anexos específicos de la demanda de interdicción.....	569
6.	Requisitos para la declaración de interdicción.....	570
7.	La prueba en el proceso de interdicción.....	571
8.	La sentencia de interdicción.....	572
9.	Efectos de la interdicción.....	574
10.	Rehabilitación del interdicto.....	576

CAPITULO XLVI

PROCESO SUMARISIMO DE DESALOJO

1.	Noción	579
1.1	Desalojo accesorio	581

2. Causales	582
3. Organo jurisdiccional competente	582
4. Legitimidad activa	583
5. Legitimidad pasiva.....	585
6. Acción de desalojo anticipado o de condena de futuro.....	586
7. Notificación de la demanda de desalojo y existencia de terceros con título o sin él	587
8. La prueba en el proceso de desalojo.....	588
9. Sentencia y ejecución del desalojo.....	589
10. Proceso de desalojo y proceso de pago de mejoras	591
11. Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo.....	591
11.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el proceso de desalojo	591
11.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por falta de pago.....	595
11.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por vencimiento de contrato	596
11.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con el proceso de desalojo por ocupación precaria	597
11.4.1 Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el proceso de desalojo por ocupación precaria	597
11.4.2 Jurisprudencia casatoria relacionada con las cuestiones que no son objeto del proceso de desalojo por ocupación precaria	601
11.4.3 Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos exigibles para el proceso de desalojo por ocupación precaria	604
11.4.4 Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en el proceso de desalojo por ocupación precaria.....	605
11.5 Jurisprudencia casatoria relacionada con la notificación o el emplazamiento en el proceso de desalojo	607
11.6 Jurisprudencia casatoria relacionada con la intervención de terceros en el proceso de desalojo	607
11.7 Jurisprudencia casatoria relacionada con el lanzamiento en el proceso de desalojo.....	608
11.8 Jurisprudencia casatoria relacionada con el pago de mejoras.....	609

CAPITULO XLVII

PROCESOS SUMARISIMOS DE INTERDICTOS

1.	Los interdictos en general.....	613
1.1	Concepto.....	613
1.2	Clasificación.....	614
1.3	Organo jurisdiccional competente.....	615
1.4	Procedencia.....	615
1.5	Plazo.....	616
1.6	Requisitos de la demanda.....	618
1.7	Proceso interdictal y acumulación de pretensiones.....	618
1.8	La prueba en los interdictos.....	619
1.9	Efectos.....	619
1.10	Jurisprudencia casatoria relacionada con los interdictos en general.....	620
2.	El interdicto de retener.....	622
2.1	Significado.....	622
2.2	Procedencia.....	623
2.3	Legitimidad activa.....	624
2.4	Legitimidad pasiva.....	625
2.5	La prueba en el interdicto de retener.....	625
2.6	Medidas cautelares en el interdicto de retener.....	626
2.7	Sentencia y efectos del interdicto de retener.....	627
2.8	Jurisprudencia casatoria relacionada con el interdicto de retener.....	628
3.	El interdicto de recobrar.....	630
3.1	Noción.....	630
3.2	Procedencia.....	630
3.3	Legitimidad activa.....	631
3.4	Legitimidad pasiva.....	632
3.5	La prueba en el interdicto de recobrar.....	632
3.6	Medidas cautelares en el interdicto de recobrar.....	633
3.7	Sentencia y efectos del interdicto de recobrar.....	633
3.8	Procedimiento especial del interdicto de recobrar en caso de despojo judicial.....	634
3.9	Jurisprudencia casatoria relacionada con el interdicto de recobrar.....	635

3.9.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el interdicto de recobrar	635
3.9.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con el procedimiento especial del interdicto de recobrar en caso de despojo judicial	637

CAPITULO XLVIII

PROCESO CAUTELAR: ASPECTOS GENERALES

1.	Concepto de medida cautelar.....	639
2.	Características	640
3.	Requisitos de las medidas cautelares	642
3.1	Fumus boni iuris	642
3.2	Peligro en la demora u otra razón justificatoria de la medida precautoria	643
3.3	Razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión	644
3.4	Contracautela	644
4.	Extensión de la medida cautelar.....	645
4.1	Afectación de bien de tercero.....	645
4.2	Afectación de bienes integrantes de personas jurídicas y de patrimonios autónomos	646
5.	Concurrencia de medidas cautelares	648
6.	Competencia para conocer del procedimiento cautelar.....	649
7.	Requisitos de la solicitud cautelar	650
8.	Casos especiales de improcedencia de la medida cautelar.....	651
9.	La providencia cautelar.....	651
10.	Trámite y ejecución de la medida cautelar.....	652
11.	Variación de la medida cautelar	655
12.	Sustitución de la medida cautelar.....	655
13.	Medida cautelar fuera de proceso	656

CAPITULO XLIX

MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCION FORZADA: EL EMBARGO

1.	Concepto de embargo.....	659
2.	Extensión del embargo	661

2.1	Embargo de bien en régimen de copropiedad.....	662
3.	Bienes inembargables.....	662
4.	Embargo en forma de depósito.....	663
4.1	Embargo de inmueble sin inscripción registral.....	664
5.	Embargo en forma de inscripción.....	664
6.	Embargo en forma de retención.....	667
7.	Embargo en forma de intervención.....	668
7.1	Embargo en forma de intervención en recaudación.....	669
7.2	Embargo en forma de intervención en información.....	670
8.	Embargo en forma de administración.....	670
9.	Anotación de demanda en los Registros Públicos.....	671

CAPITULO L

MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCION FORZADA: EL SECUESTRO

1.	Definición.....	675
2.	Secuestro judicial.....	676
3.	Secuestro conservativo.....	677
4.	Secuestro de dinero, joyas, piedras y metales preciosos y otros bienes similares.....	678
5.	Secuestro de vehículo.....	678
6.	Secuestro de bienes dentro de una unidad de producción o comercio.....	678
7.	Secuestro de títulos de crédito.....	679
8.	Secuestro conservativo sobre bienes informáticos.....	679
9.	Supletoriedad de las normas relativas al embargo.....	680

CAPITULO LI

MEDIDAS CAUTELARES TEMPORALES SOBRE EL FONDO

1.	Concepto.....	681
2.	Medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia e interés de menores.....	682
3.	Asignación anticipada de alimentos.....	683
4.	Medidas temporales en los procesos de separación de cuerpos y divorcio.....	684

5. Medidas temporales en los procesos sobre administración de bienes ...	684
6. Medida temporal en el proceso de desalojo	685
7. Medida temporal en el proceso de interdicto de recobrar	686

CAPITULO LII

MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS

1. Definición	687
2. Medidas innovativas en el proceso de interdicción.....	688
3. Cautela posesoria.....	689
4. Medidas innovativas en los procesos sobre abuso de derecho.....	689
5. Medidas innovativas en los procesos sobre derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz	690

CAPITULO LIII

MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR

1. Significado.....	691
2. Fundamento	692
3. Finalidad	693
4. Efectos.....	693

CAPITULO LIV

PROCESOS DE EJECUCION: ASPECTOS GENERALES

1. Configuración del proceso ejecutivo o de ejecución	697
2. El título ejecutivo	698
3. Clases de títulos ejecutivos.....	699
4. Requisitos del proceso de ejecución	700
5. Competencia para conocer de los procesos de ejecución	702
6. Legitimación en el proceso de ejecución	703
7. La demanda de ejecución.....	704
8. El mandato ejecutivo	704
9. La contradicción a la ejecución	706
10. La prueba en el proceso de ejecución.....	709
11. La resolución que pone fin al proceso de ejecución.....	710

12. La impugnación en el proceso de ejecución.....	710
13. Ejecución de obligación de dar suma de dinero.....	710
14. Ejecución de obligación de dar bien mueble determinado	712
15. Ejecución de obligación de hacer	713
16. Ejecución de obligación de no hacer	714

CAPITULO LV

EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTROS TITULOS EJECUTIVOS ESPECIALES

1. Configuración de la ejecución de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos especiales	717
2. Resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos especiales	718
2.1 Resoluciones judiciales firmes	719
2.2 Laudos arbitrales firmes	720
2.3 Actas de conciliación.....	720
2.4 Otros títulos ejecutivos especiales	721
3. Competencia para conocer de la ejecución de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos especiales	722
4. Legitimación en la ejecución de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos especiales.....	723
5. Mandato de ejecución.....	723
6. Ejecución de título que condena al pago de suma líquida.....	724
7. Ejecución de título que condena al pago de suma ilíquida.....	724
8. Ejecución de título que condena a dar	725
9. Ejecución de título que condena a hacer	726
10. Ejecución de título que condena a no hacer	727
11. Ejecución de laudos arbitrales.....	728
12. Ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales extranjeros	728

CAPITULO LVI

EJECUCION DE GARANTIAS

1. Configuración de la ejecución de garantías	729
2. Competencia para conocer de la ejecución de garantías	730
3. La demanda de ejecución de garantías	730
4. El mandato de ejecución.....	731

5. La contradicción en la ejecución de garantías.....	732
6. Orden de remate de los bienes afectados en garantía	733
7. Pago del saldo deudor del remate efectuado en la ejecución de garantías.....	733

CAPITULO LVII

LA EJECUCION FORZADA

1. Concepto de ejecución forzada	735
2. Formas de ejecución forzada.....	736
2.1 La tasación.....	736
2.2 El remate o subasta o venta forzada	737
2.2.1 Definición	737
2.2.2 Convocatoria.....	739
2.2.3 Remate o subasta a cargo del Juez	739
2.2.4 Remate o subasta a cargo de martillero público	739
2.2.5 Publicidad del remate o subasta.....	740
2.2.6 Los postores y las posturas en el remate o subasta ...	741
2.2.7 Reglas comunes al remate.....	742
2.2.8 Acto del remate o subasta.....	742
2.2.9 El acta del remate	742
2.2.10 Nuevas convocatorias a remate por falta de postores	743
2.2.11 Nulidad del remate o subasta.....	743
2.2.12 Transferencia de bien inmueble y destino del dinero obtenido.....	744
2.2.13 Transferencia de bien mueble y destino del dinero obtenido.....	745
3. La adjudicación en pago o asignación forzada.....	745
4. El pago a los ejecutantes o acreedores concurrentes	746
5. Conclusión de la ejecución forzada.....	747

CAPITULO LVIII

LOS PROCESOS DE EJECUCION EN LA JURISPRUDENCIA CASATORIA

1. Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el proceso de ejecución.....	749
2. Jurisprudencia casatoria relacionada con los títulos ejecutivos	751

2.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en resolución judicial firme.....	751
2.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en laudo arbitral firme	751
2.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en acta de conciliación de acuerdo a ley.....	752
2.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en título valor	752
2.4.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con las acciones cambiaria y causal	755
2.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido	757
2.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones	759
2.7	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en documento privado que contiene transacción extrajudicial.....	760
2.8	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en documento impago de renta por arrendamiento...	761
2.9	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en testimonio de escritura pública.....	762
2.10	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en letra de cambio girada a la vista por saldo deudor en cuenta corriente	763
2.11	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en liquidación de saldo deudor emitida por empresa del sistema financiero.....	765
2.12	Jurisprudencia casatoria relacionada con el título ejecutivo consistente en contrato de arrendamiento financiero	766
3.	Jurisprudencia casatoria relacionada con los requisitos de la ejecución procesal	766
4.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimación en la ejecución procesal	768
5.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la demanda en el proceso de ejecución	769
6.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la denegación de la ejecución procesal	769

7.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la contradicción en el proceso de ejecución	770
7.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la contradicción en el proceso de ejecución	770
7.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo	772
7.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la iliquidez de la obligación contenida en el título ejecutivo.....	772
7.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la nulidad formal del título ejecutivo..	773
7.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en completar de modo contrario a los acuerdos adoptados el título valor emitido en forma incompleta...	774
7.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la extinción de la obligación contenida en el título ejecutivo.....	775
7.7	Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en la contradicción y en el proceso de ejecución	776
8.	Jurisprudencia casatoria relacionada con el trámite del proceso de ejecución.....	778
9.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de obligación de dar bien mueble determinado.....	778
10.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de resoluciones judiciales.....	778
10.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la ejecución de resoluciones judiciales	779
10.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de suma ilíquida contenida en el título.....	780
11.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución de garantías...	780
11.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la ejecución de garantías.....	780
11.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la legitimidad activa y pasiva en la ejecución de garantías.....	783
11.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con los anexos de la demanda de ejecución de garantías	785
11.3.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda referido al título de ejecución consistente en el documento que contiene la garantía	785

11.3.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en el estado de cuenta del saldo deudor	787
11.3.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en la tasación comercial actualizada del bien	790
11.3.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con el anexo de la demanda de ejecución de garantías consistente en el certificado de gravamen del bien registrado	792
11.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda de ejecución de garantías.....	793
11.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con el mandato de ejecución	794
11.6	Jurisprudencia casatoria relacionada con la contradicción en la ejecución de garantías.....	795
11.6.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre la contradicción en la ejecución de garantías	795
11.6.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la inexigibilidad de la obligación contenida en el título ejecutivo	796
11.6.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la nulidad formal del título ejecutivo	798
11.6.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con la causal de contradicción consistente en la extinción de la obligación exigida	800
11.6.5	Jurisprudencia casatoria relacionada con la prueba en la contradicción y en el proceso de ejecución de garantías.....	800
11.7	Jurisprudencia casatoria relacionada con aspectos generales sobre el trámite de la ejecución de garantías	802
11.8	Jurisprudencia casatoria relacionada con la resolución que pone fin a la ejecución de garantías.....	803
11.9	Jurisprudencia casatoria relacionada con el remate y/o ejecución en el proceso de ejecución de garantías.....	804
11.10	Jurisprudencia casatoria relacionada con el saldo deudor del remate efectuado en el proceso de ejecución de garantías.....	805
12.	Jurisprudencia casatoria relacionada con la ejecución forzada.....	805
12.1	Jurisprudencia casatoria relacionada con la tasación.....	805

12.2	Jurisprudencia casatoria relacionada con el remate	807
12.3	Jurisprudencia casatoria relacionada con la adjudicación en pago.....	807
12.4	Jurisprudencia casatoria relacionada con el pago en ejecución forzada.....	808

CAPITULO LIX

EL PROCESO NO CONTENCIOSO: ASPECTOS GENERALES

1.	Concepto de jurisdicción voluntaria o no contenciosa	811
2.	Características de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa	813
3.	Asuntos tramitados en vía de proceso no contencioso.....	815
4.	Competencia para conocer de los procesos no contenciosos	818
5.	Trámite del proceso no contencioso.....	819
6.	La decisión judicial en la jurisdicción voluntaria o no contenciosa ...	821
7.	Intervención del Ministerio Público en el proceso no contencioso ...	822
8.	Actos procesales improcedentes en el proceso no contencioso	823

CAPITULO LX

PROCESO NO CONTENCIOSO DE INVENTARIO

1.	Configuración	825
2.	Finalidad	827
3.	Competencia	828
4.	Casos en que procede la facción de inventario	828
5.	La audiencia de inventario.....	828
6.	Inclusión de bienes en el inventario	829
7.	Exclusión de bienes en el inventario	829
8.	Valorización de los bienes inventariados	829
9.	Aprobación del inventario y protocolización notarial.....	830

CAPITULO LXI

PROCESO NO CONTENCIOSO DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE BIENES

1.	Configuración	831
2.	Objeto	832

3. Casos en que procede la administración judicial de bienes	833
4. Competencia	833
5. Legitimación.....	833
6. Nombramiento del administrador judicial de bienes	833
7. Atribuciones del administrador judicial de bienes.....	834
8. Obligaciones del administrador judicial de bienes	834
9. Prohibiciones a las que está sujeto el administrador judicial de bienes	835
10. Retribución del administrador judicial de bienes.....	836
11. Subrogación del administrador judicial de bienes.....	836
12. Conclusión de la administración judicial de bienes.....	836

CAPITULO LXII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE ADOPCION

1. Procedencia	837
2. Competencia	837
3. Requisitos de admisibilidad de la solicitud de adopción	838
4. Tramitación	840
5. Ejecución de la resolución que declara la adopción.....	840
6. Solicitud de ineficacia de la adopción	841

CAPITULO LXIII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE AUTORIZACION PARA DISPONER DERECHOS DE INCAPACES

1. Configuración	843
2. Competencia para conocer del proceso de autorización judicial para disponer derechos de incapaces	844
3. Anexo especial de la solicitud de autorización para disponer derechos de incapaces.....	844
4. Intervención del Ministerio Público.....	845
5. Medios probatorios en el proceso de autorización para disponer de- rechos de incapaces.....	845
6. La autorización judicial.....	845

CAPITULO LXIV

PROCESOS NO CONTENCIOSOS DE DECLARACION DE DESAPARICION, AUSENCIA O MUERTE PRESUNTA

1.	Proceso no contencioso de declaración de desaparición	847
1.1	Configuración.....	847
1.2	Competencia.....	847
1.3	Legitimación.....	848
1.4	Requisitos de la solicitud de declaración de desaparición	848
1.5	Notificaciones.....	848
1.6	Sentencia	849
1.7	Efectos de la declaración de desaparición.....	849
1.8	Reconocimiento de presencia.....	851
2.	Proceso no contencioso de declaración de ausencia.....	851
2.1	Configuración.....	851
2.2	Competencia.....	852
2.3	Legitimación	852
2.4	Requisitos de la solicitud de declaración de ausencia.....	852
2.5	Notificaciones.....	852
2.6	Sentencia	853
2.7	Efectos.....	853
2.7.1	Posesión temporal de los bienes del ausente	854
2.7.2	Administración judicial de los bienes del ausente.....	855
2.8	Término o fin de la ausencia	855
3.	Proceso no contencioso de declaración de muerte presunta	856
3.1	Configuración.....	856
3.2	Competencia.....	857
3.3	Legitimación.....	857
3.4	Requisitos de la solicitud de declaración de muerte pre- sunta.....	858
3.5	Notificaciones.....	858
3.6	Sentencia fundada y efectos	858
3.7	Término o fin del estado de muerte presunta	859

CAPITULO LXV

PROCESO NO CONTENCIOSO DE PATRIMONIO FAMILIAR

1. Concepto de patrimonio familiar y vía procedimental	861
2. Bienes objeto de patrimonio familiar	862
3. Competencia para conocer del proceso de constitución de patrimonio familiar	863
4. Legitimidad para constituir patrimonio familiar.....	863
5. Beneficiarios del patrimonio familiar	864
6. Intervención del Ministerio Público en el proceso no contencioso de patrimonio familiar.....	864
7. Requisitos exigibles para la constitución de patrimonio familiar	865
8. Exigibilidad de notificación edictal en el proceso sobre patrimonio familiar	866
9. Tramitación del proceso no contencioso de patrimonio familiar	866
10. Efectos de la constitución del patrimonio familiar	867
11. Modificación y extinción del patrimonio familiar	867
12. Formalización de la constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar	869

CAPITULO LXVI

PROCESO NO CONTENCIOSO DE OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION

1. Configuración	871
2. Competencia	873
3. Requisitos del ofrecimiento judicial de pago	873
4. Forma del ofrecimiento judicial de pago	874
5. Trámite del proceso en caso de falta de contradicción o inconcurrencia del emplazado	874
6. Trámite del proceso en caso de inconcurrencia del solicitante a la audiencia o de incumplimiento del pago ofrecido.....	875
7. Trámite del proceso en caso de existir contradicción.....	875
8. Trámite del proceso en caso de ofrecimiento extrajudicial de pago.....	876

9. Consignación de la prestación.....	877
10. Efectos del ofrecimiento de pago y consignación	878
11. Jurisprudencia casatoria relacionada con el ofrecimiento de pago y consignación.....	880

CAPITULO LXVII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE COMPROBACION DE TESTAMENTO

1. Configuración	883
2. Competencia	883
3. Legitimación.....	884
4. Requisitos de la solicitud de comprobación de testamento	884
5. Presentación del testamento y constatación previa	885
6. Emplazamiento complementario de sucesores.....	887
7. Caso especial de improcedencia de contradicción	888
8. Medios probatorios en el proceso de comprobación de testamento...	888
9. Contenido y efectos de la resolución final.....	889
10. Comprobación de testamento tramitada en proceso contencioso	890
11. Disposiciones especiales en caso de testamento militar, marítimo o aéreo	890
12. Jurisprudencia casatoria relacionada con la comprobación de testamento.....	890

CAPITULO LXVIII

PROCESO NO CONTENCIOSO DE INSCRIPCION O RECTIFICACION DE PARTIDA

1. Configuración	895
2. Competencia	896
3. Casos de inscripción y rectificación de partidas.....	897
3.1 Casos en que se dispone de plano la rectificación de partidas.....	898
4. Legitimidad para promover el proceso de inscripción o de rectificación de partida.....	898

5. Exigibilidad de notificación edictal en el proceso de inscripción o rectificación de partida.....	898
6. Decisión judicial en el proceso de inscripción o rectificación de partida.....	899

CAPITULO LXIX

PROCESO NO CONTENCIOSO DE SUCESION INTESTADA

1. Configuración	901
2. Competencia	902
3. Legitimidad activa	903
4. Legitimidad pasiva.....	903
5. Intervención del Ministerio Público.....	903
6. Requisitos de la solicitud de sucesión intestada	904
7. Notificación edictal e inscripción registral de la solicitud de sucesión intestada	905
8. Trámite del proceso en caso de apersonamiento de otro heredero....	905
9. Trámite del proceso en caso de no haber apersonamiento de otro heredero.....	906
10. Resolución declaratoria de herederos.....	906
11. Jurisprudencia casatoria relacionada con la sucesión intestada	907

CAPITULO LXX

PROCESO NO CONTENCIOSO DE RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAUDOS EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO

1. Configuración	911
2. Competencia para conocer del proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales o laudos expedidos en el extranjero	913
3. Requisitos para el reconocimiento de la sentencia o del laudo arbitral expedido en el extranjero	914
4. La sentencia de reconocimiento de resolución judicial o laudo arbitral expedido en el extranjero.....	915

5. Efectos del reconocimiento de sentencias o laudos arbitrales expedidos en el extranjero	916
6. Valor probatorio de la sentencia o laudo arbitral extranjero.....	917
7. Actos que no requieren del tramite del exequatur	918
8. Ejecución de resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras	919
9. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Decreto Legislativo que norma el arbitraje	919
 Bibliografía.....	 925
Indice general.....	955

