



TEÓFILO IDROGO DELGADO

Derecho Procesal Civil

EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

FONDO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

TEÓFILO IDROGO DELGADO

Derecho Procesal Civil

**EL PROCESO DE
CONOCIMIENTO**

**HISTORIA DEL DERECHO
DATOS POR ACTUALIZAR**

Nº 8, diciembre, 2013.

Título abreviado: Camp.

ISSN: 1992 – 2221

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-4448

Revista de investigación.

Temas: Multidisciplinarios.

Periodicidad: Semestral.

Distribución gratuita.

TRUJILLO, PERÚ.

Editado por:

© UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Av. América Sur N° 3145.

Urb. Monserrate, Trujillo, Perú.

Teléfono (51) 44 604465

La Universidad autoriza la reproducción de los trabajos de este número,
siempre que se identifique su procedencia.

Diciembre, 2013.

Diseño y diagramación: ideasconviccion@gmail.com - Rodolfo Fernández

*A la memoria de mis inolvidables padres,
Juan de la Rosa Idrogo y Merenciana Delgado.*



PRÓLOGO

Prologar el libro del profesor Teófilo Idrogo Delgado no sólo resulta para mí un placer, sino un honor originado en una amistad de larga data que lleva consigo la conciencia de estar frente a un hombre honesto que, como pocos, en ningún momento perdió la brújula de la perspectiva histórica y, sobre todo, de su dignidad frente a las vicisitudes políticas que han sucedido y vienen sucediendo en nuestro país.

Y es que ser proselitista supone no sólo involucrarse con los quehaceres y las problemáticas propias del campo forense, sino mantener una participación activa, es decir, un compromiso militante y activo con la comunidad, con sus conquistas pero también con sus miserias y necesidades que, al menos en el ámbito judicial, resultan mayúsculas.

Miembro titular del Consejo Nacional de la Magistratura y profesor, desde hace muchos años, de asignaturas ligadas al Derecho Procesal Civil, el presente esfuerzo académico del profesor chotano supone una obra realizada en la madurez de su pensamiento, lo que permite que las reflexiones –lejos de los aires juveniles inquietantes y muchas veces innovadores- pueden ser sopesadas a través de aquello que no suele encontrarse en los textos, es decir, por la experiencia que, a través de los años, genera un terreno fértil para la producción científica.

Respecto del contenido del libro, podemos ensayar tres reflexiones que consideramos importantes. La primera de ellas se refiere a la importancia que el tema tiene para el Derecho Procesal que se discute en nuestros días. Como se sabe, la tradición procedimentalista española de los siglos pasados, antes que fuente de inspiración, constituyó para nosotros la única forma de concebir la justicia civil. En tal perspectiva, mantuvimos el privilegio exacerbado por el proceso de conocimiento como vehículo casi único sobre el cual se otorgaba tutela jurisdiccional a la comunidad. Como ya lo dejó entrever hace algunos años Fairén Guillén y hoy lo denuncia el talentoso profesor de Rio Grando do Sul, Ovídio Baptista da Silva y, en sede nacional, Juan José Monroy Palacios, las alternativas al proceso de conocimiento son harto conocidas desde hace siglos a pesar de lo cual, ha persistido una tendencia ideológica que minimiza su trascendencia social, practicando la táctica del encubrimiento, tanpreciada por los espíritus reaccionarios. Lo que en realidad ha imperado durante los dos últimos siglos, es una postura ideológica conservadora, que niega toda posibilidad al juzgador de incidir sobre los puntos más sensibles de la comunidad, so pretexto de la protección de la autonomía de la voluntad y de la incoercibilidad del hacer.

Se erigió entonces el mito del proceso único (el proceso de conocimiento pleno) donde, en la mayoría de supuestos, todo lo que puede conseguir la parte a quien la sentencia final le reconoce su derecho, es un pronunciamiento con valor meramente declarativo, sin capacidad de concretar sus preceptos en la realidad fáctica. Para esto último es necesario un trámite adicional, es decir, el recurso al proceso de ejecución (o fase de ejecución forzada).

En nuestro país, el Código Procesal Civil de 1993 dio un salto importante respecto de la vetusta legislación de 1912. El proceso de conocimiento se dividió en tres modelos procedimentales distintos, con el objeto de agilizar y otorgar una tutela eficaz y oportuna a situaciones jurídicas que merecían un tratamiento diferenciado (sea por razones de urgencia, de simplicidad de las controversias, de economía procesal, etc.). Muchos detractores, con inquietante ignorancia, llegaron incluso a criticar esta alternativa tildándola de "monstruo de tres cabezas" y defendieron el "orden" del pasado, a costa de una justicia medio (o, injusticia, si queremos ser más directos). Lo cierto es que nuestro Código en vigencia, entre otras cosas, ha logrado agilizar enormemente la tramitación de los procedimientos, se ha dirigido contra la corriente tradicional aún imperante en Occidente que, pretendiendo limitar la labor judicial, impide al juzgador tome conciencia de las enormes diferencias culturales y económicas que, desde tiempos inmemoriales, han existido en nuestra comunidad. En oposición a ello, tenemos un cuerpo normativo que anima al juez a participar de manera activa del proceso, que no se encuentre como decía Nietzsche "más allá del bien y del mal" y que, por el contrario, se involucre en las vicisitudes de cada caso concreto.

Este libro se ubica en un punto crucial entre el presente y el pasado, entre el cambio hacia una tutela procesal más justa y una tutela conservadora y divorciada del mun-

do real. Como dice Galeano, las revoluciones parten de saber reconocer los aciertos del enemigo y, en esa línea, ninguno de los nuevos aires con los que se nutre nuestra ciencia debe estar encaminado a destruir lo bueno que ya se ha avanzado. Al igual de lo que ocurre con las demás sistemas procesales de Occidente, el proceso de conocimiento tiene un lugar privilegiado en nuestra justicia civil y, cómo negarlo, muchas de las reformulaciones de la actualidad toman como punto de partida su análisis. Esto resulta relevante pues no se trata de exiliar a ese mecanismo de tutela de nuestra justicia, sino de saber otorgarle su verdadera dimensión.

En lo dicho radica la trascendencia de este aporte doctrinal, sin embargo, aquel –como ya se dijo– presenta otros dos elementos de singular relevancia. El primero de ellos está referido al fino y solvente resultado con el que el autor se enfrenta a la labor exegética de nuestro ordenamiento procesal. En efecto, hay dos formas de “comentar la norma”; una facilista y poco importante. Utilizada por muchos abogados nacionales, que consiste describir con otras y con más palabras lo que el enunciado normativo ya dijo y adornado con extensas citas bibliográficas y/o con algunas notas jurisprudenciales. La otra, mucho más compleja para quien la realiza, pero valiosa para quienes se acercan a ella, supone una elaboración detallada y paciente sobre los múltiples aspectos del ordenamiento: desde la claridad del enunciado hasta el análisis de sus distintas formas de interpretación; desde su sintonía con la doctrina dominante hasta un examen crítico sobre su capacidad de responder a los requerimientos de la sociedad.

Encontramos trabajos de esta naturaleza en la ya mítica labor desarrollada por Virgilio Andrioli¹ o, en el Perú, aunque en otro ámbito del saber científico, en la imprescindible obra de Manuel de la Puente y Lavalle.

Un segundo punto que no debemos perder de vista, es el examen acucioso que el autor realiza sobre los trabajos doctrinales iberoamericanos. Parece que aún no hemos aprendido la lección del Código Civil de 1984, pues en la actualidad algunos procesalistas –filoitalianos, en su mayoría– han comenzado a exportar críticas, frases y comentarios de otras latitudes, sin mayor reflexión en el camino. Es cierto, nuestra apertura hacia el conocimiento de otras culturas jurídicas es necesario e inminente (como es el caso de los valiosísimos aportes del procesalismo brasileño, italiano o alemán), pero no deberíamos cometer el error de rechazar algo para tomar otra cosa. Resulta imprescindible realizar una labor crítica respecto de las doctrinas externas y, simultáneamente, un ejercicio de adecuación de aquellos avances científicos para enriquecer el Derecho Procesal nativo. Parte de saber reconocer y otorgarles vigencia en nuestro medio a otras formas de pensamiento, pasa, precisamente, ponderar los

¹ ANDRIOLI, Virgilio: *Commento al Codice di Procedura Civile*; Napoli: Jovene; 3ª Ed.; 1961; 4 Vol.

avances del procesalismo latinoamericano, realidad en la que en todos los aspectos estamos incluidos.

Por ellos y por otras razones que el lector irá descubriendo a lo largo del texto, consideramos importante el aporte singular que nos ofrece don Teófilo Idrogo Delgado.

JUAN MONROY GÁLVEZ



INTRODUCCIÓN

Cuando decidí escribir mi obra de Derecho Procesal Civil, T. I. “Proceso de Conocimiento”, fui consciente de los riesgos que tenía que afrontar, tanto en la cátedra como en el foro y en la magistratura nacional; no sólo por habernos formado en un sistema procedimentalista alejado de la realidad socio económica, sino también por haber realizado un estudio sistemático de algunas instituciones reguladas en nuestro Código Procesal Civil, tan avanzado en materia procesal en América Latina.

Los diferentes tópicos tratados en este volumen tienen por finalidad proporcionar al investigador, al magistrado, al abogado y al estudiante de Derecho los conocimientos y experiencias adquiridas durante el dictado de la cátedra de Derecho Procesal, en el ejercicio profesional y en el campo de la magistratura, así como esclarecer algunos vacíos, apoyándonos en los principios procesales de los cuales se nutre nuestro ordenamiento procesal a la luz de la ciencia y la praxis; debido a que el Derecho Procesal no solamente es ciencia sino también es técnica en la aplicación de las normas procesales que son derecho público y de interés social.

El Derecho Procesal Civil pretende restablecer el orden jurídico a través de los sujetos de la relación procesal, donde partes ejercen los derechos de acción y contradic-

ción, y el juez, quien investido de los poderes que le confiere la jurisdicción –autoridad- vigila el desarrollo normal del proceso judicial, desde el inicio hasta la ejecución forzada, aplicando correctamente el derecho objetivo, en busca de la armonía y la paz social. La justicia es divina y esta no se aprende en las obras de la literatura jurídica ni en el quehacer judicial diario, sino se vive –el juez debe llevar impregnados en sus entrañas la bondad de su alma y la grandeza espiritual para alcanzar y ver con objetividad los valores supremos de la sociedad y del Estado.

Durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles imperó el principio dispositivo, convirtiendo al juez en un espectador, mudo, ciego y sordo de las contiendas judiciales hasta cuando las partes permitieran su intervención. Desde la promulgación del Código Procesal Civil en 1993, sin embargo, se le dotó al juez de la autoridad negada en otros tiempos, en aras de los principios del procedimiento que orientan un sistema publicista para el logro de los altos fines del Derecho en la solución de los diferentes conflictos, a efectos de alcanzar una justicia eficiente. Es así que surge, como primera manifestación del principio de autoridad, el principio *iura novit curia* en virtud del cual es deber del juez –como órgano del Estado- aplicar el derecho positivo, normado, codificado, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

El desarrollo de los principales principios que regulan al proceso de conocimiento, no obstante haberlos tratado rápidamente –como fue su evolución- no pasa a ser sino parte de este trabajo.

El denominación de proceso de conocimiento se adopta conservando el nombre de la Sección Quinta, Título I del Código Procesal Civil, que le asignó el legislador al promulgarlo, y su estudio tiene singular importancia por ser uno de los procesos contenciosos, cuyas reglas se aplican supletoriamente a los demás procesos contenciosos y no contenciosos.

En el desarrollo de este trabajo, hemos observado el método sistemático con el objeto de dar una visión integral, no solamente de las normas procesales sino también de las materiales o sustanciales, incidiendo en el acceso a la justicia², a un debido proceso más justo, humano y solidario; abarcando desde la comparecencia ante el juez, el proceso de conocimiento, la postulación del proceso, el emplazamiento, las excepciones, las defensas previas, la contestación y reconvención, el saneamiento del proceso, el juzgamiento anticipado del proceso y la conclusión anticipada del proceso.

2 "El movimiento de 'acceso a la justicia' ha representado... como una respuesta importante, e incluso la más importantes, según mi parecer, la crisis del derecho de la justicia en nuestra época, expresión fundamental, como se precisa enseguida, de aquella que puede definirse como la 'dimensión social' de la justicia en el mundo contemporáneo". (CAPPELLETTI, Mauro. Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo. Edit. Porrúa. México. 1993. pp. 81 y 82).

Finalmente, no puedo dejar de expresar mi profundo reconocimiento al amigo y esclarecido jusprocesalista nacional, el maestro Juan Monroy Gálvez, quien ha dado al Perú un Código Procesal Civil y a los miembros de la comunidad jurídica la oportunidad de inquietarnos a reiniciar el estudio de las nuevas instituciones jurídicas que contiene, para su difusión a fin de alcanzar su correcta aplicación en los estrados judiciales.

TEÓFILO IDROGO DELGADO



Capítulo I

COMPARECENCIA AL PROCESO



1. DISPOSICIONES GENERALES

La comparecencia al proceso es la facultad que tiene toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo³ para presentarse ante los organismos jurisdiccionales, como demandante, demandado o tercero legitimado, ejercitando el derecho de acción y de contradicción, a fin de solicitar la tutela jurisdiccional efectiva o anticipada cuando sus derechos sustanciales o materiales han sido conculcados y así lograr su restablecimiento.

La finalidad de la comparecencia al proceso es que, mediante una demanda en la cual se ejercita una pretensión procesal, se resuelva un conflicto de intereses o se

3 Cfr. Art. 57 del C.P.C., que dispone: "Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso".

elimine una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica para alcanzar la paz social con justicia⁴.

Cuando comparecen como demandantes lo hacen ejercitando el derecho de acción a través de una demanda, con la cual se inicia el proceso y, emplazado válidamente el demandado, éste ejercita su derecho de contradicción, proponiendo contra los medios probatorios del demandante las tachas u oposiciones; las excepciones y defensas previas cuando advierten defectos de forma o de fondo en la demanda para suspender el proceso o anular lo actuado y dar por concluido éste.

Al contestar la demanda, además de pronunciarse sobre los hechos del petitorio y la pretensión del demandante, el demandado puede también reconvenir contra aquel, quien se convierte en demandado y como tal tiene el derecho de contradicción contra la contrapretensión.

En materia civil, la competencia, por lo general, es facultativa porque prima el principio de iniciativa de parte; en consecuencia, las partes que van a entrar en una contienda judicial pueden o no hacerlo.

Así, el pretensor que se considera titular de un derecho constitucional, público, abstracto, subjetivo y autónomo que ha sido desconocido puede o no hacerlo, salvo en los casos que la ley disponga expresamente cuando los derechos en conflicto sean de interés público o social. Igualmente quien ha sido demandado puede o no comparecer. Si comparece tiene el derecho de contradicción y de defensa y, si no lo hace, como una ficción jurídica el proceso se seguirá en rebeldía, como si litigase personalmente.

Al comparecer ante los organismos jurisdiccionales, el demandante lo hace con la finalidad de que intervenga para tutelar sus derechos que están en estado de pretensión, para que mediante un proceso se ponga fin a cualquier incertidumbre jurídica o intereses en conflicto con una sentencia declarativa, constitutiva, de condena o de ejecución.

Al respecto, ALESANDRI, refiriéndose a la concepción clásica de la acción civil, acota: "Que es la facultad que tienen las personas para comparecer a los tribunales, solicitando el reconocimiento de un derecho que pretenden tener"⁵.

El Estado, por su parte, tiene el deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva a sus derechos y de proporcionarle los servicios indispensables, porque no solamente se trata de un derecho procesal y de un derecho constitucional sino de los derechos humanos que tienen todas las personas naturales o jurídicas.

4 Cfr. Art. III del T. P. del C.P.C., que prescribe: "Fines del proceso e integración de la norma procesal. - El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.."

5 Alesandri, Fernando; Curso de Derecho Procesal Civil; 3ª Ed.; Edit. Nascimento; Santiago de Chile; 1949; p. 52.

Se trata, pues, de derechos esenciales e inmanentes que tienen todos los justiciables en el ejercicio de sus pretensiones para que se resuelvan sus conflictos con mayor certeza y observándose el debido proceso. Estos derechos gozan de protección supranacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos realizada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, reconocida por el Perú por Resolución Legislativa No 13282 del 15 de diciembre de 1959⁶; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU del 16 de diciembre de 1966, aprobado por nuestro país mediante D. L. No 22128 el 12 de abril de 1978⁷; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, aprobado por el Perú el 11 de julio de 1978 por D. L. No 22231⁸.

Al respecto, el esclarecido maestro MONROY GÁLVEZ acota: “Una vez que un ciudadano empieza a involucrarse en un proceso, voluntaria u obligatoriamente, el Estado debe asegurarle que durante la tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de lo decidido en definitiva. Lo señalado es aplicable prescindiendo de la naturaleza de la materia jurídica (civil, penal, comercial, laboral, etc.)”⁹.

1.1. Las partes

En todo proceso civil existen dos partes: demandante y demandado, el primero que ejercita el derecho de acción para pedir a los organismos jurisdiccionales del Estado la tutela jurisdiccional efectiva y, el segundo, ejercita el derecho de contradicción para que la pretensión material llevada a los organismos jurisdiccionales por el demandante como pretensión procesal se declare inadmisibile, improcedente o infundada.

Al ocuparse de esta institución, el maestro GUASP refiere: “Parte es quien pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión”¹⁰.

6 Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

7 “Artículo 14, Inciso 1.- Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un Tribunal Competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por las circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores exija lo contrario, o en actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

8 “Artículo 8 inciso 1. Toda persona o tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

9 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; Edit. Palestra Editores; Lima-Perú; 2007; p. 458.

10 Guasp, Jaime; Derecho Procesal Civil; T. III; Edit. Instituto de Estudios Políticos; Madrid, España; 1968; p. 8.

Al comentar in extenso esta institución, PRIETO CASTRO acota: "El concepto de parte es, pues, procesal y nace dentro del proceso. Por tanto, no se identifica con la titularidad de los derechos y las obligaciones materiales que son causa del mismo, ya que se puede iniciar un proceso mediante el ejercicio de una acción por quien afirme un derecho que realmente no le pertenece o seguirse contra quien no sea el obligado por derecho material; e igualmente el proceso puede ser incoado y seguido por personas a quienes la ley atribuye la facultad de ejercer en él una titularidad jurídico-material ajena, y entonces solo son partes en sentidos formal. La parte en el proceso es, pues, simplemente el *dominus litis*"¹¹.

El insigne CHIOVENDA, precursor del procesalismo italiano, las define: "Parte, entonces, es toda persona física o jurídica, que ha pedido protección del órgano jurisdiccional en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama una actuación de la ley, y aquel frente al cual se reclama dicha pretensión"¹².

Como sujetos de la relación procesal, las partes que intervienen en un proceso persiguen que el Estado les otorgue la tutela jurisdiccional efectiva, real y concreta, porque como titulares del derecho de acción y contradicción necesitan del ente administrador un mejor servicio para que dentro del proceso cumplan con las cargas y responsabilidades inherentes a la titularidad del derecho material o sustancial propia de un sistema procesalista.

Al respecto, RAMOS MÉNDEZ comenta: "La parte es un elemento personal del juicio que se distingue lógicamente de otras personas intervinientes en el mismo: del órgano jurisdiccional, que ostenta el señorío sobre la jurisdicción; del restante personal al servicio de la administración de justicia, que cumple sólo funciones de auxilio o colaboración en juicio; de testigo y peritos, que son medios de prueba y no sujetos de juicio, etc. La parte es el elemento que con su acción reclama el juicio, es el individuo cuya exigencia jurídica encuentra su respuesta en el juicio"¹³.

Compartiendo la tesis de GUASP, LINO PALACIO sostiene: "En nuestra opinión es parte toda persona (natural o de existencia ideal) que reclama en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción"¹⁴.

En todo sistema procesal civil, en los procesos de conocimiento se concibe a la parte como uno de los sujetos de la relación procesal, que surge como consecuencia de

11 Prieto Castro, Leonardo; Derecho Procesal Civil; 5ª Ed.; Edit. Tecnos; Madrid, España; 1989; p. 66.

12 Chiovenda, Giuseppe; Principios de Derecho Procesal Civil; T. III; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España; 1948; p. 6.

13 Ramos Méndez, Francisco; Enjuiciamiento Civil; T. I; J.M. Bosch Editor; Barcelona, España; 1997; p. 14.

14 Palacio, Lino; Derecho Procesal Civil; T. III; 5ª Ed.; Edit. Abelardo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 1991; p. 8.

un conflicto de intereses o de una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica y que interviene en todos los procesos como persona natural o jurídica u otras, asumiendo derechos y cargas procesales que se derivan de la actividad procesal desde la etapa postulatoria hasta la ejecutoria.

A medida que se desarrolla el proceso, la parte va tomando distintas denominaciones. Así, cuando se interpone una demanda ejercitando una pretensión, recibe el nombre de demandante o pretensor; al que se le emplaza y hace uso del derecho de contradicción se le denomina demandado; a los que hacen uso de los medios impugnatorios se les denomina recurrente o apelante y recurrido o apelado. En los procesos de ejecución, ejecutante y ejecutado y en los procesos abreviados como tercerista y embargante y embargado, retrayente y enajenante y adquirente, expropiante y expropiado, etc.

Parte es la que comparece ante el juez solicitando la tutela jurisdiccional, muchas veces sin tener el derecho material o sustancial como ocurre en los casos en que el demandante no tiene legitimidad o interés para obrar; o también los apoderados, los representantes de las personas naturales o jurídicas. Las partes en el proceso, por consiguiente, son distintas de los que tienen el derecho material y de los terceros que intervienen en una relación procesal.

El demandante debe estar bien identificado o individualizado para asumir las cargas procesales y obligaciones como parte, pero no se le puede exigir en la demanda que identifique plenamente al demandado. Es suficiente que indique su nombre y dirección domiciliaria para que el órgano jurisdiccional no lo confunda con otras personas; al comparecer el demandado tendrá que identificarse plenamente.

Al respecto, el maestro DEVIS ECHANDÍA afirma con acierto: "Para ser parte basta demandar, inclusive temeraria y absurdamente o aparecer demandado. La legitimación en la causa es necesaria sólo para ser parte por intervención"¹⁵.

En definitiva, las partes son sujetos de la relación procesal, titulares del derecho de acción y de contradicción que intervienen en un proceso para solucionar un conflicto, que antes de provocar la acción jurisdiccional no pudo ser resuelto.

1.2. Parte material y parte procesal

Cuando surge un conflicto de intereses, tenemos que establecer las diferencias entre partes en controversia y partes en litigio. Los conceptos de conflicto, controversia y litigio tienen orientaciones diferentes; porque algunos pueden estar antes del proceso, dentro del proceso y otros fuera del proceso. Los procesos pueden existir en oposición a la realidad sin conflictos e inclusive sin controversia, pero no los puede haber sin

15 Devis Echandía, Hernando; Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso; T. I; 14ª Ed.; Edit. A B C; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1996; p. 326.

litigio, porque este constituye la expresión judicial de un conflicto, aunque no tenga existencia fáctica.

También puede existir conflicto sin litigio, en el supuesto que tenga alguien una pretensión con relevancia jurídica contra otro, pero que no le interese exigirle judicialmente y otras veces puede darse un litigio sin conflicto, cuando alguien demanda alegando un conflicto que no existe en el mundo real¹⁶. El litigio preexiste al proceso y el demandante lo lleva al proceso para que los organismos jurisdiccionales lo resuelvan.

VESCOVI afirma: "Lo que da la condición de parte (procesalmente hablando) es, entonces, la posición en el proceso, independiente de la calidad de sujeto del derecho (sustancial) o de acción (pretensión). E independientemente de que actuara por sí o por representación. Las partes lo son el que demanda y el que es demandado o a nombre de quienes se ejercen dichos actos"¹⁷.

En nuestro sistema procesal para ser parte es indispensable tener capacidad procesal, es decir la aptitud legal para realizar actos procesales válidos; por cuanto, las partes que intervienen en un proceso buscan a través de un litigio solucionar un conflicto de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica ante los organismos jurisdiccionales.

Compartimos la opinión del maestro DEVIS ECHANDÍA, quien sostiene que "Se entiende por parte en sentido material, los sujetos del litigio o de la relación jurídica sustancial sobre que versa y por partes en sentido formal, las que son del proceso (pero no los jueces y magistrados), pues aun cuando los sujetos de la relación jurídica procesal y del proceso, no son partes sino juzgadores; dichos sujetos son el género y las partes una especie de aquellos"¹⁸.

Es parte material toda persona titular del derecho sustancial que actúa en una relación jurídica sustantiva como demandante o demandado, formando parte de una relación procesal, cuya pretensión material puede o no ejercitarla; si la ejercita puede o no comparecer al proceso, porque su comparecencia es facultativa y en caso que por ley fuese obligatoria, lo harán sus representantes legales, el procurador de oficio y el Ministerio Público.

La condición de parte material está vinculada a la pretensión material que va discutir, requerir y decidir el pretensor contra el pretendido para que el órgano jurisdiccional resuelva el conflicto.

16 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; pp. 365 y 366.

17 Vescovi, Enrique; Teoría General del Proceso; Edit. Temis; Bogotá, Colombia, 1984; p. 186.

18 Devís Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 327.

La parte procesal es la que comparece al proceso para ejercitar sus derechos sustanciales o de otros a quienes representa. Su comparecencia ante los organismos jurisdiccionales es voluntaria o facultativa y es legal en los casos que por norma expresa tenga que asumir una representación, tal como en el proceso de alimentos en el que la madre – aunque sea menor de edad – ejercita el derecho sustancial del hijo, por lo tanto el menor es parte material y la madre es parte procesal, debido a que el menor alimentista por su edad está imposibilitado de comparecer al proceso.

1.2.1. El Estado como parte

El Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas intervienen en un proceso como parte demandante o demandada, sin más privilegios que cualquier otro justiciable que comparece al Poder Judicial solicitando tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos.

Al referirse a la posición procesal del Estado, RAMOS MÉNDEZ afirma: “Por lo que se viene exponiendo acerca del concepto de parte no cabe duda alguna de que también el Estado puede ser parte en un juicio. Puede, por lo tanto, desarrollar su acción en el juicio tanto en una postura activa como pasiva, lo que significa que puede ser tanto demandante como demandado. Y ello no sólo por antonomasia en el juicio contencioso-administrativo, en el que una de las partes es siempre la Administración Pública, sino también en el resto de juicios, y, en concreto, en el juicio civil”¹⁹.

El Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquél intervienen en un proceso civil, cualquiera sea su calificación o ubicación procesal que se les asigne, y se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en el Código Procesal Civil²⁰.

El Estado puede comparecer directamente a un proceso como demandante o demandado, sin ninguna diferencia respecto a las demás partes procesales, salvo las prerrogativas o privilegios de la competencia exclusiva para las personas de derecho público establecidas por la 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. Pero si se tratara de un conflicto de intereses de derecho privado o una demanda contra un órgano constitucional autónomo o contra un funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones, se aplican las reglas generales de la competencia²¹.

19 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; p. 19.

20 Cfr. art. 59 del C.P.C.

21 Cfr. art. 27 del C.P.C.

El presidente de la república tiene capacidad procesal para representar al Estado como persona de derecho público interno. Los procuradores públicos tienen facultades para comparecer ante el juez, en representación del Estado, como personas jurídicas de derecho privado.

La ley N° 8489, del 30 de setiembre de 1936, creó a las procuradorías generales de la República y, posteriormente, el D. S. del 1 de octubre de 1954 reglamentó su funcionamiento.

El artículo 3 de este reglamento dispone que los procuradores públicos son los personeros legales del Estado para defenderlo en todas las instancias, ya sea en materia civil o penal, en la capital de la república. Para ejercer fuera de Lima son los abogados que designe el Estado para los casos particulares en los que deben defender los derechos del Estado. El 25 de marzo de 1969 se promulgó el D. L. N° 17537 "Ley de Representación y Defensa Judicial del Estado", cuyo artículo 2 prescribe que los procuradores generales de la república tienen la plena representación del Estado en juicio y ejercitan la defensa de todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil. Por D.L. N° 22095, modificado por el D.L. N° 22926 y reglamentado por el D.S. N° 039-94-JUS, fueron creados los procuradores públicos encargados de la defensa de los intereses del Estado. Cada ministerio tiene sus procuradores públicos para representar al Estado como parte demandante o demandado, observando las prescripciones que expresamente la ley les confiere.

Las entidades públicas paraestatales, que dependen directa o indirectamente del Estado, intervienen en un proceso civil de acuerdo a sus propias leyes.

El artículo 47 de la Ley N° 23853 prescribe que el alcalde es el personero legal de la Municipalidad y goza de la facultad de otorgar poderes para la defensa del concejo municipal en asuntos judiciales, administrativos y contencio-administrativos.

Las universidades son representadas por los rectores por mandato expreso del art. 33 de la Ley N° 23733; y tratándose de las escuelas técnicas, institutos y colegios nacionales tienen capacidad procesal para comparecer por estas instituciones públicas sus respectivos directores.

Por mandato de la Ley N° 8128, el que representa a las beneficencias es el presidente del Directorio, quien tiene capacidad para comparecer en un proceso. Si tiene gerentes, a ellos puede delegar las facultades de representación.

La iglesia católica peruana tiene como representantes legales a los arzobispos, obispos y párrocos, cada uno en la repartición eclesiástica que le corresponde; es decir que cada uno de éstos tiene su competencia territorial.

Los colegios profesionales de abogados, médicos, odontólogos, periodistas, ingenieros, economistas, etc. son personas jurídicas de derecho público interno, que se

rigen por sus propios estatutos, orientan la conciencia cívica de sus miembros y prestan sus servicios a la colectividad y al Estado. El que ejerce la representación legal es el respectivo decano, quien puede comparecer ante los organismos jurisdiccionales como parte en representación de su respectivo colegio.

Los gobiernos regionales están representados por sus presidentes, salvo que deleguen su representación a sus respectivos gerentes.

1.2.2. El Ministerio Público como parte

El Ministerio Público interviene restrictivamente como parte material o parte procesal en un proceso civil en los casos que la ley expresamente le faculta. Otras veces interviene como tercero con interés cuando la norma expresamente ordena que se le cite y otras veces como dictaminador²².

En los procesos en los que hay un determinado interés público se justifica la presencia del Ministerio Público como parte, como representante o como defensor de la legalidad.

En cumplimiento de disposiciones expresas, interviene como parte ejercitando pretensiones materiales en las demandas de declaración judicial de ausencia (art. 49 del C.C.), declaración de muerte presunta (art. 63 del C.C.), disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres (art. 96 del C.C.), nulidad de acto jurídico (art. 220 del C.C.), oposición a la celebración del matrimonio por causal de nulidad (arts. 254 y 256 del C.C.), nulidad del matrimonio (art. 275 del C.C.), nombramiento de tutor dativo (art. 508 del C.C.), discernimiento del cargo de tutor (art. 512 del C.C.), tutela oficiosa (art. 563 del C.C.), interdicción de incapaces como del ebrio habitual y toxicómano (arts. 583 y 588 del C.C.), curatela de bienes del póstumo y de bienes que no incumben a nadie (arts. 598 y 599 del C.C.), legitimidad para obrar activa en tutela de intereses difusos (art. 14 inc. 1 de la Ley No. 27384 del proceso contenciosos administrativo, modificado por el D.L. No.1067), etc.

El Ministerio Público interviene como representante, en los procesos contenciosos, ejerciendo la representación de la sociedad y para velar por la moral pública a efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social²³. Es decir, los representantes del Ministerio Público intervienen en los procesos cuando las partes no tienen designados expresamente un representante legal y cuando los necesite para

22 Cfr. art. 113 del C.P.C.

23 Cfr. Art. 1 del Dec. Leg. N° 52: "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que la señalan la Constitución Política y el ordenamiento jurídico de la Nación".

que cuiden, tutelen y defiendan sus derechos. Así, el Fiscal de la Nación representa al Ministerio Público.

Como defensor de la legalidad, el Ministerio Público interviene en los procesos de conocimiento emitiendo dictámenes previos para cumplir su función fiscalizadora. El Ministerio Público interviene en los procesos de título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación de áreas y delimitación de linderos (art. 507 del C.P.C.), responsabilidad civil de jueces (art. 512 del C.P.C.), etc. y asesorando a los órganos jurisdiccionales en estricta observancia de las normas procesales. Los dictámenes que emiten no necesariamente tienen que influir en las decisiones jurisdiccionales, sino que constituyen en el fondo opiniones meramente ilustrativas para los funcionarios que imparten justicia, quienes en ciertos casos pueden tomarlos en cuenta y en otros no.

1.3. Demandante y demandado

En los procesos contenciosos -como en el de conocimiento- existen dos partes en conflicto que se les conoce con el nombre de demandante y demandado. La primera ejercita el derecho de acción y la otra el derecho de contradicción.

El demandante es el que comparece personalmente o por medio de su representante (convencional un apoderado, legal señalado expresamente en la ley como los funcionarios públicos: el alcalde por su municipalidad, el rector por su universidad, etc. y judicial el designado por el juez como los tutores o curadores) interponiendo una demanda ante los organismos jurisdiccionales, ya sea como persona natural o jurídica. El demandado es la persona contra quien se ejercita el derecho de acción o frente al que se proponen las pretensiones procesales contenidas en la demanda para que haga uso del derecho de contradicción y de defensa.

Al comentar esta importante institución, DEVIS ECHANDÍA afirma: "Demandante es quien formula la demanda personalmente o por conducto de un apoderado o representante; demandado es la persona contra quien se dirige las pretensiones de la demanda o frente a quien se formulan. En los procesos ejecutivos y de condena puede decirse que la demanda se dirige contra el demandado, en cuanto contra éste se dirigen las pretensiones contenidas en ella. En los demás es más apropiado decir que se formula 'frente' a él"²⁴.

En su condición de partes, el demandante y el demandado constituyen uno de los sujetos de la relación procesal, que intervienen en los procesos solicitando a los organismos jurisdiccionales la tutela jurisdiccional efectiva en el ejercicio o defensa de sus derechos sustanciales; pues desde el momento que se integra la relación procesal las pretensiones materiales se convierten en pretensiones procesales. El proceso ya no es de las partes sino del Juez, quien declarará el derecho en la sentencia; de modo que

24 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 328.

el proceso se ha apartado del sistema privatista, procedimentalista y ha adoptado el sistema publicista, propio de un procesalismo científico.

Durante el desarrollo del proceso, el demandante y el demandado no solamente tienen derechos y deberes sino también cargas procesales, lo que se advierte en los medios probatorios y en los medios impugnatorios. En los medios probatorios, el demandante tiene como carga procesal probar los hechos que alega en su demanda y el demandado la obligación de demostrar los hechos invocados en su contradicción. Asimismo cuando se consideren agraviados por actos no contenidos en resoluciones o en una de ellas en todo o en parte tendrán el derecho de impugnación para hacer uso de los remedios o de los recursos.

1.4. Clases de partes

Como un proceso se desarrolla por etapas las partes pueden ser iniciales e intervinientes, principales y secundarias, necesarias y voluntarias, personales y litisconsorciales o plurales, apelante o recurrente y apelado o recurrido, ejecutante y ejecutado²⁵.

Las iniciales u originarias son las que han interpuesto una demanda dando inicio a un proceso, pueden separarse por causas de sucesión o de representación. Por las primeras, comparecerán obligatoriamente por vocación hereditaria y por las segundas, lo harán por representación voluntaria o legal.

Las intervinientes o posteriores son las que comparecen a un proceso cuando se ha iniciado, aun sin haber sido mencionados en la demanda o en la contestación como sucede con los representantes del Ministerio Público, el curador procesal, el representante legal.

Las partes principales son las que comparecen a los organismos jurisdiccionales como personas naturales o jurídicas ejercitando una pretensión propia e independiente de otra; y las litisconsorciales cuando hay pluralidad de partes como demandantes y demandados pero les une una sola relación jurídica.

El demandante y el demandado tienen la condición de tales durante todo el proceso, y son invariables; en cambio, las transitorias son las que comparecen durante el desarrollo del proceso en determinados actos procedimentales, como ocurre con los terceristas.

No han faltado otros que clasifican a las partes en necesarias y voluntarias, simples y plurales²⁶.

25 Ibid; p. 330.

26 "Necesarias (quienes indispensablemente deben participar en un proceso para que este pueda obtener su objeto y resulte útil para la composición del litigio: actor, demandado, tercero interviniente necesario) y voluntarias (quienes se vinculan espontáneamente al proceso por ostentar una propia relación conexa con la litigiosa: tercero interviniente con pretensión excluyente).

2. CAPACIDAD PARA SER PARTE MATERIAL EN UN PROCESO

Es la aptitud legal de las personas naturales o jurídicas, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonios autónomos para comparecer ante el juez, personalmente o por medio de sus representantes, ejercitando un derecho material o sustancial²⁷.

Al referirse a la capacidad para ser parte, los procesalistas españoles sostienen que “El primero de los requisitos exigibles para ocupar la posición de parte en el proceso es la capacidad para ser parte; se trata de la aptitud para ser titular de las obligaciones, cargas y derechos que aparezcan a lo largo de la tramitación; es decir, para ser sujeto de un proceso, pidiendo la tutela judicial o apareciendo como la parte pasiva, frente a quien dicha tutela se solicita”²⁸.

Tendrán capacidad para ser parte material en cualquier proceso las personas naturales o jurídicas, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa u otras formas de patrimonio autónomo, que sean titulares de derechos disponibles o indisponibles que comparecen como demandantes (parte activa) o como demandados (parte pasiva) ante los organismos jurisdiccionales integrando una relación jurídica procesal válida²⁹.

Es decir, es el titular del presunto derecho que ha sufrido el daño o el agente presunto que ha cometido el agravio; por consiguiente, toda persona que tiene capacidad jurídica y de ejercicio ejerce capacidad para ser parte material en un proceso (civil, laboral, contencioso administrativo, etc.) por estar vinculada directamente a la pretensión material.

Simples (la posición de parte se halla formada por un solo sujeto actuando en el respectivo bando litigante) y plurales (la posición de parte está integrada por varios sujetos”. (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Segunda parte; Rubinzal-Calzoni-Editores; Buenos Aires, Argentina; 1998; p. 84).

27 “Según la opinión tradicional, la disciplina procesal de la acción trataría de fijar de antemano cuál es la aptitud exigible a los sujetos que pretendan ser parte en el juicio. Esta sería una de las cargas que comportaría el hecho de que la acción se haya de desarrollar en dicho escenario. La respuesta se ha venido dando con los diversos elementos que se estudian bajo el rótulo clásico de capacidad de las partes. Paralelamente a la capacidad jurídica del derecho civil se construirá la capacidad para ser parte en juicio. Como réplica a la capacidad de obrar en derecho privado, se debería hablar de capacidad procesal en este sector del ordenamiento jurídico. Y en efecto, así se ha venido haciendo como punto de partida de este tema. Se entiende tradicionalmente por capacidad para ser parte la aptitud genérica para ser sujeto del juicio, para ser titular de la acción. Es decir, con este concepto se trataría de determinar quien puede en abstracto ser parte en un juicio y por lo tanto sujeto activo o pasivo de las diversas expectativas y cargas procesales en que el juicio se desenvuelve. A la vez, se entiende por capacidad procesal la aptitud para comparecer en juicio y por lo tanto realizar, ejecutar válidamente la actividad procesal, los actos de parte. Mientras que el primer concepto haría referencia a la titularidad de la acción, este segundo se referiría al ejercicio de la acción, por utilizar el lenguaje convencional. Aunque toda la doctrina procesal reconoce la insuficiencia de este planteamiento, la construcción sigue pesando todavía en la exposición científica del tema” (Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; pp. 27 y 28).

28 Cortés Domínguez, Valentín. Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor; Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Edit. Colex; Madrid, España; 1997; p. 89.

29 “La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general, que reglamenta el Código Civil” (Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 373) y art. 57 del C.P.C. dispone: “Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material de un proceso”.

3. COMPARECENCIA AL PROCESO DE LAS PERSONAS NATURALES

De acuerdo al artículo 57 del C.P.C., las personas naturales que tienen capacidad para ser parte material en un proceso pueden hacerlo en forma personal o por medio de un apoderado. La capacidad de ser parte, refieren CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, "equivale o es correlativa a la capacidad jurídica del Derecho Privado: todo aquél a quien el ordenamiento le reconoce o le otorga personalidad jurídica, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, tiene capacidad para ser parte en un proceso, porque difícilmente el reconocimiento de derechos tendría eficacia real si le estuviera vedado a este sujeto el único mecanismo de garantía de esos mismos derechos, representado por la tutela judicial tras establecerse en el Estado de derecho el monopolio estatal de la jurisdicción y la prohibición de la autotutela"³⁰.

Las personas naturales, conocidas en nuestro ordenamiento jurídico nacional con el nombre de personas físicas o individuales, tanto nacionales como extranjeras, siempre que tengan capacidad para ser parte material en un proceso civil pueden comparecer directamente o por medio de un apoderado.

Desde el punto de vista constitucional, nuestra Carta Magna de 1993 consagra a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado³¹. Es decir, por respeto a su dignidad como persona humana, toda persona natural debe ser considerada como un fin y no como un medio; por lo tanto, el derecho como instrumento debe estar a su servicio y los organismos jurisdiccionales ejercerán la obligación de prestarle la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. Comparecencia personal

Para establecer algunos conceptos desde el punto de vista sustantivo y procesal, trataremos de precisar la capacidad civil de las personas naturales- esto es, la capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio- para determinar cuándo una persona física puede comparecer personalmente ante el juez para solicitar tutela jurisdiccional.

La capacidad jurídica o de goce es la aptitud legal de las partes para ser titulares de derechos. Esta capacidad la tienen todos los sujetos de derecho sin excepción. Surge con el nacimiento y termina con la muerte de la persona humana, tal como lo disponen los artículos 1 y 61 del C.C.³²

30 Cortés Domínguez, Valentín. Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor; Op. Cit.; p. 90.

31 Cfr. Artículo 1º. Defensa de la persona humana. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

32 Cfr. "Artículo 1º. - La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

La capacidad de ejercicio es la que faculta a las personas a ejercer sus derechos civiles por sí mismas. De ahí que algunos tratadistas la denominan capacidad de obrar o capacidad plena y se adquiere al cumplir dieciocho años, como lo dispone el artículo 42 del código sustantivo³³.

Esta capacidad permite comparecer en un determinado proceso³⁴ como sujeto activo o pasivo (demandante o demandado) y realizar actos jurídicos procesales con plena validez.

3.2. Capacidad para comparecer en un proceso

Es la que permite a los titulares de derechos comparecer directamente ante el juez, salvo en los casos que la ley expresamente les prohíba hacerlo personalmente, como en el caso de los incapaces absolutos, los que según nuestro ordenamiento procesal solo lo pueden hacer por medio de un representante legal. En las demandas que son de carácter personalísimo y, por consiguiente, intrasmisibles por herencia, sus titulares pueden comparecer directamente o por medio de apoderado con poder especial en escritura pública, como lo dispone el artículo 280 del C.C.³⁵; verbigracia, en los procesos de invalidez de matrimonio, en las demandas de divorcio la parte demandante debe hacerlo personalmente o por medio de apoderado con especificación de la causal³⁶.

También tienen capacidad para comparecer en un proceso las personas mayores de dieciséis años que han contraído matrimonio u obtenido un título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio; asimismo, las mujeres mayores de catorce años que han contraído matrimonio y esta capacidad no se pierde por disolución del vínculo matrimonial³⁷.

La ley sustantiva también ha conferido capacidad procesal a la madre menor de edad, para que pueda comparecer válidamente en representación de su hijo durante la minoría de este en las demandas de filiación³⁸; a los incapaces relativos mayores de

"Artículo 61º. - La muerte pone fin a la persona".

33 Palacio Pimentel, Gustavo; Elementos de Derecho Civil Peruano; T. I; 3ª Ed.; Edit. Tipografía Sesator; Lima, Perú; 1982; p. 41.

34 Perla Velaochaga, Ernesto; Juicio Ordinario; 5ª Ed.; Edit. Lumen; Lima, Perú; 1979; p. 16.

35 Cfr. "Artículo 280º. - La invalidez del matrimonio puede ser demandada por apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

36 Anales Judiciales de la Corte Suprema de la Republica; T. XX; Publicación Oficial; Lima, Perú; 1983; p. 153.

37 Cfr. art. 46 del C.C.

38 Cfr. art. 407 del C.C.: "La acción solo corresponde al hijo. Empero, la madre, aunque sea menor de edad, puede ejercitarla en nombre del hijo, durante la minoría de éste..."

dieciséis años de edad para contraer obligaciones o renunciar a derechos, siempre que sus padres que ejercen la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen, en caso contrario el menor debe restituir la suma que hubiese convertido en su provecho (artículo 456 del C.C.); al menor capaz de discernimiento autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación o industria u oficio.

En este caso, pueden practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiesen dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos (artículo 457 del C.C.). Compete a los juzgados del niño y del adolescente autorizar al menor (artículo 57 del Código de los Niños y Adolescentes); a los incapaces relativos con discernimiento se les confiere capacidad procesal para comparecer como demandados y responder civilmente de los daños y perjuicios causados por los actos ilícitos que realicen (artículo 458 del C.C.).

Entre otras facultades que confiere el Código Civil a los menores están el comparecer ante juez para denunciar los actos incorrectos del tutor, anular los actos celebrados por este, impugnar la cuenta presentada, pedir la remoción del tutor que se le ha nombrado y ejercitar las acciones recíprocas de aprobación y desaprobación de cuentas contra este³⁹.

3.2.1. Del concebido

De acuerdo a la teoría del nacimiento, el artículo 1 del C.C. dispone que “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”⁴⁰.

Solamente la persona humana es sujeto de derecho, es decir goza de capacidad y está dotada de facultades para exigir algo. El hombre es sujeto de derecho — los animales, las cosas no son sujetos sino objetos de derecho —, pues tiene libre albedrío e inteligencia racional para comprender los actos que practica sin distinción alguna de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole⁴¹.

El nacimiento es un hecho fisiológico y natural. Al Derecho no le interesa cómo se determina y cómo se precisa el nacimiento. La medicina legal sirve para determinar si es por la separación del claustro materno o por el rompimiento del cordón umbilical; lo que interesa a las ciencias jurídicas para la concesión de los derechos patrimoniales

39 Cfr. arts. 530, 537, 542, 557 y 561 del C.C.

40 Cfr. art. 1 del C.C.

41 Cfr. art. 2, inc. 2º de la Constitución Política de 1993.

es que el nonato nazca con vida, puesto que de esto se derivan las relaciones de orden hereditario.

El artículo 1 del C.C. vigente reconoce que la vida humana comienza con la concepción; en consecuencia, por excepción hace posible retrotraer los efectos jurídicos, en favor del concebido, para reconocerlo como sujeto de derecho en todo lo que le favorece. El fundamento de este precepto está en la defensa de las generaciones futuras y en el principio de solidaridad humana. Por esta razón se sanciona a la persona que aborta y a aquella que contribuya a hacerlo, pues se trata de defender al feto, que es un bien jurídico y al mismo tiempo se protege a la mujer embarazada.

Cabe señalar, por otra parte, que no solamente se han reconocido derechos en beneficio del propio concebido; también se han establecido normas para hacerlos efectivos, ya que resultaría inoperante si no se hubiesen concedido las acciones pertinentes, en razón de que no hay derecho sin pretensión material y, como se trata de derechos del concebido, la representación procesal le corresponde exclusivamente a la madre por la imposibilidad física y jurídica del concebido de comparecer ante el juez en salvaguarda de sus derechos.

Cuando se trata de los derechos patrimoniales del concebido, hay que tener en cuenta los casos siguientes:

- a) De los hijos matrimoniales y extramatrimoniales reconocidos (artículo 392 del C.C.), la representación del concebido le corresponde al padre o a la madre.
- b) Del hijo extramatrimonial no reconocido, la representación del que está por nacer y durante la minoría de edad le compete a la madre (artículo 407 del C.C.).
- c) Si el padre ha fallecido y la madre está privada del ejercicio de la patria potestad o no puede ejercerla (art. 598 del C.C.), el que comparecerá ante el juez en representación de ambos es el curador de los bienes o, en su defecto, la persona nombrada por el juez (artículo 603 del C.C.).

Al respecto, CORNEJO CHÁVEZ comenta: "Ordinariamente el nasciturus está bajo la protección del padre (si se trata del legítimo o del reconocido voluntario) y de su madre; pero si aquel fallece y esta no ejerce la patria potestad, él queda desamparado. Si, en esas circunstancias, recibe una herencia, legado o donación, estos bienes quedarían librados al azar, la malicia o el abuso si la ley no proveyera a su custodia y conservación. Este es, precisamente el objeto de la curatela de bienes y en ello radica el fundamento⁴²".

42 Cornejo Chávez, Héctor; Derecho Familiar Peruano; T. III; Edit. Talleres Gráficos de la Oficina de Publicaciones de la Universidad Católica del Perú; Lima, Perú; 1970; p. 275.

d) Cuando la madre es incapaz, el curador de esta lo será también de los bienes del concebido (artículo 598 in fine del C.C.) y, por consiguiente, ejerce la patria potestad. El cargo de curador de los bienes del concebido corresponde a la persona que designe el padre extramatrimonial en testamento o por escritura pública para que administre, con exclusión de ella o del tutor nombrado por esta.

Igual facultad tiene la madre extramatrimonial por interpretación de los artículos 598 y 505 del C.C.; y, si no hay designación, corresponde la representación a la persona que nombre el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, pudiendo recaer en varios curadores, si así lo exige la administración de los bienes (artículo 601 del C.C.).

En este caso, la representación debe hacerla personalmente, no siendo posible que el curador constituya apoderado. Cuando la representación del concebido es por mancomunidad, la ejercen por el orden de su nombramiento o de acuerdo al orden de su designación.

A la mujer se le ha conferido capacidad procesal para comparecer – previa citación de las personas con interés en el nacimiento de un póstumo⁴³ – ante los organismos jurisdiccionales a solicitar el reconocimiento de su embarazo o del parto. Esta comparecencia se producirá por las siguientes razones:

- a) Porque es de interés para el concebido acreditar su estado, es decir, demostrar su existencia en el claustro materno a fin de que la madre en su representación ejerza la acción de filiación extramatrimonial contra el presunto padre con una prueba preconstituida (artículo 402 del C.C., modificado por el artículo 2 de la ley N° 27048).
- b) Porque ha de permitir a la madre que se encuentra en estado de embarazo solicitar alimentos pre y post natales durante los sesenta días anteriores y sesenta días posteriores al parto, el pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo, así como ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o promesa de matrimonio⁴⁴.

43 Cfr. art. 2 del C.C.: "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, pueden tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición".

44 Cfr. art. 414 del C.C.: "En los casos del artículo 402º, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta días posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante"

- c) Porque de este modo la madre podrá adquirir el derecho de administrar los bienes del hijo por nacer, ya que la curatela sobre ellos termina con el alumbramiento o la muerte del concebido, salvo que sea declarada incapaz⁴⁵.

El artículo 172 del Código Civil de 1936 concedió a la mujer casada capacidad para comparecer como parte ante los organismos jurisdiccionales.

La Constitución Política del Estado vigente reconoce el principio de igualdad jurídica entre el varón y la mujer, y el artículo 4 del C.C. dispone que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. La representación de la sociedad conyugal también ha sido normada en el artículo 292 del C.C., modificado por el D.Leg. 768, que prescribe que la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil, sobre la posibilidad de que cualquiera de ellos pueda otorgar poder al otro para que ejerza representación de la sociedad conyugal en todo o en parte.

Cabe señalar, por otro lado, que cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos sin autorización del otro. Tratándose de bienes sociales, la representación también corresponde a ambos; pero si se autoriza que uno de ellos asuma exclusivamente la administración del patrimonio social, el cónyuge administrador indemnizará al otro de los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de los actos dolosos o culposos⁴⁶. De lo que se concluye que la mujer casada tiene los mismos derechos y obligaciones que el marido.

3.2.2. De los extranjeros

El artículo 2046 del C.C. – Libro X sobre el Derecho Internacional Privado – dispone la igualdad jurídica entre peruanos y extranjeros, con las limitaciones y prohibiciones que, por motivo de necesidad nacional, se establezcan para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras en el territorio nacional. En consecuencia, los extranjeros están facultados a comparecer ante el juez como demandantes y/o demandados por el principio de socialización.

Para comprender mejor la comparecencia de los extranjeros ante los organismos jurisdiccionales por el principio de soberanía que impera en todos los estados cumpliendo los tratados, convenios y pactos internacionales, hay que considerar la ley del domicilio, la ley de la situación o ubicación de los bienes, la ley del lugar donde se celebraron los actos o contratos y la ley de la nacionalidad en el derecho de sucesiones.

45 Cfr. arts. 598 y 617 del C.C.

46 Cfr. arts. 303 y 313 del C.C.

3.2.2.1. Ley del domicilio

En el Derecho Romano se conoció con el nombre de *lex domicilli*, posteriormente se la denominó ley personal o de la territorialidad y, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2070, primera parte del C.C., tanto los peruanos como los extranjeros en la solución de los conflictos relativos al estado y capacidad civil se regirán por la ley de su domicilio.

Aunque estos se encuentren domiciliados en el extranjero, se aplicará la ley peruana. La ley del domicilio se aplica a las relaciones jurídicas derivadas del derecho de personas: el nombre, estado civil, capacidad o incapacidad, etc.; derecho de familia: matrimonio, forma del matrimonio, los derechos y los deberes de los cónyuges, nulidad de matrimonio, divorcio y separación de cuerpos, filiación, legitimación, adopción, tal como podemos observar en los artículos 2071, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086 y 2087 del C.C.

Según estos artículos los peruanos y extranjeros observando la ley del domicilio están facultados a recurrir a los organismos jurisdiccionales con el fin de reclamar sus derechos relativos a derecho de personas y derecho de familia. Los tribunales peruanos no pueden denegarles tutela jurisdiccional cuando comparecen las partes ejercitando pretensiones materiales, porque son competentes para conocer los procesos que se deriven de las actuaciones referentes al estado y capacidad civil de las personas naturales, o de las relaciones familiares, aun contra personas domiciliadas en el extranjero.

En estos casos el Derecho peruano es aplicable de acuerdo a las normas del Derecho Internacional Privado para solucionar conflictos que se promueven y cuando las partes se someten expresamente a su competencia (artículo 2062 del C.C.).

3.2.2.2. Ley de la situación de los bienes

En el Derecho Romano fue conocida como *lex res sitae* o ley de la ubicación de los bienes y en nuestra legislación peruana está prescrita en el artículo 2088 del C.C. Este artículo no tiene ninguna interpretación restrictiva; por consiguiente toda clase de bienes que son materia de derechos reales, sean muebles o inmuebles, se rigen por la ley de su situación al momento de constituirse.

Esta disposición, que es de orden general, concuerda con los tratados de Derecho Internacional Privado. El fundamento de esta norma es que ningún país puede permitir que los bienes situados dentro de sus límites puedan estar sometidos a la competencia y jurisdicción extraterritorial. De tal modo que, tratándose de bienes situados en el Perú, sólo se aplicarán las leyes peruanas y sus titulares comparecerán directamente o por medio de sus apoderados ante los tribunales peruanos.

Esta norma está sustentada en el artículo 71 de la Constitución Política y en el artículo 5 del C.P.C., según los cuales corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles

del Perú conocer y resolver los asuntos relativos a los bienes raíces situados en el territorio nacional, con las limitaciones para los extranjeros, que no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, dentro de los *cinquenta kilómetros* de las fronteras minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido⁴⁷.

3.2.2.3. Ley del lugar rige los actos

En el Derecho Romano fue conocida como la *lex locus regit actum* o ley del lugar rigen los actos y en nuestra ordenamiento jurídico se reguló en el artículo VII del T. P. del C.C. de 1936. No obstante ser una norma general de Derecho Internacional Privado, contenía principios que regulan las obligaciones derivadas de los contratos y de la ley, al prescribir que la naturaleza y efectos jurídicos de la obligación se rige por la ley del lugar donde fue contraída⁴⁸.

Este principio general del Código derogado se mantiene actualmente, al haberse regulado expresamente: "Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración"⁴⁹.

Estas normas codificadas se refieren a las obligaciones constituidas por acto jurídico y debe observarse dos situaciones:

- 1) Las obligaciones provenientes de los contratos se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento, pues solamente en los casos en que la obligación deba cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal. En caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de su celebración⁵⁰. Por ejemplo, si un peruano realiza un contrato de compra-venta con un colombiano en Argentina, todo lo concerniente al cumplimiento de la obligación, su modificación, extinción, etc, se regirá por las leyes de Argentina, lugar donde se contrajo la obligación.
- 2) En las obligaciones provenientes de la ley, las partes comparecerán ante el juez donde se ha derivado el hecho, ya que no es ilícito que una ley regule la causa y otra el efecto. Así, las obligaciones que provienen del Derecho de Familia se rigen por la ley del domicilio, como en los procesos de alimentos, en la responsabilidad

47 Cfr. art. 71 de la Constitución Política, arts. 2093 a 2098 del C.C. y art. 5 del C.P.C.

48 Castañeda, Jorge Eugenio; Código Civil; 3ª Ed.; Edit. Imprenta Amauta; Lima, Perú; 1966; p. 12.

49 Cfr. art. 2095 in fine del C.C.

50 Ibid.

civil extra-contractual, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, el pago indebido y la prescripción extintiva⁵¹.

3.2.2.4. Derecho de sucesiones

El artículo 2100 del C.C., a diferencia del artículo VIII del T. P. del C.C. derogado, que disponía que para los derechos hereditarios de peruanos y extranjeros rige la ley personal del causante, prescribe: “La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante”⁵².

La ley personal del causante no se refiere a la ley del domicilio, aplicable en los conflictos entre peruanos y extranjeros relativos al estado y capacidad civil de las personas. Se refiere más bien a la ley de la nacionalidad del causante, por cuanto el domicilio está supeditado a la voluntad de la persona de cambiar de un lugar a otro para vincularse y pertenecer al régimen del propio país donde domicilia.

Los herederos de los extranjeros tienen capacidad procesal para comparecer ante el juez donde tuvo el causante el último domicilio, invocando la ley de su nueva nacionalidad. Tal es el caso, por ejemplo, de un francés que domicilia en Venezuela y muere en el Perú, por encontrarse de tránsito. En este caso los derechos hereditarios se regirán por la ley de Venezuela, salvo que los bienes estén situados en el Perú y las leyes del último domicilio le permitan pasar al estado peruano o a sus instituciones⁵³.

4. SUSTITUCIÓN PROCESAL

Esta institución jurídica permite a un tercero comparecer como demandante ante el Poder Judicial, iniciando un proceso en el que sin ser parte ni sucesor singular o universal de alguna de las partes interviene en una relación jurídica procesal como sustituyente por tener su propia vinculación con alguna de las partes originarias y asumir una obligación de garantía legal o contractual⁵⁴.

RAMOS MÉNDEZ sostiene que “una construcción doctrinal como precedente sólo es posible bajo un esquema dualista de relaciones entre derecho y juicio... Parece, pues, que comparece en el juicio ejercitando derechos que su deudor no ejercita para seguir manteniéndose en estado de insolvencia; derechos que corresponden directamente al deudor, y que, sin embargo, él alega en el juicio. A primera vista se produce, pues,

51 Cfr. arts. 2096 a 2099 del C.C.

52 Cfr. art. 2100 del C.C.

53 Cfr. art. 2101 del C.C.

54 Alvarado Velloso, Alfonso; Introducción al estudio del Derecho Procesal; Segunda Parte; Rubinzal-Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 1998; p. 101.

un desplazamiento de la legitimación llamada ordinaria, según las previsiones de la propia norma jurídica”⁵⁵.

La sustitución procesal, regulada en el artículo 60 del C.P.C., faculta a un tercero a intervenir en defensa de su propio derecho; pues, sin ser parte material interviene en un proceso como sustituyente ejercitando una pretensión material en nombre de su deudor sustituido con el objeto de hacerse pago de su crédito. El caso típico regulado en nuestro ordenamiento procesal es la acción oblicua o subrogatoria contenida en el inciso 4 del artículo 1219 del C.C. Este dispositivo confiere al acreedor (sustituyente) la facultad para ejercer en nombre de su deudor (sustituido) un derecho material o sustancial contra el obligado para exigir el pago de un crédito, que el deudor sustituido no lo haría para no cumplir con su obligación.

ALSINA, siguiendo la doctrina de CHIOVENDA sobre la sustitución procesal definida por CARNELUTTI como la interdependencia de intereses, acota: “Que el derecho sea respetado puede ser útil, no solamente al titular sino también a otras personas, en el sentido de que la satisfacción del interés de éstas puede depender de la satisfacción del interés de aquél. El fabricante podrá pagar a quien le suministre la materia prima si el comerciante le paga la mercadería que él adquiere, de modo que la satisfacción del crédito del fabricante permitirá a éste satisfacer el crédito del productor. Esta misma situación podría repetirse en otras muchas relaciones de derecho privado, sin ser tampoco ajenas las del derecho público”⁵⁶.

En conclusión, la sustitución procesal es la facultad que tiene un extraño acreedor a intervenir procesalmente en nombre de su deudor, para que el patrimonio de este se aumente y de esta manera pueda hacerse pago de su crédito, además facilita a otros acreedores que se encuentren perjudicados con sus acreencias.

5. SUCESIÓN PROCESAL

El Código Procesal Civil regula la sucesión procesal como una institución, que tiende a la intervención de terceros como titulares de derechos sobre cuestiones litigiosas, que han adquirido por acto intervivos o *mortis causa* de las partes en una relación procesal iniciada para darle validez a los actos procesales realizados por su causante, tal como lo han hecho otras legislaciones. Es decir, se opera un cambio de las personas o de los sujetos que tienen la condición de parte.

55 “Pero también hay otra forma de entender el fenómeno, propiciado por el pensamiento dualista. En realidad, si bien se observa, el acreedor que comparece en el juicio ejercitando la acción subrogatoria no hace más que utilizar un derecho propio; derecho que con carácter general la norma, el art. 1111 C.C., concede a todos los acreedores para remediar la insolvencia del deudor buscada por la vía de la inactividad. Su legitimación es directa y propia, según la terminología al uso, puesto que actúa en base a la posibilidad que le ofrece el artículo 1111 C.C.: No ejercita un derecho ajeno, sino propio; mejor dicho, afirma un derecho propio, lo cual es suficiente para justificar su acción en el juicio”. Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 59.

56 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. I; p. 581.

En la sucesión procesal un tercero interviene como titular de un derecho sobre una cuestión litigiosa, cuando el demandante o el demandado le transmiten sus derechos por acto *intervivos* o *mortis causa* para continuar el proceso que han iniciado, produciéndose por consiguiente el cambio de partes.

Tal como afirma RAMOS MÉNDEZ: “En realidad, esta institución no supone más que aprovechar la mecánica general del fenómeno sucesorio aplicada al juicio. En este sentido el hecho de la sucesión procesal consiste en que una persona ajena – en principio – al juicio deviene en parte procesal en sustitución de la que figuraba primitivamente y como tal continúa el juicio ya iniciado. Por virtud de la propia sucesión, le alcanza la eficacia de los actos válidamente realizados por su causante, debiendo asumir el juicio en el estado en que se encuentre y pudiendo aprovechar, a partir de dicho momento, las oportunidades procesales no transcurridas”⁵⁷.

En la sucesión procesal hay que tener en cuenta cuando lo hace la parte demandante, si es por acto *intervivos* o *mortis causa*. En el primer supuesto, observamos que por lo general ocurre en el fraude procesal, lo que de ninguna manera puede darse en el segundo caso de la sucesión legal.

La sucesión procesal puede darse por causa de muerte, cuando una de las partes fallece durante la tramitación del proceso. En tales casos deben asumir todas las cargas procesales sus herederos; porque la muerte pone fin a la personalidad como un hecho jurídico natural inevitable, irreversible e imprevisible que trae consecuencias jurídicas por quedar desplazado el *de cuius* por sus herederos o causahabientes o sucesores. En esta clase de sucesión no hay colusión, mala fe, concierto, etc.; es decir, no hay fraude.

En la sucesión procesal por acto *intervivos*, en cambio, pueden ocurrir actos fraudulentos por imperar la voluntad de las partes en la prosecución del proceso. Los contratos de compra venta de cosas litigiosas, por ejemplo, previstos en el artículo 1409 inc. 2 del C.C.

RAMOS MÉNDEZ acota con mucho acierto: “Las soluciones en abstracto posibles son varias: Prohibir radicalmente los actos dispositivos sobre las cosas litigiosas, como se efectuó históricamente en casos concretos. Permitir la transmisión de las cosas litigiosas, pero sin que dicho acto tenga trascendencia alguna respecto del juicio pendiente (teoría de la irrelevancia). O bien, libertad de disposición de las cosas litigiosas y regulación de sus repercusiones procesales (teoría de la relevancia). Huelga decir que esta última solución es la que impera en todos los ordenamientos contemporáneos, si bien con regulaciones diversas”⁵⁸.

57 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; p. 63.

58 Ibid; pp. 64 y 65.

Cuando la sucesión procesal se da en la parte demandada también debe tenerse en cuenta si se da por acto *intervivos* o *mortis causa*. En el primer caso, siempre ocurre el fraude procesal, ya sea para eludir el pago de costas y costos del enajenante, salvo que el demandante se oponga. En el segundo supuesto no se produce fraude, porque el sucesor puede ser que se apersona al proceso para hacer uso del derecho de defensa y de contradicción hasta que se defina la cuestión litigiosa que ha soportado su causante, y otras veces porque no se apersona y permite que continúe el sucesor procesal que se designe.

El Código Procesal Civil ha considerado cuatro supuestos en los que se produce la sucesión procesal:

1. *Sucesión procesal mortis causa*. Se produce por el fallecimiento del de cujus que es parte del proceso que ha iniciado. En este supuesto se suspende el proceso como consecuencia de este hecho natural y lo continuarán los herederos del causante y, si no comparecen dentro del plazo de treinta días, el proceso continuará con el curador procesal nombrado a petición de parte. De no haberse previsto la sucesión procesal sería nulo lo actuado por haber perdido la titularidad del derecho discutido.
2. *En la extinción o fusión de una persona jurídica que es parte en un proceso*, en caso que se discuta algún derecho sustantivo comparecen sus herederos y continúan el proceso. Así, cuando tras extinguirse se discute la propiedad de una persona jurídica, se procede a la partición de los bienes entre los socios. En la defensa del bien que le corresponda al socio, debe comparecer como sucesor procesal, convirtiéndose en el caso típico de parte material por haberse producido un cambio en la relación procesal *ab initio*.

Cuando se fusionan dos personas jurídicas como X y Z en Y, si X hubiera sido parte en un proceso, al producirse la fusión X y Z ya no existen, habiéndose convertido en Y; por lo que el proceso iniciado por X será continuado por Y. Este es el caso típico de la sucesión procesal.

3. *Acto intervivos*. Al producirse la enajenación del bien materia del conflicto de intereses, el transferente no tiene legitimidad para obrar en el proceso y el que continúa es el adquirente del bien y, por lo tanto, éste va a continuar la relación procesal por ser parte en la relación jurídica sustantiva. Cuando hay oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor.
4. *Por vencimiento del plazo del derecho discutido*. Este supuesto se da cuando el derecho material, que es sustento de la relación de conflicto entre las partes y el fundamento de la pretensión procesal, desaparece por el vencimiento del plazo. En caso que el que fue titular del derecho antes lo requiere, puede continuar el proceso en sustitución de quien lo inició con la titularidad sustantiva que ha terminado. Por ejemplo, cuando un arrendatario es perturbado en su posesión y en defensa de ella

interpone un interdicto de retener, y en pleno trámite de este interdicto se vence el plazo del contrato de arrendamiento.

En este supuesto el demandante del interdicto devuelve el inmueble a su propietario. Este último puede, si persisten los actos perturbatorios, continuar el proceso en trámite por su arrendatario. Otro caso típico de sucesión procesal⁵⁹ se produce cuando los derechos sustanciales se extinguen por sucesión, en los casos de fideicomiso, derecho de uso o habitación, condición resolutoria, rescisión por lesión o por nulidad.

DEVIS ECHANDÍA acota que "...puede ocurrir la extinción del derecho del litigante que se halle gozando o tenga calidad de dueño del bien objeto del proceso, o que reclame derechos en él, después de iniciado y antes que concluya, por cumplimiento de la condición o el plazo señalado o por sentencia que declare la resolución o rescisión. Entonces las personas a quienes pase el derecho o el bien litigioso se encontrarán en idéntica situación a la del heredero o cesionario por acto entrevivos, para intervenir en el proceso sucediendo a esa parte"⁶⁰.

Nuestro legislador ha sido preciso normando la sucesión procesal, al disponer que un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazando al demandante o al demandado como sucesor procesal.

5.1. Diferencias entre sustitución y sucesión procesal

El jurista RAMOS MÉNDEZ, citando a SERRA DOMÍNGUEZ, afirma que en la sustitución procesal "el sustituto ejerce en nombre e interés propio de los derechos de otra ligada con la primera por un vínculo jurídico"⁶¹. En consecuencia, el sustituido no es parte procesal sino el sustituto; en la sucesión procesal, en cambio, el sucesor procesal actúa como parte procesal en representación de quien le ha transmitido el derecho material

59 Cfr. art. 108 del C.P.C.: "Sucesión procesal.- Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:

1. Fallecida una persona sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario;
2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso;
3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor, o,
4. Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho sucede en el proceso al que lo perdió.

En los casos de los incisos 1 y 2 la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con el curador procesal.

Será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la titularidad del derecho discutido. Sin embargo, si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, éste proseguirá con un curador procesal, nombrado a pedido de parte".

60 Devís Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; pp. 331 y 332.

61 Ramos Méndez, Francisco; La Sucesión Procesal; Edit. Hispano Europea; Barcelona, España; 1974; p. 27.

o sustancial; pues de permitírsele la intervención al sustituido lo hará como litisconsorte necesario.

En cuanto a la naturaleza del proceso, el sustituto se vale del proceso de conocimiento porque hace uso de la acción *oblicua o subrogatoria*. En la sucesión procesal, en cambio, el sucesor interviene en cualquier clase de proceso contencioso ya sea de conocimiento, abreviado, sumarísimo, de ejecución, cautelar y no contencioso, defendiendo el interés patrimonial de su causante.

Respecto a los medios probatorios, en la sustitución procesal el sustituido puede intervenir como testigo, cuyo testimonio será valorado por el juez con suma prudencia considerando el interés directo que tiene en el ocultamiento de sus bienes para no cumplir con su acreedor el sustituto y con otros acreedores. En la sucesión procesal, en cambio, el sucesor procesal prestará declaración de parte porque interviene como parte procesal y asume todas las cargas procesales de sus causantes o de quienes le transmitieron sus derechos por actos intervivos.

6. CURADORÍA PROCESAL

En el Derecho Civil, la voz *curador* proviene de la palabra latina *curare* que significa cuidador; es decir, es la persona encargada del cuidado de la persona y de los bienes del incapaz declarado judicialmente y sometido a la curatela. La curadoría fue instituida en el Derecho Romano.

En la legislación procesal civil se ha instituido la curadoría para que intervenga como parte procesal en el desarrollo de una relación jurídico procesal válida. El nombramiento de curador recae en un abogado que es designado por el juez a pedido de parte interesada en determinados casos:

1. Cuando no sea posible emplazar válidamente a la parte demandada, por ser un demandado indeterminado, como ocurre en los intereses difusos. En caso de personas inciertas cuando no se tiene conocimiento si se encuentran con vida o han muerto por haberle ocurrido algún percance como, por ejemplo, un terremoto, accidente aéreo, naufragio, etc. o cuando se trata de personas demandadas con domicilio o residencia ignorada; esto es, cuando el demandante afirma bajo juramento que a la parte demandada no se le puede emplazar porque no tiene domicilio o residencia conocida.

En este supuesto, se sabe que el demandado se encuentra en la ciudad de Lima, pero no hay la certeza de que se encuentra domiciliado o residiendo. En todos estos casos, se les emplazará por edictos, conforme a lo dispuesto en los artículos 165, 166, 167 y 168 del C.P.C., bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal. De no contestar el traslado de la demanda dentro del plazo legal, el juez nombrará a un abogado como su curador procesal para que haga uso del derecho de defensa de la parte demandada.

2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal. Estos casos pueden presentarse en procesos sobre ejercicio conjunto de la patria potestad (artículo 419 del C.C.), representación del menor (artículo 527 del C.C.), de aquellas personas sujetas a curatela (artículo 564 del C.C.), de la personería legal del curador de bienes (artículo 603 del C.C.), etc.
3. Falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz. En la praxis judicial se presentan muchos casos en que los incapaces están desprovistos de un representante procesal, razón por la cual el legislador en el artículo 66 del C.P.C. faculta a los organismos jurisdiccionales a nombrar curador procesal de un incapaz o confirmar al representante propuesto por este, ya sea para que pueda comparecer válidamente como demandante o demandado cuando no tenga su representante legal, o porque se encuentra ausente o cuando advierte la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, tal como analizaremos *in extenso* al comentar la representación procesal.
4. Cuando no comparece el sucesor procesal. Después que se ha iniciado un proceso en el que se discute un conflicto de intereses y fallece una de las partes, se produce la sucesión *mortis causa*; y como consecuencia de este hecho se suspende el proceso por el plazo de treinta días, hasta que comparezca el sucesor procesal; si este, no se apersona por su causante, a pedido de parte se nombrará un curador procesal para continuar el proceso.

La actuación del abogado nombrado por el juez como curador procesal concluye si la parte o el representante legal que originó su intervención comparecen al proceso por haber adquirido o recuperado su capacidad procesal, ya sea por haber alcanzado la mayoría de edad o haber obtenido una sentencia favorable en el proceso de rehabilitación de incapaces⁶².

62 Cfr. art. 61 del C.P.C.: "Curadoría procesal. El curador procesal es un abogado nombrado por el Juez a pedido de interesado, que interviene en el proceso en los siguientes casos:

1. Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorado, según lo dispuesto por el artículo 435°;
2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal;
3. Cuando existe falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 66°; o,
4. Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108°.

Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal".

7. REPRESENTACIÓN PROCESAL

La representación procesal en sus distintas formas –legal, convencional y judicial– es la facultad de las partes, que gozan de capacidad procesal, a comparecer válidamente en representación de otras que son parte material en un determinado proceso, como personas naturales o personas jurídicas.

MONTERO AROCA sostiene que “La representación procesal se atribuye en exclusiva a los procuradores de los tribunales, los cuales reciben de la parte un mandato expreso, remunerado, representativo y típico”⁶³.

En la novísima Ley de Enjuiciamiento Civil de España se mantiene la denominación de la representación procesal voluntaria que se hace con la intervención de procurador y abogado (Arts. 23 y 31 de la L.E.C.)

ALVARADO VELLOSO acota: “Cabe entender aquí por representación la actuación que cumple en el proceso un tercero ajeno al litigio sosteniendo la defensa del derecho o del interés de la parte procesal que no puede o no quiere actuar por sí misma”⁶⁴.

Cuando las personas naturales no pueden comparecer directamente y tienen *legitimation ad causam*, la ley procesal les faculta a hacerlo por medio de otras personas llamadas apoderados, en virtud del contrato de mandato; y solamente por excepción, en ciertos casos, la designación de apoderado es obligatoria cuando la ley expresamente lo determina. Los incapaces comparecerán por medio de sus tutores o curadores formalmente nombrados por el juez mediante el procedimiento de interdicción de incapaces.

7.1. Representantes legales

Son las personas que están designadas expresamente por la ley para representar a otras en un determinado proceso, de acuerdo a las formalidades que ella establezca, con la finalidad de intervenir como parte procesal.

La ley procesal confiere capacidad procesal a terceras personas para integrar una relación procesal válida en un determinado proceso, supliendo la incapacidad de comparecer personalmente en un determinado proceso de las personas naturales o de la imposibilidad fáctica de las personas jurídicas, asegurando el derecho de defensa de sus representados.

63 Montero Aroca, Juan. Ortells Ramos, Manuel y Gómez Colomer, Juan Luis; Derecho Jurisdiccional; T. II; Proceso Civil; Vol. 1º; J.M. Bosch Editor; Barcelona, España; 1991; p. 66.

64 Alvarado Velloso, Adolfo; Op. Cit.; p. 115.

El artículo 63 del C.P.C. ha previsto la necesidad de la representación procesal de personas naturales, que no tienen el libre ejercicio de sus derechos para comparecer al proceso debidamente representados conforme a lo que disponen las leyes pertinentes.

De acuerdo a nuestra legislación material o sustancial, todas las personas tienen personalidad jurídica desde la concepción a condición de que nazcan vivas (artículo 1 del C.C.), por ser la persona humana titular de derechos hasta su muerte (artículo 61 del C.C.). El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Incluso en este supuesto se le confiere representación procesal, como lo hemos dejado expuesto al tratar *in extenso* la institución de la parte procesal.

Los menores de edad que no estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y los mayores de edad incapaces pueden comparecer por medio de sus representantes legales, razón por la cual se ha instituido la patria potestad, la tutela y la curatela (artículo 45 del C.C.).

La representación de los menores de 18 años edad está a cargo de los padres, cuando están vivos y ejercen la patria potestad (artículos 418 y 419 del C.C.). Por el principio de igualdad jurídica consagrada en el art. 2 inc. 2. de la Carta Magna, ambos padres son representantes legales de sus hijos durante su minoría de edad; en caso de separación convencional, de divorcio o de invalidez del matrimonio, la patria potestad la ejerce el cónyuge a quien se le confían los hijos; mientras tanto, el otro queda suspendido en el ejercicio (artículo 420 del C.C.).

En los hijos extramatrimoniales la patria potestad la ejerce el padre o la madre que los ha reconocido (artículo 421 del C.C.) y es el que los representan en cualquier proceso. Tratándose de los hijos expósitos están representados por el Estado o por las instituciones particulares que los amparan. Los menores en situación irregular, moral o materialmente abandonados o en peligro moral, se rigen por las disposiciones pertinentes del Código de los Niños y Adolescentes y de las leyes y reglamentos especiales (artículos 510 y 511 del C.C.)

Los tutores representan a los menores cuando los padres han fallecido o se encuentran cualquiera de ellos imposibilitado de ejercer la patria potestad (artículo 502 del C.C.). El tutor se encuentra investido de un cargo público, toda vez que puede ser nombrado por testamento o escritura pública (artículo 503 del C.C.) o legalmente le corresponde ser tutor legítimo (artículo 506 del C.C.). Puede ser nombrado tutor dativo por el consejo de familia, de acuerdo a los artículos 508 y 647, inc. 1 del C.C. y, no habiendo tutor, corresponde al juez tutelar los derechos de la persona y bienes de los menores (art. 514 del C.C.). Siendo la tutela una institución de Derecho Público y de interés social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 527 del C.C., el legislador ha concedido a los tutores la representación legal de los menores de edad en el ejercicio de sus derechos civiles.

Los mayores de edad que han sido declarados incapaces por las causales de interdicción civil o han sido declarados ausentes. A los primeros se les nombra un curador observando las prescripciones del Código Civil para que ejerzan representación procesal; en este supuesto la representación recae en el cónyuge no separado judicialmente, los padres, los ascendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto; y, en igualdad de grado, al más idóneo; a falta de estos, a los abuelos y demás ascendientes y a los hermanos⁶⁵. En el caso de los ausentes también se les proveerá de un curador interino de sus bienes, tal como lo dispone el artículo 597 del código civil.

Los ausentes son personas que se han separado de su residencia habitual o de su domicilio real y cuyo paradero se ignora, de manera que su existencia o fallecimiento son inciertos.

Como medida de protección a los intereses del ausente y de las personas presentes con derecho a sucederles, la ley ha previsto los grados de ausencia siguientes: la presunción de ausencia, la ausencia legal, la presunción de vida y la presunción de muerte.

Hay presunción de ausencia cuando una persona ha desaparecido de su residencia o de su domicilio real y se ignora su paradero.

En este caso, la ley prevé la defensa de sus derechos y la seguridad de sus intereses cuando no ha dejado apoderado o el poder resulta insuficiente facultando al juez civil del último domicilio o del lugar donde se encuentren sus bienes la petición de la parte interesada o del Ministerio Público a designar a un curador interino que lo represente.

Pasados los seis meses de las últimas noticias del presunto ausente, el representante legal está obligado a comparecer en todo proceso nuevo que se demande al ausente o tenga interés común o coadyuvante al demandado; pero no tiene derecho a interponer demandas en nombre de su representado sin autorización judicial, salvo en los casos de urgencia cuyo aplazamiento perjudicaría sus intereses, como son las demandas de tercerías, desalojo por falta de pago, por vencimiento de plazo, algunos actos o contratos de mera administración.

La declaración judicial de ausencia se produce cuando ha transcurrido dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, pudiendo solicitarlo en su representación cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público conforme lo dispone el artículo 49 del C.C. En la declaración judicial de ausencia, la posesión temporal de los bienes del ausente recaerá en sus herederos forzosos al tiempo dictarla; entre estos el cónyuge, con excepción del que está divorciado y de la mujer que hubiese abandonado la casa conyugal o ha cometido adulterio, los padres, los descen-

65 Cfr. art. 569 del C.C.

dientes, abuelos y demás ascendientes o la persona que nombre el juez (artículos 50, 569 y 597 del C.C.)

El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de aquel, que no recibieren rentas suficientes para atender sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, tal como lo dispone el artículo 58 del C.C., modificado por el D.Leg. N° 768.

El administrador judicial ejerce la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley le confiere, excepto las que importen actos de disposición (artículos 54 y 55 inc. 5 del C.C.)

La presunción de muerte, conforme lo dispone el Código Civil, se produce cuando hayan transcurrido diez años después de las últimas noticias del desaparecido o cinco si este tuviere más de ochenta años de edad, o cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte o cuando se tenga certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. La ley presume su fallecimiento desde que la vida humana, en la generalidad de los casos, no puede pasar de ese límite, aun cuando pueden presentarse excepciones de que muy raras personas vivan más de 85 años.

La solicitud de la presunción de muerte será puesta en conocimiento de las personas que podrían ser los herederos forzosos de aquel y del Ministerio Público, indicando de ser posible la fecha probable y el lugar de la muerte del desaparecido. La pretensión se tramita como proceso no contencioso. Declarada la ausencia judicialmente, se establece la curatela respecto de los bienes de él, con los siguientes efectos:

- Suspende la patria potestad (artículo 466 inc. 2 del C.C.).
- Suspende la prescripción (artículo 1994 inc. 6 del C.C.).

La declaración judicial de ausencia debe inscribirse en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente, a fin de que el curador instituido cumpla con las obligaciones que le impone la ley y exigir los derechos que se le confiere⁶⁶.

Al tratar la representación (artículos 145 al 167 del C.C.), nuestro ordenamiento jurídico civil ha previsto otros casos de representación procesal: la de la sociedad conyugal (artículo 292 del C.C), albaceas (artículo 778 y siguientes del C.C.), obligaciones del albacea, representación de la testamentaria, indelegabilidad del albaceazgo (artículos 787, 788 y 789 del C.C.), entre otros.

66 Cfr. arts. 63 a 66 del C.C.

7.2. Representación procesal del incapaz

El Código Procesal Civil ha previsto taxativamente casos en que los organismos jurisdiccionales tienen la potestad para designar un curador procesal en los supuestos de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz. En todos los casos previstos, el juez es el encargado de elegir un representante para comparecer en un proceso en nombre y representación del incapaz cuando su representante legal no pueda hacerlo directamente, siendo responsable civilmente del nombramiento o de la ratificación del curador procesal. Para tal fin debe tenerse en cuenta las reglas siguientes:

1. Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o este estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, como ocurre con los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (artículo 44 del C.C.), su representante le expondrá al juez para que le designe un curador procesal o confirme o ratifique al designado por él. El juez atendiendo la petición del incapaz relativo le designará un curador procesal y si el propuesto lo considera idóneo procederá a ratificarlo.
2. Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representación o su representante se halla ausente, el juez nombrará un curador procesal a pedido de su representante legal o confirmará el propuesto si se trata de un incapaz relativo que ha dejado representante legal con facultades suficientes, siempre que lo considere idóneo.
3. El juez nombrará curador procesal cuando el incapaz relativo pretenda demandar a su representante legal o cuando sea demandado por éste. El juez será responsable por el retardo en designarle curador a fin de que ejerza la representación legal, si el incapaz lo hubiera propuesto lo confirmará siempre que lo considere idóneo.
4. También el juez nombrará un curador procesal cuando advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal y si en ese conflicto tiene conocimiento el juez que el incapaz ha propuesto un representante legal observando las formalidades que le permite la ley, confirmará el propuesto siempre que se trate de un incapaz relativo⁶⁷.

67 Cfr. art. 66 del C. P. C.

7.3. Representación procesal de las personas jurídicas

Las personas jurídicas denominadas también personas morales o entes ficticios o ideales comparecen al proceso en forma muy distinta a las personas naturales o físicas. Por su naturaleza intrínseca, las personas jurídicas están imposibilitadas para comparecer directamente ante los organismos jurisdiccionales, éstas tienen que hacerlo forzosamente por medio de las personas naturales o físicas o individuales, por el mecanismo de la representación procesal. Es el espíritu teleológico del artículo 64 del C.P.C., al disponer que: "Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que dispone la Constitución, la ley o el respectivo estatuto".

Dada la diversidad de personas jurídicas que se constituyen tanto en el campo del derecho público interno o externo como en el derecho privado, con diferentes denominaciones, que muchas veces se usan de manera fraudulenta, con fines contrarios al derecho, la Constitución Política, las leyes o los estatutos de creación y funcionamiento disponen los requisitos y formalidades para que tengan personalidad jurídica válidamente inscritas en los Registros Públicos.

Nuestro ordenamiento procesal ha facultado a las personas jurídicas a comparecer ante los organismos jurisdiccionales obligatoriamente por medio de sus representantes, quienes en su nombre pueden adquirir derechos y contraer obligaciones válidamente por sus representados.

También hay personas jurídicas de hecho en formación o constitución, en funcionamiento y otras en liquidación, por eso no se puede dar una regla general de la representación procesal como sucede con las personas naturales. En estos casos, los jueces deben ser sumamente cautelosos para admitir a quienes comparecen en su nombre como parte en un determinado proceso atribuyéndose una representación y están obligados a proteger los derechos de terceros de aquellas personas que comparecen a un proceso sin tener la *legitimatío ad procesum*, obligándoles a responder solidariamente de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de que haya sido inscrita y ratificada⁶⁸.

68 Cfr. Sección Segunda. Personas Jurídicas. Disposiciones generales del C.C.:

"Artículo 76°. La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación".

"Artículo 77°. La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros".

"Artículo 78°. La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni

Nuestro ordenamiento civil, material o sustancial, confiere representación procesal en forma expresa a las personas jurídicas de derecho privado, como las asociaciones, fundaciones y comités. Así, en las asociaciones tienen representación procesal el presidente del consejo directivo o quien haga sus veces (art. 124 del C.C.), en las fundaciones ejerce representación el presidente del consejo de supervigilancia de las fundaciones, el representante del Ministerio Público o quien tenga legítimo interés, siendo solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído, pudiendo ordenar la sala civil de la Corte Superior de la sede de la fundación la afectación de los bienes a favor de otras fundaciones con fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial (arts. 127, 128 y 129 del C.C.). El comité está representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces (art. 130 del C.C.).

En las sociedades mercantiles ejercen la representación legal el directorio, los gerentes o administradores conforme a sus estatutos de constitución; los que gozan de las facultades generales y especiales de la representación procesal previstas en el código adjetivo por el sólo mérito de su nombramiento y son responsables solidariamente de la gestión y representación ante la sociedad; los accionistas y terceros por los daños y perjuicios que ocasionen por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave, sin perjuicio de la responsabilidad penal; inclusive pueden ser separados del cargo⁶⁹.

están obligados a satisfacer sus deudas”.

“Artículo 79º. La persona jurídica miembro de otra debe indicar quien la representa”.

“Ley Nº 26789. Artículo Único. El administrador, representante legal o presidente del consejo directivo, según corresponda de las personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en los arts. 74º y 75º del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N º 768, por el sólo mérito de su nombramiento inscrito en el registro correspondiente, salvo disposición estatutaria en contrario.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, sólo debe presentarse copia notarialmente certificada del documento donde consta el nombramiento inscrito”.

69 Cfr. Ley General de Sociedades.

“Artículo 172º. - Gestión y representación. El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general”.

“Artículo 188º. - Atribuciones del gerente. Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social.
2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil...”

“Artículo 190º. - Responsabilidad. El gerente es responsable ante la sociedad, los accionistas y terceros por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.

Es particularmente responsable por:

1. Existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros

7.3.1. Formas de la representación

Los que ejercen la representación son designados por los miembros que integran la persona jurídica de derecho público o de derecho privado para representarlos en un determinado proceso. El otorgamiento de facultades a través de la representación debe constar en forma expresa de parte de los entes públicos o privados conforme a las normas de la Constitución Política, las leyes y los estatutos; y por imperio de las leyes también se otorgan facultades de delegación en favor a terceras personas para que contribuyan a cumplir los altos fines de sus representadas.

En las personas jurídicas de Derecho Público la representación es más formalista; por consiguiente, los representantes deben cumplir con la representación que expresamente se les ha encargado en defensa de los intereses de las instituciones estatales y paraestatales; en cambio, en las de Derecho Privado la representación se rige por el principio de literalidad, debe constar en escritura pública debidamente inscrita en el registro respectivo y no hay presunción de la existencia de facultades si no están conferidas explícitamente para realizar actos jurídicos o actos procesales en nombre de sus representados, con la finalidad de alcanzar el bienestar social dentro de la comunidad donde se desenvuelve.

En conclusión, la forma de representación es eminentemente literal y no hay presunción del otorgamiento de facultades explícitamente.

7.3.2. Extensión de la representación

Los representantes de las personas jurídicas de Derecho Privado tienen las facultades que les confiere el poder general y, extensivamente, las facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente⁷⁰.

que debe llevar un ordenado comerciante..."

"Artículo 287º.- Administración: gerentes.

La administración de la sociedad se encarga a uno o más gerentes, socios o no, quienes la representan en todos los asuntos relativos a su objeto. Los gerentes no pueden dedicarse por cuenta propia o ajena, al mismo género de negocios que constituye el objeto de la sociedad. Los gerentes o administradores gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal por el solo mérito de su nombramiento. Los gerentes pueden ser separados de su cargo según acuerdo adoptado por mayoría simple del capital social, excepto cuando tal nombramiento hubiese sido condición de pacto social, en cuyo caso solo podrán ser removidos judicialmente y por dolo, culpa o inhabilidad para ejercerlo".

70 Cfr. arts. 74 y 75 del C.P.C. y la Ley N° 26789 publicada el 16/05/97; "Artículo Unico.- El administrador, representante legal o el presidente del consejo directivo, según corresponda, de las personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los arts. 74º y 75º del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 768, por el sólo mérito de su nombramiento inscrito en el registro correspondiente, salvo disposición estatutaria en contrario.

La amplitud de la representación no puede ser limitada ni negada. Se trata de atribuciones legales, de tal manera que toda restricción o reserva que contengan los estatutos o actas de las personas jurídicas, se considerarán no puestas; por cuanto los estatutos de constitución de las personas jurídicas de Derecho Privado no pueden reglamentar contra el texto expreso de las leyes ordinarias. Así, por ejemplo, en el caso de que los estatutos de las asociaciones o de cualquier persona jurídica de Derecho Privado contravinieran las disposiciones legales no tendrán ningún valor, porque los estatutos o actas no tienen mayor valor que la ley.

El estatuto de cada persona jurídica de Derecho Privado debe contener las facultades especiales dentro del marco legal, y estar inscrito en el registro de personas jurídicas. Si no se inscribe no adquiere personalidad jurídica, pues el que ejerce representación de las personas jurídicas como parte procesal es como persona natural que comparece directamente en nombre de la persona jurídica.

7.3.3. Fin de la representación

7.3.3.1. En forma voluntaria

La representación de las personas jurídicas de Derecho Privado finaliza por revocación del mandato que se ha conferido al representante o por destitución del cargo; y otras veces por renuncia del representante a las facultades que le ha conferido su representado (artículos 78 y 79 del C.P.C.). En el primer caso, cualquiera que fuera la causa del cese, éste sólo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo representante, con independencia de la fecha y la forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior; en el segundo supuesto, 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.

Las facultades de los representantes de las personas jurídicas en un proceso no emanan de un poder otorgado — como sucede en el caso de las personas naturales —, sino de la voluntad de quienes ejercen la representación como los directores, gerentes, presidentes, administradores, etc. No puede tratarse, por consiguiente, de revocación de facultades ni de destitución que no tienen, ni que ellos renuncien a una representación que tampoco le han conferido los representantes legales de las personas jurídicas.

La finalización de la representación voluntaria debe hacerla el representado o el representante, observando las mismas formalidades, razón por la cual nuestro ordenamiento procesal ha dispuesto que la ejecución de un acto procesal por el representado no supone la revocación del poder, sino que el representado debe hacerlo en

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, sólo debe presentarse copia notarialmente certificada del documento donde consta el nombramiento inscrito"

forma expresa, ya sea por escrito presentado ante el juez precisando si es revocación, sustitución, destitución u otro análogo o por acta ante el mismo órgano jurisdiccional.

7.3.3.2. En forma involuntaria

Por lo general, la representación termina por cumplir la finalidad que le han conferido la Constitución, la ley y los estatutos de constitución de la persona jurídica de Derecho Privado, así como también por muerte, interdicción civil, inhabilitación, por haber sido declarado en quiebra.

Igualmente, las personas jurídicas de Derecho Privado que litigan bajo la forma de endoso que contenga la cláusula “en procuración”, “en canje” u otra equivalente, no transfieren la propiedad del título valor, sino sólo le confieren representación procesal con todos los derechos y obligaciones que corresponden al endosante, con facultades generales y especiales.

La representación no se extingue por incapacidad sobreviniente del endosante ni por muerte de éste, ni su revocación surte efectos respecto de terceros, sino desde que el endoso se cancele a través del proceso sumarísimo o por la devolución testado o mediante el endoso del endosatario (representante) a su mismo endosante y en el mismo título⁷¹.

7.3.4. Representación de las personas jurídicas extranjeras

La representación de las personas jurídicas extranjeras ante los jueces está regulada por las leyes de los organismos públicos o de las entidades privadas a las que la ley otorga personalidad jurídica.

Para adquirir capacidad jurídica, las personas jurídicas extranjeras deben estar formalmente registradas en los libros del registro de personas jurídicas, de acuerdo con sus estatutos de constitución en la oficina que corresponda al domicilio social.

En el Perú, las personas jurídicas extranjeras, sus sucursales, agencias o establecimientos que realicen actividades en el territorio nacional están sujetas a las normas

71 Cfr. Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores:

“Artículo 41º.- Endoso en procuración o en cobranza

41.1 El endoso que contenga la cláusula “en procuración”, “en canje” u otra equivalente, no transfiere la propiedad del título valor; pero faculta al endosatario para actuar en nombre de su endosante, estando autorizado a presentar el título valor a su aceptación, solicitar su reconocimiento, cobrarlo judicial o extrajudicialmente, endosarlo sólo en procuración y protestarlo u obtener la constancia de su incumplimiento, de ser el caso.

41.2 El endosatario conforme a las cláusulas señaladas en el párrafo anterior, por el solo mérito del endoso, goza de todos los derechos y obligaciones que corresponden a su endosante, incluso de las facultades generales y especiales de orden procesal, sin que se requiera señalarlo ni cumplir con las formalidades de la ley para designar representante.

41.3 El endoso antes señalado no se extingue por incapacidad sobreviniente del endosante o por muerte de éste, ni su revocación surte efectos respecto a terceros, sino desde que el endoso se cancele. La cancelación de este endoso puede solicitarse en proceso sumarísimo; y, se entiende hecha si se devuelve testado o mediante endoso del endosatario en procuración a su respectivo endosante.

41.4 El obligado puede oponer al endosatario en procuración sólo los medios de defensa que proceden contra el endosante en procuración”.

constitucionales, leyes ordinarias o a las disposiciones legales que regulan la representación de las personas jurídicas constituidas bajo el imperio de la soberanía peruana, con las limitaciones de los pactos o convenios internacionales o a las disposiciones legales en contrario⁷².

Las personas jurídicas extranjeras de Derecho Público, cuya existencia emane de acuerdos internacionales obligatorios en el Perú, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones válidamente en el país, de conformidad con las leyes peruanas y cuando se tratan de personas jurídicas extranjeras de Derecho Privado se rigen por las leyes peruanas.

La capacidad jurídica de las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por la ley peruana a las nacionales; en consecuencia, cualesquiera que sea la forma de constitución (las asociaciones, comités, fundaciones, sociedades, etc), si éstas comparecen como demandantes o demandados a un proceso se someterán expresa o tácitamente a la competencia del juez sin más limitaciones que las que la ley dispone para las personas jurídicas nacionales, siempre que sus representantes se encuentren domiciliados en el territorio nacional, en virtud del principio de territorialidad o de soberanía de los Estados o se trate de personas jurídicas extranjeras, cuyos bienes se encuentren situados en el país – que se regirán por *la lex res sitae* o ley de la situación o ubicación de los bienes –, o cuando se traten de obligaciones derivadas de la ley o de los contratos, éstas se regirán por la ley peruana.

Si se han constituido en el extranjero personas jurídicas de derecho privado, en el Perú son reconocidas de pleno derecho, sin necesidad de que haya declaración jurisdiccional y se reputan con capacidad procesal para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan; pero cuando se trata de realizar o ejecutar actos comprendidos en el objeto de constitución, modificación o extinción se sujetarán a las prescripciones establecidas por la legislación peruana, salvo disposición legal expresa en contrario⁷³.

8. REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

El patrimonio autónomo puede estar constituido por dos o más personas que tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir persona jurídica, como puede ocurrir en las sociedades de hecho, la copropiedad, el usufructo, los derechos hereditarios, etc.

72 Cfr. art. 67 del C.P.C.

73 Cfr. arts. 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2059, 2072, 2073 y 2074 del C.C.

La representación procesal del patrimonio autónomo corresponde a cualquiera de sus partícipes cuando comparecen a los órganos jurisdiccionales como demandantes, pero si lo hacen como demandados la representación corresponde a la totalidad de los que la conforman como si se tratara de un litisconsorcio necesario, porque la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, de modo que todos deben ser emplazados válidamente para que puedan hacer uso del derecho de contradicción en el proceso.

En el régimen del matrimonio la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, salvo que uno de ellos otorgue poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. Cuando se trate de las necesidades ordinarias del hogar, como sucede en el cuidado de los hijos, la alimentación, educación, habitación, etc. y de los actos de administración y conservación, en todo o en parte, la representación conyugal es ejercitada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Las facultades inherentes son de mera administración y queda obligado a devolver la administración de los bienes en cualquier momento a requerimiento del propietario.

Si cualquiera de los cónyuges se excede de las facultades que le confiere la representación de la sociedad conyugal, quien se siente afectado por las facultades conferidas puede demandar en proceso abreviado ante el juez de paz letrado por ejercicio abusivo del derecho, para limitarlo en todo o en parte⁷⁴.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, por tratarse de demandado indeterminado o incierto o con domicilio o residencia ignorados, se les emplazará por edictos para que hagan uso del derecho de contradicción, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal⁷⁵.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades de referencia procesal, sin perjuicio del resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, costas, costos y multas establecidas en el proceso terminado.

9. REPRESENTACIÓN POR APODERADO JUDICIAL

Es conocida con el nombre de representación voluntaria, porque permite a las personas naturales que no pueden comparecer directamente a hacerlo por medio de otras personas llamadas apoderados, en virtud del contrato de mandato; y, solamente por

74 Cfr. art. 292 del C.C.

75 Cfr. art. 435 del C.P.C.

excepción en ciertos casos, la designación de apoderado es obligatoria cuando la ley expresamente lo determina.

Los apoderados son personas capaces que representan a las personas naturales o físicas o individuales que no pueden comparecer directa o personalmente al Juez en un determinado proceso, como demandante o demandado. Con tal fin deben estar investidos de un poder otorgado con las formalidades que la ley establezca, para evitar que el demandado le oponga la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, cuando el apoderado comparece como demandante o demandado sin tener la representación que se atribuye.

9.1. Designación de apoderado judicial

Por regla general, la designación de apoderado es potestad del demandante o del demandado sin ninguna restricción, salvo disposición expresa que establece que la comparecencia es obligatoria. Para designar apoderado judicial solo es suficiente la voluntad de la persona que es parte en un proceso y su nombramiento no necesita expresar motivo o causal alguna.

El juez, como director del proceso, en mérito del principio de dirección e impulso procesal de oficio, debe cuidar que la relación procesal nazca válida, por lo que exigirá al apoderado, que comparece en representación de su poderdante, esté investido de un poder con las formalidades que la ley establece.

Pese a que el apoderado está investido de todas las facultades generales y especiales del mandato para realizar determinados actos procesales, su colitigante puede exigir la comparecencia personal de la otra parte para practicar determinadas diligencias como, por ejemplo, absolver posiciones en la declaración de parte, reconocer documentos, confrontación entre testigos, entre peritos y entre estos, aquellos y las partes y entre estas mismas para lograr la finalidad de los medios probatorios.

La comparecencia personal se debe notificar personalmente al responsable de tales actos procesales y no entenderse con el apoderado; *contrario sensu*, si una de las partes cree que puede hacerlo su apoderado, en aras del principio de economía procesal, celeridad, concentración, inmediación y teniendo en cuenta que los medios probatorios son actuados en la audiencia de pruebas y valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, decidirá si la diligencia que le han notificado para que la haga personalmente la llevará a cabo su apoderado.

En este sistema procesal, una de las partes no puede imponer que los medios probatorios de carácter personal se actúen con el apoderado, aunque esté facultado para hacerlo si el colitigante no lo permite. Esto es así, porque las partes en conflicto son titulares del derecho de acción y de contradicción y, por lo tanto, tienen la facultad de decidir; es decir, así como no se le puede permitir eludir practicar determinados actos procesales, tampoco se puede obligar al apoderado a practicar diligencias de carácter personal sin la autorización de su representado.

Por otra parte, el representado en ejercicio y cautela de sus derechos puede incorporarse al proceso en cualquier momento, revocando o no el poder conferido, sustituyendo al apoderado en las circunstancias y con las personas que más convenga a sus intereses, pues el mandato por su origen es unilateral y el acto jurídico se convierte en bilateral desde el momento que la persona designada comparece al proceso en su representación.

9.2. Requisitos para ser apoderado

Todas las personas que gozan de capacidad de ejercicio pueden ser apoderados por encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles; es decir, todas las personas que tienen capacidad procesal para comparecer y defender sus derechos personalmente, también la tienen para defender los derechos ajenos como apoderados.

Sin embargo, hay personas que pueden comparecer ante el juez y no gozan de sus derechos civiles, como por ejemplo los menores de catorce años, la madre menor de edad en defensa de los derechos de sus hijos, etc., quienes tienen capacidad procesal para defender sus derechos, pero no pueden ser apoderados debido a su capacidad de ejercicio limitada.

Al consagrarse el principio de igualdad jurídica en la Constitución Política de 1979, en el art. 2 inc. 2) y en el art. 4 del C.C., tanto el varón como la mujer tienen igual capacidad jurídica y de ejercicio de sus derechos civiles. El artículo 292 del C.C., en forma expresa, confiere a los cónyuges la representación de la sociedad conyugal en forma conjunta y se les permite otorgarse poder para ejercer dicha representación de manera total o parcial.

Asimismo, el artículo 313 del C.C. les faculta a ambos cónyuges a la administración del patrimonio social, salvo que alguno de ellos voluntariamente autorice al otro para que asuma exclusivamente la administración de todos o de algunos de los bienes, con las responsabilidades por los actos dolosos o culposos que en el ejercicio de la administración resulte. El artículo 314 del C.C. prevé que uno de los cónyuges asuma la administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges, cuando el otro se encuentre en estado de interdicción u otra causa, cuando se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto o ha abandonado el hogar conyugal.

9.3 Personas prohibidas de ser apoderados

9.3.1. Personas absoluta y relativamente incapaces

El Código Civil ha normado que los menores de dieciséis años, salvo en aquellos actos determinados por la ley, los que se encuentren privados de discernimiento (enfermos mentales), los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden

expresar su voluntad de manera indubitable⁷⁶ son personas absolutamente incapaces y para cautelar sus derechos civiles se les ha conferido una representación legal; en consecuencia, si no tienen capacidad para comparecer directamente a un proceso, mucho menos podrán ejercer una representación voluntaria para representar y defender derechos ajenos, por cuanto éstos comparecen a los organismos jurisdiccionales a través de un curador.

Las personas relativamente incapaces tampoco pueden ejercer representación voluntaria porque sus derechos están limitados⁷⁷.

Los actos jurídicos que realicen, tanto las personas absolutamente incapaces como los incapaces relativos serán nulos o anulables, por estar afectados de las causales de nulidad absoluta o relativa. Siendo el contrato de mandato con representación un acto jurídico, las personas incapaces no pueden intervenir en un proceso que está regulado por normas de Derecho Público y además se les opondría la excepción de incapacidad de su representante.

9.3.2. Los magistrados del Poder Judicial

La función jurisdiccional es incompatible con cualquier actividad pública o privada, por mandato imperativo del artículo 146 de la Constitución Política y el artículo 40 incs. 1 y 3 de la Ley de carrera Judicial N° 29277. Esta norma prohíbe tácitamente a los magistrados judiciales ser apoderados, sólo les faculta a ejercer:

- a) La docencia universitaria en materias jurídicas fuera del horario de trabajo, como lo dispone el artículo 146 de la Constitución Política. Igualmente, con las mismas limitaciones, pueden realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título

76 Cfr. art. 43 del C.C.: "Son relativamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable".

77 Cfr. art. 44 del C.C.: "Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil".

personal en congresos y conferencias⁷⁸. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha resuelto en la acción de inconstitucionalidad seguida por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo 40.3 de la Ley de Carrera Judicial N° 29277, en el Expediente N° 00019-2009-PI, al declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la expresión “en materias jurídicas” del artículo 40, inciso 3), de la Ley 29277 de la Carrera Judicial, quedando subsistente la disposición con el siguiente contenido: “*Está prohibido a los jueces: 3. aceptar cargos remunerados dentro de las instituciones públicas o privadas, a excepción del ejercicio de la docencia universitaria*”⁷⁹.

De modo que la prohibición de solo ocho horas de docencia universitaria ha quedado sin efecto y los magistrados del Poder Judicial y del sistema de justicia (Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura y Oficina de Control de la Magistratura) tienen al amparo constitucional el ejercicio libre de la docencia universitaria en materias jurídicas fuera del despacho judicial.

- b) Defender pública o privadamente en causa propia, de su cónyuge, ascendiente o descendiente y hermanos.

Por nuestra parte, opinamos que esta prohibición no alcanza a los jueces suplentes ni a los abogados que desempeñan juzgados de paz por provenir de elección popular. El fundamento de la prohibición de los magistrados judiciales para ser apoderados está en la incompatibilidad que existe entre la función pública y la del Ministerio de la Defensa, porque el abogado que es apoderado no solamente ejerce la representación procesal como parte, sino también contribuye en los actos de prosecución de la instancia y en casación, en desmedro de la imparcialidad que debe imperar en todo proceso.

78 Cfr. art. 40 inc. 3. de la Ley de carrera Judicial. Ley N° 29277

79 Cfr. Exp. N° 00019-2009-PI del TC, los fundamentos 31, 32 y 33 en “ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD EXTERNA DE LOS JUECES. (a) **Sobre las labores académicas**”

31. El artículo 40, inciso 3) de la Ley de la Carrera Judicial prohíbe a los jueces, “(...) aceptar cargos remunerados dentro de las instituciones públicas o privadas, a excepción del ejercicio de la docencia universitaria en materias jurídicas”. Se alega su inconstitucionalidad porque prohíbe que los jueces puedan enseñar materias distintas a las jurídicas, pese a que la Constitución no lo restringe. El Congreso de la República, por su parte, considera que la disposición cuestionada está orientada a lograr la idoneidad de la magistratura.

32. El artículo 146 de la Constitución establece que “La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo (...)”. Dicho precepto constitucional permite, por excepción, que los jueces realicen actividades docentes universitarias, sin imponer algún tipo de restricción a las materias que puedan ser enseñadas.

33. A juicio del Tribunal, una limitación como la establecida en el artículo 40, inciso 3) de la Ley de la Carrera Judicial contiene una intervención excesiva en el derecho de los jueces a ejercer actividades de docencia universitaria fuera del horario de trabajo. Y es que si bien esta pueda tener una finalidad constitucionalmente legítima y no ser patentemente innecesaria, el Tribunal considera que no satisface las exigencias derivadas del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

9.3.3. Los auxiliares jurisdiccionales

Por mandato expreso del artículo 251 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los secretarios y relatores de salas de la Corte Suprema, secretarios y relatores de salas de las cortes superiores, secretarios de juzgados especializados o mixtos y de paz letrados, y oficiales auxiliares de justicia están prohibidos de ser apoderados, salvo en asuntos personales, de su cónyuge, ascendiente, descendiente y hermanos.

La razón radica en que resultaría contraproducente las obligaciones de estos auxiliares jurisdiccionales -guardar secreto de lo que ocurra en la actividad jurisdiccional, entre otros- con las facultades de representación que les otorgan las partes, cuyos intereses en conflicto son opuestos a la función pública que desempeñan.

9.3.4. Los notarios públicos

Son funcionarios públicos encargados de dar fe de los actos jurídicos que realizan las partes; es decir, son fedatarios de los actos que contienen las escrituras públicas que conservan en sus oficinas, razón por la cual el artículo 13 inc. 2 de la Ley del Notariado les prohíbe ejercer representación convencional como apoderados o mandatarios judiciales en cualquier proceso judicial.

9.3.5. Los registradores de los Registros Públicos

Los funcionarios de los registros públicos califican la legalidad de los documentos cuya inscripción solicitan las personas naturales o jurídicas, verifican la capacidad de los otorgantes y la validez del acto que contienen los asientos de los registros públicos, cuyos antecedentes tienen en su respectivo archivo bajo su custodia. El artículo 52 inc. c) de su reglamento les prohíbe ser apoderados para ejercer representación de cualquiera de las partes que intervienen en un determinado proceso, por ser guardadores de la fe pública de los sujetos de derecho privado.

9.3.6. Los miembros del Ministerio Público

Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos, prerrogativas, obligaciones e incompatibilidades que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Tienen como funciones principales la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y los intereses públicos, por lo que resultaría incompatible el cargo de apoderado con el de representante legal de la sociedad. El artículo 20 inc. e) del D.Leg. N° 052 les prohíbe expresamente aceptar mandatos, salvo de su cónyuge para actos que no tengan relación alguna con el ejercicio de su función, ni tengan por objeto hacerlo valer ante la Administración Pública o en el Poder Judicial cuando las circunstancias lo exijan, toda vez que dentro de su jerarquía tienen funciones específicas.

9.3.7. Los procuradores generales de la República

Ejercen la representación del Estado en todas las instancias de los procesos judiciales y ejercitan la defensa de los intereses y derechos del Estado en los procesos y

procedimientos cuando comparecen como demandante, demandado, denunciante o parte civil de los intereses y derechos de los diferentes ministerios.

Para demandar a nombre del Estado, será necesaria la expedición previa de la resolución suprema autoritativa, salvo que se trate de medidas cautelares o pruebas anticipadas necesarias para defender o promover los derechos del Estado. Todas sus atribuciones están reglamentadas en el D. L. N° 17537, en el cual se les prohíbe expresamente intervenir como apoderados de las personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, en los procesos en que el Estado sea parte⁸⁰, salvo en causa propia, de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

9.4. Aceptación del poder

En la aceptación del poder hay una presunción *jure et de jure* (artículo 71 del C.P.C.) por la cual se tiene por aceptado el poder desde que el apoderado ejerce la representación en nombre del representado. La aceptación del poder, que se presume por el hecho de presentarse en un proceso a ejercerlo, hace asumir al apoderado las responsabilidades que la ley impone a todo mandatario; por consiguiente, al apersonarse ante los organismos jurisdiccionales en nombre de su poderdante, tiene la obligación de practicar personalmente los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del representado, salvo disposición distinta que necesite un poder especial; así como de comunicar sin retardo a su representado la ejecución del mandato y rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el representado⁸¹.

Los procuradores generales de la república titulares y procuradores adjuntos, en su caso, podrán conferir poder en juicio, por acta o delegar su representación por simple escrito judicial a favor de los abogados auxiliares en la defensa de los intereses y derechos del Estado. También se presume la aceptación de la representación del Estado como parte desde que se apersonan y entre sus obligaciones está la de ejercitar en los procesos todos los recursos legales que sean necesarios en defensa de los derechos del Estado⁸².

80 Cfr. art. 19 del D. L. N° 17537: "Los Procuradores Generales de la República no pueden intervenir como abogados ni apoderados de litigantes en los juicios en los que el Sector Público Nacional sea parte.

La prohibición precedente se hace extensiva a los Procuradores Adjuntos, Abogados Auxiliares, personal letrado de Secretaría, y a Abogados que formen estudios colectivos con cualquiera de ellos.

Esta prohibición no rige cuando se trata de causa propia, de su cónyuge, ascendientes o descendientes".

81 Cfr. art. 1793 del C.C.

82 Cfr. arts. 18 y 35 del D. L. N° 17537.

9.5. Obligaciones de los apoderados

El contrato de mandato, por su origen, es unilateral; pero desde el momento que es aceptado, se convierte en un acto bilateral y, por consiguiente, el mandatario tiene derecho y obligaciones que cumplir.

9.5.1. En el Código Civil

Cuando el apoderado se apersona en un determinado proceso, tiene la obligación de acreditar su representación mediante la presentación de un poder, tal como lo dispone el artículo 164 del C.C. En todos los actos que celebre debe expresar que procede en nombre de su representado y, si fuere requerido, acreditar previamente su representación.

Asimismo debe aclarar si el poder consta en instrumento público y ha sido presentado ya en otro proceso. Es suficiente que el apoderado lo refiera, solicitando que el secretario de juzgado ponga en autos copia certificada del poder, sin que esto signifique que ya tiene acreditada su condición de apoderado de una de las partes mientras no se haya cumplido la resolución del juez. La presentación del poder tiene por finalidad apreciar las facultades de que está investido el apoderado. Cuando el poder está inscrito en el registro de mandatos, le basta al apoderado indicar el libro, tomo y folio en que consta la inscripción.

Los artículos 1793 y 1794 del Código Civil le imponen al mandatario otras obligaciones, entre ellas, practicar personalmente los actos de representación, sujetándose a las instrucciones del mandante, salvo disposición distinta y que consta en forma expresa: comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato, rendir cuentas de su actuación en plazo fijado o cuando lo exija el mandante, restituir el dinero o los bienes que ha de emplear para el cumplimiento del mandato o que debe entregar al mandante y al pago de la indemnización de los daños y perjuicios que le irroge.

Los daños y perjuicios resultan solamente de la responsabilidad *contractual o convencional* en cuanto se haya expresado en el instrumento en que consta el acto de mandato; y, en caso que los representantes sean dos o más, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común (artículo 148 del C.C.); cuando los mandatarios sean varios y la representación la ejercen conjuntamente, también responden solidariamente (artículo 1795 del C.C.).

9.5.2. En el Código Procesal Civil

En virtud del principio de la condena en costas y costos, la parte vencida en un proceso está obligada a su reembolso en cada instancia aunque no haya sido demandado, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración; pero si la resolución de segunda instancia revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Esta regla también se aplica para lo que resuelva la Corte de Casación. Solamente en

los casos que se haya concedido auxilio judicial a la parte ganadora se le reembolsará el pago de las tasas judiciales al Poder Judicial.

Las costas y costos son los diferentes gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, para la prosecución y defensa de un derecho sustancial de quien representa, por la actividad procesal en el interior del proceso en nombre de la parte material. Por imperio del artículo 1791 del C.C., el mandato se presume oneroso. En caso de no haberse pactado el monto de la retribución, se fijará sobre la base de los honorarios mínimos de la ocupación o profesión del apoderado; a falta de éstos, por los usos; y a falta de unos y otros, será el Juez quien lo determine. De ahí se infiere la obligación del apoderado de pagar las costas y costos originados por que representa al poderdante, ya que tiene el deber de atender con diligencia los diferentes actos procesales, pues la representación que ejerce el apoderado es retribuida.

El Código Procesal Civil sanciona con el pago de costas y costos al litigante malicioso en el ejercicio irregular del derecho de acción (artículo 4). En los casos de cuestionamiento a través de la contienda de competencia, si se dirime a favor del juez requiriente, las costas y costos debe pagarlas el demandante; pero si se dirime a favor del juez requerido, las costas y costos son pagados por el demandado que promovió la contienda de competencia (artículo 45).

Al apelante también se le condena al pago de costas y costos cuando la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera (artículo 381), al que interpone el recurso de casación, si el recurso se declara *inadmisible, improcedente o infundado* (artículo 399), al que interpone recuso de queja y esta se declara infundada (artículo 404), contra la parte vencida en la interposición de las excepciones (artículo 457), contra el rebelde (artículo 464), etc.

Las multas son sanciones pecuniarias que imponen los jueces a las partes litigantes por las infracciones a una norma procesal. Tanto la ley orgánica del Poder Judicial en el artículo 185 inc. 5 como el Código Procesal Civil han otorgado facultades a los jueces para imponer sanciones de multa a las partes o apoderados que contravienen normas de Derecho Público. En ejercicio de las facultades coercitivas, los jueces pueden imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla con sus disposiciones resolutivas.

Por el principio discrecional, el juez sanciona dentro de los límites que expresamente fija la ley procesal (artículo 53 inc. 1 del C.P.C.) al apoderado que actúa con dolo o negligencia en el ejercicio de su función, imponiéndole una multa no menor de cinco ni mayor de veinte unidades de referencia procesal, que serán compartidas entre el auxiliado y el Poder Judicial (artículo 186 del C.P.C.).

A la parte que incumple con el mandato de exhibición de documentos, el juez le impone una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal (artículo 261 del C.P.C.); a la parte que maliciosamente formule tacha u oposición

a los medios probatorios se le impone una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal (artículo 304 del C.P.C.). El juez condena al recusante a pagar una multa no menor de tres ni mayor de diez U.R.P. cuando se declara infundada (artículo 316 del C.P.C.).

El juez también impondrá sanción por juramento falso al demandante o su apoderado en forma individual cuando faltan al deber de veracidad respecto a la dirección domiciliaria del demandado, con una multa no menor de diez ni mayor de treinta unidades de referencia procesal (artículo 441 del C.P.C.).

A la parte que ha propuesto una excepción y defensa previa cuando se declaran infundadas se le impondrá una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal (artículo 457 del C.P.C.), si se declara infundada la demanda de responsabilidad civil de jueces y al expedirse sentencia el juez considera que el demandante ha actuado con malicia o ha difundido durante el proceso 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 (artículo 518 del C.P.C.), etc.

9.6. Casos de designación obligatoria de apoderado

Cuando varias personas comparecen ante el juez deben hacerlo conjuntamente o por medio de un apoderado común (artículo 76 del C.P.C.). Para que el juez expida la resolución nombrando apoderado común deben cumplirse dos presupuestos:

- 1) Que varias personas que litigan constituyan una sola parte, y
- 2) Que estas personas aleguen tener un derecho sustancial o un interés común.

No existiría justificación alguna para el nombramiento de un apoderado común, cuando se trate de los casos de acumulación subjetiva de pretensiones originarias y sucesivas.

En estos casos se trata más bien de litisconsorciales, que están obligados a litigar en forma conjunta como demandantes o demandados, pudiendo los jueces disponer el emplazamiento de una persona, si de la demanda o de la contestación advierte un litisconsorcio necesario; si no tiene la información necesaria para integrar la relación procesal, puede optar por devolver la demanda y requerir al demandante para que le proporcione los datos del litisconsorte para el emplazamiento y, si advierte después de admitida la demanda la existencia de un litisconsorte necesario, suspenderá la tramitación del proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal⁸³.

83 Cfr. art. 95 del C.P.C.

Si la parte que comparece ante los organismos jurisdiccionales no cumpliera con estos dos presupuestos, el juez recién les exigirá la actuación conjunta o el nombramiento de apoderado común dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ellos.

La parte notificada con esta resolución puede optar por las alternativas siguientes:

- a) Oponerse al mandato del juzgado, alegando que no se trata de un caso de litisconsorcio sino de una acumulación objetiva originaria o subjetiva originaria o sucesiva de pretensiones;
- b) Pedir autorización para litigar por separado, cuando uno de los demandantes o demandados tienen intereses incompatibles entre ellos;
- c) Cuando se haya demandado a varias personas, peticionar al juez para actuar en forma conjunta, apersonándose en común en el escrito de contestación de la demanda;
- d) Nombrar un apoderado común si es que la parte demandante designa a un abogado que les patrocine en forma conjunta; y
- e) Designación judicial, que se produce cuando los demandantes o demandados no cumplen con la resolución judicial dentro del plazo de diez días.

En este último supuesto, en efectividad del apercibimiento el juez nombra al apoderado común, que necesariamente es uno de los abogados de las personas en conflicto que se encuentre inscrito y hábil en su respectivo colegio y tal resolución es título que acredita la personería del apoderado común.

Al respecto, ASENSIO MELLADO afirma: “La regla que rige en el proceso civil es la obligatoriedad de asistencia por abogado habilitado legalmente en todo tipo de actuación”;⁸⁴ por consiguiente, el abogado que designe el juez como apoderado común debe estar inscrito y habilitado conforme al estatuto del respectivo colegio⁸⁵ para ejercer la abogacía en defensa de un derecho o un interés común de la parte que va ejercer la representación procesal.

El nombramiento de apoderado común tiene muchas ventajas: unidad en el planteamiento de la demanda en el ejercicio del derecho de acción de las personas demandantes y del uso de los mecanismos de las tachas u oposiciones, excepciones o defensas previas, contestación de la demanda, reconvencción, etc.; en el ejercicio del derecho de contradicción de las personas demandadas; la simplificación del proceso

84 Asencio Mellado, José María; Derecho Procesal Civil; Edit. Tirant lo Blanch Libros; Valencia, España; 1997; p. 78.

85 Cfr. art. 286 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescribe: “No puede patrocinar el abogado que: ...Inc. 2. Ha sido suspendido en el ejercicio por medida disciplinaria del Colegio de Abogados en donde se encuentra inscrito o no se halle hábil conforme al estatuto del respectivo colegio”.

en virtud del principio de bilateralidad o de contradicción, evidenciándose el principio de economía procesal porque solo se notifica a las dos partes, se usan los medios impugnatorios en menor escala, etc.

Estas circunstancias favorecen a todos los interesados que actúan representados por un apoderado común, pues así los gastos serán menores y repercuten hasta en el pago de costas y costos cuando una de las partes es vencida y el juez no los ha exonerado expresamente.

La tercera parte del artículo 76 del acotado código procesal previene: “la negativa de una persona a la designación de apoderado común o a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que litigue por separado”.

La incompatibilidad de intereses no debe confundirse con las discrepancias personales de las personas que intervienen en la relación procesal; la negativa puede incidir en la incompatibilidad del derecho sustancial que es materia de la controversia; en cambio, las discrepancias personales se refieren al buen entendimiento en las diversas relaciones que puedan tener dos o más personas, igual sucede con la enemistad entre las personas que conforman una de las partes. Cuando haya negativa expresa a ser representado por un apoderado común, es mérito suficiente para que el juez le permita litigar separadamente, sin necesidad de expresión de causa.

Los demandantes o demandados litisconsorciales voluntariamente pueden nombrar apoderado común antes de interponer la demanda en cualquier forma o antes de contestarla, pues no existe ninguna disposición prohibitiva, y por disposición constitucional: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”⁸⁶.

Sin embargo, cuando todas las personas demandantes o demandadas o alguna de ellas no están de acuerdo pueden litigar separadamente o cuando éstas no cumplen con el apercibimiento del juez, obligatoriamente se les designará un apoderado común, aun durante el desarrollo del proceso.

Cuando una de las partes ha designado apoderado común, la ley procesal le confiere la facultad de revocación del poder conferido. Esta revocación debe ser expresa y no tácita; la designación de otra persona como apoderado no supone una revocación; porque ha podido designar otro representante para que actúe en forma conjunta o indistintamente facilitando la defensa del apoderado común. El espíritu de la norma procesal es que la manifestación de voluntad sea expresa, aun mediante un escrito presentando directamente al juez que conoce el proceso revocando las facultades conferidas al apoderado común.

86 Cfr. art. 2 inc. 24, parágrafo a) de la Constitución Política.

En el supuesto que el apoderado común nombrado por el juez renuncie, la representación continúa hasta que la parte comparezca al proceso personalmente o a través de nuevo apoderado.

En conclusión, tanto la revocación del apoderado común como la renuncia del representante procesal no surte ningún efecto mientras no se designe un nuevo apoderado común y en tanto éste no se apersona al proceso; quedando por consiguiente paralizado el proceso. Consideramos que, en estos dos casos, el juez en virtud del principio de dirección e impulso de oficio tiene la potestad de hacer uso del apercibimiento a la parte que ha revocado el poder conferido para que nombre un nuevo apoderado común o si éste ha renunciado, el juez debe proceder a nombrar a otro abogado que represente a las personas que constituyen una sola parte, para sacar al proceso de su estancamiento y hacer efectivo los derechos sustanciales de las partes en conflicto, salvo que se traten de procesos que están exceptuados del impulso de oficio en forma expresa.

9.7. Clases de poder atendiendo a la formalidad empleada

El poder es el instrumento que contiene las facultades que el representado confiere a su apoderado judicial cuando no puede comparecer ante el juez personalmente para que ejerza su representación en un determinado proceso.

En el lenguaje forense se habla indistintamente de mandante y mandatario, poderdante y apoderado, representante y representado. En el primer caso se trata de la institución del contrato de mandato, ya sea con representación o sin representación a que se refiere nuestro Código Civil y en el segundo y tercer caso son términos que deben usarse desde el punto de vista procesal.

Al respecto, RAMOS MÉNDEZ acota: "El poder designa tanto la celebración del negocio de apoderamiento, cuando el propio documento que recoge tal declaración de voluntad de la parte. Se funda, pues, en la declaración de voluntad que efectúa el representado atribuyendo al Procurador toda la serie de facultades que han de integrar el contenido del mandato representativo. Otorgando el poder, el cliente designa e individualiza particularmente al Procurador que ha de representarle. Pero también es admisible la sustitución del Procurador si no consta expresamente la prohibición del cliente"⁸⁷.

El sistema procedimentalista español considera a los procuradores como mandatarios con representación de carácter civil. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo, también les confiere la representación procesal como parte procesal; por eso el insigne procesalista español utiliza una terminología civil y procesal en cuan-

87 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 113.

to al concepto de la institución del poder. A nuestro criterio, el procurador ejerce la representación procesal, lo hace en virtud del instrumento que contiene el poder de representación procesal.

Coincidimos con la opinión de CARRIÓN LUGO, cuando afirma: "Cabe aclarar que el tratamiento del poder, que consideramos una institución netamente procesal, es diferente del tratamiento del mandato, que es una institución eminentemente de orden civil. En este sentido, cuando el Código Civil menciona o utiliza la palabra poder hay que comprender que se está refiriendo al instituto que en doctrina se conoce como poder de representación. Cuando se hace alusión al poder de representación nos estamos refiriendo a la facultad que tiene el representante para negociar, celebrar y ejecutar actos jurídicos de orden material en nombre de su representado"⁸⁸.

El poder debe reunir dos requisitos fundamentales para su eficacia: legalidad y suficiencia.

En virtud del principio de legalidad, todo poder debe reunir las formalidades que la ley prescribe expresamente. Se trata, pues, de un requisito general que las partes están obligadas a cumplir con las modalidades extrínsecas e intrínsecas de los mandatos con representación.

En cuanto a la suficiencia, el poder debe adecuarse a la realización del acto procesal concreto que debe realizar el apoderado designado; si dicho acto no figura entre los que ha sido objeto del poder resultará insuficiente para su ejercicio.

Atendiendo a la formalidad, nuestro sistema procesal sólo les faculta a las partes a otorgar dos clases de poder.

9.7.1. Poder por escritura pública

Es un instrumento público que es extendido por los notarios públicos de acuerdo a la Ley de Notariado. Este poder faculta al apoderado a realizar toda clase de actos procesales en las diferentes etapas del proceso; además puede ser general y especial, esto es, de cualquier extensión. Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los registros públicos, tal como lo dispone el artículo 72 in fine del C.P.C.

Los poderes por escritura pública se otorgan para todos los procesos cuando la cuantía exceda de tres unidades impositivas tributarias. Fueron creados por el D.L. N° 22086 el 14 de febrero de 1978, que modificó al artículo 74 de la Ley de Notariado (D.L. N° 26002). Las unidades impositivas tributarias se reajustan anualmente, de modo que no ha habido necesidad de modificar o derogar tal disposición legal.

88 Carrión Lugo, Jorge; Tratado de Derecho Procesal Civil; T. I; Edit. Grijley; Lima, Perú; 2000; p. 214.

El 14 de agosto de 1979, la Ley de Notariado fue reformada al disponer: “Que no se requiere de minuta para extender poder por escritura pública, aceptación, sustitución, revocación o renuncia de mandato”⁸⁹.

El artículo 1 del D. S. N° 033-83-JUS elevó la cuantía del poder notarial fuera de registro, para que las partes puedan otorgar poderes en todos los procesos en que la cuantía no exceda de tres unidades impositivas tributarias y para todos los procedimientos por faltas; y se otorgará poder mediante carta con firma legalizada por el notario o juez de paz en los procesos cuya cuantía no exceda de media unidad impositiva tributaria.

Para el cobro por medio de apoderado de remuneraciones, pensiones y otros beneficios derivados de ellas, incluyendo reintegros y devengados, deben otorgarse los poderes bajo las siguientes modalidades:

- a) De más de una unidad impositiva tributaria por escritura pública;
- b) De media unidad impositiva tributaria mediante poder fuera de registro, y
- c) De cantidades menores a media unidad impositiva tributaria por carta poder con firma legalizada por notario y a falta de este por juez de paz.

9.7.2. Poder por acta

Es aquel que otorgan las partes en presencia del juez y del secretario a un tercero, para que éste las represente en un determinado proceso. Igualmente este poder puede otorgarse ante las cortes superiores en las salas civiles en revisión y en la corte suprema en casación y la suscriben el presidente de sala, el poderdante y el secretario respectivo.

Este poder se fundamenta en el principio de economía procesal, tal como apunta ASENCIO MELLADO: “Mediante comparecencia ante el Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal competente, solución ésta que, obviamente, resulta más económica”⁹⁰.

Estos poderes sirven también para toda clase de procesos, cualquiera que sea la cuantía y el procedimiento a observarse.

Algunos creen que esta clase de poder solamente permite otorgar poder general, porque el poder especial solo puede otorgarse por escritura pública; sin embargo, consideramos que con los poderes que confiere la jurisdicción a los organismos jurisdiccionales y la autenticidad que da el secretario de los actos que realizan las partes, el poder por acta no solo sirve para otorgar poder general sino también poder especial

89 Cfr. art. 7° del D. L. N° 22634.

90 Asencio Mellado, José María; Op. Cit.; p. 73.

por acta para que su representante realice actos procesales contenidos en el artículo 75 del C.P.C. Esto no significa que el apoderado en ejercicio de la representación se exceda de las facultades que le han sido conferidas, como por ejemplo realizar actos de disposición, cesión, donación, etc., de los bienes de su representado causándole daños irreparables.

9.8. Poder otorgado en el extranjero

Cuando las partes opten por otorgar poderes en el extranjero, deben hacerlo observando las formalidades que nuestra ley procesal dispone: el poder debe estar traducido al idioma respectivo de ser el caso y a través de él se pueden otorgar facultades generales o especiales para comparecer ante los organismos jurisdiccionales, debiendo aceptar expresamente el apoderado en el escrito en que se apersona al proceso por su representado.

Nuestra ley procesal resulta coherente con la autonomía de la voluntad respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales realizadas en el extranjero que ha previsto nuestro ordenamiento sustantivo⁹¹.

Al respecto, CARRIÓN LUGO acota: "Por lo tanto debemos admitir que la aceptación del poder constituye también una formalidad para el ejercicio de las facultades conferidas en él. Esta aceptación puede ser tácita, como cuando el apoderado ejerce de hecho la representación haciendo uso del poder conferido, o expresa, cuando el apoderado explícitamente acepta el ejercicio de la representación presentando un escrito en ese sentido"⁹².

9.9. Clases de facultades atendiendo a la extensión del poder

A diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles, el Código Procesal Civil permite a las partes que han acudido ante el juez para que les resuelva un conflicto de intereses conferir a través de poder facultades generales y facultades especiales.

91 Disposiciones del Código Civil:

"Artículo 2095º.- Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración".

"Artículo 2096º.- La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el art 2095º, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes".

92 Carrión Lugo, Jorge, Op. Cit.; T. I; p. 220.

9.9.1. Facultades generales

Mucho se confunde el mandato general con el poder que contiene facultades generales, el primero es una institución de orden sustantivo, el segundo es eminentemente procesal. De éstos nos ocuparemos a continuación.

Por el poder con facultades generales se autoriza al apoderado para representar a otra persona sin concederle ninguna facultad específica durante la secuela del proceso. Todo poder con facultades generales es extenso y toda limitación o reserva en contrario se considera no puesta, por cuanto es necesario que el apoderado esté investido de todo lo preciso, específico, limitativo para que el proceso se desarrolle como si el mismo titular estuviera atendiendo directa o personalmente. Con mucho acierto, el artículo 74 del C.P.C. no estatuye ninguna restricción; por consiguiente, el representante que ejerce la representación judicial tiene todas las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas.

La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y para exigir el pago de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y la realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado, como ocurre en la audiencia de pruebas, donde deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, salvo que por hecho grave o justificado (encontrarse detenido o haber sufrido un accidente) el juez autorizara a una de las partes a actuar mediante su representante, tal como lo dispone el artículo 203, segunda parte del C.P.C.

9.9.2. Facultades especiales

Es la potestad que tiene el representado de otorgar a su representante facultades determinadas para realizar actos procesales que están expresamente señalados en el artículo 75 del C.P.C. Este dispositivo de Derecho Público contiene una serie de facultades específicas que le permiten al apoderado realizar determinados actos procesales, como si lo hiciera personalmente el representado.

a. Realizar todos los actos de disposición de derechos sustanciales

Uno de los mayores aciertos de la técnica legislativa en materia procesal es que el representado puede autorizar a su representante a disponer de los derechos materiales o sustanciales que son objeto del conflicto, controversia o del litigio que se produce durante el curso del proceso. Así, por ejemplo, el apoderado haciendo uso de las facultades especiales puede apersonarse por su poderdante y desistirse del proceso y de la pretensión, en una demanda de reivindicación (vende el bien materia del litigio). En una obligación de dar suma de dinero el apoderado puede igualmente celebrar una transacción, etc.

b. Para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones.

Por la demanda, se hace uso el derecho de acción ejercitándose una pretensión material con la finalidad de que el juez preste la tutela jurisdiccional efectiva; y, por lo tanto, con la demanda se inicia el proceso, de modo que el ejercicio de un derecho material no puede hacerlo quien no está investido de un poder con esta facultad específica. Asimismo, el apoderado necesita facultad específica para reconvenir porque se trata de una demanda autónoma que el demandado al contestar la demanda ejerce una pretensión material, con la finalidad de que el juez que está conociendo la pretensión originaria se pronuncie en una sola sentencia.

Al apoderado del demandado y del demandante la ley procesal le ha conferido facultades especiales para contestar la demanda y absolver el traslado de la reconvencción respectivamente, por ser actos procesales de mucha trascendencia. Por la contestación de la demanda, el demandado se pronuncia sobre los hechos que fundamentan el petitorio y la pretensión material o sustancial del demandante, pues si no se hubiese dado seguridad jurídica a los derechos del pretensor de la demanda y de la reconvencción, un apoderado negligente o de mala fe actuaría sin ninguna garantía al absolver los traslados de la demanda y de la reconvencción.

c. Desistirse del proceso y de la pretensión

El apoderado, investido de facultades especiales, puede separarse voluntariamente de la prosecución de la instancia desistiéndose del proceso y de la pretensión del derecho material del demandante, con lo que no solamente atenta contra el aspecto procesal, sino también contra el derecho sustantivo del representado, debido a que por el desistimiento se da por concluido el proceso sin afectar la pretensión.

Aunque es verdad que no se afecta el derecho material del representado, si su derecho no ha prescrito o caducado puede el representado volver a demandar; pero si se desiste de la pretensión, el daño sería irreparable porque afecta al derecho material, ya que tiene efectos de una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada, por lo que los Jueces antes de aprobar el desistimiento de la pretensión deben ser sumamente cautelosos al revisar la capacidad del apoderado y las facultades especiales de que está investido y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión.

d. Allanarse a la pretensión

Al observar el lenguaje utilizado por el legislador de 1993, en el artículo 330 del C.P.C. advertimos que se trata de un caso de reconocimiento de la demanda por el cual el demandado, además de aceptar la pretensión material del demandante, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta.

La institución del reconocimiento ha sido regulada por el allanamiento, como un acto procesal eminentemente formal, por el cual el apoderado con facultades espe-

ciales debe convenir expresamente por escrito, con firma legalizada ante el auxiliar jurisdiccional y sólo puede hacerlo antes de que se expida sentencia. Si no se hubiese legislado la oportunidad para allanarse, se hubiese permitido al apoderado del demandado realizar de mala fe actos procesales contrarios al principio de moralidad normado en el artículo IV del T. P. del C.P.C. como se venía haciendo en el sistema procedimentalista para burlar los derechos de las partes, del juez y de terceros. Por esta razón se ha legislado expresamente los casos de improcedencia del allanamiento⁹³.

e. Conciliar las pretensiones controvertidas

La conciliación por regla general es extrajudicial o denominada también extraprocesal y se llevará a cabo en un centro de conciliación elegido por las partes; pero si éstas no pudieran comparecer personalmente lo harán por medio de sus apoderados con facultades especiales para poner fin a su conflicto de intereses.

No obstante, las partes también pueden conciliar judicialmente en cualquier estado del proceso. Para tal efecto solicitarán al juez su realización hasta antes de que se expida la sentencia de vista, ante la petición puede convocarles a una audiencia especial de conciliación en cualquier etapa del proceso ya sea en los procesos de conocimiento, abreviado, sumarísimo y de ejecución cuando media contradicción⁹⁴; porque la conciliación ya no es un estadio procedimental como fue originariamente cuando se promulgó el Código Procesal Civil hasta su modificación en el 2009, que fue intraprocesal y constituía un trámite obligatorio dentro del proceso.

Por la conciliación, las partes se avienen libre y voluntariamente a poner fin a sus pretensiones controvertidas con la intervención obligatoria del Juez, cuando es judicial y de un conciliador cuando la conciliación es extrajudicial o más propiamente conocida en la doctrina como preprocesal.

93 Cfr. art. 332 del C.P.C.: "Improcedencia del allanamiento.- El Juez declara improcedente el allanamiento y ordena la continuación del proceso cuando:

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

94 Cfr. art. 324 del C. P. C.

Cuando hay proceso en trámite, las partes o sus apoderados que han conciliado en un centro de conciliación presentarán el acta de conciliación respectiva al Juez que conoce el proceso para su aprobación, quien previo examen del contenido del documento si la conciliación versa sobre derechos disponibles la aprobará y declarará concluido el proceso⁹⁵.

Si las partes comparecen al conciliador o al juez por medio de apoderado, éstos deben estar premunidos de un poder especial, porque el conciliador o el juez sólo aprobarán la conciliación cuando se trate de derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio⁹⁶. En la conciliación pueden producirse renunciaciones o concesiones unilaterales o bilaterales sobre diversidad de derechos disponibles previstos expresamente en la ley.

f. Transar pretensiones controvertidas

Por la transacción judicial, las partes se hacen concesiones recíprocas sobre derechos patrimoniales y que no afecten el orden público o las buenas costumbres, en cualquier estado del proceso, inclusive durante la tramitación del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o discordia poniendo fin a pretensiones controvertidas en un proceso iniciado.

Al hacerse concesiones recíprocas, los apoderados también pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas diferentes de aquellas que han constituido el objeto de controversia entre las partes; de ahí que se exija al apoderado facultades especiales para extinguir obligaciones contraídas, por que el valor que produce es el de una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

La transacción judicial es eminentemente formal, realizada únicamente por las partes o sus apoderados con facultades especiales, por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario respectivo. Si la transacción la hacen fuera del proceso en documento privado las partes o sus apoderados deben cumplir con legalizar sus firmas y presentar el documento que contiene la transacción, requisito que no es exigible cuando la transacción consta por escritura pública⁹⁷.

95 "Artículo 327°. Conciliación y proceso.- Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un Centro de Conciliación Extrajudicial.

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

96 Cfr. arts. 323 a 325 del C.P.C.

97 Cfr. arts. 334 a 339 del C.P.C.

g. Para someter la controversia a arbitraje

Con motivo de un convenio arbitral que las partes han decidido pueden someter sus controversias determinadas o determinables a la decisión de particulares que se llaman árbitros, evitando un proceso judicial existente o el que podría promoverse entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, con arreglo a las normas de la Ley General de Arbitraje para que estos lo decidan.

En el convenio de sometimiento al proceso arbitral, las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. A falta de acuerdo dentro de los diez días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. Esta decisión será notificada a las partes⁹⁸.

Los apoderados con facultades especiales pueden someter una pretensión controvertida a la decisión arbitral. Como directores del proceso los árbitros deben velar para que los actos procesales se realicen durante el desarrollo del proceso arbitral con sujeción a los principios de celeridad, inmediación, privacidad, concentración y economía procesal, posibilitando la adecuada defensa; esto es, un debido proceso arbitral.

h. Sustituir o delegar la representación procesal

El apoderado con facultades especiales puede sustituir o delegar la representación procesal que le ha conferido su representado observando las mismas formalidades y sin excederse de las facultades, tal como indicamos al comentar la importante institución de la sustitución y delegación del poder (infra 9.10.)

i. Y para los demás actos que exprese la ley.

Citaremos algunos dispositivos sobre las facultades especiales que requiere el abogado para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, celebrar transacciones, compromiso arbitral, para contraer matrimonio, demandar la invalidez del matrimonio, disposición de bienes sociales, etc.⁹⁹

98 Ley General de Arbitraje N° 26572.

99 Cfr. Código Civil.

"Artículo 156°.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

"Artículo 167°- Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. Celebrar compromiso arbitral.

9.10. Sustitución y delegación del poder

Como el poder reposa en la confianza del poderdante, es indispensable que quien actúa como representante en un proceso, cuando no puede cumplir el encargo que le ha encomendado el poderdante, esté facultado expresamente para proceder a nombrar a otra persona de su confianza para que continúe la prosecución del proceso como sustituto.

El artículo 77 del C.P.C. establece que para que opere la sustitución el apoderado debe estar investido de un poder especial para sustituir el poder ya conferido. Esta sustitución implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla y la actuación del apoderado sustituto obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas. Es decir, el representante hace la sustitución en nombre de su representado, obligando a éste respecto del sustituto para realizar actos en iguales condiciones para los cuales se le otorgó el poder.

Como hemos sostenido, “La sustitución — en su sentido propio— consiste en un traspaso de facultades no revocables que el representante efectúa a favor de una tercera persona, por consiguiente queda él fuera de la representación que mantenía con el representado. Solamente la sustitución por *sub apoderamiento* es revocable, dejando con plena validez la representación del representante con el representado”¹⁰⁰.

El representante no podrá sustituir en todo o en parte sus poderes sin la autorización previa y expresa de su representado. Además, se debe tener en cuenta que si el apoderado tuviera facultades de sustitución, pero sin designación de persona o personas, responderá ante el poderdante si podía o debía saber que el sustituto no era la persona seria, de la misma confianza o si resultó incapaz o insolvente, etc. Los actos procesales realizados por el sustituto, sin embargo, serán válidos siempre que se haya cumplido con la finalidad de la representación.

4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exige autorización especial”.

“Artículo 264º. - El matrimonio puede contraerse por apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad. Es indispensable la presencia de esta última en el acto de la celebración.

El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayente.

El poder caduca a los seis meses de otorgado”.

“Artículo 280º. - La invalidez del matrimonio puede ser demandada por el apoderado si está facultado expresamente y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”.

“Artículo 315º. - Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales”.

100 Idrogo Delgado, Teófilo; Teoría del Acto Jurídico, 2da. Edic.; Edit. IDEMSA; Trujillo-Perú; 2004; p. 89.

Cuando el representante tiene facultades de delegación conferidas expresamente, puede delegar la representación a una tercera persona llamada delegado para que la ejercite dentro de los límites que le ha conferido el poderdante. La ley procesal además le permite al apoderado autorizado para delegar sus facultades a revocar y reasumir, además, la representación en cualquier estado del proceso.

El representante puede delegar sus facultades total o parcialmente, aunque no haya sido autorizado para ello por el representado, pero responderá ante éste si no se le dio facultad para designar delegado, o si estando autorizado no le indicaron expresamente el nombre de la persona a quien debe delegar y el nombramiento recae en una persona notoriamente inmoral, no idónea e incompetente para ejercer la delegación procesal.

9.11. Cese de la representación

El artículo 78 del C.P.C. dispone que la representación judicial termina por las mismas razones que causan el cese de la representación o del mandato; es decir, termina por voluntad del poderdante en forma voluntaria o del apoderado por causas ajenas e imprevisibles en forma involuntaria.

9.11.1. En forma voluntaria

La representación judicial termina por voluntad del poderdante a través de la revocación y por voluntad del apoderado por medio de la renuncia.

Por medio de la revocación, el representado pone fin al poder que ha conferido a su representante o éste al mandato que le ha confiado.

La revocación es la facultad que tiene el mandante para dejar sin efecto el mandato que ha conferido a su mandatario y puede hacerlo en cualquier momento.

La revocación puede ser en forma expresa, cuando la parte que ha otorgado poder la revoca observando las mismas formalidades con que la confirió. Así, por ejemplo, si confirió poder por acta ante el juez o por escritura pública, la revocación debe hacerla en igual forma. Aunque el apoderado se haya apersonado por escritura pública, no hay inconveniente que la revocación se haga por acta ante el juez que conoce el proceso y viceversa.

Sin embargo, la ejecución de un acto procesal del representado no supone la revocación del poder; y explícitamente puede revocar el demandante o demandado a su apoderado al apersonarse sin hacer reserva de que la prosecución del proceso se haga con la intervención de él y de su apoderado, salvo que se trate de un poder irrevocable¹⁰¹.

101 Cfr. Código Civil. "Artículo 153º.- El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año".

Por la renuncia, el representante judicial se separa con plena libertad de las facultades haciendo notificar a su representado con la resolución que le admite el juez su renuncia con el objeto de que se apersona al proceso o le subrogue dentro del plazo de cinco días después de notificado personalmente u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía. En caso que el poderdante no salga al proceso o sus otros apoderados, se hará efectivo el apercibimiento y continuará el proceso en rebeldía.

Debe advertirse que tanto en el caso de revocación o de renuncia del poder que confiere la representación judicial, no cesa ésta mientras el poderdante no salga al proceso o constituya nuevo apoderado, tal como lo prescribe el art. 79 del C.P.C.

9.11.2. En forma involuntaria

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 79 del C.P.C. in fine, cesa la representación por muerte o declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o del apoderado, remoción o cese de nombramiento o del representante legal de un incapaz y circunstancias análogas. De acuerdo al artículo 1081 inc. 3 del C.C.: “El mandato se extingue por muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o mandatario”. Esto significa que si se producen los tres casos de extinción, la representación judicial termina.

La muerte pone fin a la personalidad y por lo tanto los derechos se transmiten a sus herederos, así como las obligaciones, salvo que sean intrasmisibles; de lo que se infiere que los herederos tienen el derecho de salir al proceso directamente o por medio de apoderado, por haber operado la sucesión procesal.

El juez dictará la declaración de ausencia del poderdante o del apoderado, cuando ha transcurrido dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido y ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes fueron sus herederos forzosos al tiempo de dictarla y si no hubiera herederos forzosos le designará un curador procesal.

La incapacidad sobrevenida del representante o del apoderado se produce cuando el que ejerce la representación judicial ha caído en los casos de incapacidad absoluta o relativa y observando el proceso sumarísimo se les declarará en interdicción civil y se les nombrará su curador para que continúe la representación durante el curso del proceso.

En los casos de remoción o cese de nombramiento o del representante legal de un incapaz y en casos análogos, involuntariamente termina la representación judicial del apoderado.

En los casos que hubiera varios apoderados facultados para actuar conjuntamente, el poder se extingue para todos aun cuando la causa de la extinción fuera para uno solo de los apoderados, salvo pacto en contrario, tal como lo dispone el artículo 1805

del C.C.; pero este dispositivo no es aplicable cuando se ha hecho el nombramiento por mandato judicial.

9.12. Efectos del cese de la representación

Cuando la representación judicial termina por revocación, es decir por 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 termina por renuncia del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados cuando actúan éstos en forma conjunta o indistinta y están notificados bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía. En caso que no se apersona el representado al proceso o constituya nuevo apoderado, se hará efectivo el apercibimiento.

Cuando el cese de la representación judicial se produzca en forma involuntaria, por muerte o declaración de ausencia y los demás casos tratados (véase en 9.11.2.) se suspenderá el proceso por un plazo máximo de treinta días, mientras se designa representante legal o curador procesal por el juez que conoce el proceso.

Cuando se trata de la designación voluntaria del apoderado nombrado por un plazo determinado, la representación judicial se extingue *involuntariamente* cuando se ha vencido el plazo para el que se le otorgó, aunque el proceso todavía se encuentre en trámite.

10. REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO, PROCURACIÓN OFICIOSA Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

10.1. Representación judicial por abogado

Piero CALAMANDREI en "Demasiados abogados"¹⁰² y Ángel OSSORIO en "El alma de la toga"¹⁰³ han escrito sobre la noble profesión de abogado. La abogacía es la consagración profesional al ministerio de la defensa. El término *abogado*, que deriva de la palabra latina *ad vocatus*, designa a la persona que debe abogar por las causas nobles. El título de abogado que se otorga en el Perú no es un grado académico, sino una licenciatura en Derecho, que le permite ejercer esta profesión. El abogado debe ser bueno de espíritu, firme en sus convicciones y decisiones, prudente en sus actos, ilustrado en los conocimientos del Derecho y perito en su materia. La rectitud de conciencia es

102 CALAMANDREI, Piero; Demasiados Abogados; Edit. Ediciones Jurídicas Europa América; Bs. As. Argentina; 1960; 333 pp.

103 OSSORIO Y GALLARDO, Angel; El alma de la toga; 3ra. Edic.; Edit. EDIAL; Lima-Perú; 2001; 211 pp.

mucho más importante que la riqueza de conocimientos en el abogado. Con mucho acierto, el maestro MONROY GÁLVEZ afirma: "Ser abogado no es socialmente un fin, sólo es un medio para insertarnos en la sociedad a fin de hacer perdurables los valores que la sustentan y acabar con las estructuras que generan injusticia. Jamás debemos olvidar que vivimos la más elevada de las profesiones, tanto que lo que recibimos por su ejercicio no es un sueldo ni una remuneración, es un honorario, en consecuencia es un honor recibirlo"¹⁰⁴.

En homenaje a los abogados dedicados al ejercicio de la noble profesión y a la confianza del patrocinio de su defensa, se les ha conferido la representación judicial autorizándoles facultades generales a las que se refiere el artículo 74° y el artículo 80 del C.P.C., a fin de que en el primer escrito que presenten al proceso, el interesado o su representante puedan otorgar o delegar al abogado que autorice facultades generales de representación, sin necesidad de hacerlo por escritura pública o por acta ante el juez. Pero si se le exige al representado que designe domicilio personal y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga a su abogado.

Estas facultades generales, como afirma CARRIÓN LUGO: "Se pueden conferir al abogado defensor no sólo en el primer escrito que presente el litigante, sino también puede otorgarse en los escritos posteriores, cuando se presentan casos que justifican, como cuando hay cambio de abogado, cuando este fallece, etc."¹⁰⁵

Algunos letrados tienen dudas sobre las facultades que confiere el artículo 80 del Código Procesal Civil respecto de los medios impugnatorios, pero dicha disposición procesal es tan clara, que no hay ninguna incompatibilidad entre el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 75 de nuestra Ley Procesal. Por el contrario se complementan y se fusionan haciendo más eficaz el ministerio de la defensa en beneficio de las partes en conflicto.

Como se sabe, el representante no necesita facultades especiales para hacer uso de los medios impugnatorios, puesto que siendo las normas procesales de Derecho Público, al exigirse facultades especiales para impugnar una resolución se atentaría contra los principios de contradicción y del derecho de defensa que garantizan el derecho a un debido proceso que deben gozar todos quienes tienen la condición de parte procesal y en este sentido se ha pronunciado la Sala Civil de la Corte Suprema en casación¹⁰⁶.

104 Monroy Gálvez, Juan; Para "mi otro Corazón". Sobre Derecho, Proceso y otras angustias; T. I.; Segunda Edición; Edit. COMUNITAS; Lima, Perú; 2010; p. 509.

105 Carrión Lugo, Jorge; Op. Cit.; T. I; p. 217.

106 Cfr. Sentencia Casatoria.

"Lima, veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

10.2. Procuración oficiosa

Esta institución creada en nuestro ordenamiento procesal permite representar a una persona como parte en un determinado proceso sin tener su representación judicial, asumiendo las responsabilidades cuando resulte manifiestamente injustificada o temeraria.

Cuando un tercero interviene como procurador oficioso, los jueces deben ser sumamente cuidadosos para admitirlo como parte y tener en cuenta los presupuestos que exige el artículo 81 del C.P.C.

10.2.1. Primer caso

Que las personas por quien se comparece se encuentren impedidas de hacerlo por sí mismas, como puede ocurrir en los casos de incapacidad absoluta o relativa; o si estuvieran ausentes del país sin haber dejado un representante legal como heredero o el juez no les haya designado un administrador judicial a solicitud de cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad; o tengan razones de fundado temor o amenaza, siempre que se den los supuestos previstos en el artículo 215 del C.C., es decir, el temor de sufrir un mal inminente y un grave daño

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la causa vista en audiencia pública el veintiocho de agosto del año en curso, emite la siguiente sentencia, teniendo a la vista el acompañado:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata de los recursos de casación interpuesto por don Carlos Armando Iglesias Alva e Instalaciones Electromecánicas Sociedad Anónima, INEMEC, contra la resolución de fojas sesentinueve, su fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis, por cuanto declara insubsistente las apelaciones concedidas a su parte.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

La Corte, mediante resolución de fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, ha estimado procedente ambos recursos por la causal relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sustentando en que la Sala Superior ha menoscabado su derecho de defensa al pronunciarse sobre su apelación y determinar que el abogado de los recurrentes carecía de las facultades contenidas en el recurso de apelación y declarar la improcedencia de dichas solicitudes.

3. CONSIDERANDOS:

Primero: Que la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso está dirigida a cuestionar la inobservancia de normas de orden público y de ineludible cumplimiento por garantizar la observancia de estas una justicia imparcial, no arbitraria y ajustada a ley.

Segundo: Que la representación judicial del abogado, según el artículo ochenta del Código Procesal Civil, exige de la parte material o de su representante, siempre que este tenga facultad de delegación, que en el primer escrito que presente al proceso exprese su voluntad de otorgar tal representación.

Tercero: Que, en el presente caso, a fojas doscientos cuarenta la recurrente otorga representación al doctor Ricardo Reyes Ramos para que la represente en el proceso, por lo que se concluye que el Abogado tenía facultad para interponer el recurso impugnatorio.

Cuarto: Que de lo expuesto se concluye que la Sala Superior, al declarar nula la apelación concedida en primera instancia, ha contravenido las normas procesales.

4. DECISIÓN:

B) Estando a las conclusiones a las que se arriba, de conformidad con el artículo trescientos noventa y seis rubro dos punto uno del Código Procesal Civil, se declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas cuatrocientos veintiuno y a fojas trescientos noventa y siete y, en consecuencia, CASARON la sentencia de fojas trescientos setenta y nueve, su fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis, que declara insubsistente las apelaciones concedidas a fojas trescientos setenta y seis y trescientos cuarenta y cinco respectivamente; MANDARON que la Sala Superior expida nuevo fallo;

C) ORDENARON la publicación de esta resolución en el diario oficial el Peruano, en los seguidos por Jorge Francisco Seminario con Carlos Armando Iglesias Alva y otro sobre obligación de dar suma de dinero y otro concepto; y los devolvieron. SS. Pantoja. Iberico. Roncalla. Castillo. Marull".

en su persona, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros; o se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro, como puede ocurrir en los casos fortuitos o de fuerza mayor, o en caso de guerra o en los casos de los interdictos de retener por obra nueva o ruinosas; o cualquier otra causa análoga y se desconociera la existencia de representante con poder suficiente.

10.2.2. Segundo caso

El procurador oficioso puede comparecer al proceso cuando la parte contraria lo pida. En este supuesto, el procurador está obligado a prestar garantía suficiente a criterio del juez de que su gestión será ratificada, dentro de dos meses siguientes de haber comparecido este.

Si el procurado no ratifica al procurador oficioso dentro del plazo, se dará por concluido el proceso y se le podrá condenar al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que a criterio del juez la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.

Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí mismo o debidamente representado, continuando el proceso en el estado en que lo encuentra y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional, es decir que debe ser total e incondicional a los actos procesales realizados por el procurador. La ratificación tiene efectos retroactivos, esto es, que al apersonarse el procurado por el principio de convalidación los actos realizados desde su inicio se retrotraen a la fecha de la comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros cuando se les haya causado daño con su intervención¹⁰⁷.

10.3. Patrocinio de intereses difusos

Siguiendo al profesor CHAYES, El ilustre procesalista Mauro CAPPELLETTI denominó a los intereses difusos litigación de "derecho público" por afectar a grandes grupos de personas¹⁰⁸. Puesto que vivimos en una sociedad globalizada, donde las relaciones jurídicas son distintas y traen consecuencias que afectan intereses colectivos de indeterminado número de personas; éstas necesitan actuar por representación para tener acceso a la justicia y poder recibir protección judicial efectiva.

Los estudios sobre la representación de los intereses difusos se inician en Estados Unidos en la década de 1970 y en el Perú a partir de 1993 con la promulgación del

107 Cfr. art. 81 inc. 2º del C.P.C.

108 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant; El Acceso a la Justicia; Edit. Fondo de Cultura Económica; México; 1996; p. 35.

Código Procesal Civil¹⁰⁹, en el cual no solamente se ha dado una definición sino también se regula las personas que pueden comparecer, el procedimiento, la sentencia y a partir del 9 de junio del 2002 se introduce la consulta a la sala civil de la Corte Superior cuando la sentencia declara infundada la demanda.

Los derechos difusos tienen una importancia tan trascendental, que se les ha otorgado categoría constitucional, debido a que constituyen derechos supremos colectivos que necesitan una defensa procesal por pertenecer a una sociedad contemporánea organizada, cuya titularidad ya no es individual sustentada en una economía basada predominantemente en las relaciones individuales como la concebían los clásicos, sino se sustenta en una economía en la cual hay fenómenos de masa como el trabajo, la producción, el intercambio, el consumo, la educación, el turismo, las comunicaciones, la asistencia y previsión sociales, el medio ambiente, los bienes o valores culturales o históricos, etc.

En torno a los derechos sociales, normados en nuestra Constitución Política, podemos afirmar que han aparecido normas inconstitucionales que pueden interesar a miles, millones de peruanos, de modo que esos derechos afectados requieren protección jurídica.

Es el caso de las fábricas industriales, por ejemplo, que pueden ocasionar daños a muchísimos consumidores del mismo producto por defecto de fabricación. Los consumidores individuales perderían tiempo planteando un proceso, el productor continuaría tranquilamente su actividad; pero si aquellos estuvieran organizados no ocurriría eso porque los eventuales daños son colectivos.

Igualmente, la contaminación del medio ambiente, de la atmósfera, de un río, un lago, la tala de bosques, producen un número impreciso de personas damnificadas

109 "Artículo 82º. - Patrocinio de intereses difusos. - Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según ley y criterio del Juez, éste último por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsorte necesario, aplicándose lo dispuesto en los artículos 93º a 95º.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial "El Peruano" y en otro que publiquen los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso".

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubiera intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción"

de modo que, si no se hubiese previsto la representación procesal de los intereses difusos, individualmente las personas estarían aisladas e impotentes de comparecer, por un lado porque la justicia clásica no entiende a los intereses difusos y por otro el poder económico que representan los empresarios dedicados a estas actividades.

Al tratar el acceso a la justicia contra la “pobreza organizativa” de las partes, CAPPELLETTI refiere: “Mientras la primera ‘ola’ del movimiento para el acceso a la justicia se dirigió contra los efectos negativos e injustos de la pobreza económica de las partes, esta segunda ‘ola’ de reformas debió batirse contra lo que puede llamarse la ‘pobreza organizativa’: esto es, la dificultad para los titulares de los intereses difusos de organizarse en un frente unitario contra un *masswrongdoer*. Se ha podido superar dicha dificultad, potencialmente al menos, sólo mediante las reformas ya mencionadas, o mejor aún, mediante una combinación plural de dichas reformas”¹¹⁰.

El problema para la defensa de los intereses difusos es práctico, porque dada la indeterminación de las personas no podemos concebir que los implicados en el interés se defiendan procesalmente en forma individual. Por eso, en el segundo párrafo del artículo 82 del C.P.C. modificado por la Ley N° 27752, publicada el 8 de junio de 2002, se advierten dos tipos de legitimación: a) una legal por ser remisiva a otras leyes que hacen viable promover o intervenir válidamente en un proceso de patrocinio de intereses difusos, como el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o las comunidades nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural o las asociaciones o instituciones sin fines de lucro; y b) la otra judicial, en el sentido de que el juez es el que debe resolver el patrocinio de los intereses difusos por resolución debidamente motivada, que los que comparecen estén legitimados para que pueden asumir con eficacia la defensa del intereses difusos.

Por otro lado, las rondas campesinas están legitimadas para promover procesos en defensa de los intereses difusos, siempre que acrediten personería jurídica; esto es que se inscriban en los registros públicos y tienen los mismos derechos que las comunidades campesinas o las comunidades nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado al proceso.

Igualmente, la citada ley ha complementado al artículo 82 del Código Procesal Civil, al disponer que en los casos que se promuevan procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin intervención de los gobiernos locales, el juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesario observando lo dispuesto en los artículos 93 a 95.

Al expedir el auto de admisibilidad de la demanda, el juez dispondrá que se haga una síntesis de la demanda y su publicación en el diario El Peruano o en otro que pu-

110 Capelletti, Mauro; Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo. Traducción de Héctor Fix Fierro; Edit. Parrúa; México; 1993; p. 101.

blique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial, tomará en cuenta las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en cuanto sea pertinente.

La trascendencia de estas legitimaciones se apreciará en la sentencia. Si el Juez no ampara la demanda y la declara infundada, la elevará en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, ésta será obligatoria para todos, incluso para los que no han participado en el proceso.

Finalmente, el artículo 82 in fine de nuestro ordenamiento procesal ha precisado que la indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las municipalidades distritales o provinciales que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción¹¹¹.

Al prologar la obra de Giovanni PRIORI POSADA y Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, el maestro MONROY GÁLVEZ refiriéndose a los intereses difusos sostiene que en la legitimación procesal que la ley procesal confiere al Ministerio Público, a una asociación civil o instituciones sin fines de lucro o a cualquier ciudadano para demandar la defensa de un derecho difuso, lo que se le otorga a cada quien es una *representación procesal de origen legal* y no se trata de la *legitimidad para obrar activa de naturaleza extraordinaria*, como la ha denominado PRIORI POSADA.

En cualquier caso, lo que la ley ha querido es impedir que la falta de determinación del sujeto activo en la relación material conduzca a una indefensión jurisdiccional del derecho difuso. Visto así el problema, lo que se quería remediar se haría con la institución debida y en la relación debida, esto es la representación procesal legal al interior de una relación jurídica procesal.

El Código Procesal Civil orientado por el sistema publicístico confiere al Ministerio Público y a otras personas jurídicas como dejamos expuesto precedentemente no sólo capacidad procesal para demandar como parte procesal en representación de los derechos de un conjunto indeterminado de personas; sino también le faculta intervenir en los procesos que se promuevan como dictaminador, protegiendo los derechos subjetivos de los particulares cuando se sustraen de su libre disposición.

Por mandato constitucional y de la ley no solamente se le concede legitimidad al Ministerio Público¹¹², sino también al Defensor del Pueblo¹¹³ para defender los dere-

111 Cfr. Artículo 82° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 27752, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 8 de junio de 2002.

112 Cfr. art. 159 inc. 1° de la Constitución Política del Perú: "Corresponde al Ministerio Público: Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho".

113 "Artículo 162°.- Atribuciones de la Defensoría del Pueblo.

Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía...".

chos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad; y al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual¹¹⁴ para cautelar los derechos de los consumidores.

Las asociaciones o instituciones privadas sin fines de lucro también están legitimadas para comparecer como parte procesal en procura de la tutela jurisdiccional de los derechos colectivos de un conjunto indeterminado de personas.

La acción popular otorga legitimidad a cualquier persona para que pueda iniciar procesos en defensa de los derechos correspondientes a los intereses difusos, permitiéndose de este modo el libre acceso a la justicia para defender los intereses colectivos o de grupo, pudiendo los pretenses de los intereses difusos hacer uso de la acumulación subjetiva de pretensiones.

Presentada la demanda, el juez en resolución debidamente motivada declarará a las personas que estén legitimadas para demandar y ordenará que se publique en el diario oficial "El Peruano" una síntesis de la demanda y en otro de mayor circulación del distrito judicial.

El objetivo principal es prevenir los daños antes que repararlos, evitar que se presenten y si ya existen, evitar que estos continúen, lo que implicaría demandar como pretensión principal la paralización de la actividad perjudicial e independientemente pedir una medida cautelar innovativa. Por ejemplo, los daños del uso de los "champús" que producen la caída del pelo y luego la calvicie, a efectos de que se investiguen las cualidades reales del producto.

114 Cfr. art. 51 del Decreto Legislativo N° 716, complementado por el art. 21 del Decreto Legislativo N° 807, que dispone:

"Artículo 51.- El Indecopi, previo acuerdo del Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado en el artículo 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán en la vía sumarísima. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquéllas. El Indecopi podrá delegar esta facultad en entidades públicas o privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores. El Juez admitirá la legitimidad para obrar de la entidad respectiva, sin más trámite que la presentación del documento en que consta la delegación efectuada por el Indecopi.

El Juez conferirá traslado de la demanda el mismo día que se efectúen las publicaciones a la que hace referencia la norma mencionada en el párrafo anterior. El Indecopi representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquellos no manifiestan expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o hacerlo por separado dentro del plazo de 30 días de realizada dichas publicaciones, vencido el cual se citará a audiencia de conciliación.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, esta será cobrada por el Indecopi, quien luego prorrateará su monto o velará por su ejecución entre los consumidores que se apersonen ante dicho organismo, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

Transcurrido un año desde la fecha en que el Indecopi cobre efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destinará a un fondo especial para el financiamiento y difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses difusos.

Mediante Decreto Supremo se establecerán los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso del fondo mencionado en el párrafo anterior, así como para regular los procedimientos de distribución del monto obtenido o de ejecución de las obligaciones a favor de los consumidores afectados.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, el Indecopi podrá representar los intereses individuales de los consumidores ante cualquier entidad pública o cualquier otra persona o entidad privada, bastando para ello la existencia de una simple carta poder suscrita por el consumidor afectado. Tal poder faculta al Indecopi a exigir y ejecutar cualquier derecho del consumidor en cuestión".

Igual pueden demandarse los hechos dañosos por efectos de la radiactividad o la depredación de nuestra fauna y flora, pues si se declarase infundada la demanda, el juez debe absolver al demandado del pago de costas y costos, porque existe la posibilidad de que otra persona legitimada pueda volver a demandar.

Aparentemente pareciera que se atenta contra el principio de socialización del proceso, pero no es así, porque en esta clase de pretensiones el trato es desigual porque los intereses son desiguales. El interés social está sobre el interés individual. De estos casos se infiere que la cosa juzgada tradicional ha variado y no habrá cosa juzgada cuando se absuelve al demandado; porque todos tenemos derecho a vivir en paz, tranquilidad y sin soportar en forma permanente hechos dañosos que perturban la salud, el medio ambiente, etc.

La sentencia que declara fundada la demanda si no es recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior de Justicia del respectivo distrito judicial y una vez que ha quedado consentida o ejecutoriada, produce sus efectos jurídicos aun para quienes no hayan participado del proceso.

10.4. Deberes y responsabilidades de las partes, de sus abogados y de sus apoderados en el proceso

10.4.1. Deberes de las partes procesales

Con la finalidad de dar claridad a nuestros conceptos, le otorgaremos la denominación de partes procesales, tanto a quienes comparecen como titulares de derechos sustanciales como a aquellos que lo hacen ejercitando la representación legal, convencional y técnica o judicial del abogado¹¹⁵.

115 "Otra forma atípica de representación procesal es la representación técnica o judicial del abogado. Esta consiste en la concesión a un abogado de las facultades del apoderamiento general, por el solo mérito de acreditarse como asesor legal de una de las partes materiales o de su representante dentro de un proceso. Este instituto se sustenta en el hecho que siendo la actuación procesal un asunto eminentemente técnico, resulta indispensable que los actos sean realizados por persona que procuren un desarrollo expeditivo y responsable del proceso.

La doctrina es variable no sólo en el nombre del instituto -advértase como LIEBMAN hacer referencia a la representación técnica del abogado-, sino también en los requisitos que se exigen para su procedencia. El Código nativo regula también este instituto, que por cierto lo encontramos en la legislación comparada". MONROY GALVEZ, Juan; En Revista *Ius et Veritas*; Editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Año V; Nº 10; 1990-1995; Lima, Perú; p. 284.

"Artículo 80. - Representación Judicial por Abogado. - En el primer escrito que presenten al proceso, el interesado o su representante pueden otorgar o delegar al Abogado que lo autorice las facultades generales de representación a que se refiere el artículo 74. En estos casos no se requiere observar las formalidades del artículo 72, por sí que se designe el domicilio personal del representado y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga y de sus alcances".

"Artículo 109º. - Deberes de las partes, Abogados y apoderados. - Son deberes de las partes, abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso.
2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales.
3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones.
4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia.
5. Concurrir ante el Juez cuando éste los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y,
6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Estos deberes procesales constituyen imperativos jurídicos a los que las partes procesales deben adecuar sus conductas al servicio de la justicia; porque en caso contrario serán responsables civil, penal y administrativamente, toda vez que esas conductas extraprocesales atentan contra el principio de moralidad y deben ser sancionadas de acuerdo a la gravedad del caso que amerite. Entre los principales deberes procesales señalaremos los siguientes:

10.4.1.1. Deber de veracidad, lealtad, probidad y buena fe

El Código Procesal Civil, en la segunda parte del Título Preliminar, dispone: "Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso quienes adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe". En consecuencia, en tutela de los valores éticos tan pregonados en la actualidad se ha establecido sanciones para el litigante que actúa con dolo o culpa frente a su colitigante, organismos jurisdiccionales o incluso con respecto a terceros, ajenos al proceso, condenándolos con el pago de costas y costos e imponiéndole multas por su comportamiento procesal.

Por lo tanto, en aplicación del principio de moralidad las partes deben adecuar su conducta a esos deberes en todos los actos procesales que realicen dentro de una contienda judicial. Por otra parte, tanto el demandante como el demandado deben pronunciarse en forma clara y concreta sobre el petitorio, proponer las tachas y oposiciones a los medios probatorios, las excepciones y defensas previas a los defectos de forma y de fondo de la demanda.

Aun en la demanda, contestación y reconvencción si la hubiere, los medios probatorios y los documentos deben anexarse para evitar dilaciones procesales. En la audiencia de pruebas hasta se faculta al juez a prescindir de pruebas que no tengan relación con los hechos controvertidos, normándose la convalidación de los actos procesales, corrigiéndose los errores de procedimiento de la nulidad de las resoluciones judiciales.

El procesalista DEVIS ECHANDÍA refiriéndose a la conducta procesal, comenta: "La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la de responsabilidad solidaria de aquéllas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquélla como el fraude procesal.

La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden"¹¹⁶.

116 Devis Echandía, Hernando; Teoría General del Proceso; T. I; Edit. Universidad S.R.L.; Buenos Aires, Argentina; 1984; p. 46.

El deber de buena fe es el conocimiento sincero, honesto que orienta a las personas a tener una conducta adecuada frente a los demás, que le prohíbe realizar actos contra la ley y la ética en cualquier tipo de proceso o acto que realice.

Como afirma Pico i Junoy: “En mi modesta opinión, el reconocimiento del principio de la buena fe procesal no responde a una ideología política determinada, sino al intento de lograr la máxima eficacia del proceso civil, debiéndose respetar siempre las debidas garantías constitucionales del proceso”¹¹⁷.

El deber de veracidad se refiere a la verdad formal y no a la verdad real que es propia del proceso penal; aquella que debe surgir de la verdad procesal que emerge de la ley y del proceso. En el proceso civil muchas veces se observa que las resoluciones judiciales que expiden los jueces son ajenas a la realidad.

El deber de veracidad es relevante por los estudios que han realizado los tratadistas de la ciencia del proceso. La verdad procesal constituye un tema de mayor discusión entre procesalistas como COUTURE, quien sostiene que el deber de veracidad debe alcanzar a todos los sujetos del proceso, mientras REDENTI, WACCH y CALAMANDREI lo han calificado como un instrumento de tortura moral para las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, para todos los que participan en el proceso¹¹⁸.

La última parte de la norma procesal del Título Preliminar faculta al juez – como director del proceso – a impedir y sancionar cualquier conducta que no esté de acuerdo con la moralidad que debe existir en un debido proceso. Al no imponer su autoridad aplicando sanciones – como la imposición de multas –, los jueces serán responsables de las conductas ilícitas o dilatorias que afecten el desenvolvimiento y desarrollo de los diferentes procesos¹¹⁹.

117 PICO I JUNOY, Jean; La Buena Fe Procesal; Edit. Depalma; Bogotá, D.C.-Colombia; 2011; p. 45.

118 IDROGO DELGADO, Teófilo; Principios Fundamentales de Derecho Procesal Civil; 2ª. Edic.; Edit. MARSOL Perú Editores; Lima-Perú; 1999; p. 40.

119 "Artículo 52º.- Facultades disciplinarias del juez.- A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben:

1.2.1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;

1.2.2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y,

1.2.3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.

"Artículo 53º.- Facultades coercitivas del juez.- En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52º, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y,

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.

Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato".

Si los jueces cumplieran estos deberes, se cumplirían con los altos fines del derecho, porque desde que se inicia hasta cuando concluye la conducta procesal de las partes debe orientarse de acuerdo a lo regulado o normado por el principio de autoridad o dirección del proceso¹²⁰.

La lealtad está antes que lo económico, el dinero antes de realizar la actividad procesal no puede primar en beneficio de la justicia y esta se logrará con una formación ética de los que intervienen en una contienda judicial, sin insultos, y si se utiliza la idoneidad y probidad para expresar sus sentimientos y lo que piensan.

10.4.1.2. No actuar temerariamente

Cuando los que intervienen en una contienda judicial como partes, abogados y el director del proceso atentan contra valores éticos y axiológicos vulneran los deberes de veracidad, probidad y lealtad, incurriendo en actitudes temerarias o maliciosas. Estas actitudes por constituir conductas ilícitas reñidas con la moral son sancionadas por disposiciones expresas contenidas en los artículos 52 y 53 de nuestro ordenamiento procesal civil o por violación del principio de moralidad, sanciones que se cumplen porque las normas que las imponen son de Derecho Público.

10.4.1.3. Abstenerse de usar expresiones agraviantes

Los términos agraviantes tanto en los escritos que presentan como las expresiones indecorosas u ofensivas de cualquiera de los sujetos procesales que se usen inter partes, abogados y apoderados no se ajustan a la necesaria sobriedad que debe imperar cuando comparecen al magistrado, cualquiera que sea el grado de disenso con la actuación del juez, porque en el desarrollo del proceso lo que vale son los argumentos jurídicos y no la *verborrea grandilocuente*, vacía de sentido y agraviante a la investidura de quien se limita a dirigir y resolver una cuestión litigiosa sometida a su competencia.

10.4.1.4. Deber de respeto al órgano judicial y a los auxiliares de justicia

El principio de dirección del proceso recibe también el nombre de principio de autoridad, su vigencia histórica en el proceso civil se remonta al principio dispositivo, bajo el cual el juez tenía dentro del proceso una actividad eminentemente pasiva, pero al surgir el impulso procesal con la finalidad de legitimar la actividad de las partes, ésta se hace más dinámica, funcional y dentro del marco de respeto mutuo bajo la dirección del juez.

El legislador de 1993 para dotarle de facultades al juez reguló en forma expresa el deber de respeto de las partes, sus apoderados y sus abogados al órgano judicial y a los auxiliares de justicia.

120 Idrogo Delgado, Teófilo, Op. Cit.; pp. 40 y 41.

Cuando se transgrede el deber de respeto, durante la tramitación de un proceso, la ley le ha conferido al Juez no solamente facultades jurisdiccionales sino también disciplinarias, a fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, ordenando que se suprima frases o palabras expresadas o redactadas en términos ofensivos o vejatorios, a expulsar de las actuaciones a los que alteren el desarrollo y a sanciones corporales como la detención hasta por veinticuatro horas y multas establecidas discrecionalmente dentro de los límites que el Código dispone expresamente¹²¹.

10.4.1.5. Deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales

El Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, según REDENTI, interviene para “asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, para quien quiera y contra cualquiera que fuere (aun contra sus propios oficios, si es necesario), promoviendo o controlando su observancia, o reprimiendo los hechos cometidos *injuria*, o poniendo (o contribuyendo a poner) remedio a las consecuencias de eventuales transgresiones. También (y más que nunca), en este campo, obra el Estado según el derecho, observándolo y aplicándolo; pero aquí el derecho no pone ni suministra ya solamente disciplinas instrumentales, como ocurre con la administración pública, sino la finalidad específica, características y diferencial de la función”¹²².

En uso de la potestad de la jurisdicción que le confieren los poderes, el juez declara la voluntad de la ley resolviendo conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica con fuerza obligatoria; es decir por el *imperium, iudicium, executio*, el juez manda, decide y ejecuta haciendo cumplir sus propias resoluciones.

El juez como director del proceso emite resoluciones que resuelven puntos controvertidos y hace ejecutar las propias decisiones que adopta en el desarrollo del proceso.¹²³

De esto se concluye que las partes tienen el deber de cumplir las decisiones judiciales directamente o por medio de sus representantes durante el curso del proceso como absolviendo los traslados al contestar demandas, compareciendo a las audiencias y cumpliendo las decisiones finales.

121 Cfr. arts. 51, 52 y 53 del C.P.C.

122 Redenti, Enrico; Derecho Procesal Civil; T. I; Traducción Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerre Redin; Ediciones Jurídica Europa-América; Buenos Aires, Argentina; 1957; p. 6

123 “Las resoluciones judiciales son, pues, actos procesales instructorios, resolutivos y ejecutorios del órgano jurisdiccional”; Podetti, Ramiro; Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral; T. II; Ediar Editores; Buenos Aires, Argentina; 1955; p. 404.

10.4.1.6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales

Tanto las partes, los abogados y apoderados deben prestar diligente colaboración en todas las actuaciones judiciales del proceso desde que se inicia hasta cuando se ejecuta, así como en las audiencias de saneamiento procesal, de pruebas, así como en las audiencias especiales que se convoquen ante el juez. Estas audiencias deben desarrollarse con idoneidad y probidad porque estos actos procesales están orientados a cumplir con su finalidad, se realizan en virtud del principio de inmediación, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal¹²⁴.

10.4.2. Responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y terceros legitimados

El artículo 110 del C.P.C. regula la responsabilidad de las partes, sus abogados, sus apoderados y de los terceros legitimados que intervienen en un proceso judicial atentando contra el principio de moralidad (deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe) y contra el derecho de defensa.

10.4.2.1. Responsabilidad de las partes

Las partes que intervienen en un proceso con temeridad o mala fe; vale decir que actúan con dolo o culpa inexcusable causan daños, por lo que son responsables de los perjuicios que originan. Consideramos que la norma procesal se rige por el principio de moralidad y obliga al demandante y al demandado a adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, valores éticos que les impone realizar actos procesales durante **todo** el desarrollo procedimental compatibles con el debido proceso.

Por eso se sanciona a quienes a sabiendas realizan proposiciones afirmativas carentes de todo sustento éticojurídico, máxime si son concedores que sus planteamientos no pueden ser admitidos porque sus actitudes son evidentemente obstruccionistas; independientemente de las costas que correspondan, se les impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte unidades de referencia procesal. Los jueces como directores del proceso rechazarán de plano cualquier petición dilatoria de las partes.

Al comentar el Código Procesal Civil, HERNÁNDEZ LOZANO y VÁSQUEZ CAMPOS acotan: "La temeridad y malicia son, pues, dos conceptos distintos, y si la malicia requiere dolo, la temeridad se conforma con culpa grave. De ahí que ambas conductas, la dolosa y la gravemente culposa, están sancionadas con multa"¹²⁵.

124 Cfr. art.109 inc. 6 del C.P.C.

125 Hernández Lozano, Carlos y Vasquez Campos, José; Código Procesal Civil; T. I; Ediciones Jurídicas; Lima, Perú; 1995; p. 110

La conducta temeraria y maliciosa de las partes están a la libre apreciación del juez; por lo tanto, los organismos jurisdiccionales tienen facultad discrecional para calificar la conducta procesal de acuerdo a las pruebas y las circunstancias que serán valoradas razonadamente, a fin de aplicar la sanción correspondiente y sin limitación al derecho de contradicción y de defensa.

10.4.2.2. Responsabilidad de los abogados

Los abogados que ejercen el patrocinio deberán orientar a las partes en conflicto cumpliendo los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe; por consiguiente en los escritos que presenten ante el juez y sus intervenciones durante el curso del proceso demostrarán que están cumpliendo con el principio de moralidad.

Si el juez advierte que el abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe propiciando agravios a la majestad judicial y al servicio de la justicia, con prudencia y como fiscalizador del principio de moralidad le aplicará sanciones por los hechos falsos y las proposiciones injuriosas a su colitigante y, de acuerdo a la prueba actuada, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente para las sanciones a que pudiera haber lugar¹²⁶.

Esta responsabilidad procesal del abogado es aun solidaria cuando no se pueda identificar el causante del daño si ha sido él o su patrocinado, toda vez que lo pudo evitar con una buena orientación y no litigar sin tener razón atentando contra el deber de veracidad.

10.4.2.3. Temeridad o mala fe

Nuestro ordenamiento procesal tiene como finalidad moralizar a las partes, a los abogados y a los apoderados; razón por la cual en el artículo 112 el C.P.C. señala los casos de temeridad o mala fe:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio. Muchos letrados tienen perfecto conocimiento que la pretensión procesal que se materializa con la presentación de la demanda no tiene ningún fundamento jurídico, así como la contestación o medio impugnatorio.
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. MONROY GÁLVEZ acota: "Siendo el proceso una función pública, en realidad no hay nada que ocurra dentro de él que no genere responsabilidad"¹²⁷; es decir, si las partes, los abogados y apoderados formulan afirmaciones a sabiendas que no concuerdan con la

126 Cfr. art. 111 del C.P.C.

127 Monroy Gálvez, Juan; en Revista *Ius et Veritas*; Op. Cit.; p. 288.

realidad sea cooperando a su actuación, cuestionando los hechos de la otra parte respecto de la demanda, contestación de la demanda, de los medios probatorios, de la representación, de los medios impugnatorios, con el deliberado propósito de prolongar la secuela del proceso concientemente siempre que sea en forma continuada y persistente, incurren en una conducta procesal temeraria y de mala fe.

3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente. CARNELUTTI afirma que la temeridad y malicia “son dos conceptos distintos, y si la malicia requiere dolo, la temeridad se conforma con culpa grave. De ahí que ambas conductas, la dolosa y la gravemente culposa, están sancionadas con multa”¹²⁸. El legislador con gran acierto ha considerado este supuesto, porque en la práctica se observa sustracción, mutilación o inutilización de documentos que se habían incorporado al expediente, causando indefensión a la parte que sufría este perjuicio, de modo que de darse esta conducta procesal los jueces deben ser muy severos en la aplicación de la sanción de multa en aras de la moralización de quienes intervienen en una contienda judicial.
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. Los casos de temeridad o malicia que ha previsto el Código Procesal Civil serán apreciados por el juez director del proceso, el que actuando con ponderación y prudencia sancionará imponiendo la sanción de multa tomando en cuenta la magnitud del daño causado no solamente a quienes intervienen como partes, abogados o en ejercicio de la representación voluntaria sino también el daño que causa al servicio de justicia.
5. Cuando se obstruya la actuación de los medios probatorios. En el fondo se controla la actividad probatoria en virtud del principio de igualdad¹²⁹, con la finalidad de que el juez expida una resolución imparcial, pero si se obstruye su actuación se causa daño al servicio de justicia que prestan los organismos jurisdiccionales.
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso. El inciso 6 del artículo 112 prácticamente se ha esbozado para combatir el tinterillaje propio de los rábulas del derecho, que con el derogado Código de Procedimientos Civiles hicieron escarnio de la justicia, razón por la cual y con

128 Carnelutti, Francesco; *Sistemas de Derecho Procesal Civil*; T.II; Edit. Tipográfica Hispano Americana; Buenos Aires, Argentina; 1944; p. 129.

129 “Este principio tiende a lograr un equilibrio en el proceso, las partes tienen que tener igualdad de oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas y para contradecir las del contrario, pero y por sobre todo un equilibrio en el conocimiento de los hechos, que interesan en general a la investigación. Esa igualdad que tiene una dinámica aplicación en el principio de contradicción, evita que se solidifiquen o estratifiquen supuestos o reales acontecimientos con una visión unilateral. Practicar pruebas a espaldas del sindicado, conducta que muchas veces seduce a algunos investigadores, conduce a la inexistencia de las mismas. La prueba incorporada con violación de este principio, permite que la mentira o los errores se “congelen” y por consiguiente se mantengan, porque, por ejemplo, el testigo no se atreverá a decir después que se equivocó y seguirá mintiendo por miedo al falso testimonio; en cambio, si se hubiera permitido oportunamente el contrainterrogatorio, él posiblemente hubiera rectificado cualquiera de los fenómenos indicados”. Parra Quijano, Jairo; *Manual de Derecho Probatorio*; 11ª. Ed.; Ediciones Librería del Profesional; Santafé de Bogotá, D.C., Colombia; 2000; p. 6.

la finalidad de garantizar el derecho de los justiciables se sanciona a aquellos que se dedican a entorpecer la justicia con escritos o con cualquier otro ardid dilatorio que retarden la oportuna y eficiente administración de justicia, atentando contra los principios de celeridad y economía procesal.

7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación. Estas inconductas procesales de las partes el juez no solamente las sanciona con multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal, sino también si estando citadas válidamente y no comparecen a la segunda citación se da por concluido el proceso¹³⁰. De este modo, nuestro ordenamiento procesal civil constituye un instrumento muy avanzado con una técnica legislativa que engrandece al procesalismo peruano ante la legislación procesal comparada.

130 Cfr. art. 203 in fine del C.P.C.



Capítulo II

PROCESO DE CONOCIMIENTO



1. DENOMINACIONES DEL PROCESO

En la *práctica forense* el vocablo proceso se emplea indistintamente como sinónimo de juicio, procedimiento, pleito, litis, controversia, causa, expediente; sin embargo, cada uno de estos términos usado indiscriminadamente producen confusión y atentan contra la buena técnica procesal y la utilización de las categorías jurídicas en su propio lenguaje.

1.1. Juicio

Es el acto de discernir entre lo bueno y lo malo, lo verdadero y lo falso, lo justo y lo injusto, que realiza el juez en el ejercicio de su función jurisdiccional durante el proceso. Al respecto, el maestro ALZAMORA VALDEZ refiere que: “La palabra juicio que aún se emplea, y significa operación lógica de discernir entre la verdad y el error, la justicia o la injusticia”¹³¹.

¹³¹ Alzamora Valdez, Mario; Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario; 2ª Ed.; Edit. Facultad de Derecho de la UNMSM; Lima, Perú; 1968; p. 14.

Si admitimos esta denominación, también aceptamos que en todos los actos procesales del juez, éste emite juicios. En una demanda que se presenta, por ejemplo, si advierte que le falta alguno de los requisitos de forma o de fondo, con las facultades que le confieren los artículos 426 y 427 del C.P.C. debe dictar los autos de inadmisibilidad para que subsane los defectos de forma y, si no se cumpliera con lo ordenado, de rechazo de la demanda o de improcedencia. En estos casos y en los previstos en el artículo 121 del Código adjetivo el juez emite juicios, de lo que se desprende que en el nuevo sistema procesal ya no hay la denominación de juicio como en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Esta denominación se mantiene en la legislación procesal civil de España.

1.2. Pleito

Así se denomina a la lucha de dos o más sujetos, que no solamente se va a dar en una discusión jurídica, sino también extra proceso. Es decir, que puede resultar aun de hechos que no tienen repercusión en el Derecho Procesal Civil, sino en otros campos.

1.3. Litis

El jurisconsulto CARNELUTTI empleó este vocablo para significar "como el conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal"¹³². Por su parte, MORELLO, siguiendo el pensamiento de CARNELUTTI, define la litis como el "conflicto intersubjetivo de intereses que se manifiesta en la pretensión del sujeto, resistida por otro; es decir, entre dos partes: actor y demandado"¹³³.

De ahí que los romanos nos hablaron de la *litis contestatio*, porque según ellos para que exista litis debía existir una acción y una resistencia; en otras palabras debía haber un derecho de acción y un derecho de contradicción para establecer la relación procesal a través de una demanda en la que el actor ejercita su pretensión procesal y el demandado la conteste oponiéndose a los derechos lesionados, o negando la acción siempre ante el organismo jurisdiccional en ejercicio de su derecho de contradicción. Si los conflictos se solucionan extra proceso, no existe litis. Aquí radica precisamente la diferencia entre litis y proceso, pues éste existirá aun sin la contestación de la demanda, considerando que la demanda es el primer acto procesal con que se inicia un proceso.

132 CARNELUTTI, Francesco; Instituciones del Proceso Civil; Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires-Argentina; 1959; p. 28.

133 Morello, Augusto; Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación; T. II; Edit. Abelardo Perrot; Buenos Aires, Argentina; 1970; p. 363.

1.4. Controversia

Es la lucha de intereses privados que realizan las partes durante el curso del proceso en una contienda judicial. Existe en tanto el demandante como el demandado luchan por demostrar los hechos controvertidos o sus intereses en pugna. Hay mucha semejanza entre controversia y litis, pero se diferencian en que la controversia se produce desde que se viola la norma jurídica o se niega el derecho de una persona, mientras que la litis surge desde cuando la persona agraviada ejercita la acción civil ante el órgano jurisdiccional y el demandado contradice la demanda al hacer uso de las excepciones o al contestar la demanda.

Para el jurista argentino Atilio GONZÁLEZ, la controversia “es la contingencia procedimental consistente en la posibilidad de que aquel conflicto sea discutido; es decir, la eventualidad de que el sujeto pasivo de la pretensión discuta, contradiga o controvierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte”¹³⁴.

El destacado procesalista peruano MONROY GÁLVEZ acota que “...puede haber también un proceso en donde haya conflicto pero no controversia. Esto ocurrirá cuando el demandado no resista la pretensión, porque se allana al petitorio, reconoce la pretensión o no contesta la demanda dentro del plazo previsto.

En consecuencia, los conceptos conflicto, controversia y litigio se mueven en planos distintos, inclusive algunos pueden existir fuera del proceso, aunque otros requieran de su ámbito artificial — por oposición a la realidad — para poder tener existencia. Así, podemos concebir un proceso sin conflicto e inclusive sin controversia, sin embargo, no hay proceso sin litigio, dado que este último es la expresión judicial de un conflicto, pese a que este, insistimos, no tenga existencia, carezca de factualidad.

Por otro lado, podrá también existir conflicto sin litigio. Esta situación se presentará cuando alguien tenga una pretensión con relevancia jurídica contra otra, pero que no le interese exigirla judicialmente. Finalmente, como ya se expresó, también puede darse un litigio sin conflicto, que se presentará cuando alguien demande alegando un conflicto inexistente en el mundo real”¹³⁵.

1.5. Causa

Es la que da origen a los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales que se ventilan dentro de un proceso; en otras palabras, es la que origina una situación jurídica o le da sustento legal. Sin embargo, en la práctica forense se sostuvo que la causa comprende la demanda y los medios de defensa que tiene el demandado, y muchos jueces, tal como afirmábamos en 1988 al comentar el proceso ordinario, “decían por

134 Gonzalez, Atilio Carlos; Estudios de Derecho Procesal; T. IV; Edit. Ad-hoc S. R. L.; Buenos Aires, Argentina; 1994; p. 77.

135 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; pp. 365 y 366

absuelto el traslado de la demanda y recíbese la causa a prueba, cuando a nuestro modesto entender debía decirse que se tenga por absuelto el traslado de la demanda, se reciba a prueba y si hubiese excepciones y reconvención, también en forma expresa debe ordenarse que se reciban a prueba a fin de que el juez tenga que pronunciarse también sobre estos extremos, que no son parte accesorias del proceso, sino actos procesales principales”¹³⁶.

En nuestro ordenamiento procesal encontramos dispositivos que denominan al proceso causa cuando se encuentra expedito para sentencia¹³⁷.

1.6. Expediente

Es el contenido material del proceso. Está formado por los folios que contiene el proceso en los cuales se encuentran los actos procesales que realizan las partes, el juez y terceros. En nuestro Código Procesal Civil, en el Título II se trata de la formación del expediente. Este título dispone que los auxiliares jurisdiccionales son responsables de la formación, conservación y seguridad de los expedientes, también sobre el lugar de la custodia (oficina del secretario de juzgado o de la secretaría de la sala o en la oficina del juez); sobre las personas que deben examinar los expedientes (partes, abogados y apoderados); la expedición de copias y la recomposición de expedientes¹³⁸.

El Código de Procedimiento Civil de Colombia en el Título Décimo y otros tres capítulos se ocupa de los expedientes y establece una diferencia completa entre expediente y proceso¹³⁹.

1.7. Proceso

Existen tantos conceptos sobre el proceso desde el *judicium romano*, del cual se derivó el término juicio que ya en el sistema procesalista se encuentra dentro del proceso. Para entender mejor este término citaremos a los más destacados tratadistas del Derecho Procesal.

Para CHIOVENDA, el proceso civil: “Es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”¹⁴⁰.

136 Idrogo Delgado, Teófilo; Derecho Procesal Civil. Juicio Ordinario; T. I; Marsol Perú Editores; Lima, Perú; 1988; p. 55.

137 Cfr. Arts. 373, 373, 376, 394, etc. del C. P. C.

138 Cfr. arts. 136, 137, 138, 139 y 140 del C.P.C.

139 “Art. 125.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1º. Num. 69. Formación de los Expedientes. De todo proceso se formará un expediente, dentro del cual irán en cuaderno separado la actuación de cada una de las instancias y del recurso de casación, de los incidentes, de los trámites especiales que sustituyan a éstos, del decreto y la práctica de las medidas cautelares, y de las pruebas practicadas a solicitud de cada parte sobre la cuestión principal. Las actas de las audiencias en que se practiquen pruebas pedidas por ambas partes y las pruebas que el juez decreta de oficio, formarán otro cuaderno”. Pereira Monsalve, Luis César; Código de Procedimiento Civil; Edit. Poligráficas; Medellín, Colombia; 2000; p. 108.

140 Chiovenda, Giuseppe; Instituciones de Derecho Procesal Civil; Vol. I; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España; 1948; p. 37.

Al referirse al proceso, DEVIS ECHANDÍA sostiene: “es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretenden tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.). Este es el verdadero proceso”¹⁴¹.

Al tratar del proceso judicial, MONROY GÁLVEZ brinda la siguiente definición: “El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos”¹⁴².

Por nuestra parte, afirmamos que el proceso es el conjunto de actos procesales coordinados, sistematizados, lógicos que realizan el juez, las partes y terceros ante los organismos jurisdiccionales para la solución de un conflicto de intereses desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de la resolución judicial firme.

Afirmamos que son actos procesales coordinados, porque la ley procesal no se utiliza en forma aislada, sino que tiene principios que la orientan a fin de que cumplan la finalidad a que está destinada. Así, por ejemplo, se fundamenta en el principio de dirección, de contradicción, preclusión, celeridad, economía procesal, publicidad, etc. El proceso se va desarrollando por etapas sucesivas en forma concatenada, ordenada y lógica hasta terminar con la ejecución de la sentencia.

El proceso es sistemático porque tiene su propio método o vía procedimental para descubrir la verdad formal, relacionando durante la actividad dinámica del proceso a muchas instituciones jurídicas del ordenamiento positivo nacional para descubrir el origen del derecho controvertido. Por ejemplo, cuando se trata de solucionar un conflicto sobre derecho de propiedad en una demanda de reivindicación, se deben analizar, según el caso, todas las instituciones conexas con el derecho de propiedad, el derecho notarial y registral, el derecho de contratos, de sucesiones, etc., a fin de que el juez aplique el derecho positivo, normado, codificado al caso concreto.

El proceso es lógico, porque desde que se inicia hasta su fin existen proposiciones afirmativas o negativas, cuyos hechos que contienen deben ser debidamente proba-

141 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit. T. I; p. 157.

142 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p. 229.

dos, excepto cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella sirve de base¹⁴³.

Todas las proposiciones afirmativas requieren pruebas; sólo aquellas proposiciones negativas que no contienen una afirmación, no necesitan demostración; en cambio, si contienen una afirmación, la parte tiene la obligación de probarlas. Asimismo, el proceso es lógico debido a que el Juez emite juicios donde se observan premisas, proposiciones y conclusiones como si se tratara de un razonamiento lógico formal, cuando en realidad esta operación constituye un razonamiento jurídico que, de acuerdo a su preparación ontológica, deontológica, axiológica y de argumentación, le conduce a expedir una sentencia con un fallo judicial que solucione un conflicto de intereses o una incertidumbre de las partes con plena certeza.

Por lo tanto, concluimos que los sujetos de la relación procesal hacen razonamiento jurídico para sustentar sus propios actos procesales desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de la sentencia.

1.8. Procedimiento

En opinión de CARNELUTTI, el procedimiento es: "Una sucesión de actos no sólo finalmente, sino también causalmente vinculados, en cuanto cada uno de ellos supone el precedente y así el último supone el grupo entero, se verá que el pronunciamiento, última fase del procedimiento, supone la instrucción, que es un grupo de actos precedentes, de igual manera que la instrucción precede a la instrucción"¹⁴⁴.

Después de hacer un análisis de los tratadistas del Derecho Procesal a través de los tiempos, MONROY GÁLVEZ acota: "el proceso judicial, en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso. En cambio, procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados en un proceso o en parte de este, provistos por el Estado con anticipación a su inicio"¹⁴⁵.

A simple vista, pareciera que proceso y procedimiento tuvieran el mismo significado, como ocurrió en la época de los procesalistas clásicos. No es así, porque el proceso es la reunión de los actos procesales que forman el todo, donde hay varios procedi-

143 Cfr. art. 278 del C.P.C.

144 Carnelutti, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*; T. I; 4ª Ed.; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina:1959; p. 420.

145 Monroy Gálvez, Juan; *Op. Cit.*; pp. 267 y 268.

mientos. En otras palabras, el procedimiento *es la parte* y el proceso es la reunión de *esas partes*.

En el proceso de conocimiento, por ejemplo, el primer acto de procedimiento es la demanda; el segundo pueden ser las tachas u oposiciones; el tercero, las excepciones y defensas previas; el cuarto, la contestación de la demanda y reconvencción; el quinto, la audiencia de saneamiento; el sexto, la audiencia de pruebas; el séptimo, los alegatos; el octavo, la sentencia, etc. De ahí que, en parte, compartimos la opinión del tratadista CABANELLAS, quien sostiene que el procedimiento es: "El conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en un proceso"¹⁴⁶.

A fin de esclarecer estos conceptos, vamos a diferenciar entre proceso y procedimiento:

- El proceso es el género, es el todo, mientras que el procedimiento es la especie o parte del proceso.
- El proceso es la parte externa y el procedimiento es la parte interna que da vida al proceso.
- El proceso, como conjunto de actos procesales, permanecería estático si no existiesen actos de procedimiento, porque su estructura refleja que está supeditado a ciertas formalidades para llegar a su fin; en cambio, el procedimiento es la parte dinámica que pone en movimiento al proceso y permite que se realice cada una de las etapas del proceso de conocimiento.
- Los actos procesales se diferencian de los actos de procedimiento en que éstos son realizados exclusivamente por los sujetos de la relación procesal (juez y partes), mientras en los actos procesales intervienen el juez, las partes, terceros, auxiliares de justicia, y reciben el nombre genérico de actos jurídico procesales.

Entre estos, podemos señalar una demanda, una notificación, una declaración de testigos, una sentencia, etc. en los que intervienen la voluntad, la ley y se realizan dentro de un proceso. Por el contrario, no constituyen actos jurídicos procesales aquellos hechos naturales, físicos, químicos, matemáticos, que no son de carácter jurídico y que se realizan fuera del proceso, aunque produzcan efectos jurídicos como la muerte, el otorgamiento de un poder ante el notario público por una de las partes a fin de litigar por apoderado¹⁴⁷.

146 Cabanellas, Guillermo; Diccionario de Derecho Usual; T. II; 6ª Ed.; Edit. Bibliográfica OMEBA; Buenos Aires, Argentina; 1979; p. 390.

147 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 313.

Por estas razones sostenemos desde el año 1993 que la denominación más lógica, más jurídica y más técnica en el sistema procesal es la de proceso judicial. Esta denominación debería ser aplicada ya sea en el ejercicio de la defensa o en la cátedra, en el proceso judicial de conocimiento, como se ha legislado en nuestro Código Procesal Civil.

2. CONCEPTO DE PROCESO DE CONOCIMIENTO

El proceso de conocimiento es el conjunto de actos procesales coordinados, sistematizados y lógicos que orienta a los procesos contenciosos (abreviado, sumarísimo, cautelar y de ejecución) y no contenciosos en materia civil y por analogía, a falta de norma expresa, a otros procesos ya sean contencioso administrativo, de familia, laborales y otros que se creen por la ciencia procesal.

3. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Los principios procesales son normas matrices o preceptos fundamentales de los cuales se originan pautas para regular las relaciones jurídicas del proceso, así como las del juez y de las partes dentro de un marco limitado en el que se desenvuelve la actividad procesal.

En la evolución histórica de la sociedad se hizo imperiosa la necesidad de regular las relaciones sociales, partiendo de la *concepción romanista* que consideraba a los principios como normas inmutables de las cuales surgieron nuevos sistemas procesales y, finalmente, principios para normar los intereses de orden público y privado.

Por otro lado, las exigencias planteadas por la dinámica de las actividades civiles, comerciales, laborales, de defensa de los derechos sociales y de la actividad judicial, dieron lugar a la inclusión de los principios de orden civil, penal, laboral, comercial. A partir de 1993, en el Derecho Procesal Civil peruano encontramos los principios fundamentales en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, cuyas pautas esenciales sirven a los operadores del derecho para la orientación y aplicación de las normas jurídicas en los procesos contenciosos y no contenciosos.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal, el proceso de conocimiento como ciencia está orientado por principios fundamentales, expresamente normados, a fin de que el proceso se inicie, se desenvuelva y llegue a su fin.

3.1. Principio de iniciativa de parte

Es uno de los principios del sistema privatístico, que en el derecho procesal romano se aplicaba cuando el demandante comparecía a los organismos jurisdiccionales iniciando un proceso. El aforismo "Nemo iudex sine actore"; es decir, no hay proceso sin demandante. En nuestro ordenamiento procesal, se ha regulado en el sentido de

que el derecho de acción puede hacerlo valer su titular cuando su derecho ha sido desconocido y solo deberá invocar interés y legitimidad para obrar, como acota el maestro Juan Monroy "debe invocar que su conflicto no tiene otra solución que no sea la intervención del órgano jurisdiccional y, asimismo, que el proceso se va desarrollar entre las mismas personas que forman parte del conflicto material o real que dio lugar al proceso o entre quienes derivan sus derechos"¹⁴⁸.

El Art. IV del Título Preliminar es el sustento del principio de iniciativa de parte¹⁴⁹ tanto en el proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo y de ejecución siempre que se inician a petición de parte. Clásicamente, los procesos se fundamentaban en la autonomía de la voluntad como lo afirma MILLAR: "como la potestad que tiene las partes para ejercer o no un acto procesal"¹⁵⁰.

PODETTI, por su parte, fue mucho más allá sosteniendo que "...es la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho y la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional de aportar elementos formativos del proceso e instar su desarrollo para terminarlo o darle fin"¹⁵¹.

Como se observa, los sujetos de la relación procesal (juez y partes) intervienen para realizar actos procesales una vez que se ejercita el derecho de acción por el demandante y el derecho de contradicción por el demandado y el juez director ejerce la autoidad de que está investido, cautelando que el proceso no quede supeditado exclusivamente a la voluntad de las partes.

En 1993, cuando se promulgó el nuevo Código Procesal Civil, este principio prohibió al juez en determinados procesos como en los de separación de cuerpos o divorcio por causal sustituir la iniciativa de las partes, investigar los hechos alegados por ellas y sentenciar más allá de lo pedido¹⁵².

Podemos afirmar que, en virtud de este principio, las partes tienen las facultades siguientes:

- Derecho a la iniciativa, esto quiere decir que sin la intervención de la parte no hay demanda y, en consecuencia, tampoco existe proceso. Interpuesta la demanda, el

148 MONROY GALVEZ, Juan: Op. Cit.; p.188.

149 Cfr. "El proceso sólo se promueve a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requiere invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso, ni quien defiende intereses difusos..."

150 Millar, Robert Wyness; Los Principios Formativos del Procedimiento; Ediar Editores; Buenos Aires, Argentina, 1956; p. 310.

151 Podetti, Ramiro; Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral; T. I; Tratado de la Competencia;

152 Cfr. art. 380 del C. P. C.

titular del derecho de acción puede desistirse expresamente, paralizarla y abandonarla tácitamente por medio de la institución del abandono de la instancia, si es que su colitigante no insta el proceso para realizar actos de procuración.

- Las pruebas corresponden a las partes, por eso los hechos que invocan deben probarlos por ser carga procesal para ellas mismas.
- Los jueces no pueden fallar más allá de lo pedido por las partes ni omitir pronunciarse respecto a algún extremo de la demanda. La sentencia que se pronuncie omitiendo o excediendo las peticiones de la demanda será nula, y
- Sólo las partes podrán impugnar las resoluciones judiciales para su revisión y casación por los órganos jurisdiccionales superiores jerárquicos.

A diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, el Código Procesal Civil vigente permite la dirección del proceso, pruebas de oficio, etc., en todos los casos en los cuales la voluntad privada no basta para garantizar la aplicación de las normas procesales con espíritu de justicia.

El principio de iniciativa de parte se manifiesta en las prescripciones del Código Procesal Civil sobre presentación de la demanda, cumpliendo las formalidades que disponen los artículos 129, 130, 131, 424 y 425 del C.P.C., sobre el derecho de contradicción que ejerce el demandado proponiendo las tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, la contestación y reconvencción, las formas especiales de conclusión del proceso como la transacción, conciliación, allanamiento y reconocimiento, desistimiento, abandono, las resoluciones judiciales, los medios impugnatorios como los remedios y recursos, etc.

3.2. Principio de la defensa privada

En Roma, el procedimiento de las acciones legales se basó en sus orígenes en el *Derecho Quiritario*, que estaba constituido por fórmulas orales como privilegio para los ciudadanos romanos. Posteriormente, se abandona ese procedimiento para pasar al proceso formulario sustentado en fórmulas escritas, dadas exclusivamente para los peregrinos que comparecían a los tribunales para hacer valer sus derechos. En estos casos, el *Pretor* invitaba a los extranjeros a escribir sus exactas pretensiones en una fórmula escrita – pretensiones cuyo fundamento debía verificar el juez – y las precisas condenaciones que demandaban al juez. Como puede observarse, ya en aquellas épocas se observa la orientación privatística del proceso.

El principio de defensa privada, como afirma Monroy Gálvez, es un complemento del principio de iniciativa de parte¹⁵³. La aplicación de este principio garantiza la pretensión procesal del demandante y del demandado, porque ningún escrito en los

153 MONROY GALVEZ, Juan; Op. Cit.; p. 189

lugares donde está cautiva la defensa podrá ingresar si no está autorizado por un abogado¹⁵⁴.

El fundamento de este principio está en el derecho de defensa que tiene tanto el demandante como el demandado. El demandado que hará uso de las excepciones contra la demanda cuando advierte defectos de forma y el demandante contra la reconvencción, en ambos casos quien hace uso de los mecanismos de las excepciones tiene la condición exclusiva de demandado, con la finalidad de evitar la continuación de procesos que no tienen validez en cuanto a la relación procesal.

La aspiración de todo proceso es alcanzar la verdad y esta depende, más que nada, de las formas como éstas se realizan por actividad de las partes y del juez como órgano jurisdiccional del Estado; por lo tanto, a través de sus órganos de control, este debe realizar actos de fiscalización sobre su función. De ahí la importancia del principio de defensa privada, puesto que el proceso se caracteriza por ser privado y público y sujeto a las restricciones, quejas, impedimentos, tachas u oposiciones de medios probatorios, etc., de los que se valen las partes en conflicto.

Otros procesalistas sostienen que el principio de defensa privada reposa en dos fundamentos: la autoridad del juez y el control público sobre la justicia (Estado). Esto significa que el juez gobierna el proceso y encauza la voluntad de las partes y evita pronunciarse sobre una relación procesal inválida por defectuosa.

Es de advertir que en las excepciones de saneamiento procesal no hay necesidad de pedirle al juez su declaración, de advertir algún defecto u omisión de uno de los presupuestos procesales o de las condiciones de la acción el juez lo hará al sanear el proceso.

3.3. Principio de dirección del proceso

Al ser director del proceso, el juez está obligado a dirigir personalmente los actos procesales y es responsable del retardo que ocasione a las partes por su negligencia, ejerciendo su cargo con sujeción a las disposiciones del Código Procesal Civil.

El principio de dirección del proceso recibe también el nombre de principio de autoridad. Su vigencia histórica en el proceso civil explica su hegemonía frente al principio dispositivo, bajo el cual el juez tiene dentro del proceso una actividad eminentemente pasiva.

Con relación a este principio, CHIOVENDA refiere que "En el proceso civil moderno no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado hállese interesado en el proceso

154 "Artículo 132º Defensa cautiva. 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".

civil; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible. El Juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos”¹⁵⁵.

En virtud de este principio, el juez se convierte en un verdadero conductor del proceso con los poderes que le otorga la jurisdicción y con plenas facultades de decisión que le permite cumplir con la función pública, propia del nuevo sistema procesal que se implantó a partir de 1993 para alcanzar la socialización del proceso y la paz social con justicia.

3.4. Principio de impulso procesal

El principio de impulso procesal se fundamenta en el principio de dirección del proceso, tiene el carácter público y se mantiene de acuerdo a los adelantos de los estudios del Derecho Procesal, a través del cual el Estado hace efectivo el derecho positivo, en busca de la armonía y la paz social con justicia plena.

El impulso procesal tiene como finalidad legitimar la actividad de las partes haciéndola más dinámica, funcional y directriz.

El principio de impulso procesal — conocido también como impulso oficial, impulso judicial o impulso autónomo — es el que permite poner en movimiento al proceso, de tal manera que no se detenga hasta que se ponga fin a la instancia. Estos actos de procedimiento pueden hacerse indistintamente: a petición de parte, de oficio por los órganos jurisdiccionales o por disposición expresa de la ley.

El principio de impulso procesal de oficio se fundamenta en la idea de que el Estado está interesado en la rápida definición de los procesos; por eso a los jueces se les ha dotado de un instrumento procesal que les permita tomar iniciativa en la pronta solución de los conflictos de las partes sometidos a su competencia, permitiendo que los procesos continúen, no se detengan y que la administración de justicia sea dinámica, eficiente y oportuna para lograr la paz social.

Según la autorizada opinión del maestro ALZAMORA VALDEZ, el principio de impulso procesal de oficio es de cuatro clases, “formal y material, positivo y negativo. Es formal cuando se refiere a la sucesión de actos externos del proceso (notificaciones); es material si persigue la realización de actos que tocan el fondo mismo de la controversia; es negativo cuando tiende a impedir actos irrelevantes y es positivo, que es el más amplio, si tiene por objeto la realización de toda clase de actos”¹⁵⁶.

155 Chiovenda, Giuseppe; Principios de Derecho Procesal Civil; Traducción de José Casais y Santoló; T. II; Edit. Reus; Madrid, España; 1922; p. 136.

156 Alzamora Valdez, Mario; Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso; 7ª Ed.; Edit. Tipografía Peruana; Lima, Perú; 1966; p. 285.

Con la vigencia del artículo II del T.P. del C.P.C., los jueces en materia civil ya no son simples espectadores, sino que se han convertido en elementos activos por excelencia en la prosecución del proceso, dejando de lado la marcada influencia privatista para dirigir el proceso con facultades inquisitoriales, no obstante que el Código Procesal Civil tiene solamente orientaciones propias del sistema publicista.

El juez, por lo tanto, es responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia, salvo los casos de excepción señalados expresamente en la ley adjetiva. Sin embargo, no nos explicamos por qué si la ley procesal confiere a los órganos jurisdiccionales facultades de impulso procesal de oficio, ha mantenido la institución del abandono del proceso, a pesar que se le faculta aun declararlo de oficio¹⁵⁷, cuando en realidad sólo debió legislarse para los procesos que se impulsan a instancia de parte, como los de separación de cuerpos o divorcio por causal, título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación de áreas y delimitación de linderos, responsabilidad civil de jueces, etc.

3.5. Principio de socialización del proceso

Este principio radica en el derecho que tiene toda persona a la igualdad ante la ley, tal como lo prescribe el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del 93. El artículo VI del T.P. del C.P.C. regula el principio de socialización del proceso, al señalar que: "El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas que comparecen por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso"¹⁵⁸.

Desde los tiempos medievales hasta la actualidad se conoce este principio por los estudios contemporáneos realizados. De ahí que el procesalista COUTURE afirma: "Lo que este principio demanda no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa. Las pequeñas desigualdades requeridas por necesidades técnicas del proceso, no quebrantan el principio"¹⁵⁹.

Por su parte, DEVIS ECHANDÍA acota: "Dos consecuencias se deducen:

- 1) La de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur ex altera parte*, que viene a ser aplicación del postulado de la organización de los Estados modernos;

157 Cfr. art. 346 del C.P.C.

158 Cfr. art. VI del T. P. del C.P.C.

159 Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 185.

- 2) Que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con la raza, fortuna o nacimiento de las partes"¹⁶⁰.

Por la aplicación del principio de socialización se democratiza el proceso, recusándose el sistema privatístico y adoptándose el sistema publicista, con la finalidad de que el juez director del proceso no sólo expida una sentencia justa sino que durante el desarrollo del proceso evite la desigualdad de las partes que comparecen solicitando tutela jurisdiccional.

Al ponerse en práctica nuestro ordenamiento procesal, se han dejado de lado las concepciones romanistas y medievales de igualdad ante la ley por el de igualdad de partes, razón por la cual se notifica la demanda al demandado y, si el proceso se sigue en rebeldía, se notifican las siguientes resoluciones, tales como la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento. Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte¹⁶¹.

Con la orientación publicista del Código Procesal Civil, es imprescindible la aplicación del artículo VI del T.P. del C.P.C., toda vez que el juez como director del proceso no sólo tratará de conducir los actos de procedimiento en la forma más adecuada y oportuna para expedir una resolución final la más justa posible, sino que está facultado para impedir la desigualdad de las partes que se encuentran en un conflicto judicial.

De permitirse la desigualdad de las partes nos encontraríamos frente a un factor determinante no sólo de la conducción del proceso, sino también de los actos procesales que afectan el valor de la justicia que debe impartirse con un criterio de igualdad, para que prevalezcan los valores axiológicos de la administración de justicia. Si bien es verdad, existen privilegios en algunos casos como en la audiencia, esto no se da por razón de personas, sino por la investidura del cargo que desempeñan¹⁶².

Con mucho acierto, al comentar el principio de igualdad de partes, el maestro ALVARADO VELLOSO afirma que "Todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter dual del proceso) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediable-

160 Devis Echandía, Hernando; Teoría General del Proceso; T. I; Edit. Universidad S.R.L.; Buenos Aires, Argentina; 1984; p. 23.

161 Cfr. art. 459 del C.P.C.

162 Cfr. art. 205 segunda parte del C.P.C.: "Cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, la audiencia o sólo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas".

mente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica del proceso el que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad”¹⁶³.

No obstante este principio, si el juez advierte dentro de un determinado proceso que las partes o el abogado han trazado una estrategia que va a causar un daño irreparable a una de las partes o a la administración de justicia, pese a tener el juez la dirección del proceso, no podrá hacer nada para evitarlo porque las normas del derecho procesal tutelan los derechos privados. En este supuesto, la articulación promovida por esa parte influenciará en la decisión del juez que protagonizará una injusticia.

En conclusión, el principio de socialización estatuido en el Código Procesal Civil no garantiza la erradicación de injusticias, si la actitud de los letrados que patrocinan los procesos no está dirigida a actuar con lealtad frente a su adversario, incurriéndose en las mismas prácticas arbitrarias del pasado cuando se les permitía a cualesquiera de las partes alegar, probar, argumentar o impugnar siguiendo el sistema procedimentalista propio de un derecho privatista. En la actualidad, sin embargo, bajo el imperio del sistema procesalista se impone el principio de socialización durante todo el desarrollo del proceso.

3.6. Principio de contradicción

Este principio está basado en que en todo proceso contencioso como el de conocimiento son indispensables dos partes (demandante y demandado). Este principio dio origen a la denominación de sujetos de la Litis¹⁶⁴, que actualmente ha variado por la denominación de “partes del proceso”.

No se concibe proceso sin la intervención de dos partes; pues, en el derecho procesal romano no se permitió que los procesos se siguieran en ausencia de una de las partes.

En el *proceso germano*, la comparecencia era forzada para la aplicación de medidas drásticas como el embargo de bienes y la prescripción¹⁶⁵, porque según el proverbio del derecho antiguo alemán, que refiere MILLAR: “La alegación de un solo hombre no es alegación, el juez debe oír a ambas partes”¹⁶⁶.

El principio de contradicción o bilateralidad radica en que ambas partes deben comparecer ante el juez. Siguiendo este principio se corre traslado de la demanda para que el demandado haga uso del derecho de contradicción y de defensa. En el

163 Alvarado Velloso, Adolfo; Op. Cit.; Primera Parte; p. 260.

164 Carnelutti, Francesco; Op. Cit.; T. I; p. 420.

165 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 24.

166 Millar, Robert Wyness; Op. Cit.; p. 67.

acto de absolver el traslado debe exigirse un expreso pronunciamiento para su validez; si no se hace oportunamente, cuando el demandado se negaba a comparecer ante el juez o absolver algún traslado, se dio origen a la institución de la rebeldía o contumacia. Ya en el siglo XVII se generalizó este principio y tanto el derecho francés como el canónico establecieron sanciones contra quienes se negaran a concurrir, sancionando al demandado desobediente con la entrega en posesión de bienes al demandante.

Al respecto, ALSINA refiere que "Según este principio todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Ello importa la contradicción, o sea el derecho de oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad"¹⁶⁷.

Por aplicación de este principio, todas las resoluciones que expidan los jueces deben notificarse a las partes, con la finalidad de que dentro de los plazos hagan uso de los medios impugnatorios y, por tanto, no puedan ejecutarse hasta cuando hayan quedado consentidas o ejecutoriadas.

En nuestro Código Procesal Civil, se ha legislado para que el demandado pueda hacer uso de las tachas u oposiciones a los medios probatorios, las excepciones y defensas previas contra los defectos de forma y de fondo de la demanda, la institución de la rebeldía como una ficción jurídica a través de la cual se considera a la parte rebelde en el proceso de conocimiento como una presunción relativa de verdad con relación al acto procesal del colitigante.

Así, por ejemplo, no contestar la demanda, no concurrir a la audiencia de conciliación, a la audiencia de pruebas, entre otras, o no practicar otros actos señalados expresamente en nuestra ley adjetiva. Cabe destacar que contra el rebelde corren los plazos como si litigase personalmente y se le considera notificado de todas las resoluciones el mismo día que notificaron a la otra parte.

El principio de bilateralidad — más propiamente llamado de contradicción— que rige todo proceso constituye una garantía para las partes, ya que permite una aplicación imparcial de las normas jurídicas que tutelan sus derechos. Es asimismo el fundamento del derecho de defensa que tienen los justiciables en la jurisdicción contenciosa, como principio y derecho de la función jurisdiccional, prescrito en el artículo 139 incs. 14 y 16 de la Constitución Política de 1993.

El principio de contradicción se fundamenta en la segunda parte del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, que establece que toda persona tiene derecho de igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Este principio de igualdad también se encuentra en el artículo 4 del C.C., cuando dispone que el varón

167 Alsina, Hugo; Derecho Procesal Civil y Comercial; T. I; 2ª Ed.; Ediar Editores; Buenos Aires, Argentina; 1956; p. 457.

y la mujer tienen la misma capacidad jurídica, igual capacidad de ejercicio de los derechos civiles, razón por la cual los jueces en aplicación de la ley deben actuar con suma cautela para que estas normas matrices no constituyan simples derechos *expectaticios* de las partes que intervienen en un conflicto judicial.

3.7. Principio de inmediación

El principio de inmediación tiene por finalidad procurar que el juez, que va a resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, se encuentre en mayor contacto con las partes (demandante y demandado) y con los medios probatorios que conforman el proceso.

El procesalista ALSINA sostiene que "El principio de inmediación significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su actuación inmediata"¹⁶⁸.

Según este principio, el juez debe conocer la actividad de las partes, su conducta y su solvencia moral y que los actos que realicen los cumplan en su presencia, lo que le permitirá, si llegara el caso, hacerles conciliar, transar y finalmente emitir una valoración justa de los hechos que aporten. Este contacto debe ser personal, sin necesidad de intermediarios como abogados, relatores, etc.

Por otro lado, el juez debe tener intervención personal en la actuación de las pruebas, tales como declaración de parte, testigos, peritos, etc., para formarse una convicción plena de los hechos y, de esta manera, resolver el conflicto en forma oportuna.

En el proceso de conocimiento, este principio se aplica durante la audiencia de pruebas, como por ejemplo cuando se han admitido como medios probatorios la declaración de parte, durante la cual el juez deberá interrogar personalmente a las partes, salvo que comisione a otro, cuando la absolución de posiciones tengan que hacerse fuera del lugar del proceso, la inspección judicial, que debe actuarla personalmente el juez para apreciar los hechos relacionados con el litigio; el reconocimiento de documentos, el cotejo de documentos escritos, entre otras diligencias¹⁶⁹.

Este principio tiende a dar mayor celeridad y eficacia al proceso porque permitirá al juez expedir sentencia con plena certeza debido a que participó en la producción de las pruebas, en la realización de los debates orales en el más breve tiempo, lo que le proporcionó una visión más íntima y cercana de sus resultados; de ahí que tenga aplicación en el proceso de conocimiento y en todos los procesos contenciosos y no contenciosos que se han normado en todo nuestro ordenamiento procesal.

168 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. I; p. 460.

169 Cfr. arts. 219, 272, 246, 257 del C.P.C.

3.8. Principio de concentración

Este principio permite que toda actividad procesal se realice a través del menor número de audiencias, ya sea una o dos y en menos tiempo, con la finalidad de que el juez tenga una visión integral, que no solo le permita participar de todas las audiencias, sino también adquirir una visión de conjunto del proceso que va a resolver¹⁷⁰. Este principio es un complemento del principio de inmediación.

También sostenemos que el principio de concentración consiste en reunir en una sola audiencia varios actos procesales para su actuación, como ocurre durante la actuación de los medios probatorios.

Al referirse a este principio, ALSINA afirma: "Tiende el principio de concentración a acelerar el proceso eliminando trámites que no sean indispensables, con lo cual se obtiene al mismo tiempo una visión más concreta de la litis. Ello supone la concesión al juez de facultades amplias en la dirección del procedimiento, que le permita negar aquellas diligencias que considere innecesarias y disponer de las partes o que estime convenientes para regularizar el procedimiento"¹⁷¹.

El maestro ALZAMORA VALDEZ sostiene: "La concentración impone que el juicio se desenvuelva sin interrupciones, que no proliferen las cuestiones incidentales, y que la sentencia definitiva comprenda todo lo que ha sido materia del debate"¹⁷².

Por eso el Código Procesal Civil vigente ha dispuesto que en los procesos contenciosos como el de conocimiento las audiencias de saneamiento procesal, conciliación y de pruebas, en virtud del principio de concentración el juez como director del proceso se convierta en un auténtico artífice del desarrollo de los actos procesales para expedir una sentencia con plena certeza.

Al comentar el principio de concentración, DEVIS ECHANDÍA acota que "...tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad. Para esto se debe procurar que el proceso se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental; lo cual sólo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos e incidentes de previa definición"¹⁷³.

3.9. Principio de economía procesal

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil dispone que el proceso es un medio que necesitan las partes para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva,

170 Cfr. art. V del T. P. del C.P.C.

171 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. I; p. 461.

172 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 288.

173 Devís Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I, p. 37.

por lo que éste no puede originar mayores gastos al valor de los derechos que están en conflicto. En caso contrario, no tendría objeto que las partes litiguen cuando la restitución de un derecho les resulta más costosa; de ahí que tanto los jueces como los abogados invocan este principio, a fin de que el proceso sea menos oneroso, más eficiente y oportuno; es decir, que el juez como director del proceso debe actuar diligentemente para que se resuelva dentro de los plazos, adoptando las medidas más convenientes para una pronta y eficaz administración de justicia.

Por la aplicación de este principio, los procesos varían sus procedimientos de acuerdo a la cuantía. Así, en el proceso de *conocimiento*, como sus trámites son más rigurosos y complejos, se observan las reglas de mayor cuantía, mientras que en los *procesos abreviados y sumarísimos*, tanto por su competencia y sus procedimientos sencillos, breves, simples y de urgencia son menos costosos y ha generado la gratuidad de las actuaciones del juez, de los auxiliares de justicia y de los litigantes.

PEYRANO, citando a Carlos AYARRAGARAY, sostiene que "Desde siempre el costo del proceso fue un obstáculo para que cada cual gozara de sus derechos. Es suficiente, lo que afirma recordar la justicia medieval, que se presentaba previo pago de espórtulas, gabela especialmente creada para engrosar las arcas de los señores feudales, con lo cual, quien no contaba con recursos suficientes para satisfacerla se encontraba imposibilitado de petitionar el ejercicio de la función jurisdiccional"¹⁷⁴.

Para obviar esa desigualdad económica que existe entre las partes, el legislador del Código Procesal Civil ha creado la institución del auxilio judicial previa declaración como medio de acceso al órgano jurisdiccional, hasta alcanzar el ideal de la gratuidad. El auxilio judicial se ha normado para garantizar los gastos del proceso a favor de quien lo pida para evitar poner en peligro su subsistencia y de las personas que de él dependan; sin que esto signifique la exoneración total de los gastos, pues el juez puede conceder este beneficio parcialmente por resolución inimpugnable¹⁷⁵.

Hasta hoy la gratuidad de la justicia es un ideal irrealizable para el Estado moderno, por dos *causas*: los escasos recursos para financiar los gastos que irroga el sostenimiento del Poder Judicial y porque estos gastos evitan el abuso de litigar.

De acuerdo a lo que sostiene COUTURE, si se pusiera en práctica este principio "habría simplificación en las fórmulas, limitación de las pruebas, reducción de los recursos, economía pecuniaria y tribunales especiales"¹⁷⁶.

174 Peyrano, Jorge; El Proceso Civil. Principios y Fundamentos; Edit. Astrea; Buenos Aires, Argentina; 1978; p. 289.

175 Cfr. arts. 179 al 187 del C.P.C.

176 "Son aplicaciones del principio de economía procesal: a) Simplificación en las formas del debate.- Los procesos de menor importancia económica se debaten en método oral, reducidas las exposiciones a simples actas de resumen. b) Limitación de las pruebas. Las pruebas onerosas (como por ejemplo, la de peritos) se simplifican reduciéndose el nombramiento a un solo experto. c) Reducción de los recursos. El número de instancias es

Al aplicarse el principio de economía procesal en nuestros procesos, especialmente en el de conocimiento, se cumplirá la perentoriedad de los plazos, se simplificarán los actos de procedimiento, se obligarán a las partes a cumplir con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe en las dos instancias y no se concederán los recursos indiscriminadamente, tutelando los derechos de las partes más débiles que se encuentran en conflicto.

El Estado, a través del Poder Judicial, deberá tener mayor cuidado al reglamentar las normas de procedimiento, considerando que el proceso civil cada día se vuelve más social y de carácter público, a fin de que las partes que intervienen en la relación procesal no hagan mal uso de la gratuidad y abusen del derecho de litigar sin pagar gastos. Para evitar estas últimas situaciones, el Código Procesal Civil ha instituido el abandono de la instancia, las otras formas especiales de conclusión del proceso, el juzgamiento anticipado, la perentoriedad de los plazos y la preclusión.

3.10. Principio de preclusión

Preclusión proviene del término italiano que significa clausurar, cerrar, impedir, es decir, que todo proceso está conformado por actos procesales del juez y de las partes, que se desarrollan por etapas (postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y de ejecución), las cuales deben tener seguridad y prestar garantía para el normal desarrollo del proceso.

Este principio, como afirma COUTURE, "Está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados"¹⁷⁷.

El Derecho Procesal moderno, sea oral o escrito se desenvuelve por etapas; esto es, que todo acto procesal debe ejecutarse dentro de un espacio de tiempo y una vez transcurrido no se puede regresar a una etapa anterior pasándose a otra distinta. Así, por ejemplo, en el Código Procesal Civil la proposición de tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, contestación de la demanda, auto de saneamiento procesal, audiencia de conciliación, audiencia de pruebas, sentencia, entre otras que ocurren durante el proceso de conocimiento deben realizarse dentro de ciertos plazos; no

normalmente menor en los asuntos de escaso monto; y en algunos casos, cuando la cuantía es ínfima, las decisiones son inapelables. d) Economía pecuniaria. Las costas y gastos de la justicia son normalmente menores en los asuntos modestos, y en numerosas circunstancias los impuestos de justicia se suprimen como una colaboración del Estado a una más económica solución de estos conflictos. e) Tribunales especiales. Frecuentemente cierto tipo de conflictos, en especial aquellos de escaso monto pero de considerable repercusión social, se dirimen ante Tribunales ajenos a la jurisdicción ordinaria, procurando no sólo la especialización, sino también la economía y aun la gratuidad de la justicia, especialmente arrendamientos, conflictos de trabajo, etc.". Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*; 3ª Ed.; Edit. Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1973; pp. 189 y 190.

177 Ibid; p. 194.

habiéndose practicado, se pierde la oportunidad de hacerlo más tarde por haber sido clausurada la etapa procesal respectiva.

Este principio de preclusión es opuesto al principio de discrecionalidad o de libertad o de unidad de vista, como lo determinan algunos procesalistas.

Por el principio de preclusión se impulsa el procedimiento, porque cada acto procesal supone la fijación de un límite en la duración de cada estadio, ejecutándose dentro de un lapso de tiempo, transcurrido el cual se pasa a una nueva etapa. Este principio no puede cumplirse cuando los actos procesales están viciados de alguna causal de nulidad sancionada por el art. 171 del Código Procesal Civil, imposible de subsanarse por estar expresamente contenida en la ley y por carecer de requisitos indispensables para obtener la finalidad del proceso.

3.11. Principio de eventualidad

De acuerdo al principio de eventualidad, las partes deben presentar todos los medios de ataque y defensa simultáneamente y no consecutivamente en las respectivas etapas del proceso a desarrollarse. Es decir, consiste en la deducción conjunta y subsidiaria –*ad eventum*– de las pretensiones y de las defensas, de las postulaciones y de los medios de prueba¹⁷⁸.

Al respecto ALSINA precisa que: “Consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y de defensa como medidas de prevención –*ad eventum*– para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado. Tiene por objeto favorecer la celeridad de los trámites, impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad en juicios”¹⁷⁹.

Según este principio, el proceso se desarrolla por secciones, de tal suerte que para la eficiencia de los actos procesales, éstos deben ejecutarse dentro de los plazos que señala la ley taxativamente. En otras palabras, las partes deben hacer uso de todos los medios probatorios al ejercitar la acción civil materializada en la demanda y en la contestación de la demanda, en la reconvenición y su absolución, al proponer las tachas u oposiciones (cuestiones probatorias), las excepciones o defensas previas, con la finalidad de suspender o anular lo actuado y dar por concluido el proceso.

Este principio tiene su origen en el Derecho Procesal Italiano y se ha consagrado en el Derecho Procesal Alemán, en el que se observa cierto predominio de la eventualidad en las excepciones y defensas previas que deben ser deducidas antes de que el demandado conteste la demanda; esto es, antes de los debates de la cuestión principal.

178 Podetti, Ramiro; Teoría y Técnica del Proceso Civil; Edit. Ideas; Buenos Aires, Argentina; 1947; p. 84.

179 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. I; p. 462.

En nuestro Código Procesal Civil vigente, el principio de eventualidad impone a las partes el deber de ofrecer los diferentes medios probatorios en los actos postulatorios. Es así que como requisito de admisibilidad de la demanda, el pretensor debe ofrecer los medios probatorios y el demandado al contestarla, sin perjuicio que también puedan ofrecerlos en los actos procesales que constituyen medios de defensa, con lo cual se ha regulado la conducta procesal de las partes al haber establecido sus respectivas sanciones.

Asimismo, el principio de eventualidad impone la prescripción de acompañar todos los anexos de los medios probatorios como requisito de admisibilidad de la demanda, de la contestación de la demanda y de la reconvención, etc. En aplicación de este principio, las partes y terceros legitimados tienen la oportunidad de ofrecer todos los medios probatorios al ejercitar el derecho de acción y de contradicción. También están facultados a ofrecer los medios probatorios al absolver los traslados de la demanda y la reconvención.

En virtud del principio de eventualidad, si el demandado deduce excepciones y defensas previas y el demandante las absuelve, la oportunidad de ofrecer los medios probatorios será en los escritos que los proponen y los absuelven¹⁸⁰.

Por este principio las partes tienen derecho de ofrecer todos los medios de ataque y de defensa, como un requisito de admisibilidad de los medios probatorios que la ley procesal les faculta hacer valer en los actos postulatorios.

3.12. Principio de oralidad

Este principio surge en oposición al principio de escrituralidad, con la finalidad de reducir los actos procesales a los más indispensables.

En la historia del Derecho Procesal encontramos que en Roma el proceso fue oral, no obstante que la legislación imperial estableció la forma escrita para la impugnación de las resoluciones. Asimismo en el procedimiento francés algunos actos procesales eran escritos y otros orales. Este procedimiento se adoptó en la legislación alemana.

En el Código Procesal Italiano primó el principio de oralidad, al disponerse que después de la etapa de introducción al pleito cuyo examen se hacía ante el magistrado, este era esencialmente oral.

En el proceso español de mayor cuantía, los actos procesales de demanda, excepciones, contestación de la demanda, etc., se regían por el principio de escrituralidad, pero durante la etapa probatoria, en la que se actuaban en audiencia pública ante el juez las confesiones, declaraciones de testigos, entre otras diligencias podían hacerse oralmente aun cuando estas debían constar por escrito.

180 Cfr. arts. 424 inc. 10, 442 inc. 5 y 448 del C.P.C.

En la legislación procesal moderna hay mucha discusión sobre el predominio del principio de oralidad, porque a través de este principio convergen otros principios como el de concentración, inmediación y simplificación de formulismos, si es que el juez cumple con la función de director del proceso.

Al respecto, el maestro ALZAMORA VALDEZ sostiene que: "Son indiscutibles las ventajas del sistema oral resumidas por CHIOVENDA:

- a) Predominio de la palabra y atenuación del uso de los escritos;
- b) Inmediación del juzgador con los litigantes;
- c) Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal;
- d) Resolución conjunta de cuestiones interlocutorias"¹⁸¹.

En nuestro Código Procesal Civil encontramos la aplicación predominante de este principio sólo en la audiencia de saneamiento procesal, en la audiencia de conciliación y vista de la causa, donde deben actuarse y resolverse solamente las cuestiones que surjan, sin que esto signifique que los actos procesales que realicen las partes, terceros y el órgano jurisdiccional no consten por escrito para la expedición de un fallo con mayor certeza.

En el derecho comparado no encontramos procesos puramente orales o con predominio de la escritura. Nuestro sistema procesal ha optado por un sistema mixto, advirtiéndose en algunos actos procesales mayor escrituralidad y, en otros, preponderancia del principio de oralidad.

DEVIS ECHANDÍA, con mayor certeza, acota: "Por último, en casi todos los países que han adoptado el procedimiento oral se ha reglamentado, en verdad, un procedimiento mixto, con predominio de la forma oral, pero con participación más o menos acentuada de la escritura. Así, la demanda debe ir por escrito, de manera que se precise los hechos y peticiones que van a constituir el litigio; en algunos países se permite presentar un resumen escrito de las alegaciones o se hacen éstas exclusivamente por escrito (como en nuestro procedimiento laboral); la contestación de la demanda, si bien puede ser oral, ha de constar por escrito en los autos; se admite la práctica de pruebas fuera de la audiencia, si son necesarias"¹⁸².

3.13. Principio de publicidad

Los procesalistas modernos pretenden que todos los actos procesales que realizan las partes y el juez deben ser dados a publicidad para fiscalizar a los sujetos de la relación procesal; sin embargo, existen algunos procesos civiles en que se debaten cuestiones de carácter privado por lo que se hace menos necesaria la publicidad.

¹⁸¹ Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 293.

¹⁸² Devís Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 41.

A nuestro criterio la presencia del público es un medio eficaz para la fiscalización del ejercicio de la función jurisdiccional de los magistrados y abogados en los diferentes procesos; el pueblo es el juez de jueces y, de acuerdo al grado de publicidad de los actos de procedimiento y de la actividad procesal, se puede afirmar que existen dos tipos de publicidad: una que corresponde al derecho procesal de carácter público y otra, de carácter privado, propia del derecho sustantivo.

La administración de justicia es un servicio que el Estado presta al pueblo, a su comunidad, el cual debe realizarse con toda claridad y transparencia. Por ello la presencia del público en las audiencias judiciales garantiza la función fiscalizadora de la labor jurisdiccional de los magistrados y defensores.

El principio de publicidad admite excepciones, las que van a depender más de la pretensión que del proceso. Al respecto, MILLAR comenta: "Que siguiendo al criterio germánico se encuentran tres clases de publicidad: una general, una mediata y una inmediata"¹⁸³; esto es una publicidad para todos, para algunos y otra exclusivamente para las partes (como ocurre en los procesos de divorcio por causal, de separación de cuerpos, de filiación y otros, en los que a criterio del juez sea conveniente la privacidad).

El principio de escrituralidad que se advierte en el Código Procesal Civil disminuye la efectividad del principio de publicidad; pero al introducirse las audiencias públicas — tanto en primera como en segunda instancia — la fiscalización a las decisiones judiciales es fundamental, porque la presencia del público sirve para dar seguridad jurídica a las partes y a los órganos jurisdiccionales, que están abocados a la augusta y excelsa administración de justicia.

En la Constitución Política de 1993 este principio se ha elevado a categoría constitucional, al disponer el artículo 139 inc. 4: "La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley". Esto nos lleva a afirmar que nuestro proceso civil tiende a la publicidad como una garantía de la administración de justicia. Por eso COUTURE afirma que "La publicidad es, en sí misma, una garantía de la función jurisdiccional. Pero los instrumentos modernos de difusión de ideas e imágenes, han llevado a esta garantía a términos, que desde otro extremo, conspiran contra la obra de la jurisdicción y constituyen un peligro tan grande como el secreto mismo"¹⁸⁴.

MONROY GÁLVEZ, por su parte, afirma que "El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad. Qué se hace para que se resuelvan los conflictos — es decir, cómo se tramiten los proce-

183 Millar, Robert Wyness; Op. Cit.; p. 186.

184 Couture, Eduardo; Op. Cit.; pp. 193 y 194.

sos — es una información que debe ser conocida por la comunidad. Con tales datos, podrá establecerse una relación de confianza entre los órganos jurisdiccionales y su comunidad”¹⁸⁵.

Algunos tratadistas sostienen que, si bien es verdad que este principio constituye una preciosa garantía del individuo respecto a la jurisdicción, la publicidad mal utilizada muchas veces es escandalosa y causa vejación al colitigante que no cuenta con los medios indispensables, por lo que los jueces deben ser sumamente cautelosos y prudentes en la aplicación de este principio, evitando hacer publicidad por el deseo de salir en la televisión o en la prensa escrita, invalidando y haciendo perder el valor a los actos procesales realizados ante la opinión pública.

3.14. Principio de carga de la prueba

La carga de la prueba corresponde a los sujetos de la relación procesal: el juez y las partes, quienes intervienen en un proceso de conocimiento con la finalidad de que se resuelva con eficacia un conflicto judicial. Las partes deben probar los hechos constitutivos, impeditivos, convalidativos, modificativos y extintivos¹⁸⁶ en que se funda su petitorio.

Comentando este principio, RICCI sostiene que “No puede depender de las circunstancias de afirmar o negar un hecho, sino de la obligación de demostrar el fundamento de cuanto se pretende en el juicio, dado a que ninguna demanda o excepción puede prosperar si no son demostradas. Por principio, la demanda debe formularse de este modo: quien quiera que sienta como base de su demanda o excepción la afirmación o negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de su existencia, toda vez que sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada, y el Juez no puede admitir la demanda o las excepciones infundadas”¹⁸⁷.

En cuanto al juez, le corresponde la carga de la prueba como director del proceso, pues él tiene la potestad de intervenir en la audiencia de saneamiento procesal, después de fijar los puntos controvertidos declarando inadmisibles o improcedentes los medios probatorios, en la audiencia de pruebas por el principio de inmediatez, actuar personalmente todas las pruebas admitidas para formar su propia convicción que le permita expedir una sentencia con plena certeza.

A este respecto, DEVIS ECHANDÍA afirma que “Como una medida indispensable para que pueda ser sentencia de fondo o de mérito, que decida el litigio civil, laboral o contencioso administrativo, y absuelva o condene al sindicado o imputado, se consagra

185 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; T.; p. 181.

186 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 258. Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 245.

187 Ricci, Francisco; Tratado General de las Pruebas; T. V.; Edit. España Moderna; Madrid, España; 1965; pp. 87 y 88.

el principio de la carga de la prueba que indica al juez que cuando falte la prueba o ésta sea insuficiente, sobre los hechos en que debe basar su sentencia, debe resolver a favor de la parte contraria a la que tenía dicha carga"¹⁸⁸.

Por su parte, MONTERO AROCA refiriéndose al principio de aportación de pruebas acota: "A pesar de lo anterior en el derecho positivo español las partes tienen la exclusiva en la afirmación de los hechos en la prueba de los mismos, de modo que en nuestro ordenamiento el principio de aportación de parte hace recaer sobre ellas la carga de la afirmación y la carga de la prueba"¹⁸⁹.

Por aplicación de este principio, a las partes les corresponde la obligación de probar los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, salvo que los medios probatorios ofrecidos por las partes sean suficientes para formar convicción al juez.

En tales casos, ejerciendo la potestad que le confiere la jurisdicción, por resolución debidamente motivada e inimpugnable, el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes, aún puede disponer la comparecencia de un menor con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial, para expedir una sentencia con mucha certeza¹⁹⁰.

Al comentar este principio, ESCOBAR FORNOS afirma, que "En tal virtud de este principio, las partes soportan las consecuencias de no probar los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma que los favorece. Por otra parte, impide que el juez dicte una sentencia inhibitoria de fondo (*non liquet*)"¹⁹¹.

3.15. Principio de valoración de los medios probatorios

En el antiguo derecho germánico surgió como un pensamiento místico el sistema de la prueba legal, influenciado por el derecho natural y permaneció durante la edad media. Este sistema se fortaleció en el proceso penal durante el absolutismo entre los siglos XV al XVIII, en los cuales se observaron pruebas privilegiadas, las que debían ser apreciadas por el juez en cualquier caso como pruebas plenas: así la confesión de parte, aun los testimonios debían valorarse de acuerdo al estatus social, el testimonio del noble era "prueba plena", el del ciudadano libre "prueba semi plena" y el siervo estaba prohibido ser testigo, debiendo hacerlo por él "el señor feudal". Además, el inquisidor estaba facultado por ley a utilizar la tortura conocida como "confesión de cargos" como un medio probatorio privilegiado.

188 Devis Echandía, Hernando; Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso; T. I; 14ª Ed.; Edit. Santa Fé de Bogotá, Colombia; 1996; p. 56.

189 Montero Aroca, Juan; La Prueba en el Proceso Civil; 2ª Ed.; Edit. Civitas; Madrid, España; 1998; p. 54.

190 Cfr. arts. 196 y 194 del C.P.C.

191 Escobar Fornos, Iván; Introducción al Proceso; Edit. Temis; Bogotá- Colombia; 1990; p. 156.

A fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, como una conquista del Derecho Procesal, aparece el sistema de libre valoración de las pruebas, como se advierte en Las Partidas y en la Novísima Recopilación aplicables tanto en los procesos penales como civiles¹⁹².

El Código Procesal Civil se ha orientado por el principio de la apreciación razonada de los medios probatorios, considerando que el servicio de justicia que presta el Estado será más óptimo cuando los jueces hagan una mejor valoración de los medios probatorios en las sentencias que expida.

Así lo ha establecido el legislador de 1993 al normar en el artículo 197 que “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada”. Conforme a este dispositivo, nuestro ordenamiento procesal civil se inclina por el principio de la sana crítica, dejando de lado el principio de la prueba legal o tasada que se aplicó en nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1912. Para aplicar la apreciación razonada de las pruebas típicas y atípicas y los sucedáneos medios probatorios del proceso, el juez tendrá que recurrir al razonamiento judicial, partiendo de la experiencia o los conocimientos jurídicos y científicos, al criterio de conciencia, a la libertad de discernimiento y más que todo a la lógica ontológica y axiológica.

Los magistrados valoran los medios probatorios que ofrecen las partes en los actos postulatorios — como en la demanda, tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, contestación y reconvención— con la finalidad de acreditar los hechos que se alegan y llevar a certeza respecto de los hechos controvertidos. Los magistrados también valoran los medios probatorios para admitirlos y actuarlos en las audiencias y finalmente para sustentar su decisión final, cuya valoración debe ser deóntica y axiológica.

Por eso COUTURE, al comentar los sistemas de valoración de las pruebas, refiere que “La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”¹⁹³.

El criterio de conciencia implica libertad para resolver las pruebas sin llegar a la libre convicción ni mucho menos a la prueba tasada, sino que el magistrado debe estar dotado de conocimientos adquiridos por la experiencia, por la ciencia y la técnica en el manejo de las instituciones procesales, utilizando el razonamiento jurídico.

192 Cortés Domínguez, Valentín. Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor; Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Edit. Colex; Madrid, España; 1997; pp. 28 y 29.

193 Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 271.

En la doctrina, el principio de valoración de los medios probatorios ha seguido diversos sistemas, como lo dejamos precedentemente glosados, en los cuales encontramos reglas para la valoración de las pruebas, como las llamadas pruebas legales o tasadas, la libre convicción y la sana crítica.

En el primer sistema, la ley le señala por anticipado al juez la eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio, tal como ocurrió en nuestro derogado Código de Procedimientos Civiles en el que existieron normas expresas sobre la valoración de la confesión (artículo 378 del Código de Procedimientos Civiles), de la prueba de inspección ocular (artículo 398 del Código de Procedimientos Civiles), de la instrumental (artículos 401 a 403 del Código de Procedimientos Civiles). El actual Código Procesal Civil ha recusado este sistema de valoración.

En el sistema de la libre convicción, el magistrado valora la prueba teniendo en cuenta las que aparecen en el proceso con plena libertad, sin regirse por regla alguna, pues solamente se rige por los dictados de su conciencia. Además, en este sistema el juez valora las pruebas que no se encuentran en el proceso y aun contra las pruebas que se encuentran en él. Por esta razón algunos procesalistas lo denominan método de íntima convicción, porque el juez tiene amplia libertad para atribuir el valor que mejor le conviene al medio probatorio.

La libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que el juez puede sacar de la prueba aportada; sin embargo, tiene influencia en el sistema de jurados, los que al resolver tienen la libertad absoluta de atribuir el valor probatorio a la prueba que su convencimiento le ordene, incluso sin dar razones de su convicción. Este sistema tenía influencia en las resoluciones que no necesitaban de motivación, pero en los estados modernos se impone la motivación de las resoluciones en todas las instancias, como principio y derecho de la actividad jurisdiccional.

El sistema de la sana crítica que domina en muchos códigos es sin duda el más eficaz, porque permite al juez formar su convicción a base de medios probatorios aportados por las partes al proceso y valorar las pruebas mediante un razonamiento lógico y los que las normas procesales le imponen para la admisión, actuación y eficacia, que tenga la prueba actuada. La superioridad de un método de esta índole sobre los demás es indudable porque satisface plenamente las exigencias del proceso civil más avanzado.

Nuestro Código Procesal Civil adopta un sistema muy avanzado con relación a los anteriores, porque no sólo la valoración de la prueba es razonada, sino también el objeto y la carga de la prueba por parte del juez, quien está facultado para declarar inadmisibles e improcedentes los medios probatorios e inclusive por mandato expreso del artículo 104 del código adjetivo tiene la potestad para ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para formar su propia convicción.

3.16. Principio de congruencia

En el proceso civil, los jueces no tienen facultades *citra petita*, *ultra petita* ni *extra petita*, sino que tienen que resolver de acuerdo a lo peticionado por las partes. El fundamento radica en que el derecho procesal tiene naturaleza pública, pero los derechos controvertidos dentro del proceso son de carácter privado; por consiguiente, el juez no tiene potestad para sentenciar sobre puntos no demandados, no pedidos, no probados.

En el Perú, desde 1987, el profesor MONROY GÁLVEZ se refirió a este principio afirmando que “En síntesis, el principio de congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Se denomina incongruencia *citra petita* a la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones. La incongruencia *extra petita* ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a una persona ajena al proceso. La incongruencia *ultra petita* es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido”¹⁹⁴.

El Código Procesal Civil, al respecto, prescribe: “El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar sus decisiones en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”¹⁹⁵.

Al comentar este principio en el año 1996, MONROY GÁLVEZ afirmó que “Siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que las normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara – nos referimos al contenido de su declaración – es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene la facultad para afectar la declaración de la voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, el juez estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión”¹⁹⁶.

Este principio tiene mucha importancia para el juez y las partes. A los órganos jurisdiccionales este principio los obliga a resolver de acuerdo a lo pedido y a las partes les confiere el derecho de hacer uso de los medios impugnatorios, cuando su pretensión no ha sido resuelta de acuerdo a lo pretendido en su demanda.

194 Monroy Gálvez, Juan; Temas de Proceso Civil; Edit. Librería Studium; Lima, Perú; 1987; p. 222.

195 Cfr. art. VII del T. P. del C.P.C.

196 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; pp. 191.

Al comentar la incongruencia objetiva, PEYRANO afirma que ésta se produce por exceso cuando el juez concede más de lo reclamado y por defecto cuando, sin fundamento consistente, se otorga menos de lo pedido, expidiendo una sentencia *ultra petita*. La sentencia será *extra petita*, cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido demandado y será un fallo *citra petita* cuando en la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones demandadas.

Cuando se interpone recurso de apelación contra una sentencia que atenta contra el principio de congruencia, el superior jerárquico no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que su coligante también haya apelado o se haya adherido. Si hiciera la *reformatio in pejus*, estaría resolviendo una cuestión no impugnada en el *ad quo* y más que todo se pronunciaría sobre un punto que ha quedado consentido¹⁹⁷.

Al tratar de conceptualizar la congruencia en las providencias del juez, DEVIS ECHANDÍA acota: "Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, en lo civil, laboral y contencioso-administrativo, o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones que la ley otorgue facultades para separarse de ellas"¹⁹⁸.

3.17. Principio de motivación de las resoluciones judiciales

Al surgir el constitucionalismo moderno, se comenzó a exigir a los jueces la motivación de las resoluciones judiciales, excepto aquellas que son de mero trámite, con la finalidad de que quienes son usuarios del servicio de la administración de justicia tengan pleno conocimiento de las razones por las cuales se ha dictado un auto o sentencia en su contra, para que puedan fundamentar los medios impugnatorios y de este modo el superior jerárquico pueda revisar correctamente los errores de hecho y de derecho cometido por el *ad quo* aplicando el principio de fundamentación de las resoluciones judiciales.

La Constitución Política de 1993 ha regulado este principio, al disponer la obligatoriedad de los jueces de fundamentar o motivar las resoluciones que expidan en todas las instancias, con excepción de los decretos¹⁹⁹.

197 Peyrano, Jorge; Op. Cit.; pp. 66 a 68.

198 Devis Echandía, Hernando; Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso; T. I; 14ª Ed.; Edit. ABC; Santafé de Bogotá, Colombia; 1996; p. 479.

199 Cfr. art. 139 de la Constitución Política: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

Aparte de constituir una garantía constitucional, la aplicación del principio de motivación o fundamentación de todas las decisiones adoptadas durante todo el desarrollo del proceso es un deber imperativo de los jueces. Es como afirma, MONROY GÁLVEZ: “Una exigencia de este tipo impone a los otros protagonistas del proceso una serie de deberes. Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional”²⁰⁰.

Por su parte, DEVIS ECHANDÍA afirma que “De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda la sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican”²⁰¹.

Al examinar las partes los fundamentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales en que se sustentan las resoluciones expedidas por los organismos jurisdiccionales, tienen la oportunidad para hacer uso de las argumentaciones jurídicas a través de los recursos para conseguir que el mismo juez o el superior jerárquico revoque, corrija o deje sin efecto la resolución impugnada.

3.18. Principio de impugnación

Al haberse normado en nuestro ordenamiento procesal los medios impugnatorios, se les permite solo a las partes o terceros legitimados el derecho de hacer uso de los remedios y de los recursos con el propósito de pedir un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, para subsanar vicios o errores alegados siempre que les cause agravio.

Este principio tiene sus fundamentos en otros principios, como en el de legalidad, legitimación, temporalidad, *reformatio in pejus*.

Los medios impugnatorios, por el principio de legalidad, confieren a las partes y a terceros legitimados el derecho de hacer uso de los remedios y de los recursos solamente en los casos que están contenidos expresamente en la ley procesal.

El principio de legitimación permite hacer uso del derecho de impugnación a quien alega tener un interés legítimo protegido; es decir, cuando hace uso de los remedios debe considerarse agraviado por actos procesales contenidos en las resoluciones ju-

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

200 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p. 183.

201 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 56.

diciales; y, cuando hacen uso de los recursos, deben expresar que las resoluciones expedidas en un proceso les causan agravio.

El principio de temporalidad faculta a las partes y a terceros legitimados hacer uso de los remedios o los recursos dentro de los plazos señalados expresamente en la ley adjetiva; porque si lo hacen extemporáneamente, los organismos jurisdiccionales los denegarán de plano por haberse producido la caducidad y si les conceden el superior jerárquico declarará la inadmisibilidad de los medios impugnatorios.

Por la *reformatio in pejus*, no se le permite al superior jerárquico resolver en contra del impugnante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido²⁰²; porque resultaría una limitación al derecho de impugnar de quien haya sufrido un agravio que el *ad quem* en el reexamen resulte más perjudicado.

El mentor de los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil lo denomina principio de la impugnación privada, al referir que “Consiste en la prohibición absoluta del juez de que pida un nuevo examen de la resolución que ha expedido o, lo que es más, haga directamente un nuevo examen de la misma, que lo conduzca, por ejemplo, a variar la decisión que sostuvo en la resolución inicial.

La petición de un nuevo examen de un acto procesal se hace utilizando los llamados *medios impugnatorios*, los que están al servicio de las partes o de los terceros legitimados, únicos titulares del derecho de impugnar un acto procesal. Resulta evidente que concederle a un juez la facultad de revisar de oficio sus propios fallos conduciría al proceso a la arbitrariedad y al caos; sería el caldo de cultivo de la inseguridad jurídica, dado que el ciudadano o justiciable jamás tendría la certeza de que su caso ha sido resuelto en definitiva”.

Continúa sosteniendo: “Lo expresado no descarta una facultad que sí está presente en el juez del proceso civil contemporáneo, que consiste en poder revisar sus decisiones, inclusive invalidarlas, y pronunciarse nuevamente de manera correcta. Pero solo está investido de este poder cuando el defecto del pronunciamiento anterior está referido a un aspecto procesal, no a la pretensión discutida ni a alguno de sus aspectos accesorios”²⁰³.

Por su parte, DEVIS ECHANDÍA afirma que “Es fundamental en el procedimiento que todo acto del juez que pueda lesionar los intereses o derecho de una de las partes, sea impugnabile, es decir, que exista algún recurso contra él, para que se enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido. Pero varían los remedios que la ley ofrece, según la naturaleza del acto y la clase de funcionario que la haya dictado; y de ello

202 Cfr. art. 370 del C.P.C.: “El Juez Superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido.”

203 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; T. I; pp. 91 y 92.

no puede hacerse uso indiscriminadamente, sino en los términos y condiciones que la ley señala”²⁰⁴.

Estas esclarecedoras opiniones nos llevan a sostener que, a partir de 1993, se legisla con este principio en nuestro sistema procesal, en su cabal dimensión, porque se les permite a las partes y a los terceros legitimados hacer uso de los remedios y de los recursos, con la finalidad de invalidar los actos procesales que se encuentran en el proceso con alguna causal de ineficacia o las resoluciones de los jueces que los han expedido, o se les permite a ellos mismos revocar sus propias resoluciones (recurso de reposición) o que sus resoluciones del *ad quo* sean revisadas, reexaminadas por el *ad quem*.

3.19. Principio de doble instancia

La pluralidad de la instancia se ha elevado a garantía constitucional al haberse normado en la Constitución Política de 1993 como principio y derecho de la función jurisdiccional²⁰⁵.

En nuestro ordenamiento procesal civil, también se ha legislado el principio de doble instancia al haberse prescrito: “El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”²⁰⁶.

Sin embargo, en muchos países donde hay jueces de alta calidad profesional y con un procedimiento oral tienen que afrontar una carga procesal caracterizada por demandas masivas de pretensiones patrimoniales de poco valor cuantitativo, se ha regulado procesos en única y definitiva instancia, de modo que han alcanzado una vasta transformación del derecho y del proceso, así como un importante desarrollo en la explicación y solución de sus problemas sociales.

En nuestra realidad socio cultural poco avanzada no sería conveniente legislar procesos de instancia única; pero esto no impide que en el futuro no se regule un procedimiento de instancia única para solucionar problemas masivos de justicia.

Sobre este principio, DEVIS ECHANDÍA acota: “De los principios de la impugnación y de la contradicción o audiencia bilateral se deduce el de las dos instancias. Para que ese derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor y éste las excepciones de aquél, la doctrina y la legislación universales han establecido la organización jerárquica en la administración de justicia, con el fin de que, como regla general, todo

204 Devís Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 55.

205 Cfr. art. 139 inc. 6° de la Constitución Política del Perú.

206 Cfr. art. X del T. P. del C.P.C.

proceso sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía si los interesados lo requieren oportunamente mediante el recurso de apelación y en algunos casos por consulta forzosa²⁰⁷.

Con la aplicación del principio de doble instancia se permitirá la revisión por el órgano jurisdiccional superior jerárquico de las resoluciones que causan agravio a las partes y terceros legitimados, con la finalidad de que sean anuladas o revocadas, total o parcialmente. En la actividad jurisdiccional muchas veces se cometen errores judiciales, porque los que juzgan son seres humanos y no divinos; por lo que este principio constituye una garantía para los sujetos de la relación procesal: para las partes hacer uso del derecho de contradicción y de corrección de los actos procesales y las resoluciones judiciales; y para el juez demostrar sus altas calidades humanas y su imparcialidad.

3.20. Principio de integración

Está contenido en el art. III del T. P. del C.P.C., al disponer que en caso de vacío o defecto de las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento procesal, el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal, a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso²⁰⁸ para resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre con relevancia jurídica sometidos a su competencia, porque no todos los derechos materiales o sustanciales están expresamente normados.

El Estado es el más preocupado en que los procesos se desarrollen lo más rápido y lo mejor posible para conseguir a través de los organismos jurisdiccionales la paz social. De ahí que el legislador de 1993 le dotó al juez de la autoridad que careció en el pasado, sin que esto signifique dotarle de potestades dictatoriales o autoritarias, sino que debe tener facultades decisorias desde el inicio, durante todo el recorrido del proceso hasta el fin, para cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, recurriendo inicialmente a los principios generales del derecho procesal y en orden de prelación a la doctrina y a la jurisprudencia.

Al comentar este principio desde el Código Civil de Napoleón, su naturaleza jurídica y la trascendencia de conceder al juez y a las partes de los medios lógico-jurídico, MONROY GÁLVEZ concluye: "El principio en examen concede al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas o contradicciones sobre la base de ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido entre estos"²⁰⁹.

207 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 55.

208 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

209 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p. 213.

3.21. Principio de conducta procesal

Denominado principio de moralidad por el procesalista argentino PEYRANO, quien lo califica como el *ave fénix* del proceso, porque significa la aplicación de los deberes de veracidad, de probidad, de lealtad o de buena fe procesal.

El Código Procesal Civil, en la segunda parte del artículo IV del T.P., dispone: “Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe”.

En consecuencia, en tutela de los valores éticos tan pregonados en la actualidad, se han establecido sanciones para el litigante que actúa con dolo o culpa frente a su colitigante, organismos jurisdiccionales e incluso con respecto a terceros, ajenos al proceso, condenándoles con el pago de costas y costos e imponiéndoles multas por su comportamiento procesal.

Por aplicación de este principio, las partes deben actuar durante el desarrollo del proceso de conocimiento con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos los actos procesales que realicen dentro de un conflicto judicial. Por otra parte, tanto el demandante como el demandado deben pronunciarse en forma clara y concreta sobre el petitorio, proponer las tachas u oposiciones a los medios probatorios, las excepciones y defensas previas de los defectos de forma y de fondo de la demanda.

Aun en la demanda, la contestación y reconvención si las hubiere, los medios probatorios deben ofrecerse y anexarse los documentos para evitar dilaciones procesales. En la audiencia de pruebas hasta se faculta al juez a prescindir de las pruebas que no tengan relación con los hechos controvertidos, normándose la convalidación de los actos procesales, corrigiéndose los errores de procedimiento de la nulidad de resoluciones judiciales, etc.

Refiriéndose a este principio, DEVIS ECHANDÍA comenta: “La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la de responsabilidad solidaria de aquéllas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquélla como el fraude procesal.

La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden”²¹⁰.

El deber de veracidad debe entenderse que se refiere a la verdad formal y no a la verdad real que se sostiene que es propia del proceso penal; aquella debe surgir de la

210 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 54.

verdad procesal que emerge de la ley y del proceso. En el proceso civil muchas veces se observan que las resoluciones judiciales que expiden los jueces son ajenas a la realidad.

El deber de veracidad es relevante por los estudios que han realizado los tratadistas de la ciencia procesal. La verdad procesal constituye un tema de mayor discusión para procesalistas como COUTURE, quien sostiene que el deber de veracidad debe alcanzar a todos los sujetos del proceso, mientras REDENTI, WACCH y CALAMANDREI no son partidarios de este principio, a tal punto que REDENTI lo ha calificado como un instrumento de tortura moral para las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, para todos los que participan en el proceso.

Al incorporarse en nuestro ordenamiento procesal el deber de veracidad, consideramos que se ha dado un paso importante, no obstante la falta de formación científica de los jueces y abogados. El tiempo será el mejor testigo si se cumple o no con la realización de los actos procesales; pero creemos que en todo caso, serán los jueces los que deben dar cuenta de esto en los diferentes procesos en que las partes han comparecido solicitando la tutela jurisdiccional efectiva.

La última parte de la norma procesal en comentario faculta al juez, como director del proceso, a impedir y sancionar cualquier conducta que no esté de acuerdo con la moralidad que debe existir en un debido proceso. Al no imponer su autoridad aplicando sanciones como la imposición de multas los jueces serán responsables de las conductas ilícitas o dilatorias que permitan en el desenvolvimiento y desarrollo de los diferentes actos procesales en el proceso de conocimiento²¹¹.

Si los jueces aplicaran correctamente este principio, se cumplirían con los altos fines del derecho, porque desde que se inicia el proceso hasta cuando concluye la con-

211 Cfr. arts. 52 y 53 del C.P.C.:

"Artículo 52º. - Facultades disciplinarias del juez. A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces deben:

- a. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios.
- b. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y,
- c. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.

"Artículo 53º. - Facultades coercitivas del Juez. En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52º, el Juez puede:

- a. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y,
- b. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.

Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato".

ducta procesal de las partes debe orientarse de acuerdo a lo regulado o normado por el principio de autoridad o dirección del proceso.

3.22. Principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias del proceso

En el Código Procesal Civil, las normas de procedimiento se han legislado considerando los fines del proceso, bajo el principio de legalidad, por lo que no se ha dejado ni al juez ni a las partes la libertad de no observar las formas prescritas por la ley procesal.

A diferencia de CARNELUTTI, quien sostenía la libertad de las formas²¹², el texto y espíritu de nuestro ordenamiento procesal civil dispone que cuando la ley no ha establecido las formas determinadas de ciertos actos procesales, el juez como director del proceso deberá ordenar la adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la ley procesal, como ocurre en los casos previstos por los artículos 424 inc. 9, 426 inc. 4 y 477 del C.P.C., en los que el juez tiene la potestad de tramitar la demanda como proceso de conocimiento en sustitución de la vía procedimental propuesta por el pretensor, sin citación de éste y por resolución motivada e inimpugnable.

La innovación introducida en materia procesal sobre la formalidad de los actos procesales ha implementado el principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias del proceso; por tanto, el Código ha tratado de atemperar la rigidez del principio de legalidad, adaptando en un solo proceso varios procedimientos que son adaptables a las circunstancias, en correspondencia a las exigencias concretadas de la pretensión material que se discute.

No se trata, pues, de libertad de formas y tampoco del poder directriz del juez para determinar las formas del proceso, sino que éste actuará observando las normas de procedimiento adecuadas al proceso de conocimiento en cada conflicto judicial, entre varios tipos de formas según las facultades que le confiera la norma procesal y la disposición de las partes que buscan la tutela jurisdiccional efectiva.

4. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO

4.1. Es un proceso común

Al referirse al proceso ordinario hoy denominado proceso de conocimiento, el maestro ALZAMORA VALDEZ citando al tratadista Jaime GUASP afirma que este proceso "está pensado para hipótesis generales y no para casos particulares concretos"²¹³.

212 Calamandrei, Piero; Derecho Procesal Civil; T. I; Ediciones Jurídicas Europa América; Buenos Aires, Argentina; 1962; p. 408.

213 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 5.

Las normas que regulan el proceso de conocimiento no solamente permiten la tramitación de este proceso observando la vía procedimental más amplia, sino también permite al juez, al declarar el derecho de las partes en un caso concreto, la aplicación correcta de la ley material; y a las partes les proporciona mayores garantías y oportunidades para defender sus derechos sustanciales en conflicto y alcanzar una declaración correcta de la voluntad de la ley en las sentencias que se expidan.

4.2. Es un proceso modelo

Porque las instituciones procesales que lo integran no solamente son aplicables a otros procesos contenidos en el Código Procesal Civil, sino también a otros procesos de competencia material distinta, como es la demanda, tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, contestación de demanda y reconvención, saneamiento procesal, fijación de puntos controvertidos, cuestiones probatorias, audiencia de pruebas, medios probatorios, juzgamiento anticipado del proceso, medios impugnatorios, ya sea supletoriamente o por mandato expreso²¹⁴.

El proceso de conocimiento sirve a las partes para solicitar al juez la tutela jurisdiccional efectiva de sus derechos patrimoniales de mayor cuantía y extrapatrimoniales de inapreciable valor; y a su vez sus normas se aplican supletoriamente a los procesos abreviados, sumarísimos, de ejecución y no contenciosos en materia civil y por analogía, por falta de norma expresa, a otros procesos, ya sean constitucionales, penales, administrativos, laborales, agrarios y otros que se creen por la ciencia procesal.

4.3. Es un proceso preclusivo

Como hemos expuesto al comentar el principio de preclusión, el proceso de conocimiento se desarrolla por etapas y cada una de ellas está conformada por actos procesales realizados por las partes y por el juez.

Según la opinión de ALZAMORA VALDEZ y MONROY GÁLVEZ, el proceso de conocimiento comprende cinco etapas.

La etapa postulatoria comprende el derecho de acción del demandante para hacer valer pretensiones materiales, el derecho de contradicción como las tachas u oposiciones, las excepciones y defensas previas, la contestación de la demanda; es decir, "que es aquella en donde las partes proponen su pretensión y su defensa, respectivamente"²¹⁵, auto de saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos.

214 Cfr. art. 476 del C.P.C. en el Proceso de Conocimiento, arts. 489, 495, 505, 520 y 535 del C.P.C. en el Proceso Abreviado y en los principales tipos que se tramitan en esta vía procedimental, art. 548 en el Proceso Sumarísimo, art. 695 en el Proceso Ejecutivo, art. 751 en los Procesos no Contenciosos, arts. 161, 163, 164 y 165 de la Ley N° 27337 del Código de los Niños y Adolescentes, arts. 18 y 29 de la Ley N° 26636 "Ley Procesal de Trabajo".

215 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p. 217.

La etapa probatoria es la fase donde las partes tienen la obligación de demostrar, probar, acreditar los hechos afirmados o negados en los actos postulatorios y el juez a cautelar personalmente la actuación de los medios probatorios en la audiencia de pruebas y en las audiencias especiales o complementarias.

La etapa decisoria consiste en la declaración del derecho por el juez que conoce el caso concreto dentro del proceso de conocimiento. En este estadio procedimental, el juez debe cumplir con el mandato constitucional de motivar o fundamentar el fallo que adopta respecto al derecho controvertido por las partes.

La etapa impugnatoria está contenida en el Título XII de la Sección Tercera del Código Procesal Civil bajo el epígrafe de medios impugnatorios, como los remedios y los recursos. Los primeros tendientes a subsanar los actos procesales de las partes no contenidos en las resoluciones que adolecen de deficiencias, como una tacha de testigo, de documento, devolución de cédula, etc.; y los recursos, como el de reposición, el cual busca que el mismo juez corrija su propia resolución, de apelación orientado a que el mismo órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada conceda la apelación para que el superior jerárquico la reexamine.

Y cuando se interpone el recurso de casación, la Sala Civil Casatoria de la Corte Suprema se pronunciará sobre la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional o infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial²¹⁶.

El recurso de queja sirve para reexaminar la resolución que declara inadmisibles o improcedentes un recurso de apelación. También procede contra la resolución que ha concedido la apelación en efecto distinto al solicitado²¹⁷.

En el Código Procesal Civil, al implementarse los medios impugnatorios, se descubrió la etapa impugnatoria sustentada "en el hecho que la etapa decisoria o de juzgamiento, siendo la etapa más importante del proceso es, finalmente, un acto humano, ergo, susceptible de error. Siendo así las partes tienen el derecho de exigir un nuevo examen de la decisión obtenida, si consideran ésta tiene un vicio o error y además les produce agravio. Esta es la etapa impugnatoria"²¹⁸.

216 Cfr. arts. 384 y 386 del C.P.C.

217 Cfr. art. 401

218 Monroy Gálvez, Juan: En Revista Jurídica, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad; Año XXXVI N° 130 Enero 1991/ Diciembre 1992; Trujillo-Perú, p. 32.

En esta etapa, las partes o terceros legitimados pueden hacer uso de los medios impugnatorios contra las resoluciones que les causa agravio, con la finalidad de que se corrija, se revise, se anule, se confirme, se revoque la resolución impugnada.

En nuestro ordenamiento procesal, *la etapa de ejecución* tiene por finalidad que se cumplan las resoluciones judiciales que han quedado consentidas o ejecutoriadas de acuerdo a nuestra ley procesal o leyes especiales, así como a los laudos arbitrales firmes²¹⁹, a fin de que prime el imperio de la ley y de la justicia haciéndose efectivos los derechos sustanciales.

4.4. Es un proceso escrito y oral

El proceso de conocimiento es formalmente escrito, razón por la cual el artículo 130 del C.P.C. contiene el principio de escrituralidad o literalidad, que establece las formalidades que deben contener los actos procesales que realizan las partes y sanciona con la inadmisibilidad de la demanda si no cumple con la formalidad prescrita por los artículos 424 y 425 del acotado Código Procesal Civil; por lo tanto, el principio de escritura se observa en este primer acto procesal del proceso de conocimiento.

El demandado por imperio del principio de escrituralidad y del derecho de contradicción no solo debe contestar la demanda por escrito, cumpliendo con las exigencias dispuestas en el artículo 442 de la ley procesal, sino también debe pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos por el demandante en su demanda, con la finalidad de que el juez pueda fijar válidamente los puntos controvertidos.

El juez como director del proceso emite resoluciones judiciales que encausan el procedimiento, declaran la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento procesal, la interrupción, las formas especiales de conclusión del proceso, el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, la improcedencia o modificación de las medidas cautelares y las demás decisiones, que requieren motivación para su pronunciamiento y que ponen fin a la instancia o al proceso en definitiva, entre otras²²⁰.

En el proceso de conocimiento, los actos procesales del juez se fundamentan en el principio de literalidad o escrituralidad, porque le permiten impulsar o decidir al interior del proceso, poner fin a éste y ejecutar las resoluciones o laudos arbitrales firmes y otras resoluciones señaladas expresamente en la ley.

Además, las resoluciones judiciales por mandato expreso de nuestra ley procesal son eminentemente formales, por lo que el juez debe hacerlas por escrito tanto en su

219 Idrogo Delgado, Teófilo; Principios Fundamentales de Derecho Procesal; 2ª Ed.; Marsol Perú Editores; Trujillo-Perú; 1999; pp.126 a 129.

220 Cfr. art. 121 del C.P.C.: "Decretos, autos y sentencias.- Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

contenido como suscripción. De no cumplirse con tales formalidades, las resoluciones serán nulas, salvo los decretos y autos. La sentencia será redactada con su parte expositiva, considerativa y resolutive.

En primera y segunda instancia, así como en la Corte Suprema, los autos llevarán media firma y las sentencias firma completa del juez o jueces colegiados.

Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, sólo será necesaria la conformidad y firma del número de miembros que hagan mayoría relativa²²¹.

En determinados actos procedimentales del proceso de conocimiento hay predominio del principio de oralidad, como en las audiencias de saneamiento procesal, audiencia de pruebas y audiencias especiales o suplementarias.

4.5. Es un proceso de revisión y casación

Por aplicación del principio constitucional de doble instancia, a las partes se les permite en el proceso de conocimiento hacer uso del recurso de apelación con la finalidad de que el órgano jurisdiccional superior jerárquico revise las resoluciones que causan agravio anulándolas o revocándolas, total o parcialmente, corrigiendo de este modo los errores judiciales cometidos por el *ad quo*, toda vez que el que ha juzgado en primera instancia es un ser humano susceptible de error y no divino e infalible.

221 Mediante los autos el juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal".

Cfr. in extenso el art. 122 del C.P.C.: "Contenido y suscripción de las resoluciones. Las resoluciones contienen:

1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden;
2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;
3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y locs respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;
4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norm aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente;
5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;
6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y,
7. La suscripción del juez y del auxiliar jurisdiccional respectivo.

La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requieren cumplir con lo establecido en los incisos 3, 4, 5 y 6, y los autos expresados en el inciso 6. La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive.

En primera y segunda instancia, así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma, y las sentencias firma completa del juez o jueces, si es órgano colegiado.

Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, sólo será necesaria la conformidad y firma del número de miembros que hagan mayoría relativa.

Los decretos son expedidos por los auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el juez dentro de las audiencias".

Por la naturaleza o complejidad de las pretensiones, el valor patrimonial, cuando las cuestiones debatidas son de puro derecho y aquellas que considere el juez por los derechos que se discuten, las partes tienen derecho a la revisión de las resoluciones judiciales que se expiden durante el curso del proceso de conocimiento a través de los recursos y los jueces la potestad de concederles en ejercicio de la función jurisdiccional y en atención al principio de la pluralidad de instancias.

Cuando las partes, a través del proceso de conocimiento tanto en primera instancia como en segunda instancia, sufren agravios en sus derechos por la errónea aplicación e interpretación del derecho objetivo, o la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema o la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, tienen derecho a hacer uso del recurso de casación, cumpliendo los requisitos de forma y de fondo.

De lo que se concluye que las resoluciones finales que ponen fin al proceso o a la instancia resolviendo un conflicto de intereses o eliminando una incertidumbre con relevancia jurídica son de revisión y casación, cuando las partes o terceros legitimados hacen uso de los recursos de apelación y casación respectivamente.

4.6. Es un proceso que produce efecto de cosa juzgada

Una vez que queda consentida o ejecutoriada la sentencia en el proceso de conocimiento, la resolución queda firme por haber adquirido categoría de cosa juzgada.

El artículo 123 del C.P.C. prescribe que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando contra ella no proceden los medios impugnatorios o cuando las partes renuncian expresamente a interponer los medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin proponerlos²²².

Como hemos sostenido, "el fundamento de la cosa juzgada reposa en el hecho de que los litigios terminen definitivamente en beneficio de la paz social, tutelando el orden jurídico en función de la autoridad de que están investidos los órganos jurisdiccionales impuestos por el Estado"²²³.

Esta institución es aplicable al *proceso de conocimiento*, impide reabrir el proceso tanto a las partes como a las que derivan de ellas su derecho, tampoco los jueces deben

222 Cfr. art. 123 del C.P.C.: "Cosa Juzgada. - Una resolución adquiere autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o,
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas derivan sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178º y 407º".

223 Idrogo Delgado, Teófilo; Derecho Procesal Civil. Proceso Ordinario; T. II; Marsol Perú Editores; Trujillo-Perú; 1991; p. 40.

admitir nuevas demandas sobre el mismo litigio, ni mucho menos pueden emitir un nuevo fallo. Por consiguiente debemos entender que la cosa juzgada es la voluntad de la ley sobre los particulares, sin que haya poder que pueda desconocerla como garantía, principio y derecho de la función jurisdiccional²²⁴.

La inmutabilidad de la cosa juzgada significa que la sentencia no admite recurso alguno; es decir, que es inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior. A este respecto se dice que es cosa juzgada sustancial porque ninguna autoridad podrá modificar definitivamente lo resuelto²²⁵.

Nuestro sistema procesal, sin embargo, faculta a las partes o a terceros ajenos a la relación procesal a demandar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta cuando se consideren directamente agraviados por la sentencia y se dan determinados presupuestos²²⁶.

Creemos que esta institución se sustenta en la humanización del proceso, para mejorar la relación entre los hombres y alcanzar la paz social con justicia. No obstante, el problema continúa ¿Se puede o no demandar la decisión definitiva? ¿Cuál es la vía procedimental más compatible con este nuevo sistema procesal para proteger a la sociedad? Aunque esto no es motivo de nuestro estudio, dejamos la inquietud a los tratadistas del Derecho Procesal.

5. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

En este apartado trataremos brevemente sobre las clases de competencia, siguiendo a GOLDSCHMIDT²²⁷, quien señala tres: *objetiva, funcional y territorial*.

224 Cfr. art. 139 inc. 2. de la Constitución Política del Perú de 1993: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional... 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

225 Couture, Eduardo J.; Op. Cit.; pp. 421 y 422.

226 Cfr. art. 178 del C.P.C.: "Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable, puede demandarse a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso".

227 Goldschmidt, James; Derecho Procesal Civil. Traducción de Leonardo Prieto Castro; Edit. Labor; Barcelona, España; 1936; p. 163.

La competencia constituye uno de los presupuestos procesales del proceso de conocimiento, en virtud del cual el juez, en ejercicio de la función jurisdiccional, conoce determinados conflictos judiciales para conseguir la realización de un proceso eficaz y eficiente.

CALAMANDREI, siguiendo a CHIOVENDA, acota: "La competencia es, pues, ante todo, una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces; pero, como esa limitación de poderes se manifiesta prácticamente en una limitación de las causas sobre las cuales puede ejercerlos cada juez, el concepto de competencia se desplaza así, por un fenómeno de metonimia: de medida subjetiva de los poderes del órgano judicial, para a ser entendida, prácticamente, como medida objetiva de la materia sobre la cual está llamado en concreto a proveer el órgano judicial, entendiéndose de este modo por competencia de un juez el conjunto de causas sobre las cuales él ejercer, según ley, su fracción de jurisdicción"²²⁸.

Al tratar de la competencia civil en el ordenamiento procesal español, RAMOS MÉNDEZ afirma: "Mediante ella, se establece cuál es en concreto el Tribunal que ha de conocer de un asunto determinado, sirviendo de pauta a las partes para saber a qué órgano jurisdiccional deben dirigirse. De esta manera se concreta, por así decirlo, la porción de jurisdicción que cada Tribunal ejerce y los límites dentro de los cuales la puede ejercer. Viene a constituir, en definitiva, la medida de la jurisdicción de un Tribunal y una ulterior concreción de la garantía del juez natural"²²⁹.

En conclusión, la competencia es la delimitación de la jurisdicción por la cual los jueces en representación del Estado tienen la potestad de conocer y resolver derechos materiales o sustanciales con estricta justicia, así como solucionar conflictos de intereses o eliminar incertidumbres, ambas con relevancia jurídica ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales, para cumplir con su alta misión de lograr la paz social.

5.1. Competencia objetiva

Por la diversidad de relaciones sociales que se producen dentro de la organización del poder judicial y como una forma de distribución del trabajo entre los jueces, en la práctica advertimos las diferentes atribuciones de los organismos jurisdiccionales debido a sus diferentes especialidades que cultivan y por el valor patrimonial de las pretensiones que se discuten. Por eso la competencia objetiva está determinada por la materia y por la cuantía.

228 Calamandrei, Piero; Derecho Procesal Civil; T. II; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina; 1962; p. 137.

229 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 143.

5.1.1. Competencia por la materia

La materia deriva de la misma naturaleza de la pretensión de los bienes, de ahí que las partes tienen la facultad de hacer valer sus derechos sustanciales ante el juez competente de acuerdo a la naturaleza jurídica de la relación controvertida y a su especialización. Por la materia, los jueces y salas especializadas son de orden civil, penal, laboral, constitucional, contencioso administrativo. Cuando surjan conflictos negativos de competencia por la materia, se remitirá el proceso al órgano jurisdiccional superior de la especialidad, pero tratándose de órganos jurisdiccionales de distintos distritos judiciales se remitirá a la Sala correspondiente de la Corte Suprema para que la dirima y ordene la remisión del expediente al juez que considere competente, con oficio al otro juez (artículos 36 inc. 1 y 41 del C.P.C.).

5.1.2. Competencia por la cuantía

La competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio, expresado en la demanda, salvo que por mandato legal en contrario o de oficio el juez haga la corrección²³⁰. En el Código Procesal Civil peruano, la cuantía de los procesos está determinada por unidades de referencia procesal. Se tramitará como proceso de conocimiento ante los jueces civiles los asuntos contenciosos cuando la estimación patrimonial del petitorio exceda de mil unidades de referencia procesal, como procesos abreviados ante los jueces civiles cuando la pretensión sea mayor de cien hasta mil unidades de referencia procesal y ante los jueces de paz letrados cuando la cuantía de la pretensión exceda de cien hasta quinientas unidades de referencia procesal y como procesos sumarísimos ante el juez de paz letrado cuando la estimación patrimonial exceda de cincuenta y hasta cien unidades de referencia procesal y los jueces de paz conocerán por la cuantía hasta cincuenta unidades de referencia procesal²³¹.

5.2. Competencia funcional o de grado

Esta clase de competencia tiene su origen en la distribución de las funciones jurisdiccionales por aplicación del principio de pluralidad de instancias o grado, según el cual la decisión de cada proceso judicial, en vez de agotarse ante un solo juez, debe ser materia de un reexamen y de casación por varios jueces dispuestos en orden escalonado hasta expedir una decisión final definitiva como garantía de la función jurisdic-

230 "Artículo 10º.- Competencia por cuantía.- La competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:

1. De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y,
2. Si de la demanda o sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, el Juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al Juez competente".

231 Cfr. arts. 475 inc. 2º, 486 inc. 7º, 546 inc. 7º y 547 in fine del C.P.C.

cional. Esta competencia se origina en la naturaleza de las funciones del juez, que son distintas en las diferentes fases de que se compone el proceso y por el excesivo trabajo que demandaría a un solo juez conocer diversos procesos indefinidamente.

La denominación de competencia funcional, fue introducida por CHIOVENDA en atención a la naturaleza de las funciones de los jueces. Nuestro Código Procesal Civil ya no menciona la competencia de grado o de instancias.

Al comentar ampliamente la competencia funcional, CALAMANDREI refiere: "...en vez de agotarse ante un solo juez, debe poder pasar, en mayor garantía de justicia, a través del nuevo examen sucesivo de varios jueces dispuestos en orden escalonado: de modo que, antes de llegar a la providencia jurisdiccional definitiva, el proceso, aun sin dejar de ser único, se fracciona en distintas fases que se despliegan ante jueces de tipo diferente y que se denomina "grados" o "instancias".

En orden a esta distribución de oficios entre tipos distintos de jueces, llamados en momentos sucesivos del mismo proceso a ejercer la jurisdicción sobre la misma causa, se habla de competencia por grado, o también de competencia funcional"²³².

La competencia funcional es propia y autónoma. Está regulada dentro de la organización del Poder Judicial conforme a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil. A cada juez por la función o por el grado le corresponde realizar una determinada actividad y los interesados que comparecen ante ellos pueden hacer uso de sus derechos sustanciales, porque los jueces de cada grado están legalmente facultados para conocer determinadas procesos judiciales²³³, así como de los medios impugnatorios.

Cuando las partes o terceros legitimados hacen uso de los recursos contra las sentencias expedidas por los jueces de paz, estas serán revisadas por los jueces de paz letrados; la de éstos, por los jueces de primera instancia; y de las cuestiones litigiosas de competencia de los jueces especializados en lo civil, conocerán en apelación y casación las salas civiles de las cortes superiores y la Corte Suprema.

Si por la naturaleza de la pretensión, como puede ocurrir para solicitar una medida cautelar y la actuación de una prueba anticipada antes de iniciar un proceso u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia funcional o de grado, el Código Procesal Civil ha dado la solución en forma expresa disponiendo que es competente el Juez Civil²³⁴.

232 Calamandrei, Piero, Op. Cit.; T.II; pp. 143 y 144.

233 "Artículo 511º. - Competencia de grado. - Cuando la responsabilidad se atribuye a un Juez Civil, Juez de Paz Letrado o Juez de Paz, es competente la Sala Civil de turno del Distrito Judicial correspondiente.

La Sala Civil de la Corte Suprema es competente respecto de la responsabilidad atribuida a los vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores".

234 Cfr. arts. 14 in fine y 33 del C.P.C.

5.2.1. Determinación de la competencia funcional

La competencia funcional está determinada por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos conforme a la Constitución Política²³⁵, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil²³⁶.

El criterio de la competencia objetiva por la materia y por la cuantía, no es todavía suficiente para determinar la competencia del juez. Hay que considerar además el criterio funcional del juez, pero una vez determinado el tipo de juez ante el cual debe desplegarse la misma en los grados ulteriores, se tiene que tener en cuenta las reglas de la competencia funcional.

Partiendo del juez del primer grado, se establece que le corresponde un juez distinto para el segundo grado no en virtud de la materia o del valor sino por la competencia funcional, pues, una vez determinado, sobre la base de la materia o del valor, el juez de primer grado, la designación del juez de apelación se sigue automáticamente del criterio funcional que vincula la segunda instancia a la primera²³⁷; es decir que determinada la competencia del juez civil en primer grado sabremos que para la apelación del proceso de conocimiento tiene que ser competente la sala civil de la Corte Superior.

Las salas civiles que actúan en revisión funcionan como órganos de segundo grado, para conocer en apelación una sentencia pronunciada por juez civil, su competencia no se determina por los criterios de la materia o de la cuantía sino porque están llamadas a conocer en revisión. Sin embargo, estas salas pueden excepcionalmente conocer como órgano de primer grado en los procesos de responsabilidad civil de un juez civil, juez de paz letrado o juez de paz.

Comentando esta importante institución, el maestro ALVARADO VELLOSO afirma: "Como es imaginable, la función – de aquí el nombre de esta competencia– que cumple el juzgador en cada grado de conocimiento, es por completo diferente:

- a) El de primer grado ordinario tiene amplias facultades para interpretar y evaluar los hechos que originaron el litigio y de aplicar a ellos la norma jurídica que crea es la que corresponde al caso, a fin de absolver o condenar al demandado;
- b) El de segunda instancia ordinaria carece de tales facultades: sólo debe decidir acerca de los argumentos que, seria y razonadamente, expone el perdidoso respecto

235 "Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes..."

236 "Artículo 28.- Determinación de la competencia funcional.-La competencia funcional queda sujeta a las disposiciones de la Constitución, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de este Código".

237 Calamandrei, Piero; Op. Cit.; T. II; p. 167.

de la sentencia que le fue adversa (regla procesal no *reformatio in pejus*). Y nótese bien: aunque el juzgador superior no esté de acuerdo con la interpretación que de los hechos ha efectuado el juzgador inferior, no puede variarla si no media queja expresa del perdidoso en tal sentido;

- c) El quejoso, sino sólo de aquel que tenga relevancia constitucional. El de tercer grado – ahora ya es extraordinario – debe proceder de modo similar al de segundo grado, con una variante de la mayor importancia: no ha de conocer de cualquier argumento jurídico que presente.

Como se puede apreciar, la competencia funcional opera como una suerte de embudo invertido: a mayor grado, menor posibilidad cuantitativa de conocimiento material por parte del juzgador²³⁸.

5.2.2. Casos de prevención

La prevención es la potestad que tienen los órganos jurisdiccionales para avocarse al conocimiento de un determinado proceso y de otros que se encuentran en diversos juzgados por haber asumido competencia funcional en el primer proceso donde se ha emplazado válidamente al demandado cuando son varios los demandados o cuando hay varios procesos, siempre y cuando sean de la misma competencia.

En primera instancia, la prevención solo es procedente por razón del territorio y conforme lo prescrito por el artículo 29 del C.P.C. se puede dar los siguientes casos de prevención:

1. Cuando se trata de la acumulación subjetiva de pretensiones, ejerce prevención en el conocimiento del proceso el juez del lugar del domicilio del demandado que fue emplazado primero, de modo que cualquier cuestionamiento de la competencia por alguno de los codemandados a través de la contienda de competencia o la excepción, la competencia funcional se dirimirá a favor del juez que ejerció prevención al emplazar al primer demandado.
2. Cuando se trata de la acumulación objetiva sucesiva, siempre que se den todos los presupuestos que exige la ley procesal, ejerce competencia funcional el juez que efectuó el primer emplazamiento en el conocimiento de los demás procesos y procedió a la acumulación de oficio o a pedido de parte por haberse ejercido prevención del proceso más antiguo.

En segunda instancia, la prevención se produce en las salas civiles de las cortes superiores cuando ejercen competencia funcional por haberse avocado al conocimiento

238 Alvarado Velloso, Adolfo, Op. Cit.; Primera Parte; pp. 153 y 154.

del proceso al tramitar y realizar la primera notificación del recurso de apelación del proceso materia del grado²³⁹.

El efecto principal de la prevención es que a los jueces civiles y a las salas civiles de las cortes superiores, que se han avocado primero al conocimiento de un determinado proceso, sea en primera instancia por el emplazamiento válido al demandado o en segunda instancia por haber efectuado la primera notificación de la resolución que confiere el traslado por el plazo de diez días del escrito de apelación al colitigante, les otorga competencia funcional exclusiva en los diferentes procesos que por disposición de la ley son varios jueces los que podrían conocer el mismo asunto²⁴⁰.

5.3. Competencia territorial

Los jueces de primera como los de segunda instancia son nombrados para impartir justicia en un determinado lugar, razón por la cual las personas, bienes y actos caen bajo la competencia territorial del Juez cuando en ejercicio del derecho de acción se inicia el proceso y bajo su dirección se pone en actividad a los sujetos de la relación procesal.

En nuestro Código Procesal Civil existen reglas propias que determinan la competencia territorial, sobre el reconocimiento implícito de la competencia territorial del juzgado, el demandante tácitamente prorroga la competencia territorial del Juez al interponer la demanda y el demandado por comparecer al proceso sin hacer uso de los medios de defensa y contestar la demanda o dejar transcurrir el plazo y sin cuestionar la competencia (artículo 26), salvo de la prorroga convencional de la competencia territorial (artículo 25). Cuando no existe prórroga expresa o tácita, es competente el juez del domicilio del demandado, llamado también fuero personal; y, en los casos de competencia facultativa o electiva (artículo 24).

Al comentar esta clase de competencia, RAMOS MÉNDEZ refiere: "La competencia territorial permite discernir entre dos Jueces de igual grado jurisdiccional cuál es el competente para entender de un asunto. Encuentra su fundamento en la existencia de diversos Tribunales del mismo grado a lo largo del territorio nacional. Tiene como objetivo la distribución de los asuntos entre ellos, por razón del territorio, en atención a diversos criterios. De esta manera se concreta en la mayoría de los casos el Juez natural que ha de entender del asunto"²⁴¹.

239 "Artículo 31º. - Prevención de la competencia funcional. - En primera instancia la prevención sólo es procedente por razón del territorio.

En segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera notificación".

240 Cfr. art. 30 del C.P.C.

241 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit. T. I; p. 156.

Al tratar sobre la competencia territorial, El maestro ALVARADO VELLOSO afirma: "Todo Juez ejerce funciones dentro de un territorio que casi siempre está perfecta y geográficamente demarcado por la ley: tal límite puede ser el de un país, de una provincia, de una comarca o región, de un partido, de un departamento, de una comuna, etcétera. En otras palabras: quien es juez con competencia en la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, puede ejercer toda su actividad dentro del ejido municipal respectivo, no fuera de él; más tajante aún: quien es juez en Buenos Aires no lo es en la ciudad de Rosario. Y viceversa"²⁴².

En nuestro sistema procesal, la competencia territorial está determinada de acuerdo a la organización del Poder Judicial y la ejerce a través de sus órganos jurisdiccionales jerarquizados para administrar justicia en materia civil con arreglo a la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del principio de legalidad e irrenunciabilidad de la competencia.

Al respecto, algunos catedráticos de Derecho Procesal afirman: "La atribución del conocimiento del proceso a un determinado órgano jurisdiccional de los varios existentes del mismo tipo se lleva a cabo precisamente mediante la aplicación de las normas de competencia territorial, que no depende de la competencia objetiva, sino que, juntamente con ella y en paridad, permiten fijar el tribunal competente"²⁴³.

5.3.1. Prórroga de la competencia

Aunque la competencia territorial es improrrogable, pues se rige por el principio de legalidad, también es cierto que, con la finalidad de hacer más fácil y asequible la defensa de los derechos sustanciales de los justiciables, la propia ley procesal excepcionalmente autoriza a las partes a comparecer voluntariamente a otro juez del que debe resolver una cuestión litigiosa; es decir, les permite elegir libremente el juez que ha de conocer un asunto concreto, prescindiendo de su juez natural que es el competente territorialmente ya sea en forma expresa o tácita.

RAMOS MÉNDEZ manifiesta sobre la prorrogabilidad expresa: "Como se ha señalado, en materia de competencia territorial, el Tribunal competente no se determina tan sólo por el criterio del territorio, sino también por la decisiva voluntad de las partes. Esto permite calificar la competencia territorial de prorrogable, respetando no obstante en todo caso las normas de competencia objetiva"²⁴⁴.

Según la doctrina aceptada por nuestro Código Procesal Civil, analizaremos brevemente dos casos de prorrogabilidad:

242 Alvarado Velloso, Adolfo; Op. Cit.; Primera Parte; p. 150.

243 Cortés Domínguez, Valentín. Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor; Op. Cit.; p. 64.

244 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T.I; p. 169.

5.3.1.1. Prórroga convencional de la competencia territorial

Es más conocida como prórroga de la competencia territorial expresa y consiste en el acto por el cual las partes convienen por escrito someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que le corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable²⁴⁵.

A este respecto, ALVARADO VELLOSO afirma: "En el lenguaje procesal, este desplazamiento se conoce con la denominación de *prórroga de la competencia judicial* y consiste técnicamente en un acuerdo de los litigantes por virtud del cual no presentan su litigio ante el único juez que es natural e inicialmente competente sino ante otro que no lo es"²⁴⁶.

El Código Civil permite a las partes designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica el sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto en contrario²⁴⁷.

Realizando una hermenéutica jurídica, podemos afirmar que no obstante que el obligado ha constituido un domicilio especial para cumplir cualquier acto jurídico o contrato, también la norma procesal en comentario, contra la norma de derecho material, faculta a los justiciables a prorrogar la competencia territorial en forma expresa. Por ejemplo, cuando un acreedor y un deudor han convenido expresamente para cumplir una determinada prestación en la ciudad de Lima que es el domicilio del acreedor; sin embargo, estas partes pueden convenir expresamente comparecer ante el juez de Tacna para que les solucione sus intereses en conflicto.

5.3.1.2. Prórroga tácita de la competencia territorial

Es el acto por el cual el demandante comparece ante un juez incompetente para interponer una demanda prorrogando la competencia territorial y la parte demandada se somete a la competencia del juez, sin reserva alguna o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia del juez del lugar donde ha sido emplazado²⁴⁸.

245 Cfr. art. 25 del C.P.C.

246 Alvarado Velloso, Adolfo; Op. Cit.; Primera Parte; p. 158.

247 Cfr. art. 34 del C.C.

248 "Artículo 26º.- Prórroga tácita de la competencia territorial.- Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia.

"La prórroga de competencia está sujeta a cinco requisitos:

1. Que la autoridad a quien se prorroga sea un juez competente (no hay prórroga en la actividad de los árbitros);
2. Que la autoridad en quien se prorroga sea un juez incompetente en cuanto a la competencia prorrogada (por ejemplo territorial), pero competente en cuanto a las demás (por ejemplo, material, funcional, cuantitativa y personal);
3. Que haya consentimiento de las dos partes para efectuar la prórroga. Este consentimiento puede ser *expreso* (cuando ambas partes se ponen de

Es decir, que se prorroga tácitamente la competencia territorial por el hecho de que el demandante comparece ante un juez de distinto lugar sin que el demandado se oponga ni haga uso de la excepción de incompetencia. En nuestro Código Procesal Civil, en forma expresa se le niega validez a los pactos en que se hubiesen comprometido las partes a cumplir con determinada prestación.

5.3.2. Competencia facultativa

Por regla general la competencia se determina por el domicilio del demandado. El Código Procesal Civil, sin embargo, regula la competencia facultativa o electiva, por medio de la cual al demandante se le permite demandar ante el Juez del domicilio del demandado o ante el juez que para este caso dispone expresamente el artículo 24 del C.P.C.

A la competencia territorial, los procesalistas clásicos la denominaron competencia del fuero y a su vez la subdividieron en fuero general y fueros especiales. Ante el primero todas las personas podían ser demandadas en el juez de su propio domicilio; y ante los otros fueros especiales podían ser demandados solamente en casos excepcionales.

Desde la época del Derecho Romano se consideró el fuero personal, que era el domicilio del demandado o del reo. Según este fuero los ciudadanos podían ser demandados tanto en su domicilio natural como en Roma misma. Al producirse las innovaciones modernas desapareció el fuero de origen y las legislaciones contemporáneas admiten como fuero personal, el que se rige por el domicilio del demandado.

A este respecto, GUASP afirma: "Se entiende por fuero la circunscripción judicial donde debe tramitarse un determinado asunto por razón del territorio"²⁴⁹; por lo que con mucho acierto, el artículo 44 del C.P.C. expresamente dispone que es competente el juez del domicilio del demandado, es decir, que nuestra ley procesal se ha orientado por el fuero personal, que constituye el lugar donde las partes pueden ser llamadas a comparecer a un proceso, por razón de su domicilio o residencia.

Al fuero real, ULPIANO lo denominó *Ubi in rem actio exerceri debat* que los romanos conocieron con el nombre de fuero de la situación de las cosas. Este fuero apareció en el procedimiento extraordinario, porque anteriormente primó el fuero del domicilio

acuerdo al respecto antes de iniciar el proceso) o *implícito* (cuando la parte actora demanda ante un juez incompetente respecto de la pauta prorrogada y la parte demandada no cuestiona la incompetencia);

4. Que el litigio verse exclusivamente acerca de cuestiones patrimoniales que puedan ser objeto de transacción;

5. Que la ley no atribuya competencia territorial exclusiva y excluyente a un determinado juez, pues ello hace —implícitamente— que esta competencia sea improrrogable". ALVARADO VELLOSO Adolfo; Op. Cit.; Primera Parte; p. 160.

249 Guasp, Jaime; Derecho Procesal Civil; Edit. Instituto de Estudios Políticos; Madrid, España, 1968; p. 135; Devis Echandía, Hernando; Op. Cit. T. I; p. 144.

para toda clase de acciones. Por este fuero se tramitaron todos los litigios relativos a los bienes ya sean muebles o inmuebles.

Nuestra legislación procesal, adecuándose a la realidad socioeconómica que viven los justiciables y con tecnicismo jurídico, ha determinado que la competencia por razón del territorio sea utilizada en forma alterna ya sea compareciendo ante el juez del domicilio del demandado o que el demandante tenga la facultad para elegir el juez ante quien debe ejercitar sus derechos válidamente, en virtud de los principios de celeridad, economía procesal y del libre acceso al servicio de justicia.

Para mejor ilustración, antes de iniciar un breve análisis sobre los diferentes casos regulados respecto a la competencia facultativa, es necesario precisar la noción de domicilio como una relación surgida entre una persona y un lugar, es decir el lugar habitual donde una persona desarrolla sus actividades en forma permanente, en el que se presume presente aunque se encuentre ausente porque existe la presunción juris del ánimo de permanecer en ese lugar. Pero, de ninguna manera, el domicilio debe ser entendido como una relación jurídica, que puede existir entre una persona y otra sino como una simple relación de hecho donde un sujeto de derecho vive habitualmente.

La institución del domicilio, ya sea real, especial y legal, así como el cambio del domicilio están normados expresamente en nuestro ordenamiento sustantivo. Así, el artículo 33 dispone: “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”. La redacción *no ha sido tan exacta*, porque tal dispositivo se refiere a residencia y habitación, cuando jurídicamente son términos distintos a domicilio, que es el lugar donde una persona vive permanentemente. La residencia, en cambio, es el lugar donde se encuentra temporalmente y la habitación donde se encuentra momentáneamente.

5.3.2.1. Ley de la situación de los bienes

Cuando se tratan de pretensiones sobre derechos reales, el demandante puede comparecer ante el juez del domicilio del demandado o ante el juez del lugar donde se encuentre el bien o bienes ya sean inmuebles o muebles, como puede suceder en los procesos de reivindicación, usufructo, etc. Cuando se trata de varios inmuebles situados en diferentes lugares, la demanda puede interponerse ante el juez del domicilio del demandado o ante el juez del lugar donde están ubicados cualquiera de esos bienes.

En los casos de bienes muebles, también la competencia es electiva por la naturaleza jurídica de estos bienes. No debemos perder de vista los casos previstos en el artículo 21 del C.P.C., para instituir la curatela de bienes de personas incapaces, la competencia también es electiva, porque el demandante puede comparecer ante el juez del lugar donde se encuentran todos o la mayor parte de los bienes.

Cuando se trata de pretensiones que se tramitan como procesos abreviados y sumarísimos, el legislador también ha regulado la competencia territorial facultativa,

como ocurre en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación de áreas o delimitación de linderos, expropiación, desalojo e interdictos de recobrar y retener.

5.3.2.2. Domicilio conyugal

Se ha regulado la competencia electiva para cualquiera de los cónyuges, cuando se trata de pretensiones sobre nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad. Se parte del supuesto del abandono del hogar familiar por la esposa o por el marido.

El domicilio conyugal seguirá siendo el mismo que existía al tiempo de abandonarlo el marido o la mujer, mientras el otro cónyuge permanezca allí, y si el que abandona constituye otro domicilio personal debe entenderse que subsiste el primero y que se trata de dos domicilios concurrentes: el del domicilio del demandado y el domicilio conyugal; por lo que el demandante, para demandar los casos previstos en el inc. 2 del artículo 24 del C.P.C., puede pedir tutela jurisdiccional efectiva ante el juez del último domicilio conyugal o ante el juez del domicilio personal del demandado.

5.3.2.3. Juez del domicilio del demandante

Para las pretensiones alimenticias, por el carácter tutelar del derecho a la vida que tiene toda persona humana, se ha establecido la competencia facultativa a fin de que la demandante pueda recurrir ante el juez de su propio domicilio o ante el juez donde se encuentra domiciliado el demandado.

Además a los jueces se le ha otorgado la potestad de rechazar de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón del territorio²⁵⁰.

En consecuencia, en esta clase de procesos los jueces no admitirán la contienda de competencia ni la excepción de incompetencia, porque consideramos que se tratan de procesos de urgencia, donde la tutela jurisdiccional no solamente es efectiva sino también anticipatoria, porque se les permite a la demandante solicitar la asignación anticipada de alimentos, siempre que acrediten en forma indubitable la relación familiar.

5.3.2.4. Juez del lugar del cumplimiento de la obligación

En el Derecho Romano se admitió el *forum contractus* como una limitación del *forum rei*, cuando las partes han señalado domicilio especial para el cumplimiento de los actos o contratos, la designación sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto²⁵¹.

250 Cfr. arts. 24 inc. 3º y 560 del C.P.C.

251 Cfr. art. 34 del C.C.

En este supuesto, si el deudor ha convenido con su acreedor el cumplimiento de una determinada prestación para la ejecución de actos jurídicos, su acreedor puede exigirle el cumplimiento de la obligación alternativamente ya sea ante el juez del domicilio del demandado o ante el juez donde se obligó cumplir la relación obligacional.

GOLDSCHMIDT, refiriéndose al *Fuero de la obligación*, acota: “El fuero del lugar de cumplimiento del contrato, existe para las acciones contractuales en el Tribunal del lugar en que la obligación que se discute deba ser cumplida. Dentro de él caen las acciones encaminadas a la declaración de la existencia del contrato, a su cumplimiento, o a garantizar el ejercicio del derecho de resolución reservado contractualmente...”²⁵²

5.3.2.5. Juez del lugar donde ocurrió el daño

Para el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual en su sentido estricto, por causa de incumplimiento o cumplimiento inapropiado, el pretensor tiene legitimado su derecho para comparecer ante el juez del domicilio del demandado o ante el juez del lugar donde ocurrió el evento que causó el daño con la finalidad de que el autor le indemnice el daño material: ya sea emergente y lucro cesante y el daño moral que le ha causado a la víctima por su acción dolosa o culposa.

En esta clase de procesos, el demandante tiene la facultad de elegir entre varios jueces de igual competencia por razón del territorio e interponer su demanda ante el uno o el otro, sin que el demandado pueda pretender ser llamado ante uno de ellos con exclusión de otro, por no tratarse de una competencia exclusiva.

5.3.2.6. Juez del lugar del hecho generador de la obligación

Cuando se trate de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido, el demandante tiene legitimado su derecho para comparecer ante el juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación. Si el demandado tiene su residencia en la circunscripción de un juez y su domicilio en la de otro, el demandante puede a su elección proponer su pretensión ante el uno o ante el otro, lo que el insigne CALAMANDREI denominó fueros electivamente concurrentes²⁵³.

Por tratarse de obligaciones derivadas de actos jurídicos unilaterales, sus efectos jurídicos deben ser resueltos por organismos jurisdiccionales de competencia territorial facultativa para el demandante.

252 Goldschmidt, James; *Derecho Procesal Civil*; 2ª Ed.; Edit. Labor; Barcelona-Madrid. Buenos Aires- Río de Janeiro; 1936; p. 179.

253 Calamandrei, Piero; *Op. Cit.*; T.II; p. 175.

5.3.2.7. Juez del lugar donde se desempeña la administración

En las pretensiones sobre rendición, aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión que deban dar los administradores de bienes comunes o ajenos, será competente el juez del lugar donde deban presentarse las cuentas o informes, y estando expresamente determinada la competencia territorial facultativa, los titulares de los bienes comunes o ajenos que están en administración, las pretensiones se interpondrán contra los administradores ante el juez del domicilio del propietario de los bienes, o en el del lugar donde se encuentran los bienes puestos en administración.

5.3.3. Competencia del Estado

El artículo 27 del C.P.C. ha normado la competencia territorial del Estado para resolver los conflictos de intereses que se produzcan con los particulares en las diferentes relaciones jurídicas de derecho público como de derecho privado, observando las reglas siguientes:

- Cuando se trate de resolver conflictos de intereses de relaciones jurídicas de derecho público, el juez competente es el del lugar donde tiene su sede la oficina o repartición del gobierno central, regional o 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 cuyo origen está en una relación jurídica de derecho privado o cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra un funcionario público que hubiera actuado en ejercicio de sus funciones o en uso de sus atribuciones se aplican las reglas generales de la competencia, como lo tratamos a continuación.

5.3.4. Reglas generales de la competencia

Sin entrar a comentarios doctrinarios, si no más bien siguiendo criterios de la dogmática de nuestro ordenamiento procesal sobre la competencia territorial referente a las personas naturales, analicemos las reglas contenidas en el artículo 14 del C.P.C.

- Cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario, como puede ocurrir con la competencia facultativa o electiva. RAMOS MÉNDEZ, al respecto afirma: “En este criterio se tiene en cuenta unas veces el domicilio propiamente dicho y otras la mera residencia del demandado”²⁵⁴.
- Cuando el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. Este dispositivo concuerda con nuestro ordenamiento sustantivo, que lo denomina domicilio múltiple, porque la persona vive alternativamente o

254 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 167.

tiene ocupaciones habituales en varios lugares, considerándosele domiciliada en cualquiera de ellos²⁵⁵; por lo tanto, las cuestiones litigiosas que surjan contra estas personas, serán demandadas ante el juez del lugar de cualesquiera de los domicilios donde vive o donde desenvuelve sus ocupaciones. Estas disposiciones impiden al demandado cuestionar la competencia a través de la excepción de incompetencia, alegando un supuesto fuero preferente.

- Si el demandado carece de domicilio o este es desconocido, es competente el juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante. En el fondo tenemos una competencia territorial facultativa, donde el demandante puede hacer valer su pretensión ya sea ante el juez de su domicilio o en el del domicilio donde se encuentra el demandado. En estos dos supuestos, creemos que las notificaciones se les deben hacer por medio de edictos para lograr un emplazamiento válido a fin de garantizar el derecho de defensa y de contradicción.
- Cuando el demandado domicilia en el extranjero, es competente el juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país, por lo tanto el pretensor debe interponer su demanda ante el juez donde tuvo su domicilio antes de alejarse del Perú al extranjero, con la finalidad de que se le notifique por medio de exhorto a través de las embajadas o consulados donde tenga su domicilio más cercano.
- Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el juez civil. Esta regla se aplica a la competencia funcional en razón del sistema de la organización jerárquica del Poder Judicial imperante en el país.

5.4. Reglas que determinan la competencia en el proceso de conocimiento

El legislador de 1993 estableció reglas para los procesos que deben tramitarse en la vía de conocimiento como un procedimiento tipo o modelo, cuyas reglas son aplicables a los procesos contenciosos, no contenciosos, cautelar y de ejecución. Por esta razón, el demandante debe conocer las disposiciones generales que regulan el proceso de conocimiento para interponer su demanda ante los juzgados civiles y para que los organismos jurisdiccionales le den el trámite que corresponda. El propósito que nos anima es analizar las disposiciones correspondientes a la tramitación del proceso de conocimiento.

Se tramitarán como proceso de conocimiento los asuntos contenciosos siguientes:

5.4.1. Los que no tengan una vía procedimental propia

Se refiere a aquellas pretensiones patrimoniales o extrapatrimoniales a las que el Código Procesal Civil no señala el procedimiento que las partes y el juez deben ob-

²⁵⁵ Cfr. art. 35 del C.C.

servar. Estos deben tramitarse, por consiguiente, como proceso de conocimiento, por ofrecer mayores garantías para la dilucidación de los diferentes litigios.

Aunque el Código Procesal Civil también ha legislado procedimientos especiales, sin embargo hay derechos materiales que no están contenidas dentro de estos. Así, dentro de los derechos patrimoniales tenemos las acciones posesorias, a que se refiere el artículo 921 del C.C. que son las que permiten al titular de un derecho de propiedad o de posesión, cuando es mayor de un año, salir en defensa de los bienes de su patrimonio, ya sean muebles o inmuebles.

Por ejemplo, puede hacer uso de la acción reivindicatoria para restituir su posesión inmediata que la ha perdido cuando su derecho de propiedad o de dominio está acreditado con documento público debidamente inscrito, exclusión de inventarios, rescisión de un contrato de compraventa, nulidad de escritura y del acto jurídico que contiene, etc.

Dentro de las acciones extrapatrimoniales que no tienen un procedimiento propio, señalaremos aquellas que se derivan de los derechos de personas como las de usurpación del nombre, negación del nombre, de los derechos de familia: indemnización por incumplimiento de esponsales, nulidad de matrimonio, etc.

Además, el juez por la naturaleza o la complejidad de la pretensión puede considerar el empleo de la vía procedimental del proceso de conocimiento, aun cuando en sustitución de la vía procedimental propuesta haya sido distinta.

5.4.2. Cuando la cuantía excede de mil unidades de referencia procesal

El inciso 2 del artículo 475 del C.P.C. dispone que todos los asuntos contenciosos cuya estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil unidades de referencia procesal, se tramitarán como proceso de conocimiento ante los juzgados civiles.

Las unidades de referencia procesal van variando constantemente por los reajustes que sufre nuestra moneda, los que resultan después de deducir el diez por ciento de la unidad impositiva tributaria.

En caso de que la cuantía de la demanda no se pueda determinar, se ventilarán en proceso de conocimiento por el monto del petitorio de acuerdo a lo expresado por el demandante, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario, teniendo en cuenta las reglas que determinan la competencia por la cuantía conforme lo disponen los artículos 10, 11 y 12 del C.P.C., debiendo expresarse en todo caso en la misma demanda la vía procedimental.

5.4.3. Cuando es inapreciable en dinero o hay duda sobre su monto

Existen pretensiones materiales que se derivan de derechos de personas, de familia, de sucesiones y de otros derechos que no inciden en el bien mismo, sino en los que se discuten cuestiones que se derivan de las relaciones jurídicas, como las acciones

personales de nulidad de contrato, de resolución de contrato, petición de herencia, indemnización por daño moral, etc.

Se tramitan como proceso de conocimiento otros asuntos donde hay duda sobre su monto, como puede ocurrir en las demandas derivadas de otras relaciones jurídicas, como las demandas de responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados en un vehículo, en una construcción, de locación de obra, de servicios, etc.

En estos dos supuestos ónticos, tal como nuestro ordenamiento procesal ha legislado expresamente, será el juez civil el que debe calificar la demanda y al admitirla por resolución debidamente motivada, declarará que debe tramitarse observando la vía procedimental del proceso de conocimiento en sustitución a la propuesta por el demandante como proceso abreviado o sumarísimo.

Esta resolución será expedida sin citación del demandado y es inimpugnable²⁵⁶; es decir, que contra el auto que declara que es aplicable el proceso de conocimiento, no se admitirá ningún medio impugnatorio. Esta potestad del juez se fundamenta en el principio de dirección del proceso; porque es el Estado el más interesado en que los derechos de los justiciables se resuelvan con celeridad, oportunidad y eficiencia.

5.4.4. Que las cuestiones debatidas sean de derecho

Se tramita en proceso de conocimiento cuando la cuestión debatida solo fuese de derecho; es decir que hay demandas de pleno derecho, donde no hay hechos que probar porque el derecho no es objeto de prueba, por consiguiente con muy buena técnica legislativa se ha dispuesto que todos estos asuntos contenciosos se tramiten como procesos de conocimiento, como puede ocurrir con las demandas de exclusión de nombre, cuando la madre ha reconocido separadamente a su hijo al inscribir la partida de nacimiento, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo (artículo 392 del C.C.).

En este supuesto no hay hechos que probar, porque la norma sustantiva ha prohibido a la madre agregar el nombre del presunto padre, en el caso de no mediar reconvencción la demanda es de pleno derecho por operar la presunción legal absoluta (artículo 278 del C.P.C.).

Por ser un caso de *juris et de juris* el demandante sólo ha de acreditar la realidad del hecho con el documento público donde consta el nacimiento del menor en el cual se ha incluido indebidamente su nombre. En este caso, puede darse el juzgamiento anticipado del proceso en el que el juez puede expedir sentencia sin admitir otro trámite, cuando es rechazada la fórmula conciliatoria propuesta (artículo 473 inc. 1 del C.P.C.).

256 "Artículo 477º.- Fijación del proceso por el Juez.- En los casos de los incisos 1 y 3 del artículo 475º, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable".

5.4.5. Los conflictos señalados expresamente en la ley

En las disposiciones modificatorias contenidas en el Código Procesal Civil, se han normado expresamente los conflictos que deben tramitarse como proceso de conocimiento: Las demandas de nulidad o de anulación de los actos o contratos que celebren los administradores (artículo 104 inc. 9 *in fine* del C.C., modificado por el D. L. N° 768), la demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes de los administradores de los consejos de supervigilancia de las fundaciones (artículo 106 *in fine* del C.C., modificado por el D. L. N° 768), la demanda de desaprobación de las cuentas contra el consejo directivo de los comités, pudiendo intervenir cualquiera de los miembros del comité por tener legitimado su derecho (artículo 122 del C.C., modificado por el D. L. N° 768), la demanda de ineficacia de los actos onerosos celebrados con fraude por el deudor en perjuicio del acreedor (artículo 200 del C.C., modificado por el D. L. N° 768), la demanda de invalidez del matrimonio (artículo 281 del C.C., modificado por el D. L. N° 768), la demanda de desaprobación de rendición de cuentas dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas (artículo 542 del C.C. *in fine*, modificado por el D. L. N° 768), la demanda de petición de herencia (artículo 664 del C.C., modificado por el D. L. N° 768), la demanda de nulidad de la partición con preterición (artículo 865 del C.C., modificado por el D. L. N° 768), etc.



Capítulo III

POSTULACIÓN DEL PROCESO



1. INTRODUCCIÓN

La etapa de postulación del proceso es la más importante, porque constituye la base piramidal en todos los procesos de conocimiento, abreviado, sumarísimos, cautelar, de ejecución y no contenciosos, y está normada en la sección cuarta en los artículos 424 al 474.

Conforme lo ha dispuesto el Código Procesal Civil, “la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”²⁵⁷.

De lo que se concluye que el proceso judicial cualesquiera que fuese su clase permite a los justiciables resolver los distintos conflictos jurídicos que se les presenten ante los organismos jurisdiccionales especializados dentro de un sistema sociojurídico y políticamente organizado.

257 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

Muchas veces estos conflictos no tienen relevancia jurídica, porque no tienen la protección como ocurre con los derechos inertes a que se refiere CARNELUTTI al afirmar "... la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene derecho y, por tanto, puede ser fundada o infundada. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber pretensión sin derecho, así también puede haber derecho sin pretensión; al lado de la pretensión infundada, tenemos, como fenómeno inverso, el derecho inerte"²⁵⁸.

En nuestro sistema judicial se tiene el juego y la apuesta en los que por norma expresa se le niega al acreedor exigir judicialmente el pago de su crédito²⁵⁹, los daños que puede sufrir por la declaración de un estado de emergencia, de guerra, etc. En estos supuestos, los casos no tienen relevancia jurídica, razón por la cual el pretensor en el primer acto procesal de postulación debe tener en cuenta los casos justiciables y no justiciables que tienen protección del derecho positivo para exigir tutela jurisdiccional. El Poder Judicial carece de potestad para conocer casos no justiciables.

La postulación procesal surge como un nuevo derecho y una atribución del *jus postulandi*, que permite a las partes que comparecen directamente (parte material) o en representación (parte procesal) a los órganos judiciales ejercitando el derecho de acción y de contradicción.

Esta etapa del proceso es de trascendental importancia no sólo para los operadores del derecho sino también para los justiciables, porque no escapa ningún proceso cualquiera que sea la vía procedimental.

De ahí que, desde su inicio, en virtud del principio de dirección del proceso el juez tiene la potestad de calificar la demanda, revisar los presupuestos procesales para su admisibilidad y procedencia, conceder diez días para subsanar los defectos de forma y de no hacerlo declarar la propia inadmisibilidad, dictar el auto de saneamiento procesal declarando la relación jurídica procesal válida después de haberse contestado la demanda, si encuentra algún defecto formal declarará la relación jurídica procesal inválida subsanable y concederá un plazo de diez días para que el demandante la subsane y si advierte algún defecto de fondo declarará la relación jurídica procesal inválida insubsanable.

Cuando el demandado ha denunciado defectos de forma a través de las excepciones o defectos de fondo proponiendo defensas previas, después de tramitarlos en cuaderno separado el juez resolverá declarando fundada concediéndole un plazo al

258 Carnelutti, Francesco; Instituciones del Proceso Civil; T. I; 4ª Ed.; Ediciones Jurídicas Europa América; Bs. As. Argentina; 1959; p. 31.

259 "Artículo 1943º. - El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado".

demandante para que la subsane o anulará todo lo actuado dando por concluido el proceso según los casos.

Expedido el auto de saneamiento procesal, por el cual se declara la relación jurídica procesal válida, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos; es decir aquellos hechos que están en desacuerdo; pero si no lo hicieran dentro del plazo una vez vencido con o sin la propuesta el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y a la admisión o rechazo de los medios probatorios ofrecidos.

Es de advertirse que solamente cuando el juez admite los medios probatorios porque requiere de su actuación, señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas, pero si no hay necesidad de actuación de medios probatorios para resolver el proceso, prescinde de su actuación por resolución debidamente motivada e inimpugnable.

Si alguna de las partes impugna esta resolución, les concederá la apelación sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Expedido el auto que prescinde de la Audiencia de Pruebas, procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del informe oral de las partes si es que lo solicitan²⁶⁰.

En esta misma etapa postulatoria, si el demandado no contesta la demanda en forma expresa el Juez dará por absuelto el trámite en su rebeldía. En determinadas pretensiones controvertidas, si la declaración de rebeldía causa presunción relativa de verdad o si 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, el juez puede realizar un juzgamiento anticipado del proceso, comunicando a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite en aplicación de los principios de celeridad, oportunidad y economía procesal.

En conclusión, los objetivos de la postulación del proceso son los siguientes:

- a) Establecer cada uno de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, que permitan determinar y decidir sobre la admisibilidad y procedencia de las pretensiones procesales contenidas en la demanda, con la finalidad de evitar los fallos inhibitorios que no resuelven el fondo del proceso judicial, de los que se valieron los litigantes de mala fe y que desprestigiaron al Poder Judicial, porque en última

260 "Artículo 468° Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio.

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido ese plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

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 ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es inimpugnable sin efecto suspensivo y con calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez Procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio de las partes a solicitar la realización de informe oral".

instancia se declaraba la nulidad de todo lo actuado, reponiéndose al estado de subsanar los defectos formales o de fondo exigiéndose que se vuelva a iniciar un nuevo proceso;

- b) Incidir en el derecho de acción y de contradicción de las partes, sujetando su conducta al principio de moralidad, a fin de que cumplan con los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe;
- c) Que en el saneamiento procesal, por acto del juez o a pedido de las partes se declare la relación jurídica procesal válida, inválida subsanable concediéndoles un plazo al demandante para hacerlo o inválida insubsanable, declarando nulo todo lo actuado y por concluido el proceso e imponiendo al demandante el pago de costas y costos;
- d) Que el juzgamiento anticipado del proceso produzca, cuando se hayan reunido los elementos suficientes que obliguen al juez a expedir una sentencia con oportunidad y con plena certeza;
- f) Que la fijación de los puntos controvertidos responda al objeto de la prueba para producir certeza en el juez que va expedir la sentencia.
- g) Que se resuelvan las cuestiones probatorias, declarando inadmisibles o improcedentes los medios probatorios que han sido objeto de tachas u oposiciones y para que los que se admitan se actúen en la audiencia de pruebas, que en el fondo constituye la etapa probatoria.

2. LA DEMANDA

Los diferentes tratadistas se han preocupado de esta institución que comprende desde que un sujeto de derecho recurre al juez solicitando tutela jurisdiccional. La demanda es el acto procesal más importante de la etapa postulatoria, porque a través de ella se pone fin a la pretensión material dando inicio a la pretensión procesal ante los organismos jurisdiccionales competentes ejercitando el derecho de acción, en cautela de derechos materiales o sustanciales.

Tal como lo concibieron los romanos no hay proceso sin actor: *nemo iudex sine actore* en aplicación del principio de iniciativa de parte. En todo proceso contencioso en la demanda se ejercita el derecho de acción y puede hacerlo cualquier persona natural o una persona jurídica de derecho privado o de derecho público.

2.1. Conceptos previos

La demanda viene a ser la materialización de la acción civil o, como sostiene DOS REIS, citado por Gabriel José RODRÍGUEZ DE REZENDE FILHO: "Es la materialización de la

voluntad del actor por la cual se transforma el derecho abstracto de accionar en derecho concreto”²⁶¹.

De este concepto se desprende que la demanda consta de dos partes: la afirmación de la existencia de la voluntad de la ley con una declaración a fin de que ésta sea aplicada; y la provocación al organismo jurisdiccional del Estado para que intervenga en la solución del conflicto de intereses de las partes que se han sometido a su competencia.

ALSINA conceptúa a la demanda: “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”²⁶².

Con la presentación de la demanda se abre la instancia en todo proceso civil. Desde ese momento las partes (demandante y demandado) y el juez tienen derechos y obligaciones o cargas procesales, porque se determina el petitorio que es objeto de la pretensión procesal, la misma que podrá ser modificada hasta antes de que se entable la relación procesal con la notificación al demandado. En consecuencia se establecen los límites de la prueba y los puntos sobre los cuales el juez debe pronunciarse en la sentencia, aunque esta haya sido materia de ampliación.

Por su parte, CHIOVENDA conceptúa a la demanda judicial: “Como el acto con el que la parte (actor), afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado) e invoca para este fin la autoridad del organismo jurisdiccional”²⁶³.

ALZAMORA VALDEZ sostiene que la demanda es “El acto jurídico con el cual se inicia el proceso”²⁶⁴.

MONROY GÁLVEZ refiere que “El derecho de acción es — como se ha advertido — el medio que permite esta transformación de la pretensión material en procesal. Sin embargo, este medio, por ser abstracto, necesita de una expresión concreta, de allí que se instrumente a través de un acto jurídico procesal llamado *demanda*. 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

261 Rodríguez de Rezende Filho, Gabriel José; Curso di Direito Processual Civil; Vol. II; 2ª Ed.; Edit. Saraiva; Sao Paulo-Brasil; 1950; p. 71.

262 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 24.

263 Chiovenda, Giuseppe; Instituciones de Derecho Procesal Civil; Vol. I; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España; 1948; p. 163.

264 Alzamora Valdez, Mario; Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso Ordinario; 2ª Ed.; Edit. Facultad de Derecho de la UNMSM; Lima, Perú; 1968; p.16.

pretendido respecto de un interés sustentado en un derecho subjetivo, es decir, con relevancia jurídica"²⁶⁵.

Considerando estos conceptos podemos afirmar que la demanda, desde el punto de vista sustantivo, es la materialización de la acción civil a través de la cual el titular del derecho de acción ejercita un derecho en estado de pretensión, con la finalidad de que el organismo jurisdiccional intervenga en el proceso protegiéndolo, declarándolo, constituyendo o extinguiendo el derecho del pretensor. Desde que se interpone la demanda ante el Juez se transforma la pretensión material o sustancial en pretensión procesal.

Procesalmente, la demanda es el primer acto jurídico procesal en que, con la intervención del juez y del demandado, se constituye la relación procesal, se estructuran los distintos hechos fácticos que son objeto de prueba, con la finalidad de que en la sentencia se solucione el conflicto judicial.

También se puede conceptuar a la demanda como el primer acto procesal, por el cual el titular del derecho material ejercita una pretensión procesal ante los organismos jurisdiccionales a fin de que éstos en representación del Estado le proporcionen la tutela jurisdiccional efectiva resolviendo con plena certeza un caso concreto con relevancia jurídica.

La demanda como acto introductorio sirve de instrumento al justiciable para obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley.

DEVIS ECHANDÍA acota que "la demanda es el instrumento para ejercitar la acción, y no se le debe confundir con ésta, pues en la demanda se contiene, además, la pretensión del demandante. En efecto, quien presenta una demanda no se limita a pedirle al juez que mediante un proceso dicte una sentencia sino, además, que en esta sentencia se resuelva favorablemente determinadas peticiones para satisfacer su interés, lo que no constituye objeto de la acción, sino de la pretensión. Esta no puede formularse sin la demanda".

El autor citado proporciona una definición de esta importante institución: "Demanda es un acto de declaración de voluntad, introductorio y de postulación que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado"²⁶⁶.

265 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p. 503.

266 Devis Echandía, Hernando; Compendio de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso; T. I; 14ª Ed.; Edit. ABC Santafé de Bogotá, Colombia; 1996; pp.411ico9 a 421.

Con la admisibilidad de la demanda se apertura la instancia, se constituye la relación procesal y se inicia el proceso que indefectiblemente terminará con un pronunciamiento expreso del órgano judicial sobre la pretensión procesal del demandante.

2.2. Diferencias de la demanda con otras instituciones

En el campo del derecho se ha confundido siempre la demanda con el derecho de acción, con el derecho material o sustancial, clásicamente denominado derecho subjetivo y con la solicitud; sin embargo, son instituciones totalmente distintas.

2.2.1. Con el derecho de acción

El derecho de acción es el poder jurídico que permite al titular del derecho material provocar y promover a través de una demanda la actividad de los organismos jurisdiccionales para obtener una sentencia mediante un proceso. En la demanda, en cambio, se materializa el derecho de acción para llegar al órgano judicial civil competente.

El derecho de acción, por otro lado es un concepto constitucional, público, subjetivo, abstracto, autónomo o independiente del derecho material y que sirve al titular como un medio para llegar al órgano jurisdiccional mientras que la demanda contiene pretensiones concretas que pueden ser acumulativas o litisconsorciales dependientes del derecho material que se invoca.

2.2.2. Con el derecho subjetivo

Siguiendo la teoría de SAVIGNY, el derecho subjetivo es la facultad que tiene todo sujeto de derecho para hacer o dejar de hacer, es la facultad agendi, es decir, que el derecho existe en las personas naturales o jurídicas, mientras que la demanda contiene un derecho en estado de pretensión que, al interponerse ante el juez, se transforma en pretensión procesal que puede o no contener un derecho subjetivo.

Asimismo, el titular de los derechos subjetivos puede disponer de ellos, o sea que puede o no exigir su cumplimiento. En las demandas, en cambio, quien ejercita el derecho de acción es porque el colitigante ha desconocido el derecho subjetivo que le puede corresponder. Esto quiere decir que en la demanda se hace valer un derecho subjetivo sobre el cual el juez debe pronunciarse expresamente en la sentencia.

2.2.3. Con la solicitud

En la demanda el derecho está en estado de pretensión del demandante; en la solicitud el derecho está preestablecido y el peticionante solo requiere su declaración. La demanda se interpone ante los organismos jurisdiccionales; la solicitud corresponde a la jurisdicción no contenciosa administrativa. La demanda es eminentemente formal; en cambio, la solicitud es informal, porque la ley no establece alguna formalidad esencial para su admisibilidad. La demanda es el primer acto procesal con el cual se inicia un proceso contencioso o no contencioso; la solicitud cuando la admiten o la deniegan

y agotada la vía administrativa, tal resolución puede ser materia de impugnación en la vía procedimental del proceso abreviado.

2.3. Pretensión material y pretensión procesal

La idea de pretensión nos lleva a la noción de parte, porque solo éstas tienen la facultad para exigirse recíprocamente, ya sea extrajudicial o judicialmente el cumplimiento de una determinada relación jurídica.

La pretensión es la manifestación de la voluntad de una parte a otra exigiendo la satisfacción de un derecho concreto y no abstracto que es propio del derecho de acción.

La pretensión material es el acto que permite al titular de un derecho, antes de iniciar un proceso exigir extrajudicialmente que su derecho sea reconocido, restablecido, cumplido. Tal como puede ocurrir en el caso del propietario que tiene derecho a la posesión mediata e inmediata, quien antes de interponer una demanda de reivindicación le exige al detentador de la posesión inmediata que le entregue el bien inmueble, porque le está causando daños; y si consigue que el poseedor de mala fe voluntariamente le devuelva el bien a su legítimo propietario para que ejercite la posesión inmediata, el titular del derecho de propiedad habrá hecho valer una pretensión material.

Al comentar la obligación de dar suma de dinero, por la cual el acreedor tiene el derecho de exigir su crédito y el deudor la obligación de pago, RAMÍREZ ARCILA afirma que: "Al hacer la reclamación o petición directa, al cobrar directamente el dinero al deudor, el acreedor está ejerciendo una pretensión, la pretensión de que se le pague su dinero. De esta pretensión no podemos decir que sea genérica, porque se trata de un caso concreto. Tampoco podemos decir que sea procesal, porque para nada ha intervenido el proceso. Y como se trata de una intervención directa en la cual se ha ejercido una pretensión, para llamarla de alguna forma, unos le dicen material, otros sustancial, otro civil. Esta es, pues, la pretensión material, sustancial o civil, y es una pretensión que, como puede verse:

- tiene sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo, el acreedor y el deudor;
- tiene objeto, que es el dinero que se reclama, y
- tiene causa, que es el contrato de préstamo"²⁶⁷.

La pretensión material permite, antes de iniciar un proceso, petitionar o exigir algo, siempre que el caso sea justiciable es decir que tenga relevancia jurídica. Es el caso de un acreedor que exige a su deudor le devuelva el bien cuando se ha vencido el plazo. En consecuencia, cuando hay satisfacción de un interés con relevancia jurídica extrajudicialmente, nos encontramos frente a la pretensión material.

267 Ramírez Arcila, Carlos; La Pretensión Procesal; Edit. Temis; Bogotá, Colombia; 1986, p. 8.

Pero, por lo general, por nuestra propia idiosincrasia la pretensión material no es satisfecha extrajudicialmente y el titular no tiene otras alternativas para lograrla, por lo que tiene que hacer uso del derecho de acción a través de una demanda ante el órgano jurisdiccional competente, pues sin que esta pretensión desaparezca, al interponer la demanda, se convierte en pretensión procesal para exigir a través del Estado la solución de los conflictos judiciales²⁶⁸.

La pretensión procesal constituye la esencia de la demanda y, desde que esta es admitida, queda subordinada a la autoridad del juez porque ya no es de interés privado; es decir de quien la hizo valer, sino que adquiere el carácter público.

Por eso la importancia que tiene la pretensión procesal, en la que se observa la aplicación del principio de socialización del proceso, porque los hechos en que se funda el petitorio deben ser enumerados, porque éstos son objeto de prueba, que las partes están obligadas a aportar así como la fundamentación jurídica del petitorio, en la que debe indicar el demandante la norma jurídica pertinente al derecho subjetivo que invoca, como fundamento de su pretensión procesal que ampara su pedimento.

En consecuencia, los fundamentos de hecho y de derecho constituyen dos presupuestos esenciales de la pretensión procesal.

El petitorio (*petitio o petitum*) en el fondo constituye el objeto de la pretensión procesal sobre el cual deben pronunciarse los organismos jurisdiccionales, compulsando los hechos probados por las partes y atendiendo a la fundamentación jurídica invocada en el petitorio. En el caso de una demanda de reivindicación, por ejemplo, los hechos materia de la probanza constituirán la contrastación del derecho de propiedad, la pérdida de la posesión con la finalidad de que en la sentencia al declararse fundada la demanda de modo concreto se pronuncien sobre la restitución de la posesión, porque éste es el objeto de la pretensión procesal del demandante.

2.4. Naturaleza jurídica

Para encontrar la naturaleza jurídica de la demanda tenemos que establecer qué tipo de pretensión procesal se hace valer a través de ella; pues sin demanda no hay proceso, sin proceso no hay instancia y sin esta tampoco puede darse el abandono o la perención de la instancia, toda vez que con este acto procesal el pretensor hace uso del derecho de acción, que puede o no tener protección jurídica.

Al referirse a la demanda, ALVARADO VELLOSO afirma: "De tal modo, se advertirá que no concibo racionalmente una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad). De ahí que, a mi juicio, no resulta conveniente extender indebidamente el uso del

268 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p.500.

vocablo para designar la actividad que materializa una cualesquiera de las demás instancias (petición, reacertamiento, queja y denuncia) que podrán exteriorizarse mediante actos que reciban igual denominación o por medio de notas, presentaciones, reclamaciones, etcétera, pero no por demandas”²⁶⁹.

Tratando de explicar la naturaleza jurídica, Ticona Póstigo afirma que se puede observar el punto de vista objetivo y subjetivo, por el primero la demanda es una petición, porque es el ejercicio inicial de la acción por la cual se pide tutela jurisdiccional efectiva del Estado y desde la perspectiva subjetiva, la demanda es un acto de la parte demandante, que aparte de pedir tutela jurisdiccional, ejercita una pretensión contra el demandado para que el juez se pronuncie expresamente en la sentencia²⁷⁰.

Por su parte, DEVIS ECHANDÍA afirma: “La demanda es un acto de postulación, en cuanto por ella se formula la pretensión. Por lo mismo es una declaración del demandante”²⁷¹.

De lo anteriormente expuesto, concluimos que la demanda es una institución procesal de naturaleza pública de postulación del proceso, en la cual el demandante ejercita el derecho de acción como primer acto procesal del proceso que inicia, con la finalidad de que su pretensión procesal contenida en ella reciba la tutela jurisdiccional efectiva del Estado.

3. CLASES DE DEMANDAS

Con el nuevo sistema procesal, más por el carácter práctico que por las orientaciones doctrinarias, propondremos una clasificación que tenga relación con el objeto de la pretensión procesal, esto es de acuerdo al *petitum o petitio* que lo denominaron los romanos, dada la complejidad y los diversos criterios de los estudiosos de la ciencia procesal.

3.1. Por la forma

Estas pueden ser orales y escritas. Las primeras se denominan también verbales. Por su origen fueron eminentemente ritualísticas como ocurrió en el periodo formulario. En nuestra legislación procesal, son de competencia de los jueces de paz, quienes las tramitarán de acuerdo a su propio reglamento, haciendo constar en actas escritas todas las actuaciones que realicen en el desempeño de su función de juez conciliador y de no lograr la conciliación procederán a formar los respectivos cuadernillos debidamente foliados para los efectos de los medios impugnatorios que pudieran hacer

269 Alvarado Velloso, Adolfo; Op. Cit.; Primera Parte; p. 116.

270 Ticona Postigo, Víctor; El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil; 2ª Ed.; Edit. GRIJLEY; Lima, Perú; 2009; pp. 375 y 376.

271 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit. T.I; p. 421.

valer las partes, en contra de las decisiones que expide de acuerdo a su leal saber y entender, las que deben expedirlas debidamente motivadas, preservando los principios que consagra la Constitución Política, no siendo obligatoria la fundamentación jurídica²⁷².

Las demandas escritas son de competencia de los jueces de paz letrados y de los jueces especializados en lo civil, que de acuerdo a su competencia las tramitarán observando la vía procedimental de los procesos sumarísimos, abreviados o de conocimiento. Las demandas deberán ser admitidas por escrito, dada la cuantía que se litiga como la naturaleza de las pretensiones que se hacen valer, cuyos procesos requieren de ciertas garantías para el juez, las partes y terceros. Estas dos clases de demandas se fundamentan en los principios de oralidad y escrituralidad²⁷³.

3.2. Por su extensión:

3.2.1. Principales y accesorias

En las primeras, las pretensiones procesales tienen existencia propia, valen por sí solas. En cambio, las segundas no pueden existir sin las principales, porque si se declaran infundadas las demandas principales, las accesorias siguen la misma suerte; otras veces pueden declararse fundadas las demandas principales e infundadas las accesorias; y al contrario, ninguna demanda accesorio puede declararse fundada cuando la demanda principal ha sido declarada infundada. Por ejemplo: si se declara infundada la demanda de pago de obligación de dar suma de dinero, los intereses no pueden declararse fundados. Estas demandas no pueden confundirse con las pretensiones acumuladas que contienen una demanda, porque el titular de un derecho puede interponer una demanda principal para que posteriormente de acuerdo al resultado, pueda demandar las pretensiones accesorias que contienen dichas demandas.

3.3. Por el sujeto

Pueden ser personales, reales y mixtas.

- En las primeras se ejercitan pretensiones personales que se refieren a los derechos de personas, de familia y de obligaciones. Por ejemplo: Las demandas de exclusión de nombre, nulidad de matrimonio, pago de nuevos soles, etc. Las demandas personales no deben confundirse con las personalísimas, las primeras son transmisible por acto intervivos o mortis causa, mientras que las personalísimas solamente pueden hacerlas valer el titular del derecho y éstas son intransmisibles, como las demandas de divorcio por causal tal como lo prescribe el artículo 334 del C.C. concordante con el artículo 355 del mismo cuerpo de leyes.

272 Cfr. art. 139 de la Constitución Política y arts. 61 a 71 de la L.O.P.J.

273 Cfr. arts. 546 inc. 7º, 547, 448 y 475 inc. 2º del C.P.C.

- Las demandas reales son aquellas en las cuales se hacen valer pretensiones referentes a los derechos reales, a los contratos; así tenemos las demandas de mejor derecho de propiedad, reivindicación, entrega de bienes muebles e inmuebles, cumplimiento de contrato de compraventa, división y partición de bienes, etc (son pretensiones que protegen los derechos de propiedad, posesión, usufructo, copropiedad, contratos nominados).
- Las demandas mixtas son aquellas que tienen que ver con los derechos reales, de personas, contratos o sucesiones, tales como las demandas de rescisión de contrato de compra-venta, *preterición* de la herencia, etc.

3.4. Por el objeto

Las demandas son mobiliarias e inmobiliarias. Las primeras son aquellas que protegen las pretensiones relativas a los bienes muebles, contenidas en el artículo 886 del C.C.; por ejemplo: entrega de las acciones o participaciones de las sociedades comerciales, de las asociaciones, de bienes muebles determinados, que se tramitan en la vía de conocimiento, abreviado, sumarísimo o de ejecución.

Las inmobiliarias, en cambio, se refieren a los bienes inmuebles, expresamente señalados en el artículo 885 del C.C.; por ejemplo, las demandas de reivindicación, interdictos, división y partición de bienes urbanos, etc.

3.5. Por el procedimiento

De acuerdo a la vía procedimental que se ha normado en nuestro ordenamiento procesal, las demandas son contenciosas y no contenciosas.

Las demandas contenciosas, como las de los procesos de conocimiento, abreviado, sumarísimo, cautelar y de ejecución son aquellas donde intervienen obligatoriamente dos partes, esto es, que existe una pretensión y una resistencia.

En otras palabras, hay el derecho de acción y el de contradicción, como por ejemplo las demandas de cuestiones de derecho, retracto, desalojo, cautela posesoria (artículo 684 del C.P.C.), demandas ejecutivas de dar, hacer y no hacer (artículos 694 y 695 del C.P.C.).

Las demandas de conocimiento tienen por finalidad que en la vía más amplia se discuta la pretensión procesal del pretensor para que se declare la existencia del derecho, se constituya o se extinga los derechos de las partes que intervienen en el conflicto judicial.

Estas demandas pueden ser simplemente declarativas, si se pretende únicamente que un hecho que presenta una incertidumbre adquiera seguridad jurídica, por ejemplo la de declaración de bien propio por prescripción (artículo 952 del C.C.), pago de usufructo (artículo 999 del C.C.)

Las demandas constitutivas buscan alterar o generar nuevos derechos a las personas o si se refiere a una situación futura, como por ejemplo las demandas de filiación (artículo 402 del C.C.), que una vez declarada la paternidad el hijo extramatrimonial tendrá iguales derechos que el matrimonial, las demandas de interdicción civil en los casos contenidos en el artículo 565 del C.C.

Por eso, con mucho acierto, CHIOVENDA sostiene “que estas demandas constitutivas tienden a cesar la incertidumbre para hacer seguro el goce de los bienes garantizados por la voluntad de la ley”²⁷⁴, divorcio por causal, nulidad de matrimonio; y puede ser también de condena, si se persigue que el demandado cumpla con determinada relación jurídica cuando el deudor no ha satisfecho al acreedor con una prestación que se obligó, como en el caso de las demandas rescisorias, rehibitorias, cuantimínimas, etc.

En cambio, las demandas no contenciosas son aquellas en las que, si bien es cierto existen dos partes, una de ellas es el Ministerio Público, cuya intervención se limita a ser estrictamente ilustrativa. En nuestro ordenamiento procesal en los procesos no contenciosos se usa la denominación de solicitud en sustitución de demanda (artículo 751 del C.P.C.).

3.6. Por la cuantía

Las demandas pueden ser de conocimiento, abreviadas, sumarísimas. Las de conocimiento cuando la estimación patrimonial del petitorio excede de 1000 unidades de referencia procesal (artículo 475 inc. 2 del C.P.C.). Las abreviadas cuando el petitorio de la pretensión tiene una estimación patrimonial mayor de cincuenta y no excede de mil unidades de referencia procesal. Las demandas sumarísimas cuando la estimación patrimonial no excede de cincuenta unidades de referencia procesal.

4. REQUISITOS DE LA DEMANDA

Puesto que la demanda es un acto procesal eminentemente formal en virtud del principio dispositivo, debe reunir ciertas formalidades que la ley expresamente establece. Esto no quiere decir que requiera de fórmulas sacramentales para su redacción como en el proceso formulario en Roma, sino que debe contener los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

4.1. La demanda debe presentarse por escrito

Como uno de los actos procesales de las partes, el código prescribe ciertas formalidades, así la demanda debe presentarse por escrito con la finalidad de constituir, modificar o extinguir derechos y cargas procesales.

274 Chiovenda, Giuseppe; Principios de Derecho Procesal Civil; T. I; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España, 1940; p.88.

4.1.1. Forma de los escritos

El artículo 130 del C.P.C. ha regulado la formalidad de los escritos que presentan las partes al proceso:

1. Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico, como el sistema computarizado dado el adelanto de la informática.
2. Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho. Esta formalidad ha solucionado el problema que no había previsto el derogado Código de Procedimientos Civiles, porque muchos letrados presentaban sus escritos y al foliarse el expediente estos no podían leerse y muchas veces se encontraban deteriorados por la duración del proceso. Para resolver las dificultades de este tipo, los jueces tenían que descoser el expediente retardando injustamente la pronta solución de los conflictos judiciales.
3. Es redactado por un solo lado y a doble espacio. Igualmente se corrigió el abuso de algunos litigantes de mala fe que usaban el anverso y el reverso del papel y escribían a un solo espacio, muchas veces con cintas de máquina que con el tiempo impedían la legibilidad de la demanda y de todos los escritos que contenía el proceso.
4. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos. Si bien es verdad que constituye una formalidad, su razón de ser es exigir a las partes ser ordenadas en cuanto a los actos procesales que ellas realizan dentro del proceso.
5. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha. Como se viene utilizando actualmente en la práctica: Sec:..., Exp. N°:..., Esc. N° 1 y el petitorio de la demanda.
6. Si el escrito tiene anexos, éstos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra. Como la demanda es el primer escrito y si por ejemplo tiene 5 anexos, éstos se identificarán: 1.A., 1.B., 1.C., 1.D. y 1.E.
7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a pedido de las partes, autorice el uso del quechua o del aymara porque estos también son idiomas oficiales del Perú y su uso estará de acuerdo al habla de las partes que son los beneficiarios del servicio de justicia.
8. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite.
9. Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, estos deben contener pedidos independientes del principal. Como en el caso del demandado que tiene que ser emplazado por exhorto, se pedirá al juez que sirva librarlo al juez de igual o menor jerarquía.

Si el escrito no cumple con las formalidades descritas precedentemente o se cumplen defectuosamente, el juez debe declarar su inadmisibilidad (artículo 128 del C.P.C.). De cumplirse con la exigencia procesal de formalidades, los abogados ten-

drán que adaptarse a los presupuestos procesales propios de un sistema publicista y los magistrados como directores del proceso ya no tendrán que seguir soportando la conducta procesal de las partes, de sus representantes y de sus abogados.

4.1.2. Firma de los escritos

Si el demandante es persona letrada, toda demanda debe ser firmada debajo de la fecha a fin de que se responsabilice de la pretensión que está haciendo valer; pero si el demandante es iletrado, la firma puede sustituirse por su huella digital, la que será certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. Además la demanda puede ser firmada por el tercero legitimado o su abogado que lo presenta ejercitando en algunos casos la representación procesal²⁷⁵.

4.1.3. Autorización de la demanda por un letrado

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 132 del C. P. C., concordante con el artículo 288 inc. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la defensa está cautiva, esto es, cuando existan tres o más abogados en ejercicio, no se dará trámite a los escritos que no estén autorizados por un abogado, con su nombre en caracteres legibles, el número de su registro en el Colegio de Abogados y su firma en los originales, salvo que la ley los exima expresamente de este requisito, como en el caso donde la defensa es libre.

Para ejercer la profesión de abogado y autorizar una demanda deben cumplirse con los requisitos siguientes: Tener el título de abogado, hallarse en ejercicio de los derechos civiles y estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y, si no lo hubiere, en el Distrito Judicial más cercano o en la Federación de Colegios de Abogados del Perú²⁷⁶.

De no contar con estos requisitos, no puede autorizar ninguna demanda ni presentar algún escrito ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares, tal como lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷⁷.

Si un abogado está inscrito en un Distrito Judicial, puede inscribirse en otro para ejercer la defensa en forma permanente y pagará como derechos de inscripción solamente el cincuenta por ciento, pues cualquier letrado puede pertenecer a varios colegios de abogados a la vez.

275 Cfr. arts. 128 del C.P.C.

276 Cfr. art. 290 de la L.O.P.J.

277 Artículo 293.- El Abogado tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades o corporaciones de derecho privado y ninguna autoridad puede impedir este ejercicio, bajo responsabilidad.

Cuando se restablezca la Federación de Colegios de Abogados del Perú, creada por el D.L. N° 18177, podrán ejercer la profesión de abogado en forma eventual en diferentes distritos judiciales.

Los licenciados graduados en derecho en universidades extranjeras pueden ejercer la profesión de abogado en el Perú, si existe tratado de reciprocidad con el país de origen, siempre y cuando revaliden su título de acuerdo a la Ley N° 23733²⁷⁸.

Están exceptuados de llevar la firma de abogados las demandas que presenten los magistrados judiciales, fiscales y procuradores públicos, entre otros, en causa propia, de su cónyuge o conviviente y de sus padres e hijos, tal como lo dispone el artículo 40 inc. 1 de la Ley de Carrera Judicial.

4.1.4. Copia de los escritos y anexos

El artículo 133 del C.P.C. obliga a las partes a presentar copias simples de todo escrito o anexo, tantas como el número de personas con quienes litiga o intenta litigar a efecto de notificarles las resoluciones que deben recaer, es decir aquellas resoluciones prescritas en el artículo 157 del C.P.C., que sólo pueden ser notificadas mediante cédulas. En el caso que nos ocupa, el demandante debe presentar conjuntamente con su demanda el número de copias simples del escrito de demanda y de sus eventuales anexos según el número de demandados.

Las copias simples sirven para ser entregadas conjuntamente con la resolución recaída en el escrito que presenta el demandante; además, para que el demandado conserve en su poder la integridad del proceso. El auxiliar jurisdiccional verificará la conformidad y la legibilidad de las copias. Si no las encuentra conformes, ordenará la sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito.

No debe perderse de vista que el número de copias necesarias para que sean entregadas a cada una de las personas interesadas a quienes se debe notificar, no es exigible en el caso previsto por el artículo 76 del Código Adjetivo. Cuando hay varios demandados que litigan conjuntamente por medio de apoderado común, es suficiente que se acompañe una sola copia porque constituye una sola parte, salvo que alguno de ellos litigue separadamente, en tal caso se acompañarán las copias indispensables para la notificación.

Todo reclamo sobre la idoneidad de las copias – como en el caso de copias ilegibles – será resuelto por el juez en el día mediante resolución inimpugnable. Con esta disposición procesal se ha puesto fin a los reclamos sobre disconformidad de las copias y los originales que en el pasado se tornaron en corruptelas, bajo el sustento de

278 Cfr. art. 92 de la Ley Universitaria N° 23733.

mecanismos de defensa, pero que en el fondo fueron medios dilatorios que retardaron la administración de justicia.

Las resoluciones que serán notificadas por cédulas son las siguientes: la que declara inadmisibile o improcedente la demanda, la que contiene el traslado de la demanda, de la reconvencción y de sus contestaciones, si las hubiera, la que contiene la admisión de un tercero con interés, de un sucesor procesal o de un sustituto procesal; la que declara fundada una excepción o una defensa previa, la que contiene un juzgamiento anticipado del proceso, la que cita a alguna de las audiencias de saneamiento procesal, conciliación, pruebas, previstas en este Código, la que contiene una declaración de suspensión o de conclusión del proceso, la que contiene una sentencia o alguna forma especial de conclusión de un proceso, la que contiene una medida cautelar, los autos y sentencias que expidan las salas de la Corte Suprema y otras resoluciones que el juez disponga motivadamente²⁷⁹.

Sin embargo, podemos afirmar que existen excepciones a la obligación de presentar tales copias:

A. Apremios

Son los diferentes mecanismos coercitivos (corporal o pecuniario) de que se vale el juez para disponer de alguna de las partes o terceros legitimados cuando éstos no han cumplido con el mandato que está expresamente en la ley; por ejemplo, cuando el depositario o el custodio no cumple con entregar los bienes que están bajo su custodia (artículo 655 del C.P.C.), en los casos de incumplimiento de exhibición de documentos de la parte y de terceros que no se han opuesto (artículo 261 del C.P.C.), etc. En estos casos, cuando se solicita que se haga efectivo el apremio, la parte no está obligada a la presentación de copias simples.

B. Rebeldías

Es la desobediencia o renuencia de una de las partes a cumplir con las resoluciones judiciales dentro de los plazos que la ley les concede; por ejemplo, si el demandado en el proceso de conocimiento no contesta la demanda dentro del plazo de 30 días, la declaración de rebeldía, se notificará por cédula al rebelde cuando tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos y durante el proceso solamente se notificarán las resoluciones siguientes: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento.

Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que fueron entregadas a la otra parte (artículo 459 del C.P.C.), en los apercibimientos previstos en el

279 Cfr. art. 157 del C.P.C.

artículo 296 del C.P.C. referente a la prueba anticipada, etc. En estos casos, la parte que acusa rebeldía solicitando hacer efectivo el apercibimiento, tampoco anexará a su escrito las copias simples.

C. Fijación de día y hora para audiencia especial

Cuando algún acto procesal para el que se ha señalado día y hora no se ha llevado a cabo por cualquier motivo justificado en la audiencia de pruebas, la parte interesada puede solicitar por escrito, sin necesidad de acompañar copia simple, que el juez señale día y hora para que declare un testigo aunque sea menor de edad si el juez considera necesario (artículo 232 del C.P.C.), la actuación de la diligencia de inspección judicial, etc.

D. Señalamiento o suspensión de vistas

También las partes están exceptuadas de la presentación de copias simples, por tratarse de escritos de mera procuración procesal; por ejemplo el pedido de informe oral (artículo 132 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en el caso de suspensión de vistas por estar incompleta la Sala, si el presidente no hace nueva designación para que se lleve a cabo dicha vista, puede solicitarlo cualesquiera de las partes (artículo 134 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, etc.)

4.1.5. Entrega de copias y constancia de recepción.

En el acto de notificación de la resolución respectiva por el auxiliar jurisdiccional, éste hará la entrega a la parte contraria de las copias simples de los escritos que se presenten, tal como hemos comentado precedentemente. La parte o tercero legitimado puede exigir que el auxiliar de justicia devuelva una copia sellada del escrito y sus anexos, con indicación del día y la hora de su presentación²⁸⁰.

4.2. Designación del juez ante quien se interpone la demanda

Este requisito contenido en el artículo 424 inc. 1 del C.P.C. es indispensable para determinar la competencia del juez, porque, como es sabido, todos los jueces tienen jurisdicción pero no competencia. Debe entenderse que la designación del juez ante quien se interpone la demanda no se refiere al funcionario que ejerce el cargo de juez, sino a la clase de juez para los efectos de determinar la competencia objetiva (por la materia, por la cuantía), la funcional (jerárquica o de grado) y la competencia territorial.

Dada la especialización del trabajo, existen jueces civiles, de familia, en lo penal, de paz letrado, etc.; por el territorio, los jueces son nombrados para ejercer funciones

280 Cfr. arts. 134 y 135 del C.P.C.

jurisdiccionales en determinado lugar, por ejemplo, en Trujillo; por la jerarquía o de grado, por mandato constitucional existe la instancia plural (artículo 139 inc. 6 de la Constitución Política), como una garantía de la administración de justicia.

Por ejemplo, los jueces civiles de primera instancia, los jueces de segunda instancia. Este requisito tiene importancia para los efectos de que el demandado pueda recurrir ante su propio juez, para solicitar la inhibitoria del que se le ha emplazado o recurrir ante el mismo juez donde ha sido demandado proponiendo la excepción de incompetencia, para que declare nulo todo lo actuado y dé por concluido el proceso, por no haber declarado improcedente la demanda por carecer de competencia.

4.3. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante

El inciso 2 del artículo 424 del C.P.C. contiene este requisito de fondo o esencial con la finalidad de individualizar a las partes que intervienen en una contienda judicial. El nombre del demandante es indispensable, como sostiene ALSINA para establecer si tiene capacidad procesal y con el objeto de que el demandado tenga pleno conocimiento de quien lo demanda, a fin de oponerle las excepciones que le franquea la ley²⁸¹.

El nombre del demandante, como atributo de la personalidad jurídica, debe individualizarse con sus nombres propios y patronímicos (apellidos) para evitar los casos de homonimia que pudieran darse; además, quienes comparecen personalmente deben identificarse con sus respectivos documentos de identidad (DNI, carné de identidad tratándose de los militares, los extranjeros con su carné de extranjería o su pasaporte según los casos).

La dirección domiciliaria, que debe consignar el pretensor en la demanda, se refiere al domicilio real como otro atributo de la personalidad, es decir el lugar permanente donde el demandante tiene el ánimo de permanecer. Aunque él no se encuentre presente, la ley lo considera presente, porque constituye su residencia habitual; asimismo cuando el demandante tiene domicilio múltiple, siempre que viva alternativamente o desempeñe ocupaciones habituales en varios lugares, puede señalar cualquiera de ellos²⁸².

El pretensor en la demanda debe precisar, además, el domicilio procesal, con la finalidad de que el órgano de auxilio judicial o el encargado de la oficina respectiva le

281 Alsina, Hugo, Op. Cit.; T. III; p. 31.

282 "Artículo 33° del C. C. - El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar".

"Artículo 35° del C. C. - A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos".

notifique en el lugar que ha señalado con las cédulas que contiene la resolución pertinente de admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda²⁸³.

No debe confundirse el domicilio procesal con el domicilio legal tal como ocurre en la práctica judicial; el primero es el que señalan las partes para realizar un determinado acto procesal durante el curso del proceso, como en el caso de la demanda cuyo domicilio procesal lo constituye la oficina del abogado que autoriza el escrito de demanda, sin que esto signifique que el accionante no pueda cambiarlo, pues durante el curso del proceso puede señalar otros domicilios de letrados que autoricen los escritos.

El domicilio legal, en cambio, es aquel que el Código Civil y las leyes especiales expresamente disponen para determinadas personas, como ocurre con los incapaces, que tienen como domicilio legal la de sus tutores o curadores, los funcionarios públicos el lugar donde ejercen sus funciones, los funcionarios diplomáticos el último que hayan tenido en el territorio nacional²⁸⁴.

4.4. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo

Debe tenerse en cuenta si lo hacen como personas jurídicas de Derecho Privado o de Derecho Público o como personas naturales que no pueden comparecer por sí mismas.

La representación puede ser legal, convencional o judicial; es decir, cuando la parte material no puede comparecer como demandante o demandado, puede hacerlo a través de la representación procesal.

Si se trata de personas jurídicas de Derecho Privado, el representante debe identificarse por su nombre y dirección domiciliaria, individualizándose plenamente y luego al apersonarse como parte procesal acreditará su representación con un testimonio de escritura pública o boleta notarial.

Cuando comparece ante el juez el gerente de una sociedad anónima, por ejemplo, interponiendo una demanda, deberá individualizarse por su nombre, su dirección domiciliaria y anexará la escritura pública de constitución de la respectiva sociedad, debidamente inscrita en los registros mercantiles. Si se trata de una asociación, su

283 Cfr. art. 158 in fine del C.P.C.: "...La cédula será entregada por el órgano de auxilio judicial o por el encargado de la oficina respectiva, según el caso, en el domicilio real o legal o el procesal señalado en autos, de lo que se dejará constancia con el nombre, firma e identificación del receptor".

284 "Artículo 37º del C. C.- Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales".

"Artículo 38º.- Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso de lo dispuesto en el artículo 33º.

El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional".

presidente además de identificarse plenamente anexará a su demanda la escritura inscrita en el registro de asociaciones de los registros públicos.

En el caso de las personas jurídicas de Derecho Público interno, el representante tiene que acompañar a su demanda o a la contestación de la demanda, los documentos que acrediten su representación. Por ejemplo: Si demanda la universidad, el rector que ejerce la representación es su representante legal de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley N° 23733.

Los incapaces son representados por quienes ejercen la patria potestad o han sido designados tutores o curadores. La madre, aunque ella misma sea menor de edad, puede interponer demanda de filiación extramatrimonial en nombre de su hijo; el menor que haya cumplido dieciséis años de edad puede demandar a su tutor la desaprobación de la rendición de cuentas, el menor que ha cumplido catorce años puede demandar la remoción de su tutor²⁸⁵.

Los incapaces del derecho civil no pueden actuar por sí mismos como los dementes, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos, que no que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, etc. y por carecer de legitimación procesal (*legitimatio ad procesum*) deben comparecer ante el juez a través de una adecuada representación legal o judicial. Estos representantes legales o judiciales, además de individualizarse deben anexar a su demanda la resolución por la cual se les designa como representantes.

En la representación convencional, el apoderado tiene la representación procesal de su representado, pero además de identificarse como tal debe anexar a su demanda el documento que acredite que tiene facultades para demandar²⁸⁶.

Cuando el representante incumpla con este presupuesto y la demanda o reconvencción interpuesta en la contestación de la demanda haya sido admitida por el juez, la parte contraria puede exigir la vigencia de este presupuesto formal de la postulación mediante la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado (artículo 446 inc. 3 del C.P.C.)

4.5. 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

En cuanto al nombre del demandado, si es persona natural debe precisar el demandante su nombre completo (nombres propios y patronímicos) y su domicilio real

285 Cfr. arts. 45, 407, 423 inc. 6°, 468, 527, 542, 557 y 568 del C.C.

286 Cfr. art. 75 del C.P.C.

para los efectos de emplazarlo válidamente con la demanda; y si se trata de personas jurídicas, además de consignarse el nombre completo de la razón social, debe indicarse el nombre de su representante y su dirección domiciliaria;²⁸⁷ si el demandado es el Estado se precisará en la demanda quién debe representar al Estado y su dirección domiciliaria, a efectos de la representación y defensa judicial por los procuradores generales de la república.

El domicilio del demandado puede estar dentro de la competencia territorial del juez, por eso se señalará la dirección domiciliaria para efectos del emplazamiento por cédula; si está fuera de ella se le emplazará por exhorto y si tuviera varios domicilios el demandado, el pretensor puede señalar cualquiera de ellos para que sea emplazado válidamente.

Cuando el demandante ignora el domicilio del demandado, debe expresar esa circunstancia solicitando al juez que el emplazamiento al demandado se haga por edictos, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal, expresando bajo juramento o promesa haber agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio del demandado a quien se debe notificar.

Si se prueba que la afirmación es falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado y el juez condenará a la parte que hizo tal afirmación falsa con el 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 proceso²⁸⁸.

Por otra parte, si se prueba que el demandante o su apoderado o ambos faltaron al deber de veracidad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio a efecto de la investigación del delito y al Colegio de Abogados respectivo para la investigación por falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese abogado²⁸⁹.

Adicionalmente, el juez impondrá una multa individual no menor de diez ni mayor de treinta unidades de referencia procesal, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 4 de nuestro ordenamiento procesal. Terminado el proceso por sentencia firme que declara infundada la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del

287 Cfr. art. 17 del C.P.C.: "Personas jurídicas.- Si se demanda a una persona jurídica, es competente el Juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario.

En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el Juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada".

288 Cfr. art. 165 segunda parte del C.P.C.

289 Cfr. art. 441 del C.P.C.

derecho de acción del demandante fue irregular o arbitrario, puede demandar indemnización civil por daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio de la condena de costas, costos y multas.

Como se advierte, el legislador sanciona al demandante de mala fe que ha faltado al deber de veracidad respecto a la dirección domiciliaria del demandado por haber generado un proceso nulo e inútil aumentando la carga procesal de los organismos jurisdiccionales.

La individualización de las partes es con la finalidad de que el demandado pueda hacer uso del derecho de contradicción y de defensa, así como proponer las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, la de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, falta de legitimidad de obrar del demandante o del demandado.

Asimismo la individualización del demandante como del demandado permite establecer quiénes son los sujetos de la relación procesal, no permitiendo la intervención de terceros al proceso, salvo los casos de la intervención de terceros coadyuvantes, litisconsorciales, excluyente principal, excluyente de propiedad o de derecho preferente²⁹⁰; y finalmente permite al juez un pronunciamiento sobre los sujetos principales de la relación procesal, a efectos de fijar los límites de la cosa juzgada, porque esta sólo alcanza a las partes y a quienes deriven sus derechos²⁹¹.

4.6. El petitorio que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide

Constituye la individualización de la pretensión procesal. Debe estar en relación directa con el contenido del pedimento, que admite múltiples variantes según el tipo de pretensión que haga valer el demandante y debe hacerse en forma clara y concreta con la finalidad que el juez conozca si es o no competente para conocer el proceso; para que el demandado tenga conocimiento de qué es lo que se le demanda y, de acuerdo a ella, pueda preparar su defensa²⁹²; y porque frente a la pretensión del demandante con el poder jurídico que le confiere al demandado, quede circunscrita la controversia y de esa manera el juez pueda hacer una apreciación razonada de los medios probatorios que ofrezca, de modo que en la audiencia de conciliación después de la fijación de puntos controvertidos pueda admitirlas o rechazarlas, a fin de evitar innecesarias actuaciones y pueda pronunciarse sobre los puntos objeto de la contro-

290 Cfr. arts. 97, 98, 99 y 100 del C.P.C.

291 Cfr. art. 123 in fine del C.P.C.: "La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178º y 407º".

292 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 34.

versia. La pretensión o pretensiones procesales que haga valer el demandante deben ser física y jurídicamente posibles.

La claridad del petitorio impone al pretensor el deber de formularlo en forma inequívoca, sin que induzca a confusiones a los sujetos de la relación procesal. El petitorio también debe ser concreto, es decir identificable por sus cualidades esenciales o el valor económico de la pretensión procesal.

El petitorio será cualitativamente concreto cuando por su naturaleza y demás circunstancias se individualice la pretensión del demandante y será de valor económico, cuando cuantitativamente se indique el quantum de lo que constituye el pedimento.

Al respecto, DEVIS ECHANDÍA refiere: "El *petitum*, es decir, las peticiones o pretensiones que se formulan tienen mucha importancia en cuanto al fondo del litigio, porque fija los límites de la sentencia, que sólo puede pronunciarse sobre lo que se haya pedido y hasta el máximo pedido, aun cuando se prueba más en el proceso (si se demuestra menos de lo pedido, se debe condenar a esto únicamente). Los fundamentos de hecho delimitan también la *causa petendi* que el Juez debe considerar en la sentencia. Es lo que se conoce como congruencia de la sentencia"²⁹³.

TICONA POSTIGO, por su parte, acota: "El petitorio es el núcleo de la pretensión; es el efecto jurídico o la consecuencia jurídica que persigue el actor al proponer su pretensión. Si en la demanda se acumulan varias pretensiones, cada pretensión acumulada debe tener un núcleo, esto es, a cada pretensión acumulada debe corresponder un petitorio claro, preciso y concreto"²⁹⁴.

Esta determinación clara y concreta del petitorio tiene importancia, por cuanto el juez no puede emitir fallos extra petita ni ultra petita; esto es, no puede pronunciarse sobre puntos no demandados ni resolver más allá de lo pedido; y de ese modo limita también al demandante exagerar la cuantía (artículo 13 del C.P.C.), porque si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía el demandado cuestiona la competencia y si se declara fundada, el demandante pagará las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco unidades de referencia procesal.

A modo de ilustración daremos algunos ejemplos sobre petitorios: si se trata de un derecho real, interpongo demanda sobre reivindicación del inmueble sito en el Jr. Ancash N° 260 de la ciudad de Lima; si el petitorio es sobre un derecho personal, interpongo demanda de nulidad de escritura pública de compraventa y del acto jurídico que lo contiene.

293 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; pp. 425 y 426.

294 Ticona Postigo, Víctor; El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil; 2ª Ed.; Edit. GRIJLEY; Lima, Perú; 2009; pp. 389 y 390.

Asimismo cuando se demanda sobre derechos personalísimos, como divorcio por causal de adulterio, de filiación sobre reconocimiento de paternidad extramatrimonial; de pleno derecho como el de exclusión de nombre del demandante que se ha incluido en la partida de nacimiento del menor sin que medie reconocimiento (artículo 392 del C.C.), etc.

4.7. Los hechos en que se funde el petitorio

El petitorio no tendría razón de ser si no se enuncian los fundamentos fácticos, por constituir los elementos esenciales que identifican la pretensión procesal del demandante y que van a servir de base para la constitución de una situación jurídica, que en doctrina se conoce con el nombre de *causa petendi*.

Toda situación jurídica está amparada por el derecho; en consecuencia, cualquier violación que sufra debe exponerse al juez enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad para que tenga que calificar la acción civil materializada en la demanda. Con tal fin se describirá la relación ordenada, correlativa, concreta de acontecimientos que han modificado el derecho y que necesita protección jurídica de los organismos jurisdiccionales, porque no se pueden proteger hechos ilícitos sino hechos jurídicos protegidos por las normas jurídicas.

Estos fundamentos fácticos se sustentan en dos teorías: la de la sustanciación y de la individualización. La primera de origen romano, que consiste en la exposición detallada de los hechos que sirven de sustento a la pretensión jurídica. Esta teoría fue sustentada por CARNELUTTI, quien sostiene que el demandante debe hacer una narración de los hechos constitutivos que le permita al demandado pronunciarse sobre ellos expresamente ya sea admitiéndolos o negándolos; este conjunto de hechos constituye el relato histórico²⁹⁵.

Al comentar la causa petendi, RAMOS MÉNDEZ afirma: "Por regla general, ni los meros hechos en su dimensión histórica, espacial y temporal, ni la mera calificación jurídica de dichos hechos son suficientes por sí solos para la configuración de la causa petendi. Según los casos adquiere relevancia uno u otro elementos a la hora de determinar el objeto del juicio"²⁹⁶.

La teoría de la individualización, propiciada por la doctrina alemana, según la cual es suficiente que el pretensor indique la relación jurídica desconocida o violada en forma concreta, razón por la cual deben enunciarse ciertos hechos indispensables que permitan su identificación²⁹⁷.

295 Carnelutti, Francesco; Instituciones del Proceso Civil; T. I; Edit. EJE; Buenos Aires, Argentina; 1959; p. 32.

296 Ramos Méndez, Francisco; OP. Cit.; T. I; pp. 201 y 202.

297 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 33.

Nuestra legislación procedimental de 1912 siguió la teoría de la sustanciación y de la individualización porque no eran excluyentes, pues en algunas pretensiones tenían que relatarse los hechos hasta indicar el hecho jurídico que ha engendrado el derecho como ocurre en las demandas personalísimas y en algunos casos en las demandas personales; y, en otros casos, como en las demandas reales, como en la de reivindicación, se tenía que precisar el origen de la propiedad si el demandante lo adquirió por compra venta, donación, sucesión, etc., cómo se inscribió el derecho de propiedad en los registros públicos para ejercer el dominio, que le permita el *jus vindicandi*.

Con la vigencia del nuevo sistema procesal a partir de 1993 se aleja del sistema privatístico y se orienta al demandante para seguir a un nuevo proceso lógico; pues la redacción del inciso 6 en comentario, nos precisa que los hechos en que se funde el petitorio deben ser expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; esto es, en forma cronológica como se produjeron los hechos que configuran la pretensión del demandante con la finalidad de que el demandado se pronuncie puntualmente sobre cada uno de ellos.

Lo recomendable es que los hechos que sustentan el petitorio deben ser proposiciones lógicas afirmativas descritas con claridad y referidas a hechos principales o sustanciales o relevantes, omitiéndose aquellos que son meramente circunstanciales. Se debe evitar cualquier error o tergiversación maliciosa de los hechos, pues trae consecuencias irremediables para el demandante.

DEVIS ECHANDÍA opina que "Es necesario distinguir los hechos sustanciales y los meramente accesorios o circunstanciales, para limitar tal exigencia a los primeros, es decir, a aquellos que configuran la causa petendi, la fuente de la pretensión, como determinado accidente, el contrato cuyo cumplimiento se pide o del cual emana el derecho pretendido, las relaciones sexuales o la posesión de estado en los casos de filiación extramatrimonial, el vicio que configura la nulidad reclamada, etc.

En cambio, la mayor o menor velocidad del vehículo que ocasione el accidente, el estado de salud o sobriedad del conductor y demás circunstancias que existieron en el caso; el lugar donde ocurrieron las relaciones o la posesión de estado y la manera como sucedieron; las circunstancias que rodearon el contrato y que condujeron al vicio del consentimiento que señala, etc. vienen a formar los hechos accesorios que en caso de no enunciarse en la demanda, no impiden que la causa petendi resulte claramente determinante y, por consiguiente, basta probarlos en el curso del proceso para que en la sentencia se tengan en cuenta con todas las consecuencias legales. De lo contrario se pecaría por una exagerada exégesis y se sacrifica el derecho a la forma, con violación del principio general sobre interpretación de las normas de procedimiento de manera que se hagan efectivos los derechos sustanciales que con ellos se tutelan"²⁹⁸.

298 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; pp. 430 y 431.

Cuando el demandante no cumple con esta formalidad, el demandado al hacer uso del derecho de contradicción puede oportunamente oponer las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda²⁹⁹.

Igualmente, el juez no podrá saber cuáles son los hechos controvertidos, a fin de que en el estadio pertinente pueda fijar los puntos controvertidos y admitir los medios probatorios, rechazando los que no tienen relación con los hechos alegados por las partes, y tampoco podrá pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Con este presupuesto procesal de la demanda se ha eliminado el desorden, la imprecisión, la oscuridad o ambigüedad, las tautologías o repeticiones innecesarias y las malas prácticas con que se solían presentar las demandas durante la vigencia del abrogado Código de Procedimientos Civiles.

Muchas veces resultaban contradictorios los hechos que se narraban, lo que limitaba el derecho de contradicción de la parte demandada y ocasionaba a los organismos jurisdiccionales pérdida de tiempo para resolver los conflictos judiciales con oportunidad, eficacia y eficiencia, retardando injustificadamente las resoluciones judiciales.

Actualmente, el juez aún tiene la potestad de dictar el auto de subsanación en el proceso de conocimiento ordenando que el demandante cumpla a cabalidad con este requisito dentro del plazo de diez días, después de subsanados estos defectos de forma se dictará el auto de admisibilidad; pero si inadvertidamente el juez admite la demanda, el demandado tiene oportunidad de hacer uso de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda (artículo 446 inc. 4 del C.P.C.).

Teniendo en cuenta las corrientes doctrinarias posmodernistas más avanzadas y siguiendo la sistematización del proceso civil orientado por los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe procesales, los hechos deberán estar expuestos en la demanda ordenadamente, enumerados como proposiciones lógicas afirmativas “para individualizar o identificar la acción que se propone”, como acota CHIOVENDA³⁰⁰; es decir, así expuestos los hechos en la demanda permitirán determinar en forma clara, precisa y concreta las pretensiones procesales que se han hecho valer, de modo que no haya incertidumbre sobre el petitorio que es objeto de la demanda.

4.8. La fundamentación jurídica del petitorio

Constituye el enunciado de las normas jurídicas aplicables a las pretensiones procesales que son materia de la demanda. Estas normas jurídicas de derecho positivo pueden ser constitucionales, ordinarias, decretos leyes, decretos legislativos; asimismo, el petitorio puede sustentarse en los principios generales de derecho preferentemente los que inspiran el derecho peruano, los tratados o convenios internacionales.

299 Cfr. arts. 446 inc. 4º y 451 del C.P.C.

300 Chiovenda, Giuseppe, Op. Cit.; T. II; p. 41.

A diferencia del derogado C. de P. C. de 1912, que al demandante le exigía los fundamentos de derecho previstos en el artículo 306 inciso 4, que venían a ser citas legales constitucionales, civiles, procesales, doctrinarias o jurisprudenciales, el nuevo Código Procesal cuando se refiere a la fundamentación jurídica del petitorio solo exige al demandante citar la norma jurídica en que la que cree que se sustenta su petitorio.

Si la fundamentación jurídica es errónea, el juez al resolver el conflicto judicial en la sentencia debe aplicar el derecho positivo, normado, codificado, legislado que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (art. VII del T.P. del C.P.C.). El juez tiene la obligación de aplicar el derecho objetivo al resolver el conflicto judicial en la sentencia en virtud del principio romano *Iura Novit Curia*, por cuanto él tiene la obligación de conocer el derecho nacional, a fin de que al momento de pronunciar sentencia pueda subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro de las previsiones normativas que rijan al caso que es materia de la demanda³⁰¹.

Al referirse al origen de este principio, CALAMANDREI comenta: "*Ex ipso oritur ius* (del hecho surge el derecho) es un viejo aforismo, cauto y honesto, que supone en quien desea juzgar bien, determinar, ante todo, con fidelidad minuciosa, los hechos discutidos. Pero ciertos abogados lo entienden al revés; una vez que han escogido una brillante teoría jurídica que se presta a virtuosismos de fácil ingenio, ajustan a ella exactamente los hechos, siguiendo las exigencias de la teoría; y así *ex iure oritur factum* (del derecho surge el hecho)"³⁰².

El Código Civil en su artículo VII del T.P. dispone la obligación de los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda; sin que esto signifique, que la demanda carezca de este requisito, sino que se aplica este artículo cuando exista error en cuanto a la fundamentación jurídica o cita una norma incorrecta al hecho invocado ya sea porque ha sido derogada o es inexistente.

Al referirse al aforismo *Iura Novit Curia*, MONROY GÁLVEZ opina sobre la redacción del citado numeral del Título Preliminar del Código Civil: "El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, con prescindencia de la actividad o inactividad de las partes al respecto; sin alterar o sustituir al objeto de la pretensión, ni los hechos conforme resulten acreditados"³⁰³.

Cuando el demandante no cumple con este requisito formal, el juez al calificar la demanda debe expedir el auto de admisibilidad confiriéndole el plazo de diez días

301 Peyrano, Jorge; Op. Cit.; pp. 95 y 96.

302 Calamandrei, Piero; El Elogio de los Jueces escrito por un Abogado; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina; 1980; p. 165.

303 Monroy Gálvez, Juan; Temas de Proceso Civil; Edit. Librería Studium; Lima, Perú; 1987; p. 253.

para que la subsane, consignando la fundamentación jurídica del petitorio y si no cumple dentro del plazo, el juez declarará la inadmisibilidad *in limine* de la demanda que el Código Procesal Civil la ha denominado el rechazo liminar.

4.9. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse

En las pretensiones procesales determinables por la cuantía, que tengan un contenido económico valorable en dinero, el demandante debe precisar el *quantum* del petitorio, tal como lo hemos tratado al ocuparnos de las reglas que determinan la cuantía, con la finalidad de que el demandado se pronuncie expresamente sobre el monto del petitorio ya sea allanándose o contradiciéndolo.

Si se trata de pretensiones líquidas o liquidables, el demandante debe indicar su monto no sólo para conocer el valor que pretende el demandante sino también para determinar la competencia del juez ante quien se ha interpuesto la demanda; y, por otro lado, sirve para que este al momento de expedir sentencia se pronuncie expresamente sobre los puntos demandados.

El Código de Procedimiento Civil de Colombia dispone como requisito que debe contener la demanda: "La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite"³⁰⁴; es decir para tramitar la demanda ya sea como procesos declarativos: ordinario, abreviado, verbales de mayor o menor cuantía y procesos divisorios.

Si el demandante no pudiera cumplir con el requisito formal de establecer el monto del petitorio, debe indicar un monto aproximado, como ocurre en las pretensiones de derechos reales: pago de frutos, mejor derecho a la posesión; y si no pudiera hacerlo, por tratarse de pretensiones procesales invalorables monetariamente como ocurre en las demandas de filiación, divorcio por causal, nulidad de matrimonio, desheredación, etc. En la parte pertinente del monto del petitorio se cumplirá con tal formalidad, indicando que por tratarse de pretensiones extrapatrimoniales no se puede precisar.

4.10. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda

El demandante debe señalar la vía procedimental que corresponde a la demanda que interpone, precisando si debe tramitarse como proceso de conocimiento, proceso abreviado, proceso sumarísimo o proceso de ejecución³⁰⁵. La indicación de la vía procedimental no obliga al juez a dar el trámite que se ha señalado en la demanda; por cuanto como director del proceso, cuando el demandante señale una vía procedimental que no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, puede disponer

304 Cfr. art. 75 inc. 8º del C. de P.C. de Colombia.

305 Cfr. arts. 475, 486, 546 y 695 del C.P.C.

que la demanda se tramite en otra vía procedimental distinta, dejando de lado a la propuesta por el pretensor.

4.11. Medios probatorios

Como un medio de regular la conducta procesal de las partes, en el actual sistema procesal, a diferencia del sistema procedimentalista de 1912, se ha dispuesto que las partes ofrezcan los diferentes medios probatorios (típicos y atípicos) en los actos postulatorios.

Así, como requisito de admisibilidad de la demanda, el pretensor debe ofrecer los medios probatorios y el demandado al contestar la demanda, sin perjuicio que también puedan ofrecerlos en los demás actos procesales que constituyen medios de defensa, en aplicación del principio de eventualidad — *ad eventum* —; pues de no ofrecerlos no tendrán oportunidad de hacerlos porque precluye su derecho.³⁰⁶

Asimismo, si en la contestación de la demanda o la reconvencción se invocan nuevos hechos no expuestos en ellas, las partes colitigantes tendrán oportunidad de ofrecer los medios probatorios en el proceso de conocimiento dentro del plazo no mayor de diez días desde que es notificado y en el proceso abreviado dentro del plazo no mayor de cinco días³⁰⁷.

En aplicación de este principio, las partes, el tercero legitimado, sea éste tercero coadyuvante, litisconsorcial, excluyente principal o excluyente de propiedad o de derecho preferente, tienen la oportunidad de ofrecer todos los medios probatorios al absolver los traslados de la demanda y la reconvencción.

En virtud del principio de eventualidad, si el demandado propone tacha u oposiciones, excepciones o defensas previas y el demandante las absuelve, la oportunidad de ofrecer los medios probatorios será en los escritos que los proponen y los absuelven.

Este requisito formal es una innovación que se ha normado en el Código Procesal Civil, en el anterior sistema solo en el proceso de alimentos la demandante tenía la obligación de ofrecer pruebas al presentar su demanda. Si el demandante o el demandado no ofrecen los medios probatorios en los actos postulatorios como mecanismos de ataque y de defensa no tendrán otra oportunidad³⁰⁸.

306 Idrogo Delgado, Teófilo; Op. Cit.; pp. 179 y 180.

307 Cfr. arts. 440, 478 inc. 6º y 491 inc. 6º del C.P.C.

308 "Artículo 189º.- Oportunidad.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código".

4.12. La firma del demandante o de su representante o apoderado, y la de su abogado. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto

Si el demandante comparece directamente o por medio de la representación legal, judicial, convencional o voluntaria y estas son personas letradas, toda demanda debe ser firmada, a fin de que asuman la responsabilidad del derecho de acción que están haciendo valer. Pero, si la parte demandante es analfabeta, la firma del demandante puede sustituirse por su huella digital, la que debe ser certificada por el secretario respectivo para seguridad de las partes, de terceros y de las consecuencias que puedan derivarse de la prosecución de dicha demanda cuando se declare infundada. Con la inclusión de este requisito formal de la demanda, se ha cortado las corruptelas de las demandas simuladas que se presentaban en los estrados judiciales.

La autorización de la demanda por abogado, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 132 del C.P.C. y artículo 288 inc. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es obligatoria cuando la defensa está cautiva; esto es, cuando existan tres o más de tres abogados en ejercicio, estos deben consignar en todos los escritos que presentan en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyo requisito no se acepta el escrito.

Para ejercer la profesión de abogado y autorizar una demanda deben cumplir con los requisitos siguientes: Tener título de abogado, hallarse en ejercicio de sus derechos civiles y estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y, si no lo hubiere, en el Distrito Judicial más cercano o en la Federación de Colegios de Abogados del Perú³⁰⁹. De no contar con estos requisitos, no puede autorizar ninguna demanda ni presentar algún escrito.

Si un abogado está inscrito en un distrito judicial puede inscribirse en otro para ejercer la defensa en forma permanente, pues cualquiera de ellos puede pertenecer a varios colegios a la vez.

Los licenciados en Derecho graduados en el extranjero pueden ejercer la profesión de abogados en el Perú si existen tratados de reciprocidad con el país de origen, siempre y cuando revaliden su título de acuerdo a la Ley N° 23733³¹⁰.

Están exceptuadas de llevar la firma de abogados las demandas que presenten los magistrados judiciales, fiscales y procuradores públicos en defensa de sus derechos, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, tal como lo dispone el artículo 292 inc. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

309 Cfr. art. 290 de la L.O.P.J.

310 Cfr. art. 92 inc. h) de la Ley Universitaria N° 23733.

5. ANEXOS DE LA DEMANDA

El artículo 425 del C.P.C. ha dispuesto imperativamente una formalidad al obligar al demandante acompañar a la demanda de los anexos siguientes:

5.1. Copia legible del documento de identidad

La parte demandante debe anexar a la demanda la copia legible de su documento de identidad para acreditar su capacidad procesal; los que comparecen como parte material o quienes lo hacen ejercitando la representación legal, judicial o convencional deben acompañar su DNI, su carné de extranjería o su pasaporte. Se cumplirá este requisito cuando acompañen tal documento de identidad en copia fotostática o xerográfica, la numeración de tales documentos debe coincidir con la indicada en los generales de ley del demandante o su representante³¹¹.

5.2. Documento que acredite el poder invocado por el representante

Cuando la demanda es interpuesta por el apoderado, este debe anexar a la demanda obligatoriamente el documento que contiene el poder que acredite la representación voluntaria³¹², conferido con las formalidades que prescribe el artículo 75 del C.P.C. y en aplicación del principio de literalidad. El otorgamiento de facultades especiales no se presume, sino que el representado debe conferirlos explícitamente.

5.3. Prueba que acredite la representación legal de quien interpone la demanda

Quienes ejercen la representación legal o procesal de personas naturales o de personas jurídicas, ya sea de Derecho Privado o de Derecho Público, deben cumplir determinadas formalidades señaladas expresamente en nuestro ordenamiento procesal. El titular de la pretensión procesal no puede comparecer personalmente ante los organismos jurisdiccionales para interponer la demanda, sino que lo hace por medio de sus representantes legales, razón por la cual debe anexar a la demanda que interpone el documento que acredite la representación legal³¹³.

Por ejemplo, si el padre o la madre demanda por su hijo menor de edad tendrá que acompañar la partida de nacimiento del menor para acreditar la representación legal; si el gerente de una sociedad mercantil interpone una demanda, el rector de una universidad, el alcalde de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, etc. tendrán que acompañar el documento donde conste el nombramiento para ejercer la representación legal.

311 Cfr. art. 425 inc. 1º del C.P.C.

312 Cfr. art. 425 inc. 2º del C.P.C.

313 Cfr. art. 425 inc. 3º del C.P.C.

5.4. Prueba que acredite la calidad con que interpone la demanda

En la sucesión procesal por *acto mortis causa*, el heredero para interponer demanda en nombre de su causante tiene que acreditar su calidad de sucesor con el testamento en caso de la sucesión testamentaria o con la resolución del proceso de sucesión intestada.

Igualmente el cónyuge o, en su caso el integrante sobreviviente de la unión de hecho³¹⁴, el curador de bienes, el albacea o cuando el pretensor invoque otro título con el cual interpone la demanda, deberá acompañar el documento que acredite la legitimidad y el interés para obrar, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses o que se trate del procurador de oficio.

En estos casos no se anexarán tales documentos a la demanda, como lo dispone el artículo 425 inc. 4 del C.P.C. En la legislación procesal española, el demandante deberá acompañar a la demanda o el demandado a la contestación de la demanda los documentos fundamentadores del derecho³¹⁵.

5.5. Los medios probatorios que el actor quiera hacer valer

El demandante debe anexar a la demanda todos los medios probatorios destinados a demostrar los hechos que sustentan su pretensión o pretensiones procesales (petitorio). El código expresamente dispone que se deban anexar todos los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y demás elementos que sean necesarios para su actuación. A este efecto acompañará el pretensor por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso³¹⁶.

Es importante referirnos a la reforma introducida por el Código Procesal Civil, la que muchas veces en la práctica no se cumple estrictamente; por cuanto todavía observamos que solamente se acompaña un solo pliego cerrado de absolución de posiciones cuando son varios los demandados o un solo pliego interrogatorio cuando se ha ofrecido la declaración de varios testigos como se hacía con el abrogado Código de Procedimientos Civiles.

314 Art. 1º de la Ley Nº 30007 que modifica el Artículo 425 inc. 4 del CPC, publicada el 17 de abril del 2013

315 "Documentos fundmenadores del derecho. Igualmente se tienen que acompañar con la demanda, los documentos en que la parte interesada funde su derecho (Art. 504 LEC). Aunque en la lección correspondiente de la prueba documental se estudiarán con extensión de supuestos contemplados en este artículo, cabe decir en este momento que la falta de presentación de estos documentos no afecta a la validez y eficacia de la demanda, pues, al contrario de lo que se establece en el art. 503, en el 504 se regula la carga de la presentación de documentos, con las excepciones del artículo 506, que en caso de no ser asumida por el demandante le imposibilita para posteriormente presentar esos documentos en el procedimiento; la necesidad de evitar el fraude procesal y de propiciar el juego limpio entre las partes, así como la de evitar la indefensión, imponer la carga de presentación de documentos en la demanda" (CORTES DOMINGUEZ, Valentin, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor; Derecho Procesal Civil, 2ª Ed.; Edit. Colex; Madrid-España; 1997; pp. 168 y 169).

316 Cfr. art. 425 inc. 5º del C.P.C.

Los jueces deben ser sumamente cautelosos para dar cumplimiento a este requisito de admisibilidad; por ejemplo si son dos los demandados, el demandante debe acompañar dos pliegos cerrados para la absolución de posiciones de los dos demandados, toda vez que estos deben declarar sobre hechos distintos y pueden tener intereses opuestos; si ofrece dos testigos, debe también acompañar dos pliegos interrogatorios para que declare cada testigo de acuerdo a los hechos materia de la probanza, y que es de conocimiento de cada testigo.

5.6. Los documentos probatorios que tuviese el actor en su poder

El demandante debe anexar a su demanda los documentos probatorios que tuviera en su poder. Tratándose de documentos públicos debe presentarlos, pero si se trata de documentos privados puede solicitar su reconocimiento si lo cree conveniente. Si se trata de documentos que no tiene en su poder, solicitará la exhibición de estos por parte del demandado o del tercero dando la idea más clara del contenido para lo cual debe describirlos, indicando con precisión el lugar donde se encuentra y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso³¹⁷. Podrá anexar a la demanda de acuerdo a la pretensión documentos probatorios como impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, etc., cuando los tuviera en su poder.

5.7. Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial

Este anexo de la demanda fue incorporado al Código Procesal Civil por mandato imperativo de la Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 26872 – Ley de Conciliación Extrajudicial –, en procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo.

6. INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

En el derogado Código de Procedimientos Civiles, el juez decidía la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda al expedir sentencia, lo que significaba para las partes una injusticia, porque muchas veces la Sala Civil de la Corte Suprema, en última instancia, resolvía definitivamente el tedioso proceso denominado juicio ordinario, con la declaración de que la demanda era inadmisibile o improcedente.

Con la vigencia del Código Procesal Civil, el juez como director del proceso debe revisar, analizar y examinar cuidadosamente la demanda, si cumple con los requisitos de forma y de fondo.

En el Código vigente son requisitos de forma los contenidos en los actos procesales de las partes: los artículos 130, 131, 132, 133 y los requisitos de fondo de la demanda

317 Cfr. art. 425 inc. 6° del C.P.C.

se encuentran en los artículos 424 incisos 7, 9, 10 y 11 y 425. También son considerados como requisitos de forma la designación del juez ante quien se interpone la demanda³¹⁸, así como los requisitos relativos a la capacidad procesal de las partes³¹⁹ y al petitorio y su monto³²⁰ que son requisitos de fondo.

El ordenamiento procesal de 1993 considera que los requisitos de forma son susceptibles de subsanación dentro de un plazo de diez días en los procesos de conocimiento, cinco días en los abreviados y tres días en los sumarísimos. Creemos la redacción es positiva, razonable y útil, porque siendo requisitos de forma son subsanables en virtud de los principios procesales que regulan el proceso.

Para el mismo cuerpo normativo procesal son requisitos de fondo: 1) los tres presupuestos procesales: a) competencia del juez (artículo 424 inciso 1 del C. P. C.), b) la capacidad procesal de las partes (artículo 424 incisos 2, 3 y 4 del C. P. C.) y c) los requisitos de la demanda (artículo 424 incisos 5, 6 y 8 del C. P. C.) y 2) las condiciones de la acción: a) la legitimidad para obrar (artículo IV del T. P., artículos 424 incisos 5, 6 y 7 y 425 inciso 4 del C. P. C.; b) el interés para obrar (artículo IV del T. P. y art. 424 incisos 5, 6 y 7 del C. P. C.).

Cuando la demanda no cumple con los requisitos de forma, el juez declarará la inadmisibilidad y en la misma resolución dispondrá la subsanación, concediéndole al demandante un plazo que no excederá de diez días para subsanar cualquier omisión o defecto. Si no cumple con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivamiento del expediente; esto es lo que nuestro ordenamiento procesal ha denominado la inadmisibilidad de la demanda.

En la práctica judicial, las diferentes resoluciones que expiden los jueces especializados en lo civil cumplen con la formalidad exigida por nuestra ley procesal, esto es que cuando advierten omisiones o defectos formales declaran inadmisibile la demanda y ordenan la subsanación de las deficiencias formales. La inadmisibilidad, tal como se ha regulado, está influenciada por el Código Procesal colombiano.

Al comentar la inadmisibilidad de la demanda, CARRIÓN LUGO afirma: "El numeral correspondiente no señala en qué momento debe declarar la inadmisibilidad de la demanda. Sin embargo, interpretando integralmente el artículo, debemos entender que el Juez declarará inadmisibile la demanda si el actor no cumple con la orden de subsanar la omisión o el defecto en que haya incurrido. El Juez, por tanto, así lo interpretamos, no puede declarar de plano la inadmisibilidad de la demanda. Concluimos

318 Cfr. art. 424 inc. 1º del C. P. C.

319 Cfr. art. 424 incisos 2, 3 y 4 del C. P. C.

320 Cfr. art. 424 incisos 5, 6 y 8 del C. P. C.

que nuestro Código recoge el criterio de declarar la inadmisibilidad de la demanda por defectos de forma y no por cuestiones de fondo”³²¹.

No compartimos esta opinión por cuanto de la redacción del artículo 426 del C.P.C., que prevé la inadmisibilidad de la demanda, como lo venimos analizando dentro del contexto del sistema procesal publicístico, se concluye que el incumplimiento de un requisito de admisibilidad faculta al juez ordenar al demandante la subsanación de alguna omisión o defecto y, si no se cumple dentro del plazo que se le ha concedido con la resolución de inadmisibilidad, declara el rechazo de la demanda y se ordena el archivamiento del expediente.

Para mejor ilustración trataremos las causales de inadmisibilidad de la demanda que prevé nuestro ordenamiento procesal:

6.1. Falta de requisitos legales

Cuando la demanda no reúne los requisitos legales expresamente señalados en este código, el juez resolverá declarar la inadmisibilidad de la demanda y ordenará al demandante que subsane la omisión o defecto en que haya incurrido, concediéndole un plazo que no excederá de diez días, indicándole en la resolución de inadmisibilidad, al demandante cuáles son los requisitos formales que adolece la demanda presentada por acción o por omisión.

Si en su demanda, por ejemplo, no ha indicado la dirección domiciliaria del demandado o de su representante para efectos del emplazamiento. En este supuesto, si el demandante no cumple con lo ordenado por el juez, de oficio o a petición de parte expedirá el auto de rechazo de la demanda y ordenará el archivamiento del expediente. El legislador ha normado expresamente esta situación denominándola rechazo de la demanda y archivamiento del expediente³²².

Al comentar la inadmisión y rechazo de plano de la demanda, regulada en el artículo 85 del Código Procesal Civil colombiano, DEVIS ECHANDÍA acota: “...para que la relación procesal nazca se deben reunir los presupuestos procesales, que son las condiciones generales necesarias para que ella surja y se produzcan sus efectos jurídicos. El juez debe examinar oficiosamente si se encuentran o no cumplidos, antes de darle el curso a la demanda, sea que la relación procesal surja con su comunicación al demandado o se debe resolver de plano. Si no se cumplen, debe negarse a tramitarla. En este caso pueden ocurrir dos situaciones: la inadmisión o el rechazo de la demanda. Se inadmite la demanda cuando falta algún requisito o un anexo o tenga algún defecto subsanable y con el fin de que sea subsanado en el término de cinco días (C.

321 Monroy Gálvez, Juan, Carrión Lugo, Jorge y Ramírez Jiménez, Nelson; Comentarios al Código Procesal Civil; Edit. Cultural Cuzco; Lima, Perú; 1994; pp. 311 y 312.

322 Cfr. art. 426 in fine del C.P.C.: “... el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente”.

de P.C., art. 85); por lo tanto, la inadmisión es una medida transitoria. Se rechaza la demanda, como medida definitiva en dos casos: a *posteriori*, cuando no se subsana oportunamente (dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto inadmisorio de la demanda; art. 85, inciso 20) el efecto 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 (art. 85, cit. inciso 3º)³²³.

Tal disposición procesal de Colombia, a diferencia de la nuestra, considera que la inadmisibilidad se refiere a los defectos de forma y el rechazo de plano de la demanda por los defectos de fondo, que nuestro Código Procesal Civil ha regulado con mejor técnica legislativa como inadmisibilidad e improcedencia de la demanda³²⁴.

6.2. Por no acompañarse los anexos exigidos por ley

El demandante debe acompañar a su demanda todos los anexos, ya sea que se trate de los documentos que hubiera indicado, como aquellos que acreditan la capacidad procesal del demandante como por ejemplo la copia legible del documento de identidad, el poder o documento para acreditar su representación legal o judicial que

323 Devis Echandía, Hernando, Op. Cit.; T. I; pp. 432 y 433.

324 Cfr. in extenso el art. 85 del C.P.C. de Colombia, modificado por el art. 1º del Decreto 2282 de 1989. Num. 37, que dispone: Inadmisibilidad y rechazo de plano de la demanda. El Juez declarará inadmisibile la demanda:

1º Cuando no reúna los requisitos formales.

2º Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.

3º Cuando la acumulación de pretensiones en ella contenida, no reúna los requisitos exigidos por los tres numerales del primer inciso del artículo 82.

4º Cuando no se hubiere presentado en legal forma.

5º Cuando el poder conferido no sea suficiente.

6º En asuntos en que el derecho de postulación procesal esté reservado por la ley a abogados, cuando el actor que no tenga esta calidad la demanda por sí mismo o por conducto de apoderado general o representante que tampoco tenga.

7º Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.

En estos casos el Juez señalará los defectos de que adolezca, para que el demandante los subsane en el término de cinco días. Si no lo hiciera rechazará la demanda.

El juez rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o exista término de caducidad para instaurarla, si de aquella o sus anexos aparece que el término está vencido.

Si el rechazo se debe a falta de competencia, el juez la enviará con sus anexos al que considere competente dentro de la misma jurisdicción; en los demás casos, al rechazar la demanda se ordenará devolver los anexos, sin necesidad de desglose.

La apelación del auto que rechaza la demanda comprende la de aquél que negó su admisión, y se concederá en el efecto suspensivo".

El rechazo *in limine* o *sin trámite* de la demanda por contener una pretensión que merece ser calificada como objetivamente improponible no afecta la esencia del derecho de acción. Es que el mismo no involucra el derecho de sustanciación íntegra de un proceso que, a todas luces, no podrá culminar, por causas diversas, en el dictado de una sentencia estimatoria. Entre las mencionadas causas pueden citarse, el caso de la pretensión manifiestamente contraria al orden público o las buenas costumbres de aquéllas a la cual se le niega categóricamente tutela legal, el supuesto de las cuestiones políticas exentas de contralor jurisdiccional, etc. Debe distinguirse dicho rechazo de la hipótesis de la no admisión temporaria de la demanda en virtud de los defectos estrictamente formales, hipótesis que estaba contemplada en el CPr., art. 131". PEYRANO, Jorge W.; Derecho Procesal Civil. De acuerdo al C.P.C. Peruano; Ediciones Jurídicas; Lima, Perú; 1995; pp. 226 y 227.

invoca en la demanda o los anexos para acreditar la legitimidad e interés para obrar, como las copias de los documentos que acrediten la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con el que actúe el pretensor, todos los medios probatorios que van a ser objeto de prueba para sustentar el petitorio, etc.³²⁵

Cuando el demandante omite anexar cualquiera de aquellos a que se refiere el artículo 425 del C.P.C., el juez procederá a declarar la inadmisibilidad y en la misma resolución le concederá un plazo no mayor de diez días para que las subsane. Si el demandante no cumple con hacerlo dentro del plazo fijado, el juez ordenará el rechazo de la demanda y archivará el expediente.

6.3. Petitorio incompleto o impreciso

En muchas demandas el demandante no cumple con determinar las pretensiones propuestas en forma clara y concreta, resultando por consiguiente incompleto o impreciso³²⁶. Un petitorio es incompleto cuando se ha demandado en forma parcial y no de modo concreto o integral, en estos casos el juez debe proceder a declarar la inadmisibilidad y concederle un plazo hasta por diez días para que el pretensor las subsane completándolas o precisándolas y si no cumpliera rechazará la demanda.

Por ejemplo: cuando se demanda obligación de dar suma de dinero (pago de nuevos soles) y se omite señalar el monto de la obligación principal. En este supuesto nos encontramos frente a una pretensión incompleta.

Asimismo un petitorio será impreciso cuando es ambiguo, contradictorio, confuso, indeterminado, incierto, oscuro, que el juez se vería en la incertidumbre de resolver el proceso con plena certeza afectando al debido proceso por haberse demandado un petitorio impreciso, como ocurre cuando se demanda reivindicación de inmueble y no se precisa si es rústico, urbano, características que individualizan el bien, o cuando se demanda conclusión del contrato de arrendamientos bajo el sustento de una resolución.

6.4. Cuando la vía procedimental no corresponda a la naturaleza de la pretensión o al valor de esta, salvo que la ley permita su adaptación

En la práctica, el demandante muchas veces indica la vía procedimental que no corresponde a la pretensión procesal interpuesta en la demanda, por lo que el juez debe declarar liminarmente la inadmisibilidad y concederle un plazo de diez días para

325 Cfr. art. 426 inc. 2º del C.P.C.

326 Cfr. art. 426 inc. 3º del C.P.C.

que subsane el defecto de forma. Si el demandante no cumple con subsanar dentro del plazo que se le ha conferido, el juez debe rechazar la demanda, salvo que la ley le permita su adaptación³²⁷.

Tal como hemos señalado en nuestros comentarios precedentes, uno de los requisitos formales de la demanda es que el pretensor señale la vía procedimental que corresponda a la demanda; pero si la indicada no corresponde a la naturaleza de la pretensión o a la cuantía de la pretensión procesal demandada, el juez como director del proceso tiene la potestad de adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada en sustitución a la propuesta, siempre que la ley permita su adecuación, como por ejemplo si se demanda la ineficacia de los actos jurídicos realizados con fraude a título oneroso, indicando la vía procedimental del proceso sumarísimo, el juez deberá ordenar que se tramite en la vía de conocimiento³²⁸.

Aplicando correctamente el Código Procesal Civil, los errores cometidos por las partes deben ser corregidos por los jueces evitando de este modo el retardo injustificado en la solución de los conflictos judiciales, sin que esto signifique darle facultades discrecionales porque la ley procesal que comentamos señala parámetros para la adaptación, tal como indicamos en las demandas de ineficacia de los actos jurídicos onerosos.

La resolución del juez que decide adaptar la vía procedimental que considere más adecuada a la naturaleza y complejidad de la pretensión o pretensiones propuesta en la demanda es inimpugnable. Nuestro ordenamiento procesal en estos casos concede al juez potestades discrecionales para realizar actos procesales debidamente motivados o fundamentados, como principios y derechos de la función jurisdiccional, previstos en la Constitución Política;³²⁹ y, por otra parte, los dispositivos expresos del Código Procesal Civil que facultan al juez a declarar la vía procedimental para los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo, mediante resoluciones motivadas e inimpugnables³³⁰; esto es, que no se debe conceder recursos de apelación ni con

327 Cfr. art. 426 inc. 4º del C.P.C.

328 Cfr. art. 200 del C.C.

329 "Artículo. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

330 "Artículo 477º Fijación del proceso por el juez. En los casos de los incisos 1 y 3 del artículo 475º, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación del demandado y es inimpugnable".

"Artículo 487º Fijación del proceso por el juez. En el caso del inciso 8 del artículo 486º, la resolución que declara aplicable el proceso abreviado, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable".

"Artículo 549º Fijación del proceso por el juez. En el caso del inciso 6 del artículo 546º, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación del demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable".

efecto suspensivo o sin efecto suspensivo bajo argumentos insustentables del demandante para pretender imponer la vía procedimental al juez que no corresponda en estos casos, como ocurría en el abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912.

6.5. Efectos de la inadmisibilidad

Cuando la demanda adolece de algunos defectos formales, el juez en los procesos de conocimiento tiene la potestad de expedir el auto de inadmisibilidad de la demanda y concederle al demandante un plazo de diez días, en los procesos abreviados cinco días y en los procesos sumarísimos tres días, para que subsane la omisión o defecto que ha incurrido. Vencido el plazo sin que el demandante haya cumplido con lo dispuesto en el auto de inadmisibilidad, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente³³¹.

Expedido el auto de inadmisibilidad, concediéndole un plazo de subsanación, en cualquiera de los procesos contenciosos el demandante puede optar por las siguientes alternativas:

1. El demandante puede cumplir con subsanar la omisión o defecto que le ha indicado el juez en el auto de inadmisibilidad, además puede modificar o ampliar la demanda; la parte demandada no puede hacer valer ningún recurso por no haber sido emplazada. En esta hipótesis, si el juez considera que ha cumplido con el auto de inadmisibilidad calificará positivamente la demanda expidiendo el auto de admisibilidad.
2. El demandante no cumple con el mandato de subsanación de la omisión o defecto dentro del plazo que se le ha concedido en el auto de inadmisibilidad de cada proceso, el juez expedirá el auto de rechazo de la demanda y ordenará el archivo del expediente, siendo el efecto principal que se tiene por no presentada la demanda.
3. Al haberse rechazado la demanda y ordenado el archivo del expediente, se tiene por no presentada la demanda, por consiguiente los plazos de prescripción y de caducidad continúan corriendo, como si no se hubiese demandado, por no haber sido emplazado el demandado; por cuanto la interrupción de la prescripción en nuestro ordenamiento procesal se produce sólo por el emplazamiento válido del demandado.

331 Cfr. art. 426 in fine del C. P. C.

En consecuencia, no hay interrupción de la prescripción y tampoco la caducidad porque esta no admite interrupción, tal como lo disponen los artículos 1996 inc. 3 y 2005 del C.C.

En los casos de inadmisibilidad de la demanda, algunos procesalistas sostienen que los jueces deben devolver la demanda al demandante para su subsanación; otros, que la inadmisibilidad debe dictarse cuando el demandante no cumple con subsanar la omisión o defecto, criterios que no compartimos.

Por nuestra parte, sostenemos que con la demanda se inicia el proceso y si el demandante no cumple con el mandato de inadmisibilidad que contiene la subsanación dentro del plazo de diez días, al juez no le queda otra alternativa que expedir el auto de rechazo de la demanda, porque así lo han dispuesto nuestros codificadores en forma imperativa que se rechazará la demanda por resolución motivada y se ordenará el archivo del expediente y cuando quede firme la resolución tiene efectos de cosa juzgada, como si no se hubiese demandado.

7. IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

Presentada la demanda, el juez después de revisar los requisitos de forma o de admisibilidad deberá examinar los requisitos de fondo o de procedibilidad y, si advierte algún defecto u omisión de esta naturaleza, declarará la improcedencia de la demanda.

Los procedimentalistas que sostuvieron que la demanda es la materialización de la acción civil y para que esta sea admitida debe contener: a) derecho, b) calidad y c) interés; es decir que debe estar amparada por la ley, el demandante debe tener legitimidad para obrar (*legitimatío ad causam* o calidad para obrar) e interés económico o moral como medida de la acción civil.

Modernamente, nuestro ordenamiento procesal ha dado diferente tratamiento a las condiciones de la acción: legitimidad e interés para obrar considerándolas como requisitos esenciales, que permitan a los organismos jurisdiccionales expedir un auto de admisibilidad amparando la demanda.

Al respecto, MONROY GÁLVEZ sostiene: "La primera propuesta importaría que una vez presentes las condiciones de la acción en un determinado proceso, la demanda debe ser amparada. La segunda significaría que la falta de una condición de la acción impediría al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el fondo. Nos inclinamos por la segunda atendiendo a una prueba contundente: es factible que una demanda tenga las tres condiciones de la acción, no obstante, como ninguna de ellas se refiere a la prueba de los hechos que sustentan el proceso, dicha demanda no sea amparada por falta de prueba en los hechos, por lo que la primera tesis deviene en inconsistente.

En nuestra opinión, la falta de alguna condición de la acción definitivamente va impedir que el Juez expida una decisión sobre el fondo. Más bien la omisión incurrida obliga al juez a pronunciarse sobre la inadmisibilidad o improcedencia, según sea el caso, de la demanda”³³².

Los que defienden al abrogado Código de Procedimientos Civiles, propio de un sistema procedimentalista, cuando han comentado algunos casos de improcedencia como la falta de legitimidad e interés para obrar, opinan que el juez debe declarar improcedente la demanda, en la sentencia.

Sin embargo, a nuestro entender, el Código Procesal Civil vigente se fundamenta en un nuevo sistema procesal, donde deben primar los principios de autoridad o dirección, celeridad y economía procesal. Al calificar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción de la demanda, el juez puede emitir una resolución válida de improcedencia sobre la omisión o defecto de algún requisito de fondo, sin que esto signifique que si no lo hace al calificar la demanda la puede hacer posteriormente en el saneamiento procesal o en cualquier estado del proceso y en la sentencia.

En este último caso si inadvertidamente admite la demanda con esos defectos de fondo, el demandado al hacer uso del derecho de contradicción, a través de las excepciones puede solicitar al juez que declare la improcedencia de la demanda en la audiencia de saneamiento procesal. De no haber hecho uso de estos medios de defensa el demandado, el juez de oficio puede declarar la improcedencia de la demanda, al sanear el proceso; al expedir sentencia en primera instancia y las salas civiles en revisión o en casación, sin que esto afecte el derecho material del demandante, solamente se atenta contra la pronta solución de un conflicto judicial.

La técnica de nuestro ordenamiento procesal facilita al juez natural proseguir un proceso con una relación procesal válida, a fin de expedir una sentencia pronunciándose sobre el fondo con mayor certeza, declarando fundada o infundada una demanda, prestando un mejor servicio a la justicia civil y de esta manera contribuyendo con los altos fines del Estado, para resolver los conflictos judiciales con eficiencia, eficacia y oportunidad.

Según la sistemática de nuestro Código Procesal Civil, la demanda será declarada improcedente en los casos siguientes:

332 Monroy Gálvez, Juan; Curso de Capacitación en Materia Procesal Civil; Para los abogados del Registro Público de Minería. Material de Lectura. Primera Parte; T. I; Estudio De Belaunde & Monroy; Lima, Perú; 1998; p. 222.

7.1. Por falta de legitimidad de obrar del demandante

Considerando la legitimidad de obrar como una relación jurídica material y procesal entre el demandante y demandado, es decir son las mismas personas que conforman la parte material o sustancial y la parte procesal, de modo que habrá legitimidad activa (del demandante) y pasiva (del demandado).

La legitimidad de obrar es activa, cuando el demandante tiene relación material o sustancial contra quien interpone la demanda. No estamos afirmando que ese pretensor sea realmente el verdadero titular del derecho material o sustancial alegado en la demanda, sino simplemente que existe esa relación material de correspondencia entre la persona del demandante y la persona a quien la norma civil abstractamente le favorece.

Es suficiente, por ejemplo, que se afirme que están legitimados Pedro y Juan en la compra del inmueble "Los Sauces" a Alberto, pero resulta que Pedro demanda resolución del contrato de compraventa. En este supuesto, el juez advierte que no tiene legitimidad de obrar el demandante, consecuentemente declarará la improcedencia de la demanda porque Pedro no tiene representación voluntaria como apoderado de su hermano Juan, que procesalmente se trata de un litisconsorcio necesario.

La legitimidad para obrar será pasiva cuando el juez constata que el demandado no es la misma parte material y procesal; esto no quiere decir que está concluyendo que este sea el que responde de la obligación demandada, sino que advierte la no existencia de la relación material de correspondencia entre el demandado y la persona a quien la ley le atribuye la calidad de obligado.

La legitimidad para obrar no se debe tomar como sinónimo de titularidad de derechos sustantivos, como si se tratara de en un contrato de compra-venta, donde hay un comprador y un vendedor. Como puede verse en este ejemplo que se trata de una relación eminentemente civil; sin embargo, en esta relación puede surgir un conflicto de intereses o una incertidumbre, por lo que la parte afectada puede comparecer ante el juez solicitando tutela jurisdiccional para que solucione el conflicto o termine con esa incertidumbre con relevancia jurídica.

En este caso, el juez hace saber al demandado la pretensión del demandante y se entabla la relación procesal, surgiendo así una nueva relación jurídica que es de naturaleza puramente procesal, donde el demandante afirma ser el titular del derecho y al demandado se le atribuye la calidad de obligado como demandado. En esta relación procesal demandante y demandado son las mismas personas de la relación jurídica material o sustantiva y que necesariamente deben estar legitimados para que tengan expedito su derecho a la tutela jurisdiccional.

Al respecto, CHIOVENDA acota: "Con ella se expresa que, para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que este corresponde precisamente a aquel que lo hace valer, o sea, considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)"³³³.

MONROY GÁLVEZ, por su parte, afirma: "La legitimidad para obrar consiste precisamente en que las personas que tienen su lugar respectivo en la relación jurídica sustantiva, sean exactamente las mismas que ocupan su lugar respectivo en la relación jurídica procesal. Si él o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal, no hay legitimidad para obrar. Exactamente lo mismo ocurrirá, por ejemplo, si los titulares de la primera relación son tres y sólo forma parte de la relación procesal uno. Nótese que lo expresado tiene tanto valor para el caso de quien reclama la pretensión como del demandado. Así, si en la relación sustantiva los obligados son tres y se establece la relación procesal sólo con dos (demanda de dos únicamente) no se habrá cumplido con la legitimidad para obrar"³³⁴.

A la legitimidad para obrar, el profesor Jairo Parra Quijano la denomina legitimación en la causa: "Es la aptitud específica que tienen ciertas personas para demandar, otras para contradecir o intervenir (en sentido amplio), respecto a determinada relación material que es objeto del proceso y en virtud del interés tutelado por el legislador mediante la consagración de aquélla"³³⁵.

La falta de legitimidad para obrar -llamada "*legitimatio ad causam*" - puede presentarse tanto en el demandante como en el demandado. Si es del demandante (legitimación activa) y si es del demandado (legitimación pasiva). En nuestro Código Procesal Civil, se ha normado la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado; esto quiere decir que si el demandante, ha celebrado, por ejemplo, un contrato de arrendamiento de un estudio jurídico con dos abogados y sólo interpone una demanda de desalojo por falta de pago solamente a uno de ellos, el demanda-

333 Chiovenda, Giuseppe; Instituciones de Derecho Procesal Civil; Edit. Revista de Derecho Privado; T. I; Madrid, España; 1948; p. 185.

334 Monroy Gálvez, Juan; Op. Cit.; p. 223.

335 "He aquí un análisis de la definición que propongo: a) No es una aptitud general, ya que cualquiera puede demandar a otra persona; en este punto sostengo que es una actitud específica, sin colocarla como presupuesto de la acción. b) No todas las personas tienen esa aptitud específica. Ella resulta restringida, no en sí ni por sí, sino cuando se la compara con la relación material que es el objeto del proceso. c) No solamente la legitimación en la causa tiene que ver con las partes litigantes principales, si no también con los intervinientes o terceros en general; la ley ha tutelado el interés que esas personas legitimadas pueden tener para su intervención y como se ha dicho, no hay necesidad ni rigor científico cuando en forma hábil se quiere darle significación autónoma. d) No es igual a titular del derecho material objeto del proceso. Puede suceder que a pesar de que tenga la legitimación en la causa, no exista el derecho que se reclama, como cuando afirmo tener la calidad de acreedor y mi demandado, la calidad de deudor y resultar que no existía la mencionada relación material. e) Tiene que ver con la pretensión; no es un presupuesto de la acción, ya que es bien sabido que la acción tiene que ver con la persona y no con el derecho que se reclama, o con la declaración de voluntad que se hace en la demanda. f) ¿En qué momento debe existir? Debe existir en el momento de establecerse la relación jurídica procesal y respecto de los terceros debe existir en el momento de la intervención, ya sea que se haga a petición de parte, de oficio o por propia iniciativa del tercero que desea vincularse al proceso". PARRA QUIJANO, Jairo; Los Terceros en el Proceso Civil; 6ta. Edic.; Edit. Ediciones Librería del Profesional; Bogotá D. C. Colombia; 2001; p. 12.

do puede interponer la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado. Se fundamentará que los sujetos de la relación sustantiva son dos, por tanto también se debe emplazar al otro arrendatario en esa relación procesal. En este supuesto la excepción es fundada en la audiencia única³³⁶.

Los doctrinarios siguiendo al sistema privatístico distinguen entre la *legitimatío ad procesum* y la *legitimatío ad causam*. La primera se refiere a la capacidad procesal, es decir, a la aptitud de comparecer ante el juez en un proceso. Es el supuesto de un menor de edad que tiene capacidad material por ser titular del derecho en conflicto, aunque por ser incapaz no tiene la *legitimatío ad procesum*. La *legitimatío ad causam*, en cambio, se refiere a la titularidad del derecho que en el sistema procesalista no es lo mismo que la legitimidad para obrar.

RAMOS MÉNDEZ trata de la legitimación extraordinaria o indirecta en contraposición de la legitimación ordinaria y afirma que, dentro de la multitud de figuras, con mayor o menor propiedad y entre las más características, merecen especial consideración la sustitución y la sucesión procesales³³⁷.

En el caso de la sustitución procesal³³⁸, nuestro ordenamiento procesal le confiere al demandante legitimidad para demandar o coadyuvar a su defensa para hacerse pago de sus créditos en nombre de su deudor, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia controvertida cuando tenga interés en el resultado, como sucede en la acción oblicua o subrogatoria³³⁹, cuando su deudor no procura ejercitar las acciones pertinentes para acrecentar su patrimonio y pagar sus créditos.

336 "Esta variedad de efectos se origina precisamente en la variedad de supuestos que contiene la excepción. Veamos, si un tercero pretende la nulidad en un contrato de compra-venta y dirige la demanda sólo contra uno de los tres compradores, éste podrá excepcionar la falta de legitimidad para obrar. Aducirá que los sujetos en la relación sustantiva que se cuestiona son tres, por tanto, deben ser tres los emplazados en la relación procesal. En este caso la excepción es amparable. Sin embargo, el juez en su resolución debería conceder al actor un plazo para que dirija correctamente su demanda contra todos los eventualmente afectados con el fallo judicial a producirse en el futuro. En consecuencia, se estaría dando a la excepción un efecto dilatorio simple respecto del proceso.

Una persona demanda a los herederos de otra para que le otorguen escritura pública sobre un contrato de compra-venta de un inmueble vendido por el causante, según documento privado que recauda a su demanda. Los herederos demandados excepcionan falta de legitimidad para obrar dado que el inmueble, objeto de la litis, fue aportado por su causante a una empresa, por tanto, no formó parte de la masa hereditaria, por lo que son ajenos a la relación procesal que el actor pretende instaurar. La excepción es amparable; los demandados carecen de legitimidad (pasiva) para obrar. Como se advierte, en este caso no habrá plazo, por largo que sea, que permita al actor enmendar el defecto en la falta de legitimidad, por tanto, la decisión judicial al amparar la excepción, deberá tener un efecto perentorio complejo". MONROY GALVEZ, Juan; Op. Cit.; pp. 224 y 225.

337 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit. T. I; pp. 49 a 58.

338 "Artículo 60º Sustitución procesal. En el caso previsto en el inciso 4. Del Artículo 1219 del Código Civil y en los demás que la ley permita, una persona puede iniciar u proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en el resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida".

339 Cfr. Art. 1219 inciso 4 del C. C., que dispone: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para aumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que se promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2".

También hay sustitución procesal en el saneamiento por evicción, donde el transferente puede sustituir al originario demandante o coadyuvar en su defensa hasta la conclusión del proceso, como lo disponen los artículos 1498 y 1499 del Código Civil³⁴⁰.

Si al calificar la demanda, el juez advierte que no existe correspondencia entre los sujetos de la relación jurídica sustantiva o material y los sujetos de la relación jurídica procesal, de plano debe declarar la improcedencia de la demanda, expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos³⁴¹.

Sin embargo, muchas veces la falta de legitimidad para obrar no es manifiesta; en este supuesto, es prudente que el juez dé trámite a la demanda, siempre que la demanda cumpla con los demás presupuestos procesales y condiciones de la acción.

La improcedencia, como se sabe, puede ser declarada en otro estadio procesal, ya sea en la audiencia de saneamiento procesal al declarar fundada la excepción propuesta por el demandado de falta de legitimidad para obrar del demandante, declarando nulo todo lo actuado y por concluido el proceso o puede declararla en la sentencia.

7.2. Porque el demandante carece de interés para obrar

RUDOLF IHERING, creador de la teoría objetivista del Derecho Civil frente a la teoría subjetivista de Savigny, al referirse al interés afirma que es la medida de la acción civil, entendiéndolo como el interés material o sustancial. Nuestro ordenamiento procesal, sin embargo, se refiere al interés procesal; esto es, cuando el titular del derecho de acción no tiene otra alternativa para solucionar un conflicto surgido con el obligado, por haber agotado todo los medios indispensables y se ve en la necesidad de pedir que un tercero (los organismos jurisdiccionales) le solucione el conflicto.

Al comentar el interés en la pretensión u oposición para la sentencia de fondo (también llamado interés para obrar), DEVIS ECHANDÍA afirma: "En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, se refiere al interés jurídicos sustancial 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, a que intervengan luego en el proceso a coadyuvar las pretensiones del primero o la defensa del segundo, o a hacer valer una pretensión pro-

340 Cfr. arts. 1498 del C. C.: "Promovido un juicio por evicción, queda el adquirente obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que esta se notifique al transferente que el designe"; y

Artículo 1499 del C. C.: "Si el transferente sale a juicio ocupará el lugar del adquirente como del demandado hasta la conclusión del juicio. Cuando el adquirente lo solicite puede coadyuvar en la defensa".

341 Cfr. art. 427 del C.P.C.: "...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".

pia”³⁴². Parra Quijano, por su parte, acota: “El interés es el motivo particular. Motivo significa causa o razón que mueve para hacer alguna cosa, es decir, que se utiliza en forma teleológica y corresponde más al campo de la psicología que al del derecho; ninguna importancia tiene para este caso el motivo que mueve al particular a solicitar la tutela del Estado; en cambio, cuando la ley legitima a alguien para pretender, o soportar una pretensión, materializa ese interés. No es que se niegue la iniciativa que tiene toda persona para realizar la más simple actividad; lo que se discute es que ese motivo se considere de tal manera que sea distinto y que exista por si mismo, sin la legitimación en la causa, Cuando la ley determina quien está legitimado para intervenir en un proceso, cualifica a priori ese interés, independientemente del móvil, motivo o interés jurídico subjetivo”³⁴³.

Como se observa, estos tratadistas se refieren al interés en la pretensión material u oposición para la sentencia de mérito o de fondo y no al interés para obrar o interés procesal como lo trata nuestro Código Procesal Civil.

Para entender el interés procesal ilustraremos con un ejemplo: en el caso del contrato de arrendamiento, habiendo agotado todos los medios para que su arrendatario le pague las mensualidades vencidas, si éste se niega a cumplir con su obligación, el arrendador no tiene otro camino que recurrir al juez demandando desalojo por falta de pago. En este supuesto se trata de una necesidad de intervención judicial para que el incumplimiento no siga perjudicando al demandante.

Este interés procesal debe ser personal, directo, propio, es decir, quien pide tutela al órgano jurisdiccional debe tener la condición de parte; además este interés debe ser concreto, inminente y actual; esto es: a) que se refiera a una pretensión específica contenida en la demanda, b) que necesita la intervención urgente de la tutela de los órganos jurisdiccionales por estar amparada y protegida por una norma jurídica, c) porque el interés para obrar no se ha legislado para proteger a derechos futuros e inciertos y d) que el pretensor no tenga otra alternativa de solución del conflicto judicial surgido. Este interés no se refiere al interés económico o moral, prescrito en el artículo VI del T. P. del C.C., por cuanto esta norma tiene un contenido material, sustancial, civil y no un contenido procesal³⁴⁴.

342 Devis Echandía, Hernando; T. I. Op. Cit.; p 254.

343 PARRA QUIJANO, Jairo; Op. Cit.; pp. 11 y 12.

344 “El interés para obrar tiene las siguientes características:

a. No tiene contenido patrimonial, económico ni moral. El art. VI del Título Preliminar del Código Civil actual dispone: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral”. Esta norma no tiene relación con el interés procesal sino con el interés material o sustancial, es decir el que está referido a la cosa misma.

b. Es por naturaleza egoísta. Implica que quien invoca, es decir, quien recurre al órgano jurisdiccional debe solicitar la solución de un conflicto propio, es decir, en el que él es parte. No podrá solicitar la solución de un conflicto que padece un tercero, salvo casos específicos en los que la ley lo permite.

Al calificar la demanda, el juez debe revisar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción en su conjunto y, si advierte la manifiesta falta de interés del demandante para obrar, de oficio declarará la improcedencia de la demanda por resolución debidamente motivada y devolverá sus anexos.

Si de la calificación de la demanda, el juez no advierte la manifiesta falta de interés para obrar del demandante, al igual que la falta de legitimidad para obrar como hemos dejado expuesto precedentemente, debe expedir el auto de admisibilidad corriendo traslado de la demanda al demandado, siempre que cumpla con los demás requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del C. P. C., en aplicación de los principios de dirección, celeridad y economía procesales.

En el saneamiento procesal, el juez de oficio nuevamente volverá a revisar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción y, si advierte la manifiesta falta de interés para obrar del demandante, declarará la relación jurídica procesal inválida insubsanable, nulo todo lo actuado, por concluido el proceso e improcedente la demanda ordenando el archivamiento del proceso.

La improcedencia de la demanda también puede ser declarada por el juez en la audiencia de saneamiento procesal cuando de la demanda y sus anexos acompañados aparece indudablemente que no se agotó la vía administrativa; que el proceso concluyó por transacción cuando las partes con anterioridad haciéndose concesiones recíprocas decidieron extrajudicial o judicialmente poner fin al proceso por iniciarse o iniciado; que han conciliado; que ambas partes siguieron un proceso con el mismo petitorio y el interés para obrar; que ha terminado por sentencia consentida o ejecutoriada, cuando se trata de resolver las excepciones propuestas por el demandado, de falta de agotamiento de la vía administrativa, de transacción, de conciliación, de cosa juzgada, etc. También la improcedencia de la demanda puede hacerlo en la sentencia de primera instancia, en revisión o en casación.

7.3. Caducidad del Derecho

La caducidad ha sido incorporada en el Código Procesal Civil como un caso de improcedencia o una excepción contribuyendo eficientemente en los procesos de conocimiento, abreviados y sumarísimos para que los jueces al calificar la demanda o al resolver la excepción propuesta en la audiencia de saneamiento procesal culminen con oportunidad. Por el carácter público de la caducidad, el juez, de oficio, puede declararla en cualquier estado del proceso.

La caducidad constituye un medio de extinción de la pretensión procesal del demandante que no ha hecho uso del derecho de acción.

c. Es inminente y actual. Es decir, se presenta cuando no existe otra alternativa para la solución del conflicto, se han agotado todas las posibilidades civilizadas". MONROY GALVEZ, Juan; Op. Cit.; p. 226.

La caducidad constituye la pérdida del derecho de acción a través de una demanda o el derecho a proseguir un proceso por no haberse propuesto la pretensión procesal dentro de los plazos que la ley establece.

La caducidad importa extinción, pérdida del derecho material o sustancial por no haberse interpuesto la demanda antes del plazo señalado expresamente en la ley.

En sentido estricto, la caducidad ha sido legislada para los derechos temporales, con la finalidad de que el justiciable recurra a los órganos jurisdiccionales solicitando la tutela jurisdiccional efectiva, haciéndola valer dentro de los plazos determinados expresamente por la ley; por lo tanto, vencido el plazo final opera la caducidad.

El Código Civil otorga sólo un plazo para determinados derechos sustanciales, tal como lo dispone el artículo 2004 sin admitir pacto en contrario, lo que indica que la caducidad es una institución de Derecho Público que puede ser declarada de oficio por el juez o invocada por las partes como excepción.

Con la finalidad de divulgar los plazos de caducidad de ciertos derechos señalamos los siguientes: la demanda de nulidad de matrimonio por la causal de enfermedad mental caduca cuando el cónyuge perjudicado no la ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad (artículo 274 inc. 1º del C.C.), la acción de divorcio basada en la causal de adulterio o atentado contra la vida del cónyuge (artículo 339 del C.C.) caduca a los seis meses de conocida la causal por el ofendido o en todo caso a los cinco años, la acción por lesión a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante o en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato (artículo 1454 del C.C.), las acciones para solicitar la resolución de contrato por razón de vicio oculto o rebaja en el pago del bien transferido caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis de los inmuebles (artículo 1514 del C.C.), el derecho de retracto caduca a los treinta días computables a partir de la fecha cierta en que el retrayente toma conocimiento de la enajenación (artículo 1596 del C.C.), etc.

Hay pretensiones, sin embargo, que no caducan como ocurre con la acción de nulidad de matrimonio (artículo 276 C.C.), la acción de filiación extramatrimonial (artículo 410 C.C.), etc.

Así, pues, en caso de interponerse una demanda haciendo valer el derecho de acción sustentado en un derecho temporal, al calificar la demanda el juez debe declarar la improcedencia (artículo 427 inc. 3 del C.P.C.) por caducidad por haberse extinguido el derecho y la acción; esto es la pretensión procesal del demandante y no hay razón de tramitar una demanda si el derecho ha caducado, porque irrogaría a las partes esfuerzos innecesarios y atentaría contra el principio de economía procesal.

7.4. Cuando el juez es incompetente

Si al calificar la demanda, el juez se da cuenta que es incompetente por razón de la competencia objetiva (materia, cuantía), funcional (jerárquica o de grado) llamada

competencia absoluta y la territorial denominada competencia relativa³⁴⁵, deberá declarar la improcedencia de la demanda, tal como lo dispone el artículo 427 inc. 4 del C.P.C.

Por razón de la materia, no puede conocer una pretensión procesal distinta de la cual es competente. En este supuesto, al declarar improcedente la demanda el juez debe ordenar el archivamiento del proceso devolviendo los anexos para que el demandante haga valer su derecho ante el juez competente.

Tratándose de la competencia por la cuantía, se determina de acuerdo al monto del petitorio expresado en la demanda, sin admitirse oposición al demandado, salvo disposición expresa en contrario, como se ha dejado expresado en las reglas que sirven para determinar la cuantía (supra 5.1.2).

Pero si de la demanda y sus anexos aparece que es distinta a la indicada por el demandante, el juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al juez competente, por considerarse incompetente³⁴⁶.

Al haber normado este caso, el legislador le confiere al juez la inhibición y no declarar improcedente la demanda y en consecuencia remitir el proceso al juez competente. Por ejemplo, si el juez especializado en lo civil al calificar la demanda advierte que no es competente por razón de la cuantía, de inmediato deberá inhibirse y remitir todo lo actuado al juez de paz. En este supuesto expresamente normado, no procede declarar la improcedencia de la demanda.

En la competencia jerárquica o de grado, más conocida como competencia funcional, si el juez o los colegiados de la Sala Civil de las Cortes Superiores o de la Corte Suprema, al calificar la demanda consideran que no son competentes de oficio declararán la improcedencia de la demanda mediante resolución debidamente fundamentada y devolverán los anexos.

El demandado no puede cuestionar la competencia funcional, jerárquica o de grado a través de la excepción de incompetencia, porque cualquiera que sea su jerarquía o grado los jueces de oficio o a pedido de parte, hasta antes de expedir el auto de saneamiento procesal pueden declarar la improcedencia de la demanda.

Por ejemplo, en los procesos de impugnación de resolución administrativa expedida por un órgano administrativo de carácter regional, conforme al artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, si la demanda es presentada ante el juez civil, este la remitirá con sus anexos a la Sala

345 Ticona Postigo, Víctor, Op. Cit., p. 515.

346 Cfr. art. 10 incisos 1 y 2 del C.P.C.

Civil de turno del distrito judicial de la respectiva Corte Superior correspondiente bajo sanción de nulidad³⁴⁷.

A partir de la promulgación de la Ley N° 29364, que por su artículo 1 modificó la competencia de grado en los procesos de responsabilidad civil de jueces prevista en el artículo 511 del C. P. C., las salas civiles de las cortes superiores y de la Corte Suprema ya no son competentes para conocer los procesos de responsabilidad civil atribuida a los jueces de paz, a jueces supremos, de modo que si se interpusiese una demanda ante estas salas civiles las declararían improcedentes y las remitirán a los jueces especializados en lo civil o mixtos que son competentes para conocer estos procesos³⁴⁸.

En la competencia territorial, el juez no puede declarar la improcedencia de la demanda bajo el fundamento de que es incompetente por razón del territorio, porque en esta clase de competencia se produce la prórroga tácita. El demandante al interponer la demanda está prorrogando la competencia del juez y el demandado al contestarla sin cuestionarla por medio de la contienda de competencia ante el juez donde ha sido emplazado con la demanda o proponiendo la excepción de incompetencia³⁴⁹.

El juez no puede sustituir a la parte demandada que tiene el derecho de contradicción y el derecho de defensa; y, si esta no cuestiona la competencia territorial, el juez de oficio no puede declarar la improcedencia de la demanda, salvo que se trate de derecho de sucesiones, donde la competencia territorial es improrrogable³⁵⁰; porque el pretensor deberá interponer su demanda ante el juez del lugar del último domicilio en el país que tuvo el causante.

En estos casos la competencia es única, exclusiva y excluyente; interpretándose esta competencia, *contrario sensu*, se infiere que el juez sí puede declarar la improcedencia de la demanda cuando esta se interpone ante otro juez de competencia territorial ajena al último domicilio que tuvo el *de cuius*.

7.5. No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio

Cuando la demanda no tiene una relación fáctica con las pretensiones procesales que le sirven de sustento, el juez debe declarar la correspondiente improcedencia; por

347 "Artículo 12.- Remisión de oficio.- En aquellos casos en los que se interponga demanda contra las actuaciones a las que se refiere el artículo 4, el Juez o Sala que se considere incompetente conforme a ley, remitirá de oficio los actuados al órgano jurisdiccional competente que corresponda, bajo sanción de nulidad de lo actuado por el Juez o Sala incompetente".

348 "Artículo 511.- Competencia de grado.- El Juez Especializado en lo Civil, o el Juez Mixto, en su caso, es el competente para conocer los procesos de responsabilidad civil de jueces, inclusive si la responsabilidad fuera atribuida a los Vocales Supremos".

349 "Artículo 26.- Prórroga tácita de la competencia territorial.- Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia".

350 "Artículo 19.- Sucesiones.- En materia sucesoria, es competente el Juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable".

cuanto los hechos no sólo demuestran la existencia del derecho sustancial o material pretendido, sino también constituyen el fundamento real y verdadero del petitorio.

Así, por ejemplo, cuando se demanda reivindicación, los hechos en que se funde el petitorio, deben ser expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad, de modo que el demandado pueda pronunciarse de cada una de ellas al contestar la demanda; es decir que los hechos sean proposiciones lógicas afirmativas que permitan establecer el nexo con la pretensión o pretensiones procesales, como que soy propietario del inmueble X, que el demandado se encuentra ocupando mi posesión mediata como poseedor inmediato de mi bien inmueble.

En caso contrario, el demandado se encontraría en una situación de indefensión, porque el petitorio demandado no tiene correspondencia con los hechos, no podría ofrecer los medios probatorios más útiles a su derecho de defensa, ya sea respecto a los hechos como a las pretensiones procesales que contenga la demanda.

Al juez, por otro lado, también le impedirá declarar la presunción relativa de verdad³⁵¹ cuando el demandado no absuelve el traslado de la demanda, porque resultaría contradictorio declarar la rebeldía como presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda, cuando estos no tienen una relación fáctica con el petitorio.

7.6. Petitorio jurídica o físicamente imposible

La pretensión procesal será jurídicamente imposible porque no puede exigirse una prohibición legal expresa, o cuando la pretensión es ilícita, es decir contraria al derecho, a la moral, el orden público y las buenas costumbres. Así, por ejemplo, demandar divorcio absoluto arguyendo una causa propia o cuando los cónyuges se demandan el cumplimiento de un contrato de compraventa respecto de los bienes sociales de la sociedad de gananciales.

El maestro Juan Monroy Gálvez sostiene que se tratan de derechos no justiciables, como una deuda originada en un juego no autorizado que no es posible de reclamo judicial, porque su derecho de crédito se le niega con norma expresa para exigir su pago³⁵²; o las llamadas cuestiones no justiciables, que en principio son justiciables pero

351 "Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.- La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda.

La pretensión se sustente en un derecho indisponible.

Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o

El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción".

352 "Artículo 1943.- El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar su resultado".

que en atención a su particular naturaleza y a razones de política estatal, se niega la posibilidad de su juzgamiento, como la declaración de un estado de emergencia, las decisiones presidenciales a propósito de una insurrección o la eventualidad de una guerra exterior.

Finalmente, nos refiere sobre la falta de fundamentación jurídica de la pretensión, como en el caso de una persona que demanda a su concubino para que se le declare el divorcio respecto de la relación que mantienen, se trata de una exigencia (pretensión) desprovista de sustentación jurídica³⁵³.

Las pretensiones procesales serán físicamente imposibles cuando el objeto no está al alcance de las facultades humanas; demandar, por ejemplo, reivindicación de bienes que se han destruido por un terremoto o del planeta Marte, donde el hombre todavía no ha tomado posesión ni ha caído bajo su dominio.

Al respecto, TICONA POSTIGO, tratando de adaptar el negocio jurídico de carácter civil a nuestro sistema procesal, afirma: "La imposibilidad física del petitorio puede ser originaria o sobreviniente, según que la causa de aquella imposibilidad sea anterior o posterior a su formulación ante el órgano jurisdiccional, mediante la presentación de la respectiva demanda.

La causal de improcedencia solamente está referida a la imposibilidad originaria, por cuanto, el juez al calificar la demanda, y específicamente esta viabilidad material lo hace en las circunstancias fácticas concretas y actuales de la presentación de la demanda. También la imposibilidad física puede ser objetiva (o absoluta) y subjetiva (o relativa). La primera, impide la viabilidad física en forma completa y definitiva, y no puede ser cumplida por el demandado ni por otra persona: no puede ser salvada por nadie; mientras que la segunda (subjetiva) se refiere a la imposibilidad en que se halla el obligado para cumplir personalmente con la prestación peticionada, pero que otra persona sí podría cumplirla. La imposibilidad física del petitorio, como causal de improcedencia de la demanda, solamente se refiere a la señalada como objetiva o absoluta"³⁵⁴.

En estos casos, el juez de plano debe declarar la improcedencia de la demanda.

7.7. Acumulación indebida de pretensiones

La acumulación es una institución procesal que explica la naturaleza jurídica de aquellos procesos en los que se advierte más de una pretensión o más de dos personas

353 MONROY GALVEZ, Juan; Op. Cit., pp. 368 a 382.

354 Ticona Postigo, Víctor; Op. Cit.; T.I; pp. 523.

como partes de un proceso. El Código ha adoptado el siguiente criterio clasificatorio de la acumulación:

La acumulación objetiva se da cuando en un proceso hay más de una pretensión, por ejemplo la nulidad del contrato y pago de daños y perjuicios.

La acumulación subjetiva se presenta cuando en un proceso se observa varios demandantes o demandados; esta a su vez puede ser activa, pasiva o mixta. Cuando demandan varios demandantes nos encontramos frente a una acumulación subjetiva activa, si se demanda contra varios demandados tenemos una acumulación subjetiva pasiva y si hay varios demandantes o demandados se trata de una acumulación subjetiva mixta.

La acumulación objetiva y subjetiva puede ser originaria o sucesiva³⁵⁵.

La acumulación objetiva es originaria cuando el escrito de demanda contiene más de una pretensión; es decir en esta acumulación hay pluralidad de pretensiones y debe cumplir con ciertos requisitos: competencia, que no sean contrarias entre sí, salvo que se propongan en forma subordinada o alternativa y tramitables en la misma vía procedimental³⁵⁶. Esta acumulación a su vez se ha clasificado en subordinada, alternativa y accesorio.

La acumulación objetiva originaria será subordinada cuando las pretensiones que se propongan una sea principal y la otra se encuentre en situación de subordinada de esta, de modo que el desamparo de una conduce al juez a pronunciarse sobre la otra. En este supuesto de subordinación, el demandante debe indicar en su demanda la relación de subordinación, en caso contrario la demanda será declarada improcedente³⁵⁷.

Así, por ejemplo, cuando una persona demanda resolución de contrato de compra venta sosteniendo que el demandado no le ha pagado ni el 50% del valor del inmueble y, además, como pretensión subordinada que se pida al juez que se le pague la diferencia del precio.

355 "Artículo 83. Pluralidad de pretensiones y personas. - En un proceso pueden haber más de una pretensión o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda es una acumulación subjetiva.

La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente".

356 "Artículo 85. Requisitos de la acumulación objetiva. - Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas sean:

Sean de competencia del mismo Juez;

No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y

Sean tramitables en una misma vía procedimental.

Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código".

357 "Artículo 427. Improcedencia de la demanda. - El Juez declarará improcedente la demanda cuando: (...)

7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones."

En este caso si no ampara la demanda propuesta como principal sobre resolución de contrato deberá pronunciarse sobre la pretensión propuesta como subordinada de pago del 50% del precio; pero si fuera de criterio diferente que es fundada la pretensión principal de resolución de contrato, se abstendrá de pronunciarse sobre la subordinada de pago de diferencia del precio.

La acumulación objetiva originaria es alternativa cuando el demandante demanda más de una pretensión, facultando al demandado el derecho de elegir en caso que ambas pretensiones se declaren fundadas en la etapa de ejecución. Así, por ejemplo, si se demanda alternativamente la resolución del contrato de compraventa o el pago de la diferencia del precio. En este caso ambas pretensiones se ampararán en la sentencia no obstante ser contradictorias, en ejecución de sentencia el demandado tiene el privilegio de escoger la pretensión que va a cumplir. Si el demandado no lo hace renunciando a tal privilegio, será el demandante quien elija la pretensión que debe cumplir el demandado.

La acumulación objetiva originaria es accesoria cuando el demandante propone en su demanda más de una pretensión, advirtiéndose que una de ellas tiene la calidad de principal y las otras de accesorias. Esta relación de pretensiones, dependerá de lo que resuelva el juez en la sentencia respecto a la pretensión principal, si la declara fundada puede darse el caso que declare infundada o fundada la pretensión accesoria; pero si la declara infundada la pretensión principal deberá pronunciarse declarando infundada la pretensión accesoria.

Así, por ejemplo, si se demanda la resolución del contrato de compraventa, entrega del bien y el pago de daños y perjuicios; todo dependerá de lo que resuelva el juez en la sentencia respecto de la pretensión principal³⁵⁸. Es de advertir que esto no ocurre en las pretensiones tributarias de una pretensión principal, donde las accesorias están tácitamente demandadas y en ese sentido se orienta nuestro ordenamiento procesal a partir del Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 de junio de 2008.

La acumulación objetiva sucesiva se produce cuando después del emplazamiento con la demanda se agregan otras pretensiones. El demandante amplía su demanda, el demandado reconviene y cuando de oficio o a petición de parte se acumulan dos o más procesos para ser resueltos en una sola sentencia y para evitar pronunciamientos ju-

358 "Artículo 87. Acumulación objetiva originaria.- La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. 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 accesoria 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".

jurisdiccionales opuestos³⁵⁹. Así, por ejemplo, en el caso que el demandante pretenda el cumplimiento del pago de la resolución de contrato de compraventa y el demandado reconviene entrega del bien materia del contrato.

La acumulación subjetiva se produce cuando en un proceso encontramos la intervención de más de una persona como demandantes o demandados; es decir, desde la interposición de la demanda hay pluralidad de sujetos.

Esta acumulación es de dos clases: subjetiva originaria y subjetiva sucesiva.

La acumulación subjetiva originaria se produce cuando en la demanda hay varias personas que tienen la condición de parte demandante o demandada, según los casos³⁶⁰.

La acumulación subjetiva sucesiva se da cuando se incorpora una persona al proceso después del emplazamiento con la demanda, creando multiplicidad de situaciones respecto a la relación sustantiva inicial.

Así, por ejemplo, Pedro demanda a José para que se le declare propietario del inmueble X, del que dice ser copropietario junto con Raúl y Mario. Pero este último, Mario, desconociendo el proceso iniciado por Pedro interpone demanda contra José por la misma pretensión. Notificado José con la segunda demanda y atendiendo a la identidad de pretensión, solicita se acumulen los dos procesos en uno solo, específicamente en el iniciado por Pedro, dado que dicho juez fue quien primero lo notificó con la demanda. Declarada y producida la acumulación, se resuelve en un solo proceso las dos demandas, tal como lo dispone el artículo 89 inc. 2 del C.P.C.

En esta acumulación debe darse la conexidad de pretensiones, es decir, debe haber elementos comunes o por lo menos afines con las pretensiones interpuestas, tal como lo prescribe nuestra ley procesal³⁶¹.

359 "Artículo 88. Acumulación objetiva sucesiva. Se presenta en los siguientes casos:

Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones;

Cuando el demandado reconviene; y

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

360 "Artículo 89.- Acumulación subjetiva de pretensiones originaria y sucesiva.- La acumulación subjetiva de pretensiones originarias se presenta cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas.

La acumulación subjetiva de pretensiones sucesivas se presenta en los siguientes casos:

1.- Cuando un tercero legitimado incorpora al proceso otra u otras pretensiones; o

2.- Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único.

En este último caso, atendiendo a la conexidad y la eventual diferencia de trámite de los procesos acumulados, el Juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia".

361 "Artículo 84.- Conexidad.- Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por menos, elementos afines entre ellas".

La acumulación se fundamenta en el principio de economía procesal, que ha adquirido en el Código Procesal Civil una mayor complejidad y tiene mucha importancia instituyéndose con la finalidad de evitar que los organismos jurisdiccionales expidan sentencias contradictorias³⁶².

Si el demandante no cumple con una debida acumulación de pretensiones en la demanda, el juez al calificarla la declarará improcedente, disponiendo el archivo del expediente y devolviendo los anexos. No se debe demandar acumulativamente, por ejemplo, cumplimiento de entrega de un bien inmueble y retracto, porque no se cumplen las exigencias prescritas en el artículo 85 del C.P.C. porque se ejercitan pretensiones que deben ventilarse, tramitarse y resolverse en vía procedimental distinta. La primera pretensión se tramita en proceso de conocimiento y el retracto como proceso abreviado; al respecto la doctrina y la jurisprudencia es sumamente clara.

Al comentar la correcta acumulación de pretensiones, ALVARADO VELLOSO refiere que "este presupuesto de la demanda no es aceptado generalizadamente como tal por la doctrina, la cual lo estudia como presupuesto de la sentencia con el fundamento de la "acumulación de acciones" (en rigor, acumulación de pretensiones) en una misma demanda, no hace posible la emisión de la sentencia de mérito que resuelve el litigio.

A mi juicio, debe incluirse entre los presupuestos propios de la demanda pues la facultad que la ley otorga al pretensor de acumular pretensiones debe ser desde *ab initio* por la autoridad para facilitar o no la formación de tantos procesos como pretensiones sean las deducidas en la demanda. Y es que no resulta lógicamente posible que un mismo actor acumule contra un mismo demandado pretensiones que se autoexcluyan entre sí. Por ejemplo, si el actor pretende que el juez ordene al demandado el cumplimiento de un contrato y, al mismo tiempo, que el juez declare la nulidad de tal contrato, parece claro que el demandado no podrá defenderse adecuadamente en razón de la contemporaneidad de las pretensiones antagónicas"³⁶³.

Hay, asimismo, indebida acumulación de pretensiones por la competencia cuando se demandan pretensiones que exceden de 1000 unidades de referencia procesal y otras hasta de 100 unidades de referencia procesal. En estos casos, el juez debe pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones que no son de su competencia y declarar improcedente la demanda.

Contra la resolución del juez que declara improcedente la demanda, procede el recurso de apelación y de casación según los casos, aunque este último medio impugnatorio es muy discutible para un sector de procesalistas.

362 Monroy Gálvez, Juan; Carrión Lugo, Jorge y Ramírez Jiménez, Nelson; Comentarios al Código Procesal Civil; Edit. Cultural Cuzco; 1994; Lima Perú; pp. 93-101.

363 Alvarado Velloso, Adolfo; Op. Cit.; Primera Parte; pp. 124 y 125.

8. CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA

Presentada la demanda, el juez tiene que calificarla, es decir examinar si reúne los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. La ley procesal exige que la demanda posea un contenido pretensional preciso e inequívoco para que el demandado pueda hacer uso del derecho de contradicción; que se especifique con toda claridad quién, de quién, qué y por qué se le demanda, razón por la cual el pretensor debe cumplir con los requisitos de forma y de fondo.

Al calificar la demanda el juez juzga, analiza y si está afectada de algún requisito de forma o de fondo procederá a declarar la inadmisibilidad o improcedencia.

Cuando la demanda presentada al juez contiene todos los presupuestos procesales, se cumple con una garantía constitucional generalizada universalmente que asegura un debido proceso como un medio para llegar a una solución legítima y justa, permitiendo al demandado un adecuado uso del derecho de contradicción y de defensa en una contienda judicial. En consecuencia, el juez si califica positivamente la demanda expide el auto de admisibilidad.

En esta resolución, el juez da por ofrecidos los medios probatorios por la parte demandante, confirmando traslado al demandado para que comparezca al proceso³⁶⁴ a ejercitar el derecho de contradicción y de defensa.

9. MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

9.1. Concepto

Es la alteración que sufre la demanda, tanto en las pretensiones principales como en las accesorias antes de que esta sea notificada al demandado; por ejemplo, si se ha demandado rescisión de contrato cuando en realidad debió demandarse resolución de contrato.

9.2. Clases

Podemos considerar que pueden darse dos clases de modificación de la pretensión o pretensiones: en lo principal y en lo accesorio o accidental.

9.2.1. En lo principal

De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal³⁶⁵, el demandante antes de que ésta sea notificada, puede modificar en lo principal. Esta modificación altera totalmente el

364 Cfr. art. 430 del C.P.C.

365 "Artículo 428.- Modificación y ampliación de la demanda.- 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. A este efecto se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte".

fondo de la controversia porque incide en los elementos esenciales de la demanda, es decir, en los sujetos, objeto y pretensión procesal.

9.2.1.1. Con relación a las partes

Hay que entender que tanto el demandante como el demandado son sujetos de la relación procesal y que, el primero, es el que va a hacer la modificación. Este después de haber interpuesto una demanda expresamente contra una determinada persona, pretende incluir además a otras que había omitido en la original. El demandante no puede retirar al originario demandado o sustituirlo por otro —incluyendo a otras personas ajenas a la demanda—, porque esto significaría la extinción de la pretensión procesal. Habrá variación de la demanda, en cuanto a los sujetos, cuando en una demanda de reivindicación de un bien inmueble se demanda a un solo poseedor cuando debió hacerse a todos los que se encuentran en posesión del bien sub-litis.

9.2.1.2. Con relación al objeto

Esta modificación se refiere a las cualidades esenciales del objeto materia de la pretensión procesal demandada, ya sea restringiéndolas o aumentándolas en cantidad mayor o menor a la que realmente en su originaria demanda había demandado; lo que implica que se comprendan o excluyan bienes o cosas que no han sido demandados.

En una demanda de conocimiento sobre reivindicación, por ejemplo, se pide la entrega de dos mil metros cuadrados, cuando en realidad son dos mil doscientos metros cuadrados. En este caso, antes de que sea notificada, debe modificarse la demanda. En el supuesto que se demandara la entrega de un bien distinto, en cambio, en el fondo el demandante se está desistiendo del objeto que es materia del conflicto.

9.2.1.3. Con relación a las pretensiones procesales

Se produce cuando las pretensiones procesales que se demandan, cuya tutela jurisdiccional se aspira o cuya incertidumbre jurídica se pretende lograr, son totalmente equivocadas; esto es, que no son claras o concretas. Por ejemplo, en una demanda de impugnación de paternidad que interpone el presunto padre de un hijo extramatrimonial, acción que corresponde al marido; o en una demanda en que el pretensor sostiene que el bien demandado lo ha adquirido por permuta y en la variación que fue por compra-venta.

9.2.2. Modificación en lo accesorio

Puede hacerse antes de que sea notificada la demanda al demandado, porque esta modificación no va a tener influencia en el fondo de la controversia, puede también darse en los tres elementos constitutivos de la demanda principal.

9.2.2.1. Con relación a las partes

En cuanto a la demandante o demandado que son sujetos de la relación procesal, la modificación se produce sin alterar la personalidad jurídica de las partes. Por ejemplo, si en la demanda originariamente se ha demandado a Pedro Ríos Campos, se podría modificar en lo accidental aumentando el nombre propio a Pedro Pablo Ríos Campos porque se trata de la misma persona.

9.2.2.2. Con relación al objeto

Se produce cuando hay algún error accesorio en el bien materia del conflicto judicial y, por consiguiente, no va a influir en el sentido de la resolución. Por ejemplo: cuando en una pretensión principal se ha demandado que el lindero no es el mismo que se indica en el escrito de modificación, aun puede darse la calle, numeración, etc., toda vez que el objeto de la pretensión está determinado por otros elementos constitutivos que identifican objetivamente el bien sub-materia.

9.2.2.3. Con relación a las pretensiones procesales

Igualmente pueden modificarse antes que la demanda sea notificada. Esto puede suceder cuando existen pretensiones procesales principales y accesorias, como por ejemplo cuando en una demanda de pago de nuevos soles se ha omitido el pago de los intereses. En la modificación puede extenderse al pago de los intereses legales, moratorios, convencionales y compensatorios; en una demanda de responsabilidad extracontractual, si el demandante sostiene que el agente causó el daño por negligencia, posteriormente puede aclarar en la modificación de la demanda que ha sido por impericia u otra causa que ha dado origen al evento.

10. AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

10.1. Concepto

Es la facultad por la cual el demandante puede ampliar la cuantía de la pretensión procesal demandada hasta antes de que se expida sentencia cuando se vencieran nuevos plazos de la relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho.

Existen obligaciones de tracto sucesivo cuyo incumplimiento se produce por cuotas, incluso puede haberse demandado las primeras cuotas incumplidas. En este caso, la ley procesal le permite al demandante ampliar la cuantía de lo pretendido por las nuevas cuotas que se devenguen, siempre y cuando estén originadas en la misma relación obligacional que sirvió de sustento a la demanda y se hagan valer antes de que se expida sentencia.

Presentado el escrito de ampliación, se consideran comunes los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un solo traslado a la otra parte. En consecuencia, estas ampliaciones de demanda el juez las resolverá en la sentencia.

La ampliación de la demanda puede darse tanto en los procesos contenciosos y de ejecución siempre que la relación obligacional se vaya venciendo por plazos y en la demanda se haya reservado ese derecho.

11. TRASLADO DE LA DEMANDA

Es el acto procesal por el cual el juez, una vez que ha admitido la demanda, pone en conocimiento del demandado el escrito de demanda y sus anexos, con el objeto de que se defienda de las pretensiones procesales del demandante. El traslado que se corre al demandado se fundamenta en el principio de contradicción ya comentado.

El proceso de conocimiento es un proceso común, cuando el demandante solicita la intervención del juez, este con los poderes que integran la jurisdicción no solamente corre traslado, sino también cita a audiencias y otras veces emplaza o requiere al demandado. Con tal fin se debe establecer las diferencias entre los términos: citación, emplazamiento y requerimiento.

El vocablo citación deriva de la palabra latina *citum* (*vocito*), que significa llamar a voces. En el antiguo derecho romano, sostiene el jus procesalista ALZAMORA VALDEZ, la citación "*in jus vocatio*" era un acto extrajudicial realizado por el actor sin la intervención del magistrado, mediante el cual el acreedor invitaba al deudor a acudir ante el magistrado, a fin de que se discuta la cuestión litigiosa y, si el deudor no aceptaba, el acreedor podía llevarlo por la fuerza, según la Ley de las XII Tablas.

Continúa afirmando que el Código de Enjuiciamiento Civil de 1852, en el art. 596, prescribía: "Todo el que ha sido demandado ante un Juez debe ser citado emplazado", y el artículo 597 disponía: "Esta citación tiene por objeto la comparecencia del reo ante el Juez que lo emplazó, para que esté a derecho, se defienda y cumpla con el mantenimiento"³⁶⁶.

La citación es el acto procesal por el cual el juez ordena la comparecencia de los que son parte en un proceso, tercero legitimado o extraños vinculados a él, ya sea personalmente o formalmente representados.

Este término es más común en los procesos contenciosos de conocimiento, abreviado y sumarísimo en los que el juez convoca a las audiencias a las partes o a terceros, a fin de que comparezcan a su juzgado para realizar determinados actos procesales como las audiencias de saneamiento procesal, de pruebas, audiencias especiales y suplementarias, etc.

366 Alzamora Valdez, Mario; Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario; Segunda Edición; Edit. Facultad de Derecho de UNMSM; Lima, Perú; 1968; pp. 29 y 30.

El emplazamiento es el llamamiento que hace el juez al demandado para que se apersona al proceso y se ponga a derecho dentro de un plazo perentorio, tal como lo trataremos in extenso.

El requerimiento, en cambio, es la notificación por la cual se intima al demandado para que cumpla con una resolución, bajo una sanción en caso de no hacerlo. Ejemplo: en el proceso ejecutivo se requiere al ejecutado para que cumpla con una determinada obligación, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada; en los procesos de ejecución de garantías se requiere al ejecutado con el mandato de ejecución para que pague el saldo deudor, bajo apercibimiento de remate del bien dado en garantía.

En el traslado, el juez debe hacer conocer al demandado las pretensiones procesales que se hayan propuesto en su contra, a fin de que pueda hacer uso del derecho de contradicción y de defensa, como principio y derecho de la función jurisdiccional, de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, según lo informa el artículo 139, inc. 14 de la Constitución Política.

COUTURE define a los actos de comunicación como aquellos dirigidos a notificar (*notum facere*) los actos de decisión a las partes o a otras autoridades³⁶⁷; porque el traslado que contiene el auto admisorio de la demanda se comunica al demandado personalmente por los diferentes medios de las notificaciones que pueden ser por cédula, exhorto, por radiodifusión o por edictos.

367 Couture, Eduardo; Fundamentos del Derecho Procesal Civil; Edit. Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1987; p. 204.



Capítulo IV

DEL EMPLAZAMIENTO



1. EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO

1.1. Concepto

Es el acto procesal por el cual el juez notifica al demandado con la resolución admisorio de la demanda para que se ponga a derecho dentro de cierto plazo y ejerza el derecho de contradicción y de defensa.

Por el emplazamiento se constituye la relación jurídico procesal entre las partes generando derechos y obligaciones recíprocas entre ellas.

ALSINA afirma que “El emplazamiento es el llamamiento para que comparezca el demandado a estar a derecho dentro de cierto término”³⁶⁸.

PEYRANO con gran acierto opina que “Emplazamiento es el llamado que se hace a una persona para que comparezca a un proceso dentro de un plazo determinado”³⁶⁹.

368 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 59.

369 Peyrano, Jorge; Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinario y jurisprudencial; Edit. Juris; Rosario-Provincia de Santa Fe, Argentina, 2000; p. 293.

Para el emplazamiento del demandado se debe cumplir con ciertas formalidades, a fin de que sea notificado con las garantías que la ley procesal establece, salvo que el demandado tenga apoderado legítimamente constituido con poder especial para ser emplazado con nuevas demandas o se haya producido la designación con las formalidades que prescribe el artículo 72 del C.P.C.

En caso que el demandado no cumpliera con nombrar apoderado ni constituyera domicilio en la competencia territorial del juzgado, el proceso se seguirá en rebeldía. En las demandas de tercería debe hacerse el emplazamiento al apoderado del demandado en el proceso cautelar donde se ha producido el embargo o secuestro.

1.2. Importancia del emplazamiento

El emplazamiento al demandado tiene trascendental importancia:

- Por el emplazamiento las partes tienen conocimiento de la resolución admisorio de la demanda; esto es, de la actividad jurisdiccional del juez, de los escritos que presenta su colitigante y terceros legitimados que están vinculados al proceso. De no existir esta institución que constituye una garantía para el juez y las partes, el demandado no podría ejercer el derecho de contradicción como tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, los remedios y recursos, etc.
- Que la resolución admisorio de la demanda no producirá sus efectos jurídicos mientras no se haga conocer a través de las notificaciones, puesto que los plazos procesales empiezan a correr a partir del día siguiente de la notificación para que la parte afectada con la resolución expedida pueda hacer uso de los medios impugnatorios.
- Por el emplazamiento a través de las notificaciones judiciales se pone en práctica los principios de contradicción y de publicidad, ya que el demandado no solamente puede contradecir la demanda, sino también allanarse o reconocer las pretensiones procesales de su colitigante. Se pone en práctica el principio de publicidad, pues tanto las partes, terceros legitimados y extraños a la relación procesal tienen conocimiento de la demanda, escritos y resolución admisorio que cautela el normal desarrollo del proceso, como sucede con el emplazamiento por edictos, cuando se hace a las personas inciertas, indeterminadas, con residencia o domicilio ignorados y otros casos que la ley procesal ha previsto.
- También es importante el emplazamiento porque las partes, terceros legitimados o personas extrañas al proceso quedan sometidas o vinculadas y no podrán desligarse mientras que no termine; por consiguiente, estos tienen que soportar las cargas procesales.

2. FORMAS DE EMPLAZAMIENTO

Cuando ha sido admitida la demanda debe procederse al emplazamiento del demandado a través de la notificación con la resolución para que se ponga a derecho y

ejercite el derecho de contradicción y de defensa. A fin de que la relación procesal sea válida, en todo proceso judicial se tomará en cuenta las diferentes formas de emplazamiento que ha previsto nuestro ordenamiento procesal civil.

2.1. Emplazamiento del demandado en la competencia territorial del juzgado

Cuando el demandado tiene su domicilio dentro de la competencia territorial del juzgado, el emplazamiento se hará por medio de una cédula de notificación en la dirección domiciliaria señalada por el demandante.

Esta forma de notificación consiste en la transcripción literal del contenido de las resoluciones judiciales, tanto a las partes como a terceros que intervienen en la secuela del proceso, con la finalidad de que tengan conocimiento del mandato jurisdiccional³⁷⁰. Esta transcripción literal se hace en el domicilio real del demandado, si allí se encontrara (artículo 431 del C.P.C.)

Estas notificaciones son importantes, porque si no se hacen no empiezan a correr los plazos, o sea que sirven para impulsar el proceso y, si se realizan, los plazos se vencen y se dan por precluidos los diferentes actos procesales hasta llegar a su fin.

Cuando se trata de funcionarios públicos, que no son parte en el proceso, el juez como director del proceso les notificará por cédula donde les transcribirá la resolución que debe conocer o cumplir en su carácter oficial en su domicilio legal donde ejercen sus funciones (artículo 158 in fine del C.P.C.), en virtud del principio de socialización del proceso.

El contenido y entrega de la cédula debe contener la formalidad prevista en lo dispuesto por el Código Procesal Civil; esto es:

- 1) Nombre y apellido de la persona a notificar o designación que corresponda y su domicilio, con indicación del carácter de este, es decir, debe notificarse a la persona

370 "Artículo 157º.- Notificación por cédula.- Sólo serán notificadas por cédula las siguientes resoluciones:

1. La que declara inadmisibles o improcedentes las demandas;
2. La que contiene el traslado de la demanda, de la reconvenión y de sus contestaciones, si las hubiera;
3. La que contiene la admisión de un tercero con interés, de un sucesor procesal o de un sustituto procesal;
4. La que declara fundada una excepción o una defensa previa;
5. La que contiene un juzgamiento anticipado del proceso;
6. La que cita a alguna de las audiencias previstas en este Código;
7. La que contiene una declaración de suspensión o de conclusión del proceso;
8. La que contiene una sentencia o alguna forma especial de conclusión de un proceso;
9. La que contiene una medida cautelar;
10. Los autos y sentencias que expidan las salas de la Corte Suprema; y,
11. Otras resoluciones que el Juez disponga motivadamente.

natural o jurídica que es parte en el proceso, o a las personas extrañas a la relación procesal para que conozcan de la resolución expedida por el juez y cumplan con el mandato;

- 2) Proceso al que corresponda donde ha recaído la resolución;
- 3) Juzgado y secretaría donde se tramita y número del expediente;
- 4) Transcripción de la resolución con indicación del folio respectivo en el expediente y fecha y número del escrito a que corresponde, de ser el caso, a fin de evitar malas interpretaciones por las partes en conflicto y más que todo no permitir a las partes los artículos de nulidad³⁷¹;
- 5) Fecha y firma del secretario; es indispensable señalar la fecha de la cédula para saber si la resolución que se les va a notificar a las partes se ha expedido en día hábil y dentro del plazo que señala la ley procesal, más que todo para los efectos del cómputo de los plazos para impugnar las resoluciones.

En la práctica judicial, sin embargo, observamos frecuentemente que se modifican las fechas en las cédulas de notificación en el proceso, hasta se abusa corrigiendo a manuscrito, por lo que es recomendable que el mismo secretario haga la modificación de fecha, si esta no concuerda con la que figura en la cédula de notificación, dando cumplimiento al artículo 268 inc. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y si carece de firma del secretario la notificación no surtirá efecto alguno; y

- 6) En caso de adjuntarse copias de escritos y documentos, la cédula deberá expresar la cantidad de las hojas que se acompañan y sumaria mención de su identificación.

La entrega de la cédula de notificación se realizará por el órgano de auxilio judicial o por el encargado de la oficina respectiva, según se trate de personas naturales o jurídicas. A las personas naturales, físicas o individuales, debe realizarse en su domicilio real o legal o procesal señalado en autos en el primer escrito que haya sido presentado al juzgado, de lo que se dejará constancia con el nombre, firma e identificación del receptor; en caso de tratarse de personas naturales sujetas a tutela o curatela, debe hacerse en el domicilio de sus representantes legales debidamente acreditados, en el supuesto caso que se haya señalado domicilio especial debe notificarse en este domicilio (artículo 34 del C.C.); en el domicilio real se practicarán las notificaciones de carácter personal, como es el caso del emplazamiento de la demanda.

Si el encargado de las notificaciones no encontrara a la persona que va a ser emplazada con la resolución que admite la demanda, le dejará el aviso para que espere el día indicado en este con el objeto de notificarlo; si nuevamente no lo hallara en la nueva

371 Es indispensable la transcripción literal completa de la resolución notificada, de no guardar conformidad se atenta contra el principio de celeridad y economía procesal que daría lugar a las reclamaciones correspondientes para que se rehaga la cédula y se practique la notificación pertinente ya sea en el domicilio real, legal y especial.

fecha, entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo a la entrega de la copia de la cédula, haciendo constar, con su firma el día y hora del acto, el original incorporará al expediente con indicación del lugar, día y hora del acto de la notificación, suscrita por el notificador y quien recibe la cédula, salvo que este se negare o no pudiese firmar, de lo cual dejará constancia en el expediente.

Si por alguna circunstancia no pudiera entregarla, la cédula la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso. Esta forma de entrega de cédula es aplicable a la notificación de las resoluciones declarando rebelde al demandado³⁷².

La notificación de las resoluciones judiciales por mandato expreso del artículo 268 inc. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe hacerse al día siguiente que se expidan como los autos de admisibilidad de la demanda, si se tratan de sentencias deben hacerse dentro de dos días de dictada. En caso de no cumplirse con tal precepto, la sanción es de carácter disciplinario contra el auxiliar de justicia que no cumple con sus obligaciones.

2.2. Emplazamiento fuera de la competencia territorial del juzgado

El emplazamiento del demandado fuera de la competencia territorial del juzgado, pero dentro del territorio nacional, se realiza por comisión o, como se dice en doctrina, por competencia delegada. Nuestra ley procesal dispone que este tipo de emplazamiento se realice por medio de exhorto.

En este caso, el juez comisiona al de igual clase o grado, o de menor jerarquía, a fin de que el emplazamiento del demandado lo realice el juez del lugar más cercano al domicilio donde se encuentra el demandado. El juez comitente puede hacer la notificación a la parte demandada por cualquiera de los medios técnicos como por telegrama, facsímil u otro medio idóneo.

En esta forma de notificación, el juez comisionado debe tener todas las facultades que le otorgue el juez comitente, es decir que debe estar premunido de todos los apremios a fin de que pueda cumplir con su objetivo; sin embargo, no podrá hacer efectivos dichos apremios o apercibimientos dictados por el juez que delega la comisión, toda vez que no tiene facultades resolutorias, sino que si ha cumplido con realizar determinado acto procesal comisionado, devolverá el exhorto para que el juez que ha delegado su competencia tenga que resolverla; de lo que se establece que solamente el juez originario es el responsable de hacer efectivo los apremios y rebeldías que el juez comisionado haya dictado en atención a la comisión.

³⁷² Cfr. art. 161 del C.P.C.

El artículo 162 del C.P.C. prevé que la notificación de la persona que se encuentra fuera del lugar de la competencia del juez, pero dentro de la República, no necesariamente tiene que hacerse por exhorto, sino que el secretario de juzgado o el auxiliar jurisdiccional puede constituirse al lugar del domicilio del demandado donde debe hacerse la notificación, pues la diligencia de notificación no constituye un acto de procedimiento, sino un simple acto procesal que no causa ningún vicio de invalidez del pronunciamiento por efectos de la competencia delegada.

2.3. Emplazamiento fuera del país

Cuando se va a notificar al demandado en un lugar conocido del extranjero, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 162 in fine del código procesal, concordante con el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁷³, el emplazamiento se realizará por medio de exhorto, el que se debe remitir por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático del Perú en este, a elección del interesado.

Si la persona a quien debe hacerse la notificación se encuentra en un lugar conocido en el extranjero, se notificará por medio de los tribunales del Estado en que reside, por los consulados, embajadas diplomáticas acreditadas en el respectivo país, debiendo tramitarse el exhorto por medio de la corte superior y el ministerio de Relaciones Exteriores. Si la comisión la hace el juez, su firma deberá ser legalizada por el presidente de la corte superior respectiva y la de este por el ministerio de Relaciones Exteriores.

3. EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADOS CON DOMICILIOS DISTINTOS

Cuando los demandados fuesen varios y sus domicilios se encontraren en juzgados de competencia territorial diferente, la notificación a cada uno de ellos se efectuará por medio de exhorto. El plazo del emplazamiento será para todos el de la mayor distancia, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas. En estos casos, debemos interpretar que el plazo para comparecer al proceso y contestar la demanda será para todos el que resulte mayor, sin tomar en cuenta el orden en que las notificaciones fueron practicadas³⁷⁴.

Cuando debe notificarse a más de diez personas que tienen un derecho común, el juez, a pedido de parte, ordenará se las notifique por edictos. Adicionalmente se hará la notificación regular que corresponda a un número de litigantes que estén en

373 "Artículo 168.- Cuando se comisione a un Juez extranjero para la práctica de una diligencia judicial, se envía exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el respectivo Tratado, y, a falta de éste por el Ministerio de Relaciones Exteriores invocando la reciproca conveniencia de celeridad procesal.

Cuando los exhortos se libren a Cónsules y Agentes Diplomáticos del Perú y en el extranjero se remiten por conducto de Relaciones Exteriores".

374 Cfr. art. 434 del C.P.C.

proporción de uno por cada diez o fracción de diez, prefiriéndose a los que han comparecido³⁷⁵.

4. EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO INDETERMINADO

La ley considera al demandado con existencia real, solo que no se puede determinar su personalidad jurídica (nombre, domicilio, etc.) en forma concreta, como sucede con los intereses difusos y como lógica consecuencia no se puede emplazar por cédula o por exhorto dentro de la competencia territorial o extraterritorial del juez al que se interpone la demanda.

Por esta razón se tienen que adoptar todas las seguridades y se deben dar las garantías del derecho de defensa, emplazándose por edictos con la demanda y sus anexos según lo dispuesto por los artículos 165, 166, 167 y 168 del C.P.C., bajo apercibimiento de nombrarse curador procesal, tal como lo dispone el artículo 435 primera parte del acotado código procesal, para que el demandado haga uso del derecho de contradicción.

De no apersonarse al proceso dentro del plazo prescrito para cada proceso contencioso, como en el de conocimiento, si se encuentra fuera del territorio nacional no excederá de noventa días y de sesenta días si se halla en el país; en el proceso abreviado de cuarenticinco días y treinta días (artículo 492 del C.P.C.); y en el proceso sumarísimo de quince y veinticinco días respectivamente, se hará efectivo el apercibimiento y se le nombrará curador procesal. El sustento reposa en que la persona que se va a notificar no puede ser individualizada y el único medio de garantizar su defensa es la publicidad.

5. EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO INCIERTO

Este emplazamiento se produce cuando hay dudas sobre la existencia real del demandado, por haberle ocurrido algún percance, por caso fortuito o fuerza mayor, como puede ocurrir cuando se produce un terremoto, una guerra, etc., y no se tiene certeza si los que deben ser emplazados están con vida o han muerto. Las notificaciones a estas personas deben realizarse por edictos observándose lo dispuesto por los artículos 165, 166, 167 y 168 del C.P.C., bajo apercibimiento de nombrarse curador procesal y en cada proceso contencioso se observarán los plazos, como se deja expresado precedentemente, de no apersonarse y ejercitar el derecho de contradicción se le nombrará curador procesal para que este en su representación ejerza el derecho de defensa.

³⁷⁵ Cfr. art. 166 del C.P.C.

6. EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO CON DOMICILIO O RESIDENCIA IGNORADOS

Cuando la demanda es interpuesta contra persona cuyo domicilio o residencia se ignora, el emplazamiento se realizará por medio de edictos, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal³⁷⁶. Para que el demandado sea válidamente emplazado debe observarse las formalidades prescritas en los artículos 165, 166, 167 y 168 del acotado código adjetivo. La parte demandada debe comparecer y apersonarse en el proceso de conocimiento dentro del plazo de sesenta días si se encuentra en el territorio nacional y de noventa días si estuviese en el extranjero (artículos 435 in fine del C.P.C.), en el proceso abreviado la parte demandada debe apersonarse dentro del plazo de treinta y cuarenticinco días respectivamente -ya sea que se encuentre en el país o en el extranjero- y en proceso sumarísimo debe hacerlo dentro de los quince y veinticinco días. Estos plazos de emplazamiento se conceden también al demandado incierto.

7. EMPLAZAMIENTO DEL APODERADO

Si el demandado se encuentra fuera de la competencia territorial del juzgado donde ha sido demandado y hubiera constituido apoderado con facultades especiales conforme a nuestro ordenamiento procesal para contestar demandas, reconvenir, etc., se emplazará al apoderado, siempre que este se encuentre premunido de un poder especial, con facultades para realizar todos los actos de disposición de derechos sustanciales de su representado. En caso que el apoderado sólo goce de facultades generales como actos de administración o de disposición de determinados derechos sustanciales, no puede ser emplazado con la demanda.

8. EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO

Siendo el emplazamiento un acto procesal formal, ya sea que se realice por cédula, exhorto, edictos y otros supuestos, si se contraviene lo dispuesto por los artículos 431 al 436 del C.P.C. el emplazamiento será nulo. No habrá nulidad, sin embargo, si la forma empleada para el emplazamiento del demandado ofreció las mismas o mayores garantías que las prescritas en nuestro ordenamiento procesal. Tampoco habrá nulidad si el demandado comparece al proceso y no pide la nulidad del acto de la notificación dentro del plazo legal o si se prueba que el demandado tuvo conocimiento del proceso y omitió reclamarla oportunamente; esto es, que por el principio de convalidación procesal el acto procesal nulo vencido el plazo de tres días queda válido³⁷⁷.

376 Cfr. art. 435 segundo párrafo del C.P.C.

377 Cfr. art. 437 del C.P.C.

9. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO

Conforme a lo dispuesto por el artículo 438 del C.P.C., el emplazamiento al demandado con la demanda es válido cuando se realiza cumpliendo con las formalidades prescritas por nuestro ordenamiento procesal, para entablar la relación jurídico procesal. Este emplazamiento produce los efectos siguientes:

9.1. Con relación a la competencia

La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron³⁷⁸. Esto quiere decir que, una vez que se emplaza al demandado con la demanda, se produce la prevención de la competencia del juez y si hay pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento³⁷⁹.

De modo que, producida la prevención, el juez seguirá conociendo el proceso hasta expedir sentencia, salvo que se produzcan los cuestionamientos de la competencia a través de la contienda de competencia o de la excepción de incompetencia dentro de los plazos expresamente establecidos.

9.2. Con relación al petitorio

Al realizarse el emplazamiento válido al demandado con la demanda, las pretensiones procesales acumuladas no podrán ser modificadas, porque los actos procesales que se realizan en estos actos postulatorios son preclusivos. Solo puede ampliarse la cuantía de lo pretendido según los presupuestos contenidos en el artículo 428, segunda parte del C.P.C., tal como lo hemos explicado al tratar la ampliación de la demanda (item 10.1), cuando 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. El petitorio solamente podrá ser modificado hasta antes de que el demandado sea emplazado con la demanda³⁸⁰.

9.3. Con relación a la litispendencia

Al emplazarse al demandado formalmente, no es posible jurídicamente que el pretensor inicie un nuevo proceso interponiendo una nueva demanda con el mismo petitorio³⁸¹, por cuanto se trata de las mismas partes, de las mismas pretensiones que contiene el petitorio del primer proceso, en el que ya se ha constituido la relación jurí-

378 Cfr. art. 438 inc. 1º del C.P.C.

379 "Artículo 29º.- Casos de prevención.- Previene el Juez que emplaza en primer lugar al demandado. En caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento".

380 Cfr. art. 438 inc. 2º del C.P.C.

381 Cfr. art. 438 inc. 3º del C.P.C.

dica procesal válida, haciéndola privativa y excluyente al haber fijado la competencia del juez, por lo que no es posible un segundo proceso mientras se tramite el primer proceso.

RAMOS MÉNDEZ sostiene que “Se denomina litispendencia en general al conjunto de efectos que produce una demanda y que se origina por su mera existencia. No se debe confundir con la excepción de litispendencia, que tan sólo recoge un aspecto parcial del tema: las repercusiones respecto de un juicio posterior, impidiéndolo”³⁸².

Todo proceso no es instantáneo, sino que necesita de una serie de actos de procedimiento para llegar a su conclusión; por consiguiente debemos prevenir que el demandante inicie un nuevo proceso, con la finalidad de que no se retarde la definición del derecho en perjuicio de las partes en conflicto.

9.4. Interrupción de la prescripción

Con el emplazamiento válido de la demanda al demandado se interrumpe el plazo de la prescripción extintiva; es decir que el lapso de tiempo ganado por el demandado a favor de su derecho sustancial queda sin efecto como si no se hubiese producido la prescripción. El Código Civil, con relación a la interrupción de la prescripción es bien explícito, al disponer que notificado el demandado con el petitorio de la demanda queda afectado el derecho a la prescripción de este, aunque el demandante haya comparecido a un juez o autoridad incompetente³⁸³.

Al comentar los efectos de la demanda notificada personalmente al demandado en la legislación colombiana, DEVIS ECHANDÍA acota: “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... el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo en su caso se le notifica al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación al demandante de tales providencias por estado o personalmente.” (artículo 90, inciso 1, Dcto 2282 de 1989). Opinamos que lo fundamental es que se cumpla esa notificación personal en esos 120 días o se pida dentro de ellos el emplazamiento y se hagan las publicaciones, una vez que el juez ordena aquél, sin dilaciones culposas: tampoco importa que haya habido demora en proveer para la notificación personal, si ésta se hizo dentro de los mencionados 120 días (artículo 90, Dcto. 2282 de 1989”³⁸⁴.

382 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T.I; p. 208

383 “Artículo 1996º. - Se interrumpe la prescripción por: (...)

3. 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”.

384 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; pp. 435 y 436.

El emplazamiento válido de la demanda al demandado no solamente interrumpe la prescripción extintiva; sino que interrumpe la caducidad del derecho material o sustancial y la caducidad del derecho de acción del demandante en determinados derechos materiales o sustanciales.

9.4.1. Ineficacia de la interrupción

Con el emplazamiento válido de la demanda al demandado se interrumpe la prescripción que ha operado en su favor; sin embargo, esta queda ineficaz cuando por acto voluntario o involuntario el demandante se desiste, lo abandona o hay vicios sustanciales de nulidad que privan de eficacia al proceso, tal como lo dispone el Código Procesal Civil³⁸⁵.

9.4.1.1. Desistimiento del proceso

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 343 del C.P.C., el demandante al desistirse del proceso da por concluido todos los actos procesales que ha realizado sin afectar la pretensión procesal que ha hecho valer en la demanda. Por este medio, el demandante no solamente se separa de la prosecución del proceso para evitar los alcances de un pronunciamiento definitivo. El desistimiento del proceso puede ser total, en este caso pone fin al proceso, pero no afecta a la pretensión y debe realizarse antes de la contestación de la demanda.

Si no se ha notificado, no se ha entablado la relación procesal y el demandante puede desistirse del proceso y darlo por concluido; pero si se ha notificado y se desiste del proceso y el demandado no formula oposición a la resolución que aprueba el desistimiento dentro del tercer día o si se opone después de vencido el plazo, implícitamente el demandado ha dado su conformidad y el desistimiento del proceso produce sus efectos y se tiene por concluido.

Al haberse expedido resolución que aprueba el desistimiento y si esta ha quedado firme, la prescripción o la caducidad que se había interrumpido con el emplazamiento válido al demandado queda sin efecto, aún se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas sobre los bienes del demandado, los intereses moratorios, compensatorios, convencionales, etc.³⁸⁶; en consecuencia, la prescripción en beneficio del demandado seguirá corriendo a su favor como si no se hubiese interrumpido por el hecho del desistimiento del proceso del demandante.

385 "Artículo 439º.- Ineficacia de la interrupción.- Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando:

1. El demandante se desiste del proceso;
2. Se produce el abandono del proceso; y,
3. La nulidad del proceso que se declare, incluye la notificación del admisorio de la demanda".

386 Idrogo Delgado, Teófilo; En Revista Jurídica, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad; Año Nº Enero a Diciembre 1995; Trujillo-Perú; pp. 308 y 309.

9.4.1.2. Abandono del proceso

El abandono es una de las formas especiales de conclusión del proceso cuando ha transcurrido cuatro meses y por inactividad de las partes o del juez ha quedado paralizado; por lo tanto, extingue la jurisdicción sin afectar la pretensión del demandante, la que puede hacerla valer en un nuevo proceso entre las mismas partes y haciendo uso de la misma pretensión después de transcurrido el plazo de un año y previo pago de las costas y costos.

Esta es la forma especial de conclusión del proceso, extingue el derecho pretendido y el juez ordena la cancelación de los títulos del demandante si a ello hubiera lugar, tal como lo prescribe la segunda parte del art. 351 del C.P.C.

Al declararse el abandono del proceso, por haber transcurrido cuatro meses después de la interposición de la demanda, la prescripción interrumpida con el emplazamiento válido al demandado sigue corriendo como si no se hubiese interrumpido. Pero si el segundo proceso que se sigue entre las mismas partes y por la misma pretensión cae en abandono, la interrupción de la prescripción tiene los mismos efectos; esto es igualmente queda sin efecto y la prescripción sigue corriendo en beneficio del demandado como si no se hubiese producido³⁸⁷.

Al definir el abandono, ALSINA afirma que "El proceso se extingue, entonces, por el solo transcurso del tiempo cuando los litigantes no instan su prosecución dentro de los plazos establecidos por la ley. Este modo anormal de extinción se designa con el nombre de perención o caducidad de la instancia"³⁸⁸.

Nuestro ordenamiento procesal no ha adoptado esta denominación de perención o caducidad de la instancia, sino el de abandono del proceso.

9.4.1.3. Nulidad del proceso

Si al demandado no se le emplaza observando las formalidades prescritas por la ley procesal se incurre en causal de nulidad del proceso por existir un vicio sustancial que invalida todo lo actuado desde que se hizo el primer emplazamiento con la demanda. Tal como ocurre cuando se emplaza con el auto admisorio de la demanda al demandado por cédula cuando debió hacerse por edictos, se incurre en causal de nulidad del proceso, debiendo reponerse este hasta que se le vuelva a notificar con el auto de admisibilidad de la demanda.

Al declararse la nulidad del proceso queda sin efecto la interrupción de la prescripción.

387 "Artículo 354º. - Abandono y prescripción extintiva. - Declarado el abandono, la prescripción interrumpida por el emplazamiento sigue transcurriendo, tal como si la interrupción no se hubiese producido"

388 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. IV; pp. 424 y 425.

10. SANCIÓN POR JURAMENTO FALSO

El artículo 441 de nuestro ordenamiento procesal³⁸⁹ está vinculado al emplazamiento válido que debe realizarse al demandado en la dirección domiciliaria que el demandante señala al interponer la demanda; pues, si el pretensor da una dirección domiciliaria falsa puede provocar dolosamente la realización de un proceso con aparente validez.

Pero al conocerse que ha faltado a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe que recíprocamente se deben las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso se ha atentado no solamente contra el principio de conducta procesal³⁹⁰. El órgano jurisdiccional declarará la nulidad de todo el proceso desde el emplazamiento con el auto admisorio de la demanda y de todo lo actuado, reponiéndose al estado de emplazar válidamente en la nueva dirección domiciliaria del demandado que a efecto señalará el demandante.

La conducta procesal del demandante que señala domicilio falso es grave, porque no solo se ha burlado dolosamente del demandado, sino también constituye una falta grave a la potestad jurisdiccional por haber inducido a tramitar un proceso inválido. Por eso se le debe imponer la sanción de multa no menor de diez ni mayor de treinta unidades de referencia procesal, demandársele el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, el pago de costas y costos y, además, el juez tendrá la obligación de remitir copia de todo lo actuado, acompañando las pruebas de la conducta ilícita al representante del Ministerio Público para la investigación del delito que han podido cometer el demandante o su apoderado o ambos para la aplicación de la sanción penal y al Colegio de Abogados para la investigación por la falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese abogado.

389 "Artículo 441º.- Sanción por juramento falso.- Si se acredita que el demandante o su apoderado o ambos, faltaron a la verdad respecto de la dirección domiciliaria del demandado, se remitirá copia de lo actuado al Ministerio para la investigación del delito y al Colegio de Abogados respectivo para la investigación por la falta contra la ética profesional, si uno de los dos fuese Abogado.

Adicionalmente, se impondrá una multa individual no menor de diez ni mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 4º".

390 Cfr. Segunda parte del art. IV del T. P. del C.P.C. "En consecuencia, en tutela de los valores éticos tan pregonados en la actualidad, se ha establecido sanciones para el litigante que actúa con dolo o culpa, frente a su colitigante, organismos jurisdiccionales o incluso con respecto a terceros, ajenos al proceso, condenándoles con el pago de costos y costas e imponiéndoles multas por su comportamiento procesal". Idrogo Delgado, Teófilo; Principios Fundamentales de Derecho Procesal; 2ª Ed.; Marsol Perú Editores; Trujillo-Perú; 1999; p. 39.



Capítulo V

LAS EXCEPCIONES



1. FUNDAMENTO JURÍDICO

Existen estudios sobre la evolución histórica de esta institución desde el segundo período del procedimiento romano, cuando regía el sistema formulario y había evolucionado el derecho — desde la teoría de las acciones — hasta el sistema formulario. Al respecto, ALSINA afirma: “Sabido es que la fórmula, redactada después de un debate contradictorio, se componía de la *demonstratio* (exposición de hechos), la *intentatio* (resumen de las pretensiones del actor), la *condenatio* (que autorizaba al juez para *condenar o absolver* según el resultado de la prueba) y la *adjudicatio* (por la que el juez podía acordar a alguna de las partes la propiedad de una cosa)”³⁹¹.

Las pretensiones del actor muchas veces no eran equitativas debido a que el derecho civil era eminentemente privatista y para los ciudadanos romanos no se examinaba porque había una estipulación. Bastaba que las pretensiones fueran probadas,

³⁹¹ Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; pp. 76 y 77.

aunque el acto jurídico celebrado haya sido realizado con la vis compulsiva; esto es, por la fuerza física o por el dolo, para que el juez condenara al obligado.

Con la finalidad de combatir la mala fe y en defensa de la equidad, los pretores se preocuparon por restringir el poder del juez para que al condenar tras oír al demandado, cuando este oponía alguna defensa, lo hiciera en forma condicional: “condenaréis a menos que se pruebe dolo o violencia”. Esto significa que la excepción era un medio de defensa en una contienda judicial, porque “restringir al demandado la defensa sería contra las reglas de la equidad”³⁹².

Así nacieron las primeras excepciones: *exceptio doli*, *exceptio metus causa*, como una forma de restringir al juez civil el poder de condenar. La *exceptio doli* se creó para destruir la mala fe del actor que abusaba de su derecho y muchas veces hacía incurrir en error al juez; y la *exceptio metus causa* o excepción por miedo de la causa, cuando el demandado indicaba que la causa para celebrar un contrato con el actor ha sido el miedo o la violencia a la que ha sido sometido.

Posteriormente surgen dos clases de excepciones: las perentorias, llamadas así en esa época porque eran *perennes*, podían ser opuestas en cualquier estado del juicio y tenían como objeto destruir la acción como la *res judicata* o cosa juzgada, la *compensatio*, etc., y las dilatorias que solo eran de carácter temporal, como las de incompetencia, falta de personería, etc.

En conclusión, el derecho romano daba el nombre de *excepción* a todo medio de defensa que empleaba el demandado para oponerse a la demanda ya sea que consistiera en negar los hechos o la pretensión del accionante. Al respecto, COUTURE, refiriéndose al concepto tradicional, acota: “Los dísticos el Juez de la acción es el Juez de la excepción” o “tanto dura la acción tanto dura la excepción, etc., reflejan claramente esta manera de encarar el tema”³⁹³.

Esto significa que la excepción era un medio de defensa del demandado en una contienda judicial.

Del derecho romano pasó al derecho hispano. Así, en las “Institutas”, las excepciones eran consideradas como medios de defensa del demandado, porque sucede con frecuencia que si bien la demanda es justa en sí misma, respecto de la persona contra quien se intenta es injusta. Eran llamadas “prescripciones” por su carácter previo, ya que se inscribían antes de la *intentatio*³⁹⁴.

392 Ihering, Rodulf Von; El Espíritu del Derecho Romano; 2ª Ed.; Edit. Revista de Occidente; Madrid, España; 1962; p. 359.

393 Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 92.

394 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 44.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 previó también las excepciones con el carácter de dilatorias de previo y especial pronunciamiento en el artículo 312³⁹⁵, al disponer que únicamente son admisibles como excepciones dilatorias las de incompetencia, pleito pendiente, falta de personería, inoficiosidad de la demanda, naturaleza de juicio, transacción y cosa juzgada.

El Decreto Ley N° 21773, al modificar los artículos 312 y 318 del Código de Procedimientos Civiles, el primero en cuanto a la denominación de excepciones dilatorias por la de excepciones, la inclusión de las excepciones de pleito acabado y de prescripción y respecto al 318 expresamente dispuso: "Las excepciones indicadas en el artículo 312 se interpondrán por escrito aparte, dentro de cinco días de la notificación de la demanda y antes de que ésta sea contestada y se sustanciarán en cuaderno separado, del modo prescrito en los artículos 205 al 207, sin interrumpir la tramitación del principal, vencido dicho término podrán ser propuestas dentro del principal sustanciándose conjuntamente con éste, sin dar lugar a incidentes y se resolverá en la sentencia. En ningún caso se podrá deducir excepciones en la Corte Suprema.

Al cuaderno de excepciones se agregará dentro del tercero día copia certificada de las piezas que los litigantes señalen y de las que el Juez crea necesarias, éstas últimas a costa del que promovió la excepción.

Por ningún motivo, para resolver las excepciones o cualquier articulación derivada de ellas, se pedirá el principal"³⁹⁶.

El Decreto Legislativo N° 127, expedido el 16 de junio de 1981, modificó el procedimiento de las excepciones previstas en el artículo 312, agregando la excepción de prescripciónla que podía oponer el demandado en cualquier estado del proceso. Asimismo se dispuso que al cuaderno principal debía agregarse copia certificada del escrito en que se proponen las excepciones en cuaderno separado.

Nuestra legislación procesal ha seguido la escuela italiana desde CARNELUTTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI, considerando a las excepciones como instituciones netamente defensivas para el demandado. Estos medios de defensa propios del derecho privado pasaron a ser de derecho público siguiendo las orientaciones modernas donde las acciones tienen una denominación concreta y abstracta³⁹⁷. WACCH sostuvo, además, que la excepción es un poder jurídico concreto, es decir, un derecho que tiene el demandado para oponerse a la acción; pues por el principio de igualdad de partes que debe

395 Cfr. art. 312 del Código de Procedimientos Civiles.

396 Cfr. art. 318 del Código de Procedimientos Civiles, modificado por el D. L. N° 21773 del 18 de enero de 1977.

397 Wacch, Handbuch; Des deutschen Civil Prozessrechts; T. I; Leizig-Alemania; 1985; p. 19.

imperar en todo proceso el Estado no puede dar un trato desigual tanto al demandante como al demandado³⁹⁸.

De esto se colige que en el derecho procesal hay dos poderes en pugna la *acción* y la *excepción*. En una contienda judicial de lucha de intereses privados una de ellas tiene que ser amparada y la otra extinguida, sea cual fuera la naturaleza, porque el fin de las excepciones es extinguir la acción si se trata de una dilatoria y de extinguir el derecho del demandante si se trata de una excepción perentoria.

Creemos, igual que Ugo Roco, que las excepciones tuvieron su fundamento en el *principio de igualdad de partes* en todo proceso. "Que el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor consistente en que su demanda sea acogida, se oponga una pretensión del demandado sosteniendo que se deseche"³⁹⁹.

CHIOVENDA, por su parte, afirma: "ciertamente: en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su disposición"⁴⁰⁰. En consecuencia, la naturaleza jurídica de las excepciones la encontró en el derecho de defensa del demandado y que hace valer dentro de los plazos y las formalidades que la ley establece.

Nuestro Código Procesal Civil faculta al demandado a hacer uso de las excepciones como un derecho de contradicción. Por lo tanto, las excepciones como defensas de forma permiten al demandado denunciar la existencia de una relación procesal inválida, sea porque se ha omitido o se ha presentado defectuosamente un presupuesto procesal o una condición de la acción⁴⁰¹.

Nuestra Constitución Política consagra al derecho de defensa como una de las garantías constitucionales de la función jurisdiccional, que no solamente los imputados en materia penal hacen valer las excepciones como mecanismos de defensa sino también en el proceso civil, como en todo Estado de derecho constitucional⁴⁰².

2. ETIMOLOGÍA

Por lo general, la palabra excepción se cree que proviene de la palabra latina *exception*, que gramaticalmente quiere decir exceptuar, excluir de la regla general. Otros sostienen que se deriva de *excepiendo*, más referido a las excepciones perentorias que

398 WACCH, Handbuch; Op. Cit.; p. 20.

399 Roco, Ugo; Teoría General del Proceso Civil; Edit. Porrúa; Madrid, España; 1959; p. 231.

400 Chiovenda, Giuseppe; Ensayos de Derecho Procesal Civil; Edit. EJE; Buenos Aires, Argentina; 1947; p. 267.

401 Monroy Gálvez; Juan; Comentarios al Código Procesal Civil; Op. Cit.; p. 280.

402 Cfr. art. 139 inc. 14 de la Constitución Política

significan extinguir, destruir; y una tercera posición afirma que se deriva de dos palabras latinas *ex* y *actio*, que quiere decir la negación de la acción⁴⁰³.

En cualquier caso, lo cierto es que las excepciones aparecen en el procedimiento formulario como un medio de defensa para limitar el abuso del actor y reducir las exigencias formales para solucionar los conflictos entre los ciudadanos romanos, así como de éstos con los peregrinos, e inclusive los conflictos entre los peregrinos.

En el procedimiento formulario se abandona el Derecho Quiritario, el *pretor* adquiere la potestad de variar la fórmula clásica; de ahí que desde esos tiempos se habla de la justicia pretoriana tal como afirma ERRAZURIZ: "La importancia fundamental de la fórmula en reemplazo de las solemnidades orales consiste en que, mediante el procedimiento formulario, fue posible proteger situaciones que el *pretor*, en justicia, deseaba amparar pero que no estaban protegidas por el derecho civil romano, por ese derecho aplicable solo a los ciudadanos romanos. En efecto, tratándose de una situación a la que le era aplicable alguna de las antiguas *legis actiones* las fórmulas se limitaban a un resumen escrito de esa acción de la ley. Si se trataba de proteger una situación nueva, se creaba una fórmula que ya no tenía su origen en el derecho civil sino en el *pretor*. Este fue el origen de la trascendental diferencia entre las acciones civiles y las pretorianas"⁴⁰⁴.

3. CONCEPTOS PREVIOS

COUTURE define a la excepción en su más amplio significado: "Es el poder jurídico de que se halla investido el demandado que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él"⁴⁰⁵. Este tratadista también se refiere a las excepciones sustanciales o sustantivas, las que sólo atacan a la pretensión del demandado y no al derecho mismo y finalmente trata de las excepciones no sustanciales, dilatorias, perentorias, las que extinguen la acción y el derecho y liberan al demandado de contestar la demanda, tal como ocurría en nuestro abrogado Código de Procedimientos Civiles, en el que al proponer el demandado una excepción de cosa juzgada había un especial pronunciamiento y si se declaraba fundada concluía el proceso.

Al respecto, ALSINA afirma: "Es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda su demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretenda derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento"⁴⁰⁶.

403 Monroy Gálvez Juan; Temas de Proceso Civil; Edit. Librería Studium; Lima, Perú; 1987; p. 98

404 Errazuriz, Maximiliano; Apuntes de Derecho Romano; Edit. Jurídica de Chile; Santiago-Chile; 1993; pp. 9 y 10.

405 Couture, Eduardo J.; Op. Cit.; p. 89.

406 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 78.

En sentido restringido, el mismo procesalista sostiene: “Es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial”⁴⁰⁷.

No existen excepciones sustantivas, sólo una confusión conceptual, pues aunque es verdad que se han incorporado la de transacción, prescripción, etc., esto demuestra que existe derecho de contradicción que ataca al derecho de acción⁴⁰⁸.

De estos conceptos podemos afirmar que las excepciones son poderes jurídicos que facultan al demandado a ejercer su derecho de contradicción, denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida para extinguir el derecho de acción del demandante.

La relación jurídica procesal será válida si cumple con los presupuestos procesales, como son la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes y los requisitos de la demanda.

Contra la relación jurídico procesal inválida el demandado hace uso de la excepción.

4. EXCEPCIÓN Y DERECHO DE ACCIÓN

Al referirse a la teoría de la acción civil, COUTURE habla sobre el derecho de acción, al cual define como “El poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarle la satisfacción de una pretensión”⁴⁰⁹.

Comentando el derecho de acción, MONROY GÁLVEZ acota “que el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional inherente a todo sujeto en cuanto es expresión esencial de este que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto”. Continúa: “...Afirmada su esencia constitucional, características que lo distinguen. Se trata de un derecho que es público, subjetivo, abstracto y autónomo”⁴¹⁰.

407 Ibid; p. 79.

408 “El concepto de excepción como contraparte del derecho de acción, nos parece imperfecto, además de incompleto. Imperfecto porque el derecho de acción se opone al derecho de contradicción que, como la acción es un derecho público, subjetivo, abstracto. Este derecho se manifiesta procesalmente en lo que conocemos como derecho de defensa. La excepción es —en nuestra opinión— solo una expresión particular de este derecho de defensa. De otro lado, es incompleto porque si la excepción sólo ataca al derecho de acción, no afectaría a la relación jurídica procesal iniciada con el ejercicio del derecho de acción; por lo tanto, se estaría negando la existencia de excepciones basadas en la validez de la relación jurídica procesal.

En nuestra opinión, 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 GÁLVEZ; Op. Cit.; pp. 102 y 103.

409 Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 57.

410 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; p. 497.

CHIOVENDA sostiene que “Es un derecho del demandado, es su contraderecho tendiente a impugnar y/o anular el derecho de acción”⁴¹¹.

Contra el derecho de acción surge el derecho de contradicción del demandado, por el cual a este se le informa oportunamente, esto es, se le emplaza válidamente con la demanda para que tenga conocimiento de la pretensión del demandante, a fin de que pueda discutir el derecho en estado de pretensión y haga uso de la excepción para cuestionar una relación procesal inválida, ya sea por defectos de algún presupuesto procesal que impida al juez pronunciarse sobre el fondo de la controversia en la sentencia o por un defecto de forma de la interposición de la demanda.

5. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES

Desde sus orígenes hasta la actualidad las excepciones fueron objeto de distintas clasificaciones. En el derecho romano se clasificaban:

- a) *Dilatorias*, aquellas que podían oponerse dentro de un tiempo determinado.
- b) *Perentorias*, las que no estaban sometidas a un tiempo determinado y, por lo tanto, eran perpetuas porque conservaban su eficacia mientras dure el proceso y el demandado podía hacerlas valer en cualquier momento.

En el Derecho Canónico, la clasificación de las excepciones en el *Codex Iuris Canonici* solo se basaba en su naturaleza y sus efectos. Por su naturaleza, las clasificaron en esenciales y procesales, las primeras referidas a la validez sustancial de la relación ejercitada; y las segundas se refieren al modo de ejercicio de la acción o también a la finalidad de una cuestión previa. Por sus efectos, las clasificaron en *dilatorias y perentorias*, las primeras que podían ser sustanciales o procesales destinadas a paralizar o suspender el ejercicio de la acción y las *perentorias* que tienen por finalidad destruir la acción del demandante para interponer una nueva demanda.

En las legislaciones contemporáneas también las han clasificado. En el artículo noveno del Código de Procedimientos Civiles de Francia conocido como el Código Napoleónico, encontramos dos artículos referentes a las excepciones como la de arraigo, donde el demandante solicita al demandado que preste fianza para garantizar el pago de cosas, que en el fondo constituye una caución propia del derecho romano. Igualmente en el mismo Título encontramos tres excepciones: la incompetencia, la conexidad y el pleito pendiente.

El artículo 261 del Título Primero de la Sección Primera del ZPO (Civil Prozessordnung), del 30 de enero de 1877 (hoja de la ley imperial 183), consagra la excepción de litispendencia y el artículo 302 relativo a la sentencia reservativa cuando el

411 Chiovenda, Giuseppe, Op. Cit.; p. 264.

demandado ha reclamado la compensación. Pero, el Código Procesal Civil Alemán no ha normado en forma concreta en un capítulo una clasificación exacta como otras legislaciones, sin embargo consideran las excepciones que pueden ser declaradas de oficio o a petición de parte⁴¹².

En la doctrina, cada autor ha preferido clasificarlas de acuerdo a su propio criterio⁴¹³.

CHIOVENDA clasifica a las excepciones en absolutas y relativas, en perentorias y dilatorias. Las primeras son las que podían hacer valer todos los intervinientes o solamente alguno de los demandados. También admitió a las perentorias y dilatorias. Las perentorias anulan definitivamente la acción y las dilatorias que excluyen la acción. También las clasificó en sustanciales y procesales, en simples y reconventionales⁴¹⁴.

ALSINA clasifica las excepciones en dos categorías:

“1º) *Defensas que paralizan la acción*. En esta categoría se incluyen:

- a) *Las excepciones dilatorias*, legisladas en el artículo 84, que pueden oponerse como de previo y especial pronunciamiento, y que se fundan en circunstancias que impiden la normal constitución de la relación procesal (ausencia de presupuestos procesales) o que obstan a su desenvolvimiento (litispendencia, defecto legal, arraigo, etc.);
- b) *Las defensas previas*, fundadas en disposiciones de los códigos de fondo, con las que el demandado impide un pronunciamiento sobre la acción y que sólo pueden oponerse en la contestación a la demanda.

2º) *Defensas que extinguen la acción*. Comprende estas categorías:

- a) *Las excepciones perentorias*, autorizadas por el artículo 95 del Código de Proce-

412 Artículo 261. Litispendencia.- Con la presentación de la demanda se fundamenta la litispendencia del asunto litigioso.

La litispendencia de una reclamación entablada durante el transcurso del proceso empieza en el momento en el que la reclamación se entabla en la vista oral o se notifica un escrito conforme a los requisitos del art 253, párrafo 2º, número 2.

La litispendencia tiene los siguientes efectos:

1. Durante el periodo de la litispendencia, el asunto litigioso no puede ser promovido de otro modo por ninguna de las partes;
2. La competencia del tribunal procesal no se ve afectada por una modificación de las circunstancias que la fundamentan”

“Artículo 302. Sentencia reservativa.- Si el demandado ha reclamado la compensación de una contrarreclamación que no guarda relación jurídica con la reclamación entablada en la demanda, entonces, si sólo el juicio sobre la reclamación está visto para sentencia, ésta puede recaer con reserva de la decisión sobre la compensación”. EIRANOVA ENCINAS, Emilio y LOURIDO MIGUES, Miguel; Código Procesal Civil Alemán; Ediciones Jurídicas y sociales; Madrid, España, 2001; pp. 78 y 87.

413 La doctrina en general distingue entre presupuestos procesales, condiciones de la acción, del proceso, de la pretensión y de la sentencia. Los presupuestos procesales y las condiciones de la acción pueden ser denunciados por las partes y también pueden ser declarados de oficio por el juez; en cambio los impedimentos procesales, que necesariamente deben ser alegados por las partes, como las excepciones dilatorias que buscan impedir un proceso nulo, evitar un proceso inútil, asegurar el resultado del mismo.

414 Chiovenda, Giuseppe; Principios de Derecho Procesal Civil; T. I; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España; 1940; p. 234.

dimientos Civiles (cosa juzgada, transacción, prescripción de treinta años), que el demandado puede proponer como de previo y especial pronunciamiento, fundadas en disposiciones del Código Civil;

- b) *Las defensas generales*, que el demandado sólo puede oponer en la contestación de la demanda y que comprenden los vicios del consentimiento (incapacidad, error, dolo, violencia, simulación, fraude) y las causas de extinción de las obligaciones (Código Civil. artículo 724: pago, novación, transacción, renuncia a los derechos del acreedor, remisión de la deuda, imposibilidad de pago)⁴¹⁵.

La excepción de defecto legal es cuando a la demanda le falta algún requisito de fondo o de forma. Por ejemplo, si la demanda no tiene hechos en que se funda el petitorio o fundamentación jurídica, autorización del letrado, cuando la defensa está cautiva.

La excepción de arraigo, en cambio, en muchas legislaciones como la de Francia (artículo 16 del C.C. y el 166 del C.P.C.) y Alemania (Z.P.O.) solo procederá cuando el demandante no tiene domicilio conocido en la capital o lugar del juicio; el arraigo es, pues, el fuero ordinario de la capital que comprende tanto a los nacionales como a los extranjeros en la legislación argentina.

El domicilio debe ser actual y efectivo, porque al deducirse puede hacerlo el demandado como contienda de competencia o declinatoria de jurisdicción (denominaciones usadas en el Código de Procedimientos Civiles de Perú de 1912), a fin de que el demandado sea emplazado en el domicilio del lugar del proceso.

Apartándose de la doctrina europea y siguiendo a DE LA PLAZA, considerando la finalidad procesal y las relaciones con el proceso, COUTURE las clasifica en *excepciones dilatorias, perentorias y mixtas*, sosteniendo que las primeras tienden a dilatar o postergar la contestación de la demanda: incompetencia, litispendencia, defecto formal de la demanda. Las perentorias, en cambio, son las que inciden en el fondo mismo de la controversia y se deciden en la sentencia como pago, compensación, novación, etc. Las *mixtas* plantean una cuestión anterior al motivo del juicio, proponen una defensa que siendo acogida ponen fin a este. Las *excepciones mixtas* tienen, además, la forma de dilatorias y el contenido de perentorias como la cosa juzgada y la transacción⁴¹⁶.

También se han clasificado a las excepciones en *materiales y formales*. Las primeras llamadas también sustanciales, porque tienden a destruir o atacar el fondo del proceso⁴¹⁷; es decir, el derecho mismo del demandante, por ejemplo, la de transacción,

415 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; pp. 81 y 82.

416 Couture, Eduardo; Op. Cit.; pp. 114 y 115.

417 "Las excepciones sustanciales, son el derecho que tiene una persona, de impedir, mediante su oposición el ejercicio de un derecho que se dirige contra

cosa juzgada, litispendencia, etc.; las segundas facultan al demandado a proponerlas cuando la demanda adolece de algunos requisitos de forma, denunciando la falta de los presupuestos procesales en la demanda.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912 en el artículo 312 enunció que las únicas excepciones deducibles y tramitables eran las que aparecen en el referido artículo.

Por los efectos que produce una excepción en el proceso, MONROY GÁLVEZ propuso la siguiente clasificación en el Código Procesal Civil.

Las que suspenden el proceso y conceden un plazo al titular del derecho de acción para que enmiende el defecto u omisión cometida al interponer la demanda, como la de incapacidad del demandante o de su representante, la representación defectuosa o insuficiente del demandante, la de oscuridad o ambigüedad de proponer la demanda y la falta de legitimidad de obrar del demandado. En caso de no cumplir el demandante con subsanar dentro del plazo que se fijará en el auto resolutorio, el juez declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

Estas excepciones son dilatorias por el plazo que se concede al demandante, pues, en el fondo dilatan o prolongan la secuela del proceso. Si el pretensor no cumple con subsanar dentro del plazo conferido se puede convertir en *excepción perentoria*.

Las que anulan lo actuado y dan por concluido el proceso, como las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral. De declararse fundadas, tal como analizaremos en el fondo constituyen excepciones perentorias porque extinguen el derecho de acción del demandante⁴¹⁸.

6. RELACIÓN DE LAS EXCEPCIONES CON OTRAS INSTITUCIONES

6.1. Con la nulidad

Aunque algunas excepciones tienen como efectos anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso; estas deben hacerse valer dentro de los plazos que la ley procesal establece. Así, por ejemplo, en el proceso de conocimiento debe proponerse dentro del plazo de diez días, en el proceso abreviado dentro del plazo de cinco días, en el proceso sumarísimo en la contestación de la demanda dentro del plazo de cinco días

ella. Es pues, un contraderecho que no suprime el derecho, pero que lo suspende en virtud de efecto contrario, haciéndole prácticamente ineficaz". Enneccerus, Ludwig; Derecho Civil; Vol. II. Traducciones de Blas Pérez González y José Alguer; 2ª Ed.; J.M. Bosch Editor; Barcelona, España; 1935; p. 486.

418 Cfr. art. 451 del C.P.C.

y en el proceso ejecutivo en el acto de formular contradicción al mandato ejecutivo dentro del plazo de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo.

La parte demandada que no hace uso de las excepciones dentro de los plazos prescritos para cada proceso, no podrá alegarlas como causal de nulidad por haber caducado los plazos (artículo 454 del C.P.C.). La relación jurídica procesal de las excepciones con las nulidades se deriva de los efectos que producen aquellas cuando se declaran fundadas, porque anulan todo lo actuado y dan por concluido el proceso originando las nulidades sustanciales

6.2. Con los presupuestos procesales

Las excepciones están orientadas a atacar el derecho de acción cuando se advierte una relación procesal inválida por omisión o defecto de algún presupuesto procesal.

Los presupuestos procesales son requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida; es decir, para que un proceso esté regularmente constituido. Por consiguiente, si falta alguno de ellos el demandado puede proponer la excepción que más convenga a su derecho de contradicción como un medio de defensa. Así, por ejemplo, si advierte la falta de incompetencia del juez, la capacidad procesal del demandante y de alguno de los requisitos de la demanda.

Al tratar sobre los presupuestos procesales, COUTURE los clasifica: a) presupuestos de la acción; b) presupuestos de la demanda; c) presupuestos de la pretensión; d) presupuestos de la decisión judicial (en cuanto a las sentencias de fondo, de mérito)⁴¹⁹.

MONROY GÁLVEZ, en cambio, al comentar los presupuestos procesales acota: “conviene precisar que si bien un punto está viciado, si se inicia con ausencia o defecto de un presupuesto procesal, puede presentarse el caso que se inicie válidamente, sin embargo, bastará que en cualquier momento desaparezca o defeccione un presupuesto procesal para que la relación procesal que empezó bien, se torne viciada desde ese momento en adelante”⁴²⁰.

El derecho de acción que se ha de hacer valer en una demanda debe cumplir con los presupuestos procesales, que son eminentemente formales, prescritos en el artículo 424 del C.P.C. En caso de advertir el demandado la ausencia o defecto de alguno de estos, puede proponer válidamente las excepciones como un medio de defensa para suspender o anular el proceso iniciado en su contra.

419 Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 104.

420 Monroy Gálvez, Juan; En Diario Oficial “El Peruano”, publicado el 1º de Julio de 1992; p. B-5.

6.3. Con las condiciones de la acción

Clásicamente, las condiciones de la acción fueron interés, calidad y derecho; de ahí que definir las condiciones de la acción es uno de los problemas más discutidos de la ciencia procesal. Desde el derecho romano se hicieron estudios sobre esta institución, no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también procesal. SAVIGNY tomó a la acción como sinónimo de derecho sustancial o material.

En la escuela alemana surgió entre Bernard WINDSCHEID y Teodor MUTHER una polémica, que fue trascendental en la historia del derecho de acción que sigue nuestro ordenamiento procesal; el *primero* confundía la acción con el derecho subjetivo y el *segundo* sostenía el derecho concreto de la acción independiente del derecho subjetivo. Posteriormente, Adolfo WACCH le dio autonomía a la acción, predominando el interés privado sobre el interés público. CHIOVENDA concibe a la acción como un poder jurídico expresado por la voluntad de la ley frente al adversario, llegando a descubrir el derecho de acción.

CALAMANDREI concibió a la acción como el derecho abstracto, después de haber renunciado a la concepción concreta del derecho de acción. CARNELUTTI se refiere al interés de la acción, al que denominó interés para obrar. COUTURE, por último, al tratar el derecho de acción se refiere al derecho de petición.

En conclusión, desde CHIOVENDA, CARNELUTTI, SATTI, COUTURE, FAIRÉN GUILLÉN se concibió a la acción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo. MONROY GÁLVEZ lo denomina derecho de acción, considerándolo "aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto – en cuanto es expresión esencial de este – que faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto"⁴²¹.

Las condiciones del derecho de acción son dos:

- a) La legitimidad para obrar, y
- b) El interés para obrar. De faltar cualquiera de estas dos condiciones, el demandado puede proponer válidamente las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado y la de interés para obrar.

7. PRINCIPALES EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Al igual que la mayoría de los códigos de otros países, nuestro ordenamiento procesal comprende a las excepciones dentro del término genérico. Únicamente el artículo 446⁴²² ha legislado que el demandado sólo puede proponer las excepciones siguientes:

421 Monroy Galvez, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; p. 497.

422 Cfr. art. 446 del C.P.C.

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

El Código Procesal Civil no distingue directamente las excepciones dilatorias de las perentorias, pero indirectamente lo deja entrever en forma clara en su artículo 451 por los efectos que producen al declararse fundada alguna excepción.

7.1. Excepción de incompetencia

Es la que propone el demandado denunciando la ausencia del presupuesto procesal de la demanda, la competencia del juez ante quien ha sido emplazado el que resulta incompetente para conocer un determinado conflicto judicial por la materia, por la cuantía, por la jerarquía y por el territorio.

El demandado también puede cuestionar la competencia a través de la contienda de competencia. A esta excepción ALSINA la ha denominado declinatoria de jurisdicción⁴²³, la que correspondería a la competencia territorial.

Benabentos, por su parte, afirma: "La excepción de incompetencia procede en términos amplios 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, e incluso cuando dependiendo de la parte la prórroga de competencia, ésta no la admite recurriendo precisamente a la excepción referida"⁴²⁴.

La incompetencia por el territorio es relativa, porque las partes no obstante tener conocimiento que están ante un juez incompetente las pueden prorrogar expresa o tácitamente (artículos 25 y 26 del CPC). La incompetencia por la materia, por el grado y por la cuantía son absolutas. La competencia es un presupuesto procesal, por lo que el juez de oficio y sin necesidad de pedido de parte, puede declarar la improcedencia de la demanda por carecer de competencia (artículo 427 inc. 4º del CPC) y si no lo advirtiera una vez emplazado el demandado en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa puede denunciar la omisión de este presupuesto procesal mediante la excepción de incompetencia.

En el caso de incompetencia por razón de la materia, puede el demandante equivocarse e interponer una demanda ante un juez de trabajo, penal, etc., cuando en realidad es de materia civil y viceversa. El juez tiene como atributo de su cargo la

423 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 89.

424 Benabentos, Omar A.; Excepciones y Defensas Procesales; Edit. Juris; Rosario-Pcia. de Santa Fe- Argentina; 1999; p. 53.

“jurisdicción”; pero no siempre todos los jueces tienen competencia para asumir el conocimiento de determinado litigio, controversia o conflicto judicial.

Con relación a la incompetencia por la cuantía debido a las constantes variaciones de las unidades de referencia procesal, si por error el demandante interpuso la demanda para que se tramite como proceso abreviado o sumarísimo cuando debió interponer su demanda para que se tramite como proceso de conocimiento, indiscutiblemente procede la excepción de incompetencia.

En cuanto a la competencia jerárquica, solamente procederá la excepción de incompetencia cuando una demanda debe tramitarse ante un juez especializado en lo civil y el demandante la ha interpuesto ante el juez de paz letrado.

En lo referente a la competencia territorial, si el demandado considera que ha sido emplazado ante un Juez que por razones de territorio no puede conocer el asunto que se litiga, puede recurrir ante el juez de su domicilio y hacer uso de la contienda de competencia, con los medios probatorios correspondientes a fin de que el juez que lo ha emplazado se inhiba del conocimiento del proceso o puede recurrir también al propio juez donde fue demandado proponiendo la excepción de incompetencia. La competencia territorial se cuestiona a través de la contienda de competencia y la excepción de incompetencia, salvo que produzca la prórroga de la competencia.

7.1.1. Improcedencia de la excepción de incompetencia

La excepción de incompetencia resulta improcedente en los casos siguientes:

- a) Cuando se trata de la competencia facultativa. Por mandato expreso del artículo 24 del C.P.C., el demandante tiene la facultad a su elección para demandar, ya sea ante el juez del domicilio del demandado o de su propio domicilio. Por ejemplo, las pretensiones sobre derechos reales, procesos de retracto, títulos supletorios, precripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos, nulidad de matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, alimentos, etc.
- b) Cuando las partes prorrogan la competencia. Si las partes por escrito convienen someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde, salvo que la ley lo declare improrrogable, nos encontramos frente a la prórroga convencional de la competencia territorial y se produce la prórroga tácita de la competencia territorial, cuando el demandante interpone demanda ante un juez incompetente y el demandado comparece al proceso sin hacer reserva o deja de transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia⁴²⁵.

425 Cfr. arts. 25 y 26 del C.P.C.

- c) Contra la reconvencción tampoco procede la excepción de incompetencia, toda vez que el demandante al interponer su demanda se ha sometido expresamente a la competencia del juez ante quien ha comparecido y el demandado al contestar la demanda y reconvenir en ella, se entabla la relación jurídica procesal válida; por consiguiente el demandante que se ha convertido en demandado frente a la reconvencción tampoco puede cuestionar la competencia a través de la excepción de incompetencia.
- d) Las excepciones no podrán ser alegadas como causal de nulidad. Los hechos que configuran las excepciones en el fondo constituyen causales de nulidad, en unos casos subsanables y en otros insubsanables, de ahí que el Código en forma expresa dispone que no puedan hacerse valer como nulidad⁴²⁶.

7.1.2. Oportunidad

La excepción de incompetencia en el proceso de conocimiento la deberá proponer el demandado en ejercicio del derecho de contradicción dentro del plazo de diez días de emplazado con la demanda, en el proceso abreviado dentro del plazo de cinco días y en el proceso sumarísimo en el acto de la contestación de la demanda.

Vencido el plazo para proponerla habrá caducado el derecho del demandado, porque los plazos son perentorios e improrrogables. En la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España en el denominado juicio ordinario se permite al demandado al contestar la demanda alegar las excepciones materiales y las excepciones procesales⁴²⁷.

7.1.3. Efectos

En la audiencia de saneamiento procesal, si se declara fundada la excepción de incompetencia los efectos que produce es anular lo actuado y dar por concluido el proceso. Una vez que queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara fundada la excepción de incompetencia, el juez al no considerarse competente procederá al archivamiento del proceso. La resolución firme tiene efectos de cosa juzgada y, por lo tanto, las partes ni sus sucesores podrán reiterar sus planteamientos referidos a la competencia.

426 "Artículo 254º. - Improcedencia de la excepción como nulidad. - Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones".

427 "Artículo 405. - Contestación y forma de la contestación de la demanda.

1. En la contestación de la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las *excepciones materiales* que tuviere por conveniente. Si considerare inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidat. También podrá manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del actor, así como a parte de la única pretensión aducida.

2. En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

3. También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las *excepciones procesales* y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo".

7.2. Excepción de incapacidad del demandante o de su representante

La capacidad procesal es otro presupuesto procesal que permite a las personas naturales comparecer válidamente ante los organismos jurisdiccionales, por eso se les exige tener capacidad de ejercicio y porque además van a representar a las personas jurídicas porque estas no pueden hacerlo directamente si no por medio de sus representantes.

Cuando se incumple con este presupuesto, el demandado válidamente propone esta excepción cuando considera que el demandante carece de capacidad procesal para comparecer ante el juez como demandante y para realizar actos jurídicos procesales válidos en el proceso que ha iniciado en su contra. Esta excepción puede ser propuesta, además, cuando el representante del demandante carezca de la misma capacidad.

Esta excepción persigue la *legitimatío ad procesum*; esto es, que las partes que comparecen directamente o a través de sus representantes (representación legal, convencional o judicial), se encuentren válidamente legitimados; que tanto la persona natural que actúa directamente o por medio de apoderado no sean incapaces absolutos o relativos (artículos 43 y 44 del C.C.) y los representantes de las personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, así como los tutores, curadores, gerentes, administradores, procurados judiciales, entre otros deben tener capacidad procesal válida.

En caso que el demandante o su representante no tuvieran capacidad procesal civil, el demandado en ejercicio del derecho de contradicción puede denunciar la falta de capacidad procesal del demandante o de su representante. Solamente en el proceso de alimentos puede comparecer en representación procesal del menor alimentista el padre o la madre aunque ellos mismos sean menores de edad (artículo 561 inc. 2 del C.P.C.)

En estos procesos el demandado no puede hacer valer la excepción en comentario contra el padre o la madre que demandan alimentos ejerciendo la representación del menor alimentista, por el carácter tuitivo de estos procesos; pero si el menor alimentista comparece al juez interponiendo demanda de alimentos para él, la excepción en estudio si es procedente y viable.

7.2.1. Oportunidad

En los procesos de conocimiento la excepción de incapacidad del demandante o de su representante debe proponerse dentro del plazo de diez días de haber sido emplazado el demandado, cuando la demanda se ha interpuesto ante el juez del domicilio del demandado. Pero, si le ha emplazado por exhorto cuando se encuentra domicilia-

do fuera del lugar del proceso, se computará primero el término de distancia y a continuación el plazo de diez días. Esta misma regla se observará en los procesos abreviados, en los que se agregará al término de la distancia los cinco días que es el plazo para la interposición de la excepción y en los procesos sumarísimos al término de la distancia se agrega los cinco días que es el plazo para la contestación de la demanda.

7.2.2. Efectos

En la audiencia de saneamiento procesal, si se declara infundada la excepción de incapacidad del demandante o de su representante, el juez declarará la relación jurídica procesal válida y por consiguiente saneado el proceso; pero si la declara fundada, por resolución debidamente motivada, suspenderá el proceso concediéndole un plazo de diez días (artículo 478 inc. 8 del C.P.C.) para que el demandante incapaz comparezca, legalmente asistido o representado. En caso contrario, declarará nulo todo lo actuado y, por lo tanto, concluido el proceso. La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo⁴²⁸.

7.3. Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado

En esta excepción el demandado puede *denunciar* alguna omisión o defecto de algunos presupuestos procesales; esto es, de la capacidad procesal con que deben intervenir las partes en una contienda judicial. Esta deficiencia se puede dar precisamente en la representación convencional o voluntaria, legal o judicial de la cual se valen las partes para comparecer ante los organismos jurisdiccionales por medio de sus representantes.

La representación convencional o voluntaria se expresa *mediante el poder*, por el cual quien faculta a otra persona para que comparezca en su nombre no solamente debe tener capacidad jurídica sino también de ejercicio; es decir debe tener capacidad procesal.

La representación legal es la que está contenida expresamente en la ley, como la de los padres sobre los hijos que la encontramos en el régimen de la patria potestad, así como de las personas jurídicas que están representadas en el proceso conforme a la Constitución, la ley o sus respectivos estatutos, como lo disponen los artículos 63 y 64 del Código Procesal Civil⁴²⁹.

428 Cfr. art. 465 in fine del C.P.C.

429 "Artículo 63.- Necesidad de la representación procesal.- Las personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, comparecen al proceso representados según dispongan las leyes pertinentes".

La representación judicial es la que proviene de la decisión del juez, cuando nombra un curador procesal para los incapaces en los casos previstos por el artículo 66 de nuestro ordenamiento procesal⁴³⁰ o cuando nombra apoderado común a varias personas que comparecen como demandantes o demandados, constituyendo una sola parte procesal⁴³¹.

El representante que comparece por cualquiera de las partes como demandante o demandado debe estar premunido de un poder suficiente que le permita realizar actos procesales válidos. Si se atribuye una representación de personas naturales o jurídicas que no tiene, los actos que realice resultarán ineficaces porque los documentos que contienen la representación no son suficientes para representar válidamente a sus representados en las pretensiones personalísimas, como demandas de divorcio por causal.

El artículo 75 del C.P.C. dispone que se requiere de facultades especiales para demandar, reconvenir, contestar la demanda y reconveniciones, desistirse del proceso y de la pretensión, etc., porque la representación se funda en el principio de la literalidad del documento que se otorga, toda vez que las facultades especiales no se presumen sino que deben constar expresamente, ya sea en escritura pública o inscrito en los registros públicos⁴³².

"Artículo 64.- Representación procesal de la persona jurídica.- Las personas jurídicas están representadas en el proceso, de acuerdo a lo que disponga la Constitución, la ley o el respectivo estatuto".

430 "Artículo 66.- Falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz.- En caso de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, se aplica las siguientes reglas:

Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o éste estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al Juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo;

Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o éste se halle ausente, el Juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo;

El Juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si fuera idóneo.

También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo".

431 "Artículo 76.- Apoderado común.- Cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente. Si no lo hicieran, el Juez les exigirá la actuación común o el nombramiento de un apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlos por ellos.

La resolución que contiene el nombramiento es título que acredita la personería del apoderado, el que necesariamente será uno de los Abogados.

La negativa de una persona a la designación de apoderado común o continuar siendo representante por él, es mérito suficiente para que litigue por separado.

La revocación del poder o renuncia del apoderado común, no surte efecto mientras no se designe uno nuevo y éste se apersona al proceso".

432 Cfr. art. 72 del C.P.C.

La representación defectuosa puede darse en la representación legal, así como cuando el tutor o curador comparecen por un menor o mayor incapaz con una resolución judicial por la cual se le nombra tutor o curador; pero no se les autoriza por ejemplo a disponer o gravar bienes de menores (artículo 167 inc. 1 del C. C.). En este supuesto la excepción de representación defectuosa que proponga el demandado deberá ampararse. La representación será insuficiente cuando el representante que comparece como demandante o demandado lo hace con un un documento que contiene una representación general cuando para realizar determinados actos jurídico-procesales debió estar investido de una representación especial.

En conclusión, la excepción de representación defectuosa o insuficiente la puede proponer el demandado en cuatro supuestos ónticos como un mecanismo de defensa, ya sea por representación defectuosa del demante o del mismo demandado que la propone o por representación insuficiente del demandante o del demandado; pero se trata de una sola excepción como se ha legislado en el instrumento procesal.

7.3.1. Oportunidad

Esta excepción la debe proponer la parte demandada en el proceso de conocimiento dentro del plazo perentorio de diez días, más el término de la distancia si es que lo hubiera; si no lo hiciera su derecho habrá caducado porque este plazo es perentorio, improrrogable y preclusivo.

7.3.2. Requisitos

El representante del demandante o del demandado tanto en la demanda como en la contestación y reconvención deberá anexar a su demanda o a la contestación de la demanda el documento eminentemente formal para cumplir con los fines de la representación, según el caso; de lo contrario, el titular del derecho de contradicción le puede oponer válidamente este medio de defensa.

7.3.3. Efectos

Si se la declara infundada en la audiencia de saneamiento procesal, el juez procederá a declarar la relación jurídica procesal válida, pero si la declara fundada le concederá un plazo de diez días al demandante para que subsane la representación defectuosa o insuficiente, ya sea acompañando el poder especial o los documentos que el juez haya ordenado en la resolución correspondiente. Vencido el plazo sin que se haya cumplido con lo ordenado, el juez declarará la nulidad de lo actuado y dará por concluido el proceso; contra dicha resolución procede el recurso de apelación con efecto suspensivo, a fin de que sea revisable la resolución impugnada por el superior jerárquico (ver ítem 7.2.2.)

7.4. Excepción de oscuridad o ambigüedad

Esta excepción es la que propone el demandado cuando considera que los hechos que sustentan el petitorio son oscuros, ambiguos, imprecisos o contradictorios.

Los hechos son oscuros cuando no son comprensibles, entendibles o inteligibles. Los hechos en que sustenta el petitorio deben ser claros, precisos, contener proposiciones lógicas afirmativas o negativas concretas y que guarden relación con la pretensión procesal.

Los hechos que sustentan el petitorio serán ambiguos, cuando hay distintas formas de interpretarlos, de igual modo cuando los hechos que lo sustentan son excluyentes o hay una contradicción con la pretensión procesal. Cuando se demanda resolución del contrato de compraventa, por ejemplo, y los hechos que sustentan esta pretensión no guardan conexión lógica o se basan en hechos simulados, la entrega de dos toneladas de azúcar o arroz sin precisarse la clase o calidad, entre otros.

La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda es importante, porque al demandado no solamente se le permite hacer uso del derecho de contradicción y de defensa de manera eficaz sino también se le facilita hacer uso del derecho a la prueba con relación a hechos claros, precisos y concretos; y al juez director del proceso expedir fallos conforme al principio de congruencia procesal; es decir emitir pronunciamientos válidos sobre pretensiones procesales propuestas en la demanda y evita dejar en estado de indefensión al demandado.

En estos supuestos, el demandado tiene expedita la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

7.4.1. Oportunidad

En los procesos de conocimiento tal como dispone el artículo 478 inc. 3 del C.P.C. deben interponerse dentro del plazo de diez días y en los procesos abreviados dentro de los cinco días como lo prescribe el artículo 491 inc. 3 del C. P. C. Estos plazos son perentorios, porque si no hace uso de este mecanismo de defensa habrá caducado el derecho de hacerlo valer con posterioridad.

7.4.2. Efectos

El efecto principal que produce la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda es que suspende el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio dentro del plazo de diez días. Si subsana los defectos ordenados, el juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida y continúa el proceso hasta su definición. Si vencido el plazo el demandante no cumple con lo dispuesto, el juez declarará nulo lo actuado y

por consiguiente concluido el proceso ordenando su archivamiento. Contra esta resolución el demandante tiene expedito el recurso de apelación, el que será concedido con efecto suspensivo y si se confirma por resolución de vista procede el recurso de casación, por tratarse de un auto que pone fin al proceso.

7.5. Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

El demandado puede utilizar esta excepción en el proceso contencioso administrativo, cuando el demandante no ha agotado la vía administrativa a través de los recursos impugnatorios⁴³³, con la excepción de los casos previstos por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27587, que regula el proceso contencioso administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS del 29 de agosto del 2008⁴³⁴.

En el proceso contencioso administrativo se exige como requisito de admisibilidad de la demanda que se haya agotado la vía administrativa con los recursos previstos en el procedimiento administrativo general: el de reconsideración o de apelación y el de revisión. Si interpuesto el recurso correspondiente dentro del plazo que determina la ley, la autoridad administrativa no resuelve dentro del plazo de 30 días y si no hubiera norma expresa, el administrado deberá acusar el silencio administrativo a través del recurso de pronto despacho como lo denominan en la legislación argentina, para luego recurrir interponiendo la demanda de impugnación de acto o resolución administrativa.

Muchas resoluciones administrativas son inimpugnables, como ocurre con las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, por mandato constitucional⁴³⁵.

433 "Artículo 20.- Agotamiento de la vía administrativa. Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales".

434 "Artículo 21. Excepciones al agotamiento de la vía administrativa.- No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.

Cuando en la demanda se formula como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5 de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación emitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumplierse con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.

Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada.

Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa".

435 "Artículo 142.- Resoluciones no revisables por el Poder Judicial.- No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces".

Si el demandante no ha agotado los recursos impugnatorios en la vía administrativa, ya sea porque no los hizo valer dentro del plazo que señala la ley o porque lo hizo fuera del plazo y recurre a la vía judicial interponiendo la demanda de impugnación de resolución o acto administrativo, el demandado tiene válidamente expedita la excepción en comentario.

Con la promulgación del Código Procesal Constitucional, la demanda de amparo sólo es procedente cuando se haya agotado las vías previas⁴³⁶. Una de las vías previas es la vía administrativa; por consiguiente, si no se agotó la vía administrativa la demanda de amparo será declarada de plano improcedente, con las excepciones previstas en el artículo 46 del mismo cuerpo normativo, relativas a que no es exigible el agotamiento de las vías previas si una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida, si por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable, entre otras⁴³⁷.

El Código Procesal Constitucional faculta al juez a declarar la improcedencia liminar de la demanda de amparo cuando se dan cualquiera de los casos previstos por el artículo 5⁴³⁸.

7.5.1. Oportunidad

La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa solo puede hacerse valer en el proceso de impugnación de acto o resolución administrativa que se tramita observándose la vía procedimental de cada tipo de los procesos contenciosos administrativos (proceso urgente, procedimiento especial). El emplazado en ejercicio del derecho de contradicción y de defensa comparecerá ante el juez, dentro del plazo de cinco días perentorios (artículo 28.2 inc. b) del texto único ordenado de la ley que

436 "Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas.- El amparo sólo procede cuando se haya agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo".

437 "Artículo 46.- Excepciones al agotamiento a las vías previas. No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;

Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;

La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o

No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución".

438 "Artículo 47. Improcedencia liminar.- Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente im procedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto".

regula el proceso contencioso administrativo) para denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida por no haber agotado el demandante la vía procedimental que constituye una omisión o defecto de la demanda de impugnación de acto o resolución administrativa.

7.5.2. Efectos

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa produce los efectos siguientes: anular lo actuado y dar por concluido el proceso que se ha iniciado contra el demandado (artículo 451 inciso 5 del C. P. C.) a fin de que el demandante agote la vía administrativa.

Terminado el trámite del proceso administrativo de impugnación del acto o resolución administrativa con resolución firme que cause estado o vencido los treinta días (30), previo los trámites pertinentes quedará agotada la vía administrativa y, por consiguiente, el demandante puede interponer nuevamente su demanda de impugnación de resolución o acto administrativo en otro proceso.

Si durante la tramitación de la excepción propuesta se ha vencido el plazo para impugnar la resolución administrativa, se habrá producido la caducidad, en consecuencia se ha extinguido el derecho y la acción del demandante para que pueda hacer valer alguna pretensión procesal.

Cuando la excepción propuesta se declara infundada, el efecto principal que produce es que el juez expide el auto de saneamiento procesal y si declara la relación jurídica procesal válida, notificará a las partes para la fijación de los puntos controvertidos dentro de tres días, vencido el plazo que sea y se hayan cumplido o no, el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de la admisión o rechazo de los medios probatorios ofrecidos, según sea el caso. Y solo cuando los medios probatorios ofrecidos lo requieran el juez señalará día y hora para la audiencia de pruebas. La resolución que ordena esta audiencia o la que la desestima es impugnabile sin efecto suspensivo y con calidad de diferida, y continuará el proceso contencioso administrativo de acuerdo a su estado⁴³⁹.

439 "Artículo 28. Procedimiento especial.- Se tramita conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 26 de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes:

28.1. Reglas del procedimiento especial.-En esta vía no procede reconvencción. Transcurrido el plazo para contestar la demanda, el Juez expedirá la resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida; o la nulidad y la consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, si fuere el caso, la concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.

Cuando se hayan interpuesto excepciones o defensas previas, la declaración referida se hará en la resolución que las resuelva.

Si el proceso es declarado saneado, el Auto de saneamiento deberá contener, además: la fijación de los puntos controvertidos y la declaración de

7.6. Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado

Al tratar esta excepción, DE SANTO la toma como sinónimo de titularidad de derechos sustanciales sosteniendo que “la legitimación para obrar (*legitimatío ad causam*) es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, situación que coincide en la mayoría de los casos, con la titularidad de la relación jurídico-sustancial. La falta de legitimación para obrar, entonces, en la ausencia de esa cualidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la acción está concedida o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede; o, dicho de otra forma, la falta de legitimación para obrar existe 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”⁴⁴⁰.

MONROY GÁLVEZ, por su parte, afirma que “La legitimidad para obrar consiste precisamente en que las personas que tienen su lugar respectivo en la relación jurídica sustantiva, sean exactamente las mismas que ocupan su lugar respectivo en la relación jurídica procesal. Si él o los titulares en la relación jurídica sustantiva no son los mismos en la relación jurídica procesal, no hay legitimidad para obrar.

Exactamente lo mismo ocurrirá, por ejemplo, si los titulares de la primera relación son tres y sólo forma parte de la relación procesal uno. Nótese que lo expresado tiene tanto valor para el caso de quien reclama la pretensión como del demandado. Así, si en la relación sustantiva los obligados son tres y se establece la relación procesal sólo con dos (demanda de dos únicamente) no se habrá cumplido con la legitimidad para obrar”⁴⁴¹.

Si partimos de la relación jurídica sustantiva, la legitimidad para obrar es una de las condiciones de la acción. Pero esta relación se toma como sinónimo de titularidad de derechos subjetivos, así por ejemplo un contrato de arrendamiento se trata de una

admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Sólo cuando la actuación de los medios probatorios ofrecidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de una audiencia de pruebas. La realización por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnable y la apelación será concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

Luego de expedido el auto de saneamiento o de realizada la audiencia de pruebas, según sea el caso, el expediente será remitido al Fiscal para que éste emita su dictamen. Con o sin dictamen fiscal, el expediente será devuelto al Juzgado, el mismo que se encargará de notificar la devolución del expediente y, en su caso, el dictamen del fiscal a las partes.

Antes de dictar sentencia, las partes podrán solicitar al Juez la realización de informe oral, el que será concedido por el sólo mérito de la solicitud oportuna”.

440 De Santo, Víctor; *La Demanda y la Defensa en el Proceso Civil*; Edit. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1981; p. 413.

441 Monroy Gálvez, Juan; *Curso de Capacitación en Materia Procesal Civil para los Abogados del Registro Público de Minería*; Op. Cit.; p. 223.

relación eminentemente civil. En esta relación, sin embargo, puede surgir un conflicto o una incertidumbre ambas con relevancia jurídica, pudiendo la parte afectada comparecer ante el juez solicitando tutela jurisdiccional para que solucione el conflicto o termine con esa incertidumbre. En este caso, el juez hace saber al demandado la pretensión del demandante y se entabla la relación procesal, surgiendo así una nueva relación jurídica que es de naturaleza puramente procesal.

Con esta excepción lo que se persigue es que exista una relación jurídica procesal entre el demandante (legitimación activa) y el demandado (legitimación pasiva). Tal como sostiene KISCH al tratar al *legitimatio ad causam*: "La demanda judicial de un derecho es una forma de su ejercicio. No puede, por lo tanto, tener resultado más que cuando se ejercita por la persona a quien la ley le concede facultades para ello y precisamente la persona frente a la cual la acción de que se trate tiene que ser ejecutada. La cualidad en virtud de la cual una acción o derecho puede o debe ser ejercitada por o contra una persona en nombre propio, se llama legitimación en causa, o la facultad de llevar, gestionar o conducir el proceso; activa para aquel que puede conseguir judicialmente un derecho; y pasiva para aquel contra el cual se ha de hacer valer"⁴⁴².

De no existir esta relación procesal entre la parte demandante y la parte demandada, el emplazado tiene la facultad para ejercitar el derecho de contradicción, proponiendo la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado. Cuando se trata de dos acreedores mancomunados, por ejemplo, los dos deben interponer su demanda contra el obligado; si lo hace uno de ellos el demandado puede oponerles válidamente la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. Asimismo, si el propietario de un inmueble demanda la entrega de un bien cuando debió demandar a dos que se encuentran en posesión, también el demandado puede hacer uso de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

En el litisconsorcio necesario, en determinados casos, muy bien puede el demandado hacer uso de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, como se observa en los casos de nulidad de los actos jurídicos, de resolución o rescisión de contratos cuando hay pluralidad de otorgantes; pero en otros casos no podría el demandado oponer esta excepción cuando la ley material o sustancial expresamente faculta interponer demandas como ocurre en las acciones posesorias (reivindicación, desalojo, tercerías) e interdictos (de recobrar y de retener) de la copropiedad, donde cualquiera de los copropietarios puede demandar en beneficio de todos⁴⁴³.

442 Kisch, W.; Elementos de Derecho Procesal Civil; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España.

443 "Artículo 979 del C. C. Reivindicación de bien común.- Cualquier copropietario puede reivindicar el bien común. Asimismo, puede promover las acciones posesorias, los interdictos, ..."

En la sustitución procesal, conforme a lo previsto por nuestro ordenamiento procesal⁴⁴⁴, la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante puede hacerse valer en la acción oblicua denominada acción subrogatoria y más propiamente dicha acción sustitutoria cuando han realizado actos jurídicos con fraude y cuando la ley le permite como coadyuvantes⁴⁴⁵.

En el primer caso, cuando el acreedor interpone una demanda en nombre de su deudor para que el patrimonio de este aumente y de esa manera se haga pago de su crédito. Para que el sustituto procesal tenga legitimación procesal, es suficiente que en la demanda se afirme que es acreedor de quien es parte material en la relación sustantiva discutida y que sin tener autorización judicial ni acreditar derecho propio o interés directo en la materia controvertida, presenta su demanda formalmente con sus respectivos anexos y con notificación de su deudor, donde aparece indubitablemente su legitimidad para obrar.

En tal caso la demanda será admitida, tramitada y la sentencia declarará fundada la demanda; pero si sucede lo contrario y el demandado ha opuesto la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, el juez antes de sanear el proceso nuevamente examina los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. De resultar fundada la excepción, declarará nulo todo lo actuado e improcedente la demanda; pero si el juez no hubiese advertido al calificar la demanda ni al sanear el proceso, en la sentencia la demanda será declarada improcedente⁴⁴⁶.

Asimismo cuando el sustituto presente su demanda pedirá que se le emplace a su deudor en el proceso que le promueve⁴⁴⁷. Así, por ejemplo, cuando Pedro ejerce la acción oblicua o subrogatoria o sustitutoria por su deudor Andrés, para reclamar una

444 "Artículo 60°. - Sustitución procesal. En el caso previsto en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil y demás que la ley permita, una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en el resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo de la materia discutida".

445 "Artículo 97°. - Intervención coadyuvante. - Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que deben extenderse los efectos de la sentencia que resuelva la pretensión controvertida en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante.

Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido".

446 Cfr. Artículo 427 inciso 1 del C. P. C.

447 "Artículo 1219 inciso 4° del C. C. Acciones del acreedor como efecto de las obligaciones. - Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que le sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva".

herencia de cien millones de nuevos soles que no la reclama fraudulentamente para no pagar los créditos a sus acreedores; en este caso Pedro puede sustituirlo interponiendo la demanda correspondiente para reclamar la herencia, embargarla y rematarla para hacerse pago de su crédito⁴⁴⁸.

En el segundo caso, cuando el sustituto interviene como coadyuvante en una relación jurídica sustancial, lo hace para apoyar en la defensa a la parte que ha iniciado un proceso. Su intervención se sujeta a lo previsto en el artículo 97 del acotado Código Procesal Civil.

Cuando se trata de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado en una demanda de la acción sustitutoria y el juez advierte que al demandado no tiene legitimidad, mediante resolución debidamente motivada, fundamentada, ordenará que se suspenda el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las partes y dentro del plazo de diez días cuando se trata de un proceso de conocimiento, de cinco en un proceso abreviado.

7.6.1. Oportunidad

En el proceso de conocimiento se debe hacer valer esta excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado dentro del plazo de diez días, en el proceso abreviado dentro del plazo de cinco días, en el proceso sumarísimo en el acto de contestar la demanda y en el proceso ejecutivo en el escrito que formula contradicción contra el mandato ejecutivo dentro del plazo de cinco días. No debe perderse de vista que estos plazos son perentorios e improrrogables en todo proceso civil.

7.6.2. Efectos

Esta excepción genera doble efecto: si el demandado cuestiona la legitimidad para obrar del demandante y la excepción se declara fundada anula todo lo actuado y da por concluido el proceso; pero si el demandado hace valer la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado y se declara fundada, suspende el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene dentro del plazo de diez días en el proceso de conocimiento, cinco en el proceso abreviado. Si vencido dicho plazo, el demandante no cumple con lo ordenado se declara nulo todo lo actuado y da por concluido el proceso.

448 LEON BARANDIRAN, José; citado por IDROGO DELGADO, Teófilo; Teoría del Acto Jurídico; 2da. Edic.; Edit. IDEMNSA; Lima—Perú; 2004; pp. 186 y 187.

Pero si el juez declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante⁴⁴⁹ o del demandado procede al saneamiento procesal, declarando la relación jurídica procesal válida.

449 Casación Nº 1958-99. CAÑETE

Lima, diecisiete de febrero del dos mil

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número mil novecientos cincuenta y ocho –noventinueve, con el acompañado, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Doña Albertila Ormeño Ojeda recurre en casación de la resolución de vista de fojas cincuentitrés, del once de Junio de mil novecientos noventinueve, en cuanto confirma el apelado de fojas treinta y siete del trece de abril del mismo año, que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y en consecuencia nulo todo lo actuado y por concluido el proceso.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por Resolución de esta Sala Suprema de fecha once de octubre de mil novecientos noventinueve se declaró procedente el recurso por la causal de inaplicación de los Artículos cuatrocientos veintitrés y setecientos veinticuatro del Código Civil, con el argumento de que en el petitorio de su demanda hace saber que el monto solicitado es para resarcir el daño causado a la demandante así como a sus tres menores hijos que en el considerando quinto se manifiesta que la demandante no es titular de la pretensión, por no haber acreditado su calidad de heredera lo que no es válido para sus menores hijos, toda vez que los mismos han acreditado esa calidad.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que la "legitimatio ad causam" es requisito fundamental para el ejercicio de la acción, y en doctrina se identifican dos corrientes; unos que sostienen que hay legitimidad para accionar cuando hay coincidencia con la titularidad del derecho sustancial, y otros que aceptan que pueda existir la primera sin que exista la segunda, de tal manera que la existencia del derecho sustancial no es condición de la acción, sino del éxito de la pretensión; Segundo.- El primer criterio obedece al concepto romano que consideraba a la acción como el derecho sustancial en actividad o como un elemento del mismo, de "legis actio sacramento" que era la forma general para hacer valer en juicio los derechos propios (Ver Derecho Romano de Felipe Serafín, T. I., p. 261, 9ª. Edición Barcelona); Tercero.- El segundo criterio, considera que la comprobación al inicio del proceso de la coincidencia de la relación jurídica procesal con la relación de derecho sustantivo no es condición ni presupuesto de la acción, pues eso sólo se establecerá en el momento en que se pronuncie la sentencia; y que al estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones propuestas en la demanda, que es la corriente que acepta este Tribunal Supremo; Cuarto.- Que la legitimidad para accionar se aprecia según el contenido del petitorio; Hay ciertos casos muy claros en que la "legitimatio ad causam" resulta de una relación contractual en la que solo las partes pueden pedir su ejecución, en lo relativo a las obligaciones cuando se ha definido al acreedor y al deudor, y por mandato especial de la ley, como en el caso de la titularidad de acciones personalísimas como la del divorcio vincular; Quinto.- Que, en cuanto a la legitimación activa en la acción de resarcimiento por la muerte de una persona igualmente se identifican varias corrientes en doctrina: unos sostienen que contra el responsable pueden accionar los parientes del muerto únicamente en virtud del "ius sanguinis"; otros consideran que la acción debe ser concedida únicamente a aquellos que a la muerte de una persona han sufrido efectivamente un daño patrimonial o moral, sean parientes o aún un extraño al que el difunto estuviere ligado por un vínculo obligatorio (por ejemplo el caso del hijo alimentista no reconocido); y finalmente quienes piensan, que la indicada acción se transmite, como los demás bienes que forman parte del patrimonio del causante, a sus herederos, y por ello éstos, sólo por tal carácter e independientemente de la prueba de haber sufrido un daño cualquier, están legitimados para actuar con aquellos que han sido directamente perjudicados por la muerte del "de cuius"; Sexto.- Que, en el caso de autos, por resoluciones recurridas han considerado que como la actora no ha acreditado su calidad de heredera, no tiene legitimidad para obrar, criterio que comparte el señor Fiscal Supremo en su dictamen; olvidando que la demandante no invoca esa calidad, sino que ha sufrido un daño por la muerte de su conviviente, padre de sus hijos; Séptimo.- Que, los herederos no son los únicos legitimados para accionar en petición del resarcimiento de los daños producidos por la muerte del "de cuius", sino que también pueden hacerlo los que se encuentran comprendidos en alguno de los supuestos de los artículos mil novecientos sesentinueve o mil novecientos setenta del Código Civil, esto es, que hayan sufrido un daño; Octavo.- A menudo, con la extinción de la vida de alguien, cesan para otro ventajas o prestaciones que, precisamente por su especial carácter, tenían como presupuesto la conservación de aquella vida, como por ejemplo es el caso de alimentos, por lo que haya evidente inaplicación de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos veintitrés del Código Civil; Noveno.- Que como resulta del petitorio de fojas seis del principal, la actora acciona, en ejercicio de sus derechos, por el perjuicio causado a ella y a sus menores hijos, por la muerte de su esposo don Ricardo Mario Dávila Bueno, aclarando en la fundamentación de hecho que dicha persona era su conviviente; Décimo.- Que, entre nosotros, por mandato de los artículos quinto de la Constitución Política del Estado y trescientos veintiséis del Código Civil, la unión estable de varón y mujer, con los requisitos de ley, genera derechos; Décimo Primero.- Que, no siendo el supuesto de la acción la titularidad de la herencia, no se ha dado la inaplicación del artículo setecientos veinticuatro del Código Civil, como se denunció. Por estos fundamentos, con lo expuesto en el dictamen Fiscal, Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas cincuentiséis y, NULA la sentencia de vista de fojas cincuentitrés, fechada el once de Junio del año próximo pasado, y actuando en sede de instancia, declararon INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, debiendo continuar el proceso de acuerdo a su estado; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en El Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por doña: Albertila Ormeño Ojeda con Empresa de Transportes Expreso Mollendo Arequipa Sociedad de Responsabilidad Limitada y Otra sobre indemnización; y los devolvieron. SS. Sánchez Palacios P.; Roman S.; Echavarría A.; Deza P.; Cáceres B."

7.7. Excepción de litispendencia

De esta excepción se vale el demandado para denunciar la existencia de una relación procesal inválida por existir un proceso anterior en trámite, que debe ser resuelto previamente y para que se archive definitivamente el segundo proceso, a fin de evitar que sobre el mismo derecho sustancial se expidan dos sentencias que pueden ser o no contradictorias.

Esta excepción se fundamenta en el principio de economía procesal (no se puede permitir duplicidad de procedimientos, que se juzgue en dos procesos distintos, cuando persiguen un mismo fin), de lo que se establece que no pueden coexistir dos procesos simultáneos entre las mismas partes (demandante y demandado), por la misma pretensión e interés de obrar, en desmedro del servicio de justicia.

La excepción de litispendencia tiene utilidad no sólo para extinguir un proceso idéntico a otro anterior, sino también puede servir para poner en evidencia la conexidad existente entre los procesos, aunque no concorra la triple identidad, permitiendo disponer la acumulación sucesiva de procesos de oficio o a petición de parte, garantizando de este modo la seguridad jurídica.

Respecto de la litispendencia, Chiovenda afirma que tiene dos sentidos general y restringido: “En un sentido general indica que *pende* una relación procesal con la plenitud de sus efectos, y en un sentido más restringido, expresa uno de sus efectos, a saber: el derecho del demandado de excepcionar la litispendencia para impedir que existan al mismo tiempo dos o más relaciones procesales sobre el mismo objeto. Del mismo modo que una misma litis no puede ser fallada más de una vez (*exceptio rei iudicatae*), no puede pender simultáneamente varias relaciones procesales entre las mismas personas acerca del mismo objeto. El demandado, por lo tanto, podrá excepcionar que la misma litis se encuentra ya pendiente ante el mismo juez o ante un juez distinto, a fin de que la segunda se resuelva juntamente con la primera por el juez que está ya conociendo de ésta. De la *exceptio rei in Iudicium deductae*, que correspondía al principio de la consumación procesal, se ha derivado la *exceptio litis pendentis*”⁴⁵⁰.

DE SANTO, citando a James GOLDSCHMIDT, refiere que “Mientras un proceso se encuentre en sustanciación, sin que exista sentencia irrecurrible e imperativa, se dice que se halla en estado de litispendencia, a la que se define como la situación jurídica en que se encuentra una causa al estar sometida al juicio y resolución de los tribunales”⁴⁵¹.

450 CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de Derecho Procesal Civil; Edit. Oxford University Press; México DF; 1999; p. 593.

451 De Santo, Víctor, Op. Cit.; p. 291.

En conclusión, la excepción de litispendencia regulada en nuestro código procesal civil ha sido materia de estudio desde el procesalismo italiano, germano, español y en nuestro sistema procedimentalista o dispositivista de 1912 (excepción de pleito pendiente) donde tuvo mucha utilidad práctica, porque el proceso estuvo a voluntad de las partes. Pero en este sistema procesal en nuestra práctica judicial no se ha observado con frecuencia que el demandante inicie dos procesos distintos y que el demandado haya hecho uso de este mecanismo de defensa, pues al tramitar y resolver esta excepción se hubiese evidenciado la mala fe procesal del demandante contra el demandado, porque la iniciación de un nuevo proceso además de vulnerar el principio de moralidad previsto en el artículo IV del Título Preliminar el Código Procesal Civil vulnera el principio de economía procesal porque resulta oneroso a las partes hasta que se defina esta excepción por la existencia de dos procesos pendientes en trámite.

7.7.1. Oportunidad

En los procesos de conocimiento, las excepciones deben ser interpuestas dentro del plazo perentorio de diez días, en los procesos abreviados dentro del quinto día de emplazados con la demanda y en los procesos sumarísimos al contestar la demanda dentro de cinco días. Esta excepción será resuelta en la audiencia de saneamiento procesal.

7.7.2. Requisitos

Son los mismos requisitos aplicables a la excepción de cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión por conciliación o transacción. Vamos a ocuparnos de la triple identidad establecida en el Código Procesal Civil⁴⁵².

7.7.2.1. Identidad de partes

Se produce cuando intervienen como titulares en la segunda pretensión procesal las mismas personas que intervienen en la primera pretensión procesal. Esto también afecta a las personas que intervienen en ejercicio de la representación convencional, legal o judicial de otras, como apoderados, tutores, curadores, sucesores procesales por acto inter vivos o mortis causa, etc.; porque estos representantes intervienen como parte procesal en representación de los que son parte material.

La identidad que se requiere es jurídica y no física, porque cuando se trata de personas naturales, físicas o individuales ésta termina con la transmisión del derecho que fue objeto de una pretensión. En las personas naturales la identidad es temporal, porque perdura a través del tiempo, enlazando ininterrumpidamente a la persona titular del derecho sustancial que fue objeto de la pretensión procesal con las personas que le

452 "Artículo 452º.- Procesos Idénticos.- Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés de obrar, sean los mismos".

sucedieron intervivos o mortis causa, hasta llegar a la persona titular que se enfrentan nuevamente en un proceso igual al que se ventilaba con el primero de los titulares.

Tratándose de las personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, si cambian las personas naturales que la conforman nada les afecta, porque su existencia como entidades jurídicas es distinta a la de las personas físicas que la integran, de manera que estas pueden desaparecer en su totalidad sin que desaparezca la entidad jurídica, porque las personas jurídicas son distintas de sus miembros que la integran, tal como lo dispone el artículo 78 del Código Civil.

7.7.2.2. Identidad del petitorio

Esto implica que la pretensión procesal del segundo proceso sea la misma del primer proceso. La identidad del petitorio radica en la determinación precisa de la pretensión procesal que se demanda con anterioridad al proceso que se está tramitando; por ejemplo, cuando se sigue un proceso para que se declare la nulidad de un contrato de compraventa por simulación celebrado entre las mismas partes sobre el mismo bien.

En este caso, no es lo mismo si se demanda con petitorios entre las mismas partes sobre nulidad de contrato por error sustancial, por dolo causal o determinante, por intimidación. Tampoco es lo mismo demandar divorcio por causal de adulterio que divorcio por causal de conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común.

En estos supuestos no hay identidad del petitorio, pero sí son conexos y si se encuentran en trámite o en curso como lo denomina el artículo 453 inc. 1 del C.P.C. pueden ser materia de una acumulación sucesiva de procesos. En la acumulación objetiva originaria de pretensiones ya sean subordinadas, alternativas o accesorias, todas no son idénticas, cada una tienen su número, su naturaleza y su finalidad.

En cualquiera de estas clases de acumulación pueden darse casos distintos, por ejemplo cuando se hubiesen demandado varias pretensiones principales y otras pretensiones como subordinadas, alternativas o accesorias, la excepción de litispendencia solo puede proponerse respecto de alguna o algunas de las pretensiones de la totalidad de que el demandante hubiera acumulado a su demanda; pero no a todas porque no hay la identidad que requiere esta excepción.

7.7.2.3. Identidad del interés para obrar

El interés para obrar será el mismo cuando en los dos procesos se constata el estado de necesidad del titular de la pretensión procesal para exigir el cumplimiento de una determinada prestación y porque requiere la tutela jurisdiccional. No hay identidad de interés para obrar cuando se demanda, por ejemplo, pago de nuevos soles en la vía de conocimiento sin que se haya vencido el plazo y en el segundo proceso se demanda el cumplimiento de la misma obligación, cuando se ha vencido el plazo pactado entre las partes. En este supuesto procede la acumulación sucesiva de procesos por existir

conexidad, no obstante existir la triple identidad por encontrarse vinculados de forma tal que la sentencia a dictarse esté sometida a un solo juez.

Además de la triple identidad, el Código Procesal Civil precisa que ambos procesos se encuentren en trámite⁴⁵³; es decir, que las partes se encuentren formalmente emplazadas, que el primer proceso esté pendiente de resolverse y la excepción de litispendencia el demandado tiene que proponerlo en el segundo proceso.

7.7.3. Efectos

Los efectos de la excepción de litispendencia es anular todo lo actuado y dar por concluido el segundo proceso, ordenándose el archivamiento. En caso contrario, si se declara infundada, porque no se ha cumplido con los presupuestos que la norma procesal exige, el proceso de todas maneras se definirá por sentencia.

7.8. Excepción de cosa juzgada

Etimológicamente la institución de la cosa juzgada proviene de dos vocablos: “*res*”, que significa cosa u objeto, y “*judicata*”, que equivale a juzgada, tiempo pasado del verbo juzgar. En consecuencia, la cosa juzgada puede conceptuarse como un objeto que ha sido materia de un proceso definido con una sentencia consentida o ejecutoriada por el órgano jurisdiccional.

Durante el procedimiento *formulario* en el Derecho Romano, cuando el proceso de instancia única había terminado por sentencia firme y el actor pretendía una nueva acción, el demandado podía oponer la *exceptio rei judicata* para evitar un nuevo proceso seguido entre las mismas partes. Esta excepción surge, pues, con el propósito de proteger al demandado de un nuevo proceso y de un nuevo fallo, quedando en el fondo sin efecto el contenido de una sentencia.

Tratando de definir el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, COUTURE afirma: “podemos decir que es la autoridad y la eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”⁴⁵⁴, adquiriendo por lo tanto autoridad de cosa juzgada, la cual es irrecurrible e inimpugnable.

En nuestra legislación procesal, las sentencias son firmes cuando han quedado consentidas o ejecutorias y son éstas las que producen efectos de cosa juzgada.

Las sentencias quedan consentidas cuando habiéndose vencido los plazos para impugnarlas, las partes no han hecho valer el correspondiente medio impugnatorio.

453 Cfr. art. 453 inc. 1º del C.P.C.

454 Couture, Eduardo; Op. Cit.; p. 401.

Queda ejecutoriada una sentencia, cuando habiendo sido impugnada mediante los recursos de apelación y casación, contra ella ya no se admite recurso alguno que pueda hacerse valer para revocarla, alterarla o modificarla.

El artículo 123 del C.P.C. prescribe que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando contra ella no proceden los medios impugnatorios o se dejan transcurrir los plazos sin proponerlos⁴⁵⁵.

Como hemos sostenido, "el fundamento de la cosa juzgada reposa en el hecho de que los litigios terminen definitivamente en beneficio de la paz social, tutelando el orden jurídico en función de la autoridad de que están investidos los órganos jurisdiccionales impuestos por el Estado"⁴⁵⁶.

Esta institución es aplicable a todos los procesos de conocimiento, abreviados, sumarísimos, cautelares, de ejecución y no contenciosos con las excepciones que la norma procesal establezca, impidiendo reabrir el proceso tanto a las partes como a las que derivan de ellas su derecho. Los jueces tampoco deben admitir nuevas demandas sobre el mismo litigio, ni mucho menos pueden emitir un nuevo fallo. Por consiguiente debemos entender que la cosa juzgada es la voluntad de la ley sobre los particulares, sin que haya poder que pueda modificarla o desconocerla o dejarla sin efecto como garantía, principio y derecho de la función jurisdiccional⁴⁵⁷.

La inmutabilidad de la cosa juzgada significa que la sentencia no admite recurso alguno; es decir, que es inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior. A este respecto se dice que es cosa juzgada sustancial porque ninguna autoridad podrá modificar definitivamente lo resuelto. El artículo 178 del C.P.C., sin embargo, ha previsto la nulidad de la *cosa juzgada fraudulenta*, la que se puede proponer hasta los seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable. El perjudicado puede demandar la nulidad de sentencia o la del acuerdo homologado por el juez que pone fin al proceso, a través del proceso de conocimiento sustentando

455 "Artículo 123º.- Cosa Juzgada.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o,
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan de transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se pueden extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407".

456 Idrogo Delgado, Teófilo; Op. Cit.; T. II; p. 40.

457 Cfr. art. 139 inc. 2. de la Constitución Política del Perú de 1993, que prescribe: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, no cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

su pretensión en dolo, fraude, colusión o violación del derecho a un debido proceso, cometido por una o por ambas partes, o por el juez, o por este y aquellas.

La misma norma también faculta a demandar la nulidad a cualquiera de las partes o al tercero ajeno al proceso cuando se consideren directamente agraviados por la sentencia⁴⁵⁸.

Como se advierte, el nuevo sistema procesal faculta a las partes o a terceros ajenos a la relación procesal demandar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. Consideremos que este precepto normativo se sustentó en la humanización del proceso, para mejorar la relación entre los hombres y alcanzar la paz social con justicia. El problema, sin embargo, continúa ¿Se puede o no demandar una decisión definitiva, irrecurrible e inimpugnabile? ¿Cuál es la vía procedimental más compatible con este nuevo sistema procesal para proteger a la sociedad? Aunque esto no es motivo de nuestro estudio, dejamos la inquietud a los tratadistas del Derecho Procesal⁴⁵⁹.

Al respecto, MONROY GÁLVEZ acota: “Compartimos la tesis de Liebman, quien distingue la eficacia de la sentencia de su inmutabilidad. Expresa que la eficacia de la sentencia debe ser entendida como un mandato, “...al menos en el sentido de que contiene la formulación autoritativa de una voluntad de contenido imperativo;...”. “Sin embargo, advierte que este mandato o eficacia “no puede, en si y por sí, impedir a un juez posterior, investido también él de la plenitud de los poderes ejercitados por el juez que ha emanado la sentencia, examinar de nuevo lo decidido y juzgar de un modo diferente. Sólo una razón de utilidad política y social interviene para evitar esta posibilidad, haciendo el mandato inmutable cuando el proceso haya llegado a su conclusión con la preclusión de las impugnaciones contra la sentencia en el mismo. En esto consiste, pues, la autoridad de la cosa juzgada que se puede precisamente definir como la inmutabilidad que nace de una sentencia”. Las razones de utilidad política y social a las que alude LIEBMAN, son las que constituyen esta necesidad social de tener *certeza*, a veces con agravio de la *justicia*”⁴⁶⁰.

458 “Artículo 178º. - Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. - Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada sino fuera ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso”.

459 Idrogo Delgado, Teófilo; Principios Fundamentales de Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Op. Cit.; pp.129-132.

460 Monroy Gálvez, Juan; Temas de Proceso Civil; Op. Cit.; p. 161.

Esto significa, jurídicamente, que la cosa juzgada no sólo hace referencia a la afirmación de la verdad de los hechos, sino a la existencia de la voluntad de la ley en un caso concreto y que es el juez quien, en representación del Estado, afirma esa voluntad.

La excepción de cosa juzgada consiste en el derecho que tiene el demandado formalmente emplazado de oponer a la demanda materia del proceso judicial, seguida entre las mismas partes, por el mismo petitorio y el interés para obrar, cuando el proceso ha terminado por sentencia consentida o ejecutoriada (sentencia firme e inimpugnable).

La carga de la prueba corresponde al demandado que la propone y debe acreditar con documentos públicos la existencia de un proceso fenecido para que el juez aprecie la autoridad de cosa juzgada en el estadio correspondiente.

7.8.1. Oportunidad

La *exceptio res judicata*, al igual que las otras excepciones, la hace valer el demandado dentro de los diez primeros días de emplazado con la demanda en los procesos de conocimiento y en los demás dentro del plazo perentorio de cinco días de emplazado el demandado con la demanda.

7.8.2. Requisitos

Los mismos requisitos de las excepciones de litispendencia, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, se requieren para la excepción de cosa juzgada. Para que se declare fundada esta excepción debe haber identidad de las partes o de quienes de ellos deriven sus derechos, identidad del petitorio, identidad del interés para obrar y que el proceso haya sido resuelto con sentencia firme⁴⁶¹; esto es, que la sentencia sea inamovible o, como se observa en las Partidas de Derecho Español (Partida VII, Título VII, Regla 32), que la sentencia sea firme, inimpugnable y que los jueces la tengan por verdadera.

7.8.3. Efectos

La excepción de cosa juzgada, por su naturaleza jurídica, produce efectos de carácter perentorio; por lo tanto, si se declara fundada anula todo lo actuado y da por concluido el segundo proceso, lo cual se traduce en un efecto imperativo. Aunque es cierto que la inmutabilidad de la decisión satisface la necesidad de certeza, muchas veces se encuentra en pugna con la necesidad de la justicia, porque en varios casos la decisión no puede ser justa.

En conclusión, la cosa juzgada da mayor garantía y seguridad jurídica, porque de no existir esta institución, los fallos que expiden los jueces serían discutibles in-

461 Cfr. art. 453 inc. 2º del C.P.C.

definidamente y podrían ser impugnados permanentemente creando un estado de incertidumbre jurídica. Pero, el fin de la función jurisdiccional en abstracto es lograr la paz social en justicia, aunque esta paz social sea en perjuicio de la justicia en algunos casos. Por eso las decisiones judiciales firmes son definitivas e inmutables para crear seguridad jurídica en un estado de derecho.

7.9. Excepción de desistimiento de la pretensión

La excepción de desistimiento de la pretensión la formula el demandado que ha sido formalmente emplazado para oponerse a la pretensión procesal del demandante, cuando entre las mismas partes, por el mismo petitorio y por el mismo interés de obrar, se ha seguido un proceso que ha terminado por desistimiento de la pretensión sustancial o derecho material del demandante.

El desistimiento de la pretensión es la renuncia expresa del derecho sustancial o material que hace el demandante, y por la cual no solamente manifiesta su voluntad de extinguir el proceso iniciado, sino la posibilidad de reproducir el derecho que tiene en otro proceso. Tanto en la doctrina como en el Código Procesal Civil se observa que no hay necesidad de la aceptación del demandado, por cuanto no va a sufrir ningún perjuicio, por el contrario se le concede la facultad de hacer el derecho de defensa haciendo uso de la institución de la excepción de desistimiento de la pretensión.

Toda persona que goza de capacidad (artículo 42 del C.C.) puede renunciar a la pretensión procesal, siempre que intervenga personalmente en el proceso. Si lo hace en nombre de otra como apoderado, este debe estar premunido de un *poder especial* solamente para desistirse de la pretensión hasta antes de que se expida la sentencia.

Los representantes de las personas jurídicas de Derecho Privado si los estatutos de la constitución les autoriza expresamente; los representantes legales de las personas jurídicas de Derecho Público Interno, si es que están autorizados por resolución expresa de la institución que representan; los representantes de los incapaces como parte procesal ya sean los tutores o curadores no podrán desistirse, ni aun con autorización judicial porque no pueden renunciar a los derechos de sus representados; es decir, que no se permite el abuso del derecho a desistirse de la pretensión.

En nuestro ordenamiento procesal, el desistimiento de la pretensión exige al juez no solamente revisar la capacidad procesal de quien lo realiza sino también la naturaleza del derecho que sustenta el fundamento de la pretensión, como puede ocurrir cuando el demandante no tiene facultad para desistirse, o el apoderado o representante del demandante que carece de facultad para desistirse.

Cuando el demandante hace valer pretensiones acumuladas o se trata de un litisconsorcio necesario, si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o sólo es realizado por uno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

7.9.1. Oportunidad

Como nuestra ley procesal no ha hecho una distinción precisa sobre las clases de excepciones, el demandado al tener conocimiento de un nuevo proceso por el emplazamiento que se le hace, tiene la facultad para proponer la excepción de desistimiento de la pretensión en ejercicio del derecho de contradicción dentro del plazo de diez días en los procesos de conocimiento y de cinco días de emplazado válidamente en los demás procesos contenciosos.

7.9.2. Requisitos

Para que el demandado haga valer la excepción de desistimiento de la pretensión, se debe exigir la triple identidad a que nos hemos referido al estudiar las excepciones de litispendencia y cosa juzgada; esto es, que haya identidad de partes o de quienes de ellos deriven sus derechos, de petitorio, de interés para obrar y que el proceso anterior haya concluido por el desistimiento de la pretensión de quien está demandando.

7.9.3. Efectos

Si se declara fundada la excepción de desistimiento de la pretensión, los efectos que produce es anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso; es decir, que trae como consecuencia la extinción de la pretensión procesal del demandante, de sus sucesores y de terceros que de ellos deriven su derecho, de tal modo que si el demandante pretendiese interponer demanda en otro proceso, el demandado puede oponerle válidamente la excepción en comentario.

7.10. Excepción de conciliación

La conciliación en el proceso civil data del 14 de diciembre de 1991, la Ley Orgánica del Poder Judicial Ley N° 1510, cuyo artículo 103 facultó a los jueces de primera instancia en lo civil a ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por este medio la conciliación. El artículo 183 de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el D.L. N° 14605 el 25 de julio de 1963, otorgó potestad a los jueces de primera instancia en lo civil para ordenar en cualquier estado del juicio un comparendo y procurar la conciliación entre las partes. Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada el 29 de noviembre de 1991 por D.Leg. N° 767 confiere a los jueces la facultad de procurar la conciliación entre las partes y a los jueces de paz funciones estrictamente de conciliación.

La Ley de conciliación N° 26872, promulgada el 13 de noviembre de 1997, declara de interés nacional la institucionalización de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El artículo 1 de la Ley N° 27398, del 13 de enero 2001, implementa la conciliación extrajudicial, los centros de conciliación y de conciliadores acreditados por el sector justicia en Lima y Callao a partir del primero de marzo del 2001, excluyendo temporalmente las materias de derecho de familia y laboral.

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1070, del 28 de junio del 2008, complementa la Ley de Conciliación Extrajudicial disponiendo que entrará en vigencia a los sesenta días de su publicación en los distritos de Lima, Trujillo y Arequipa, Distrito Judicial del cono norte de Lima, salvo la provincia de Canta, y en el resto del país entrará en vigencia de acuerdo a un calendario oficial.

El 30 de agosto del 2008 se reglamenta la Ley de Conciliación Extrajudicial mediante el Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, por el cual se regula los principios de la conciliación, el procedimiento conciliatorio, los operadores del sistema conciliatorio, el centro de conciliación, del capacitador, del centro de formación y capacitación de conciliadores, medios impugnatorios, etc.⁴⁶²

La conciliación extrajudicial es más propiamente llamada conciliación preprocesal, porque el demandante en determinadas pretensiones antes de interponer demandas previamente recurre a un centro de conciliación extrajudicial en la búsqueda de una solución consensual del conflicto⁴⁶³.

Por eso afirmamos que la conciliación es un instituto eminentemente procesal, en nuestro Código Procesal Civil constituye una forma especial de conclusión del proceso; por lo que las partes sin renunciar a sus derechos se avienen ante un conciliador extrajudicial⁴⁶⁴ para poner fin a sus conflictos; y, por otro lado, recurren ante los organismos jurisdiccionales hasta antes de que se expida sentencia de vista en segunda instancia solicitando la conciliación para poner fin a sus pretensiones.

En tal virtud, las partes presentarán el acta de conciliación expedida por el centro de conciliación extrajudicial al juez para su aprobación y si se trata de derechos disponibles, adecuados a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, expedirá la resolución debidamente motivada y dará por concluido el proceso, con efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada⁴⁶⁵.

462 Cfr. Ley de Conciliación N° 26872, Ley N° 27398, Dec. Leg. N° 1070 y el D. S. N° 014-2008-JUS.

463 Cfr. Art. 1° in fine del D. Leg. 1070.

464 "Artículo 18°.- Mérito y Ejecución del Acta de Conciliación.- (D. Leg. 1070, del 28 de junio del 2008. Art. 1°).- 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".

465 "Artículo 327°. Conciliación y proceso.- Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un Centro de Conciliación Extrajudicial.

Presentada por las partes el acta de conciliación, el Juez la aprobará previa verificación de los requisitos establecidos en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.

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

Esta forma de conclusión del proceso por conciliación constituye la excepción a que se refiere el artículo 446 inciso 10 del Código Procesal Civil, de modo que cuando el demandante inicie un nuevo proceso, el demandado válidamente le puede oponer esta excepción.

Como se aprecia, la conciliación extrajudicial como la judicial son procesos de negociación regulada y conducida por un tercero, que puede ser un conciliador o un juez. El acuerdo que adoptan las partes es vinculante.

Cuando llegan las partes a conciliar, ninguna de ellas ni sus sucesores podrán iniciar un nuevo proceso por la misma pretensión que fue motivo del acto conciliatorio y en consecuencia están obligadas a sujetarse a los términos del acta de conciliación.

Cuando media conciliación entre las partes ya sea judicial o extrajudicial, por los efectos que produce ya no podrán iniciar un nuevo proceso por el mismo objeto que fue materia de la conciliación. Asimismo sus sucesores sufrirán las consecuencias del acuerdo a que hayan arribado sus causantes.

La conciliación como forma especial de conclusión del proceso es personal, en consecuencia no está sujeta a condición, plazo o modalidad alguna que haga variar sus efectos jurídicos.

Con relación al derecho, la conciliación tiene efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada; por lo tanto, si cualquiera de las partes iniciara un nuevo proceso el demandado tiene la facultad de proponer la excepción de conclusión del proceso por conciliación.

7.10.1. Fundamento

La finalidad de la conciliación como acto procesal es alcanzar un acuerdo voluntario en las diferentes pretensiones sin necesidad de terminar una instancia judicial, en la que muchas veces no se puede lograr la paz social con justicia. Por eso, en nuestro ordenamiento procesal se ha normado la conciliación como una forma especial de conclusión del proceso a través de la cual se logra el avenimiento de las partes en conflicto, evitando una decisión judicial. La conciliación es, en suma, un proceso en el que interviene un tercero que tiende a eliminar otro proceso ulterior.

La excepción de conclusión del proceso por conciliación se basa en el respeto al acuerdo que han logrado las partes sobre determinadas pretensiones procesales antes de haber agotado una instancia. Esta institución tiene mucha utilidad, en caso que una de las partes inicie un nuevo proceso el demandado puede oponer esta excepción en comentario.

7.10.2. Diferencias con la transacción

No obstante que la conciliación así como la transacción son formas especiales de conclusión del proceso, cabe establecer algunas diferencias entre estas dos instituciones.

Aunque existe la conciliación denominada extrajudicial (Ley N° 26872), esta institución es eminentemente procesal, porque las partes la realizan exclusivamente dentro del proceso. En cambio la transacción, por ser de naturaleza sustantiva puede ser judicial o extrajudicial.

La conciliación siempre constituye título de ejecución; la transacción, por el contrario, si es extrajudicial es título ejecutivo y si es judicial constituye título de ejecución.

En la conciliación las partes no renuncian a sus derechos, en cambio en la transacción las partes se hacen concesiones recíprocas evitando un proceso que está por iniciarse o poniendo fin al que se ha iniciado.

Mientras la conciliación extrajudicial es un requisito obligatorio para iniciar los diferentes procesos que tienen pretensiones determinadas o determinables, que versen sobre derechos disponibles para las partes, como en materia de familia, laboral o en materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado (artículo 7 de la Ley N° 28872)⁴⁶⁶, la transacción es facultativa pudiendo las partes celebrar extrajudicialmente sin la intervención del juez o judicial dentro de un proceso.

En la conciliación, las partes pueden hacerse concesiones unilaterales o bilaterales sobre derechos renunciables o disponibles, siempre que se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio⁴⁶⁷, mientras que en la transacción las partes se hacen concesiones recíprocas solamente sobre derechos patrimoniales⁴⁶⁸.

En la transacción hay renuncia de derechos, lo que no sucede en la conciliación.

Como excepción, la transacción solamente puede usarse cuando se ha iniciado un proceso; la conciliación puede celebrarse antes del inicio de un proceso, como ocurre en los procesos declarativos.

466 "Artículo 7º.- Materias conciliables.- (Art. 1º del D. Leg. N° 1070).- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se derivan de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

La Conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley.

La materia laboral será atendida por los Centros de Conciliación Gratuitos del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por los Centros de conciliación privados para lo cual deberán de contar con conciliadores acreditados en esta materia por el Ministerio de Justicia. En la audiencia de conciliación en materia laboral las partes podrán contar con un abogado de su elección o, en su defecto, deberá de estar presente al inicio de la audiencia el abogado verificador de la legalidad de los acuerdos.

En materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la ley de la materia".

467 Cfr. art. 325 del C.P.C.

468 Cfr. art. 1305 del C.C.

En la transacción no existe injerencia del juez; en cambio, en la conciliación el juez procurará el avenimiento de las partes, incluso les propondrá una fórmula de conciliación (artículo 326 del C.P.C.), lo que significa que por mandato legal existe intervención.

7.10.3. Oportunidad

Como nuestra ley procesal no ha hecho una distinción exacta sobre las clases de excepciones, el demandado puede oponer la excepción de conclusión del proceso por conciliación hasta el décimo día de emplazado con la demanda en los procesos de conocimiento y en los demás procesos contenciosos dentro de los cinco días del emplazamiento.

7.10.4. Presupuestos

Son los mismos que las excepciones de litispendencia, cosa juzgada y desistimiento de la pretensión: identidad de partes o de quienes de ellos deriven sus derechos, identidad de petitorio y de interés para obrar y que el proceso haya concluido por conciliación; esto es, que la conciliación resulte del acuerdo libre, espontáneo y de una audiencia pública, cuya característica sea publicista e instrumentalista, propia del nuevo sistema procesal.

7.10.5. Efectos

Por su naturaleza jurídica, la excepción de conclusión del proceso por conciliación es por excelencia anulatoria; por lo tanto si se declara fundada, no solamente extingue el derecho sustancial del demandante y de quienes deriven sus derechos, esto es, los actos jurídicos que hubieran realizado *intervivos* o *mortis causa* quedan extinguidos; sino también anula todo lo actuado y da por concluido el proceso que ha iniciado el demandante, sin perjuicio de la condena de costas y costos.

7.11. Excepción de transacción

La transacción constituye uno de los modos de extinción de las obligaciones.

La transacción es un acto jurídico bilateral, consensual y de naturaleza material o sustancial por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, ponen fin a algún asunto dudoso o litigioso evitando un proceso por iniciarse o poniendo fin al que está iniciado, creando, regulando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones.⁴⁶⁹ Puede hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad o por petición al juez que conoce el conflicto judicial conforme lo dispone el artículo 1304 del C.C.

469 "Artículo 1302º.- 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".

La excepción de conclusión del proceso por transacción, el demandado debe proponerla en el segundo proceso que siguen las mismas partes o las que de ellas deriven su derecho, por el mismo petitorio e interés para obrar, porque si no tiene esta triple identidad la excepción será declarada infundada. Para que proceda la excepción de transacción antes de que se haya iniciado el proceso debe haber existido la transacción judicial o extrajudicial homologadas.

7.11.1. Requisitos

Como hemos expuesto al comentar la excepción de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación, la excepción de transacción tiene como requisitos indispensables: identidad de partes, de petitorio y de interés para obrar y que las mismas partes hayan transado por derecho propio o por poder especial o por representación ante el juez en el proceso anterior; es decir, que haya concluido el proceso por medio de una resolución homologada en forma parcial o total.

En caso de que se hubiera hecho extrajudicialmente también debe ser homologada la transacción y se acreditará con el respectivo documento⁴⁷⁰ público o privado o con la copia certificada de la transacción y la resolución aprobada por el juez, siempre que contenga concesiones recíprocas y versen sobre derechos patrimoniales y no afecte al orden público o a las buenas costumbres por tener la calidad de cosa juzgada y así producir sus efectos de excepción de conclusión del proceso por transacción judicial⁴⁷¹, porque no es posible que en un proceso no se observen las formalidades.

7.11.2. Oportunidad

La excepción de conclusión del proceso por transacción debe proponerse en el proceso de conocimiento dentro del plazo de diez días de emplazado el demandado. En los demás procesos contenciosos dentro de los cinco días de ser notificado con la demanda.

El escrito de interposición deberá contener las especificaciones generales de los escritos judiciales respecto a los actos procesales de las partes (arts. 130 y 131 del C.P. C.)

470 "Artículo 1304º.- La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio".

471 "Artículo 337º.- Homologación de la transacción.- El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

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

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

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

7.11.3. Efectos

Puesto que la transacción es un acto jurídico bilateral, de naturaleza sustantiva, los efectos que produce si se declara fundada es anular lo actuado y dar por concluido el proceso iniciado contra el demandado. El titular de un derecho queda, asimismo, sin la posibilidad de renovar su pretensión en una nueva pretensión procesal, por cuanto la transacción extrajudicial constituye título ejecutivo y se deberá exigir su cumplimiento observando los trámites del proceso ejecutivo y la transacción judicial es título de ejecución, el mismo que tiene que ejecutarse observando la vía procedimental del proceso de ejecución de resoluciones judiciales⁴⁷².

Es importante hacer algunas reflexiones al Primer Pleno Casatorio, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de abril del 2008, en la Casación N° 1475-2007- Cajamarca, en el proceso seguido por Giovanna Angélica Quiroz Villaty contra Minera Yanacocha S.R.L., y otros sobre indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual; por la cual por mayoría (10 votos) se creó la jurisprudencia vinculante que “la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo dispuesto por el artículo 446 inciso 10 y artículo 453 inciso 4 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil en materia de transacción y por minoría (06 votos), se propuso y se sustentó que la transacción extrajudicial no puede tramitarse como una excepción procesal por no tener regulación expresa como la transacción judicial si no debe hacerse valer en la contestación de la demanda como una defensa de fondo y ser resuelta en la sentencia, posición de la cual compartimos porque la transacción judicial pone fin al proceso y en ese sentido se orienta nuestro sistema procesal porque al normar el proceso ejecutivo originariamente en el artículo 693 inciso 3 y a partir del 2009 en el artículo 688 inciso 8 del CPC a la transacción extrajudicial en documento privado lo considera como título ejecutivo, justamente para iniciar un proceso y en ese sentido se normó a la transacción extrajudicial en el Código Civil para evitar un proceso por iniciarse⁴⁷³; porque las concesiones recíprocas que se hacen acreedor y deudor aún firmadas extrajudicialmente en documento privado evitando un proceso por promoverse, con el nuevo Código Procesal Civil de 1993 en ciertos casos, por más transacción extrajudicial que se haga aún en Escritura Pública no es un título ejecutivo; porque con la nueva concepción publicística de los títulos

472 "Artículo 1312º. - Transacción judicial y extrajudicial. - La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva".

473 "Artículo 1302º. - Definición. 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.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada".

ejecutivos o de ejecución, para que proceda la ejecución la obligación contenida en el título debe ser: 1) Cierta donde prevalecen los principios de veracidad, probidad, lealtad y buena fe procesal de las partes; 2) Expresa porque las obligaciones que contienen están reguladas por el principio de literalidad; 3) Exigible por el lugar, plazo y modo; además cuando se trate de obligación de dar sumas de dinero, deben ser líquida o liquidable mediante simple operación aritmética⁴⁷⁴ y que la obligación contenida en el título no haya prescrito.

Por otro lado, no es aplicable el Código Civil de 1984 al Código Procesal Civil de 1993, porque este se normó para el Código de Procedimientos Civiles de 1912; por lo que la transacción extrajudicial debe ser debidamente probada como medio de extinción de las obligaciones y no como forma de conclusión de los procesos que es homologada como lo han entendido la mayoría que intervinieron.

En conclusión, somos de la opinión que el Primer Pleno Casatorio aprobado como precedente vinculante resultó desacertado no por las partes que intervinieron sino por tratarse de derechos difusos o colectivos donde la tutela jurisdiccional tiene otras aristas que los organismos jurisdiccionales deben orientarse en ese sentido; ojalá en un nuevo pleno se corrija por las Sala Suprema Civil conforme a lo dispuesto por el artículo 400 del acotado Código Procesal⁴⁷⁵.

7.12. Excepción de caducidad

Al ser incorporada como excepción en el Código Procesal Civil en 1993, la caducidad ha contribuido eficientemente a la culminación de los procesos de conocimiento, abreviados y sumarísimos en forma oportuna, al permitir al demandado proponerla como excepción cuando el juez al calificar las demandas en cada vía procedimental no ha declarado la improcedencia.

La excepción de caducidad no tendrá utilidad práctica en nuestro ordenamiento procesal si los jueces llegan a realizar una aplicación correcta de la improcedencia de la demanda analizando las diferentes disposiciones legales relativas a la caducidad que se encuentran expresamente en el Código Civil de 1984⁴⁷⁶.

474 "Artículo 689º.- Requisitos comunes. Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además líquida o liquidable mediante operación aritmética".

475 TICONA POSTIGO, Víctor, *La Transacción y los intereses difusos en la Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema*; Edit. GRIJLEY; Lima-Perú; 2008; 201 pp.

476 La jurisprudencia nacional continuó usando acción como sinónimo de pretensión procesal, cuando nuestro ordenamiento procesal que adoptó el sistema publicístico se alejó de la teoría de las acciones, como podemos advertir en estas dos resoluciones supremas: "No se debe confundir los conceptos de prescripción y caducidad, hay que casi todo el derecho reconocido en la ley lleva in sito una acción para exigirlo en caso de incumplimiento, señalando la ley, por razón de interés público, plazo para su ejercicio, que a su vencimiento dan lugar a la prescripción, que invalida la acción, y a la caducidad, que extingue la acción como el derecho" Casación N° 253-Callao. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13-05-98. Contrariamente en otra casación sustentan: "Por la 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 N° 749-98-Tacna. Publicada en el diario Oficial El Peruano el 24-11-98

Si el demandado no interpone la excepción de caducidad contra el derecho de acción del demandante, los jueces tienen la potestad jurisdiccional de declarar la caducidad en el saneamiento procesal o en la sentencia en primera instancia, en la de vista en segunda instancia y de ser el caso en casación.

7.12.1. Fundamento jurídico

Existen estudios sobre la evolución histórica de esta institución desde el segundo período del procedimiento romano, cuando regía el sistema formulario, en el que las pretensiones del actor muchas veces no se compadecían con la equidad, pues bastaba con que el acto jurídico celebrado estuviese afectado por la vis compulsiva, esto es por la fuerza física o por dolo, para que el juez ordene al obligado.

Con la finalidad de combatir la mala fe y en defensa de la equidad los pretores se preocuparon por restringir el poder del juez, para otorgarle la potestad de oír al demandado cuando le oponga alguna defensa previa. Esto significa que la excepción de caducidad era un medio de defensa en una contienda judicial, porque “restringir al demandado la defensa sería contra las reglas de la equidad”⁴⁷⁷.

A este respecto, CHIOVENDA afirma: “ciertamente; en el sentido de que el demandado tiene derecho a defenderse con todos los medios que están a su disposición”⁴⁷⁸.

Por eso, la naturaleza jurídica de la excepción de caducidad radica en el derecho de defensa del demandado, el cual puede hacer valer dentro de los plazos y las formalidades que la ley dispone. Pues de no hacerlo, el juez de oficio declarará la caducidad del derecho en cualquier estado del proceso, porque no puede seguir conociendo un proceso con un derecho caduco ni mucho menos pronunciarse sobre un derecho extinguido.

Nuestro Código Procesal Civil faculta al demandado a hacer uso de las excepciones como un derecho de contradicción. Por lo tanto, la excepción de caducidad le permite al demandado denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida, porque se ha presentado defectuosamente al haberse extinguido no solamente la acción sino también el derecho del pretensor.

7.12.2. Concepto y definición

La caducidad constituye un medio de extinción de la pretensión procesal del demandante que ha hecho uso del derecho de acción.

477 IHERING, Rodulf Von; El espíritu del Derecho Romano, 2ª Ed.; Edit. Revista de Occidente; Madrid, España; 1962; p. 359.

478 Chiovenda, Giuseppe; Ensayos de Derecho Procesal Civil; Edit. EJEA; Buenos Aires, Argentina; 1947; p. 267.

Cuando la demanda ha caducado, el juez declara improcedente la demanda, pero si inadvertidamente expide el auto de admisibilidad, el demandado puede oponer la excepción de caducidad no obstante que ya se originó el proceso.

La caducidad constituye la pérdida del derecho de acción que se ha hecho valer en la demanda o para proseguir el proceso por no haberse propuesto la pretensión material dentro de los plazos que la ley establece.

La caducidad importa extinción, pérdida del derecho de acción por no haberse interpuesto la demanda antes del vencimiento del plazo señalado expresamente en la ley sustancial o material.

Tentativamente, definimos a la excepción de caducidad como un mecanismo procesal del cual se vale el demandado para extinguir el derecho de acción materializado en una demanda, cuando el juez no la ha declarado improcedente ab initio.

7.12.3. Diferencias entre la caducidad y la prescripción extintiva

El Código Procesal Civil reconoce a la excepción de caducidad como un importante instituto procesal que sirve al demandado para extinguir una relación procesal inválida cuando el juez no ha declarado la improcedencia de la demanda, en los casos que el pretensor ha comparecido al Poder Judicial a través de un proceso solicitando la tutela jurisdiccional efectiva.

La prescripción extintiva también es una excepción que está regulada en el Código Proceso Civil, porque también extingue la pretensión material del demandante cuando se han vencido los plazos expresamente prescritos en el Código Civil.

Aunque ambas instituciones extinguen el derecho de acción; éstas se diferencian por los plazos que la ley sustancial o material dispone expresamente. Mientras que en la caducidad los plazos son más cortos como, por ejemplo, el caso de retracto, de divorcio por causal, de anulabilidad de testamento por defecto de forma, etc; en la excepción de prescripción extintiva los plazos taxativamente señalados son largos y están en función de las pretensiones genéricas, como sucede con las pretensiones personales, reales, las que nacen de una ejecutoria, daños y perjuicios derivados de la violación de un acto jurídico, en la de responsabilidad civil extracontractual.

Las diferencias más saltantes entre la caducidad y la prescripción extintiva son las siguientes: Que la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, mientras que la prescripción solamente será declarada cuando se hace valer como excepción; la caducidad opera una vez vencido el plazo porque puede ser declarada de oficio por el juez o puede ser declarada a petición de parte cuando lo invoca el demandado como excepción.

La prescripción se refiere a la extinción de la acción civil y la caducidad a la extinción del derecho sustancial y, por lo tanto, a la pretensión material que pudiera tener el demandante.

La prescripción extintiva adquirida puede ser renunciable como cualquier derecho, por lo que el demandado deberá proponerla como excepción y si no lo hace dentro de los plazos que dispone la ley procesal para cada proceso: 10 días para el de conocimiento, 5 para el abreviado, 5 en los procesos sumarísimos y de ejecución, el juez no puede declarar de oficio una prescripción no alegada, importando una renuncia tácita y expedirá sentencia declarando fundada la demanda y ordenará el cumplimiento de la pretensión demandada. La caducidad, en cambio, es irrenunciable porque si no la hace valer el demandado como excepción, el juez en cualquier estado del proceso puede declararla de oficio⁴⁷⁹.

Por otra parte, en la prescripción existe la interrupción y la suspensión del plazo⁴⁸⁰, en la caducidad no hay suspensión ni interrupción de los plazos, salvo que haya imposibilidad de reclamar el derecho ante los organismos jurisdiccionales, como en el caso de una guerra, una catástrofe, etc.

7.12.4. Caducidad y derechos temporales

En estricto sentido, la caducidad ha sido legislada para derechos temporales, con la finalidad de que el justiciable comparezca a los órganos jurisdiccionales solicitando la tutela jurisdiccional efectiva; por lo tanto, vencido el plazo final opera la caducidad.

Así, pues, en el supuesto de que se interponga una demanda haciendo valer el derecho de acción sustentado en un derecho sustantivo temporal, el juez al calificar de oficio la demanda debe declarar la improcedencia de la demanda por caducidad (artículo 427 inc. 3 del C.P.C.); pero si inadvertidamente el juez la admite, el demanda-

479 Cfr. arts. 2003 al 2006 del C.C.

480 "Artículo 1994º.- Se suspende la prescripción:

- a) Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales
- b) Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
- c) Entre las personas comprendidas en el artículo 326º.
- d) Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
- e) Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.
- f) Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes en los casos que procede.
- g) Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.
- h) Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano"

"Artículo 1996º.- Se interrumpe la prescripción por:

- a) Reconocimiento de la obligación.
- b) Intimación para constituir en mora al deudor.
- c) 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.
- d) Oponer judicialmente la compensación".

do puede proponer la excepción de caducidad⁴⁸¹, toda vez que hay pretensiones cuyo ejercicio requiere dos presupuestos para su extinción, el transcurso del plazo y que la pretensión no se haya ejercitado durante ese plazo.

La caducidad está legislada en el Código Civil sin tener en consideración el proceso, porque al disponer que la caducidad extingue el derecho sustancial y la acción correspondiente⁴⁸², debe entenderse que se refiere a la extinción de la pretensión procesal sustentada en un derecho, al que la ley ha dado un plazo por considerarlo un derecho temporal y que la pretensión procesal debe ejercitarse dentro de ese plazo.

7.12.5. Plazos de la caducidad

Nuestro ordenamiento sustantivo no ha señalado taxativamente los plazos de la caducidad como ha ocurrido con la prescripción extintiva. El artículo 2004 del C.C., sin embargo, dispone que estos se encuentran en la ley sin admitir pacto en contrario, lo que indica que la caducidad es una institución de Derecho Público que puede ser declarada de oficio por el juez o a petición de parte como excepción.

En nuestra ley sustantiva tenemos los plazos siguientes: la pretensión de divorcio basada en la causal de adulterio o atentado contra la vida del cónyuge (artículo 333 C.C.) caduca a los seis meses de conocida la causal por el ofendido o en todo caso a los cinco años, tal como dispone el artículo 339 del acotado C.C.; el derecho de retracto caduca a los treinta días de haber tenido conocimiento el retrayente de la enajenación del bien (artículo 1996 del C.C.), etc. Hay pretensiones, sin embargo, que no caducan como la acción de nulidad de matrimonio (artículo 276 del C.C.), la acción de filiación extramatrimonial (artículo 410 del C.C.), etc.

7.12.6. Oportunidad

En el proceso de conocimiento, la excepción de caducidad debe proponerla el demandado dentro del plazo de diez días de haber sido emplazado con la demanda y el demandante contra la reconvención dentro del mismo plazo; en los procesos abreviados dentro del plazo de cinco días de notificado con la demanda, en el proceso sumarísimo en el escrito de contestación de la demanda y en el proceso ejecutivo en el escrito que formula contradicción al mandato ejecutivo dentro de los cinco días.

Sin embargo, si el juez no ha declarado la improcedencia de la demanda por caducidad, de oficio puede hacerlo en cualquier estado del proceso y aun hasta en la sentencia, con la finalidad de que los derechos en conflicto terminen por caducidad.

481 Cfr. art. 446 inc. 11 del C.P.C.

482 Cfr. art. 2003 del C.C.

7.12.7. Efectos

Si el juez ampara la excepción de caducidad, declarará la nulidad de todo lo actuado y dará por concluido el proceso.

Vencido el plazo para proponerla, el demandado no puede alegar los hechos que configuran la excepción de caducidad como causal de nulidad, pues en estos casos será el juez quien resolverá la pretensión procesal, declarando de oficio la caducidad ya sea en la audiencia de saneamiento procesal, en la sentencia o al absolver el grado el superior jerárquico en revisión, cuando se han interpuesto los recursos de apelación y de casación según los casos.

Finalmente, respecto a esta excepción incorporada en nuestro ordenamiento procesal, podemos señalar las conclusiones siguientes:

- La excepción de caducidad se fundamenta en el derecho de defensa que tiene el demandado.
- La excepción de caducidad solamente podrá interponerla quien tiene la condición de parte demandada, dentro de los plazos establecidos para cada proceso, en caso contrario no la podrá alegar como causal de nulidad.
- La caducidad extingue el derecho material del demandante dando lugar a que el juez declare la improcedencia de la demanda y si no lo hiciera, el demandado tiene la oportunidad de proponerla como excepción.
- La excepción de caducidad no tendrá utilidad práctica si los jueces tienen un conocimiento cabal de esta institución, porque con la potestad que le confiere la jurisdicción de oficio al calificar la demanda, sanear el proceso o en la sentencia se pronunciará sobre la caducidad de la demanda, cuando no haya sido invocada como excepción.

7.13. Excepción de prescripción extintiva

7.13.1. Conceptos previos

Como antecedente de la excepción de prescripción extintiva encontramos el D. L. N° 21733 del año 1977 y de la oportunidad de su interposición, en el D. Leg. N° 127 de 1981, que permiten al demandado proponerla en cualquier estado del proceso.

Al tratar sobre esta institución, MONROY GÁLVEZ acota: “La prescripción extintiva es un medio de defensa destinado a extinguir el ejercicio específico del derecho de acción respecto de una pretensión procesal determinada, por haber sido interpuesto fuera del plazo previsto por la norma positiva para dicha pretensión”⁴⁸³.

483 Monroy Gálvez, Juan; Temas de Proceso Civil; Op. Cit.; p.166

Por la excepción de prescripción extintiva, al ser emplazado con la demanda el demandado denuncia la existencia de una relación jurídica procesal inválida, que impide al juez pronunciarse sobre el fondo de la controversia, por haberse interpuesto la pretensión procesal cuando el ejercicio del derecho sustancial ha prescrito por haberse vencido los plazos preestablecidos en la ley.

La excepción de prescripción extingue la pretensión procesal, mas no el derecho de acción; porque éste es constitucional, público, subjetivo, autónomo y abstracto. El derecho de acción, por lo tanto, es imprescriptible, irrenunciable, inalienable y por el sólo hecho de su ejercicio tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de parte del Estado.

Todo lo concerniente a la prescripción extintiva en general está contenido en el Código Civil. El artículo 1989 dispone: "La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo", porque "el derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción, salvo que su titular lo haga expresamente cuando ya la adquirió o tácitamente cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción"⁴⁸⁴.

Los casos de prescripción están expresamente previstos en el artículo 2001 del C.C., cuyos plazos son distintos, según la clase de acciones que se ejercitan. A esta prescripción, los romanos la denominaron liberatoria, porque el deudor quedaba liberado de sus obligaciones frente al acreedor y, actualmente, en la doctrina moderna se conoce con el nombre de prescripción extintiva.

A este respecto, DE SANTO, citando a Carlo CARLI, afirma: "La excepción de prescripción ha sido incluida en el nuevo ordenamiento procesal como artículo previo o de especial pronunciamiento, cuando fuere de puro derecho, por razones de carácter práctico, pues en el caso de prosperar, evita la prosecución del proceso en todas sus etapas, las cuales se transforman en innecesarias pues el Juez siempre tendrá que examinar previamente la excepción, aun en la sentencia de mérito, como cuestión previa en la sentencia"⁴⁸⁵.

La prescripción adquisitiva o usucapion consiste en el modo de adquirir derechos una vez que se han vencido los plazos establecidos en la ley en forma expresa. Por la importancia que reviste esta institución es conveniente aclarar las clases de prescripción.

La prescripción adquisitiva se refiere a los derechos reales. Si se trata de inmuebles, la persona que ha poseído en forma continua, pacífica y pública durante diez años

484 Cfr. arts. 1990 y 1991 del C.C.

485 De Santo, Víctor; *La Demanda y la Defensa en el Proceso Civil*; Edit. Universidad; Buenos Aires, 1981; p. 397.

como propietario y de cinco años cuando median justo título y buena fe (artículo 950 del C.C.); a la primera la han denominado prescripción adquisitiva de dominio, extraordinaria o larga; y, a la segunda, prescripción ordinaria o corta.

Si se trata de bienes muebles, se requiere dos años de posesión continua y pública como propietario, si hay buena fe, y cuatro años si no la hay (artículo 951 del C.C.). La prescripción adquisitiva, cualquiera que fuese su clase, no se puede hacer valer como excepción: su titular tiene que hacerla valer en la demanda en ejercicio del derecho de acción, ya que en el fondo constituyen pretensiones declarativas sobre las cuales el juez, observando la vía procedimental del proceso abreviado, va a pronunciarse declarando fundada o infundada la demanda si la ha hecho valer como pretensión procesal.

7.13.2. Fundamento

La prescripción extintiva se fundamenta en que los derechos sustanciales son renunciables por el transcurso del plazo; por lo que si el titular no lo reclama dentro del lapso de tiempo, se tiene que entender que se trata de una tácita renuncia. Al vencimiento de los plazos previstos en la ley⁴⁸⁶, cuando se les exige el derecho obtenido a su favor por prescripción, los beneficiarios pueden hacer uso válidamente de la excepción en comentario.

7.13.3. Oportunidad

El demandado puede proponer esta excepción dentro de los plazos siguientes: en el proceso de conocimiento en el plazo de diez días de haber sido emplazado con la demanda (artículo 478 inc. 3 del C.P.C.); en el proceso abreviado dentro del plazo de cinco días (artículo 491 inc. 3º del C.P.C.) y en el proceso sumarísimo al contestar la demanda, con medios probatorios de actuación inmediata (artículo 552 del C.P.C.)

Si el demandado, no ha hecho uso de este mecanismo procesal dentro de estos plazos establecidos para cada vía procedimental, se debe entender que ha renunciado tácitamente a la prescripción y ganada⁴⁸⁷; de modo que el juez no puede pronunciarse sobre la prescripción extintiva si esta no fue alegada en su oportunidad por la parte demandada; por consiguiente, una demanda que contiene una pretensión procesal prescrita, si el demandado no propone la excepción como medio de defensa, la demanda será declarada fundada.

486 Cfr. art. 2001 del C.C.

487 "Artículo 1991º. - Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción y ganada.

Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción".

7.13.4. Efectos

Cuando el juez declara fundada la excepción de prescripción extintiva en la audiencia de saneamiento procesal, anulará todo lo actuado y concluirá el proceso ordenando el archivamiento del expediente; de modo que el pretensor no tendrá la posibilidad de renovar su derecho a través de un nuevo proceso con la misma pretensión.

7.14. Excepción de convenio arbitral

7.14.1. Conceptos previos

Por el convenio arbitral, las partes someten expresa y formalmente al conocimiento y decisión de uno o más árbitros las controversias determinadas o determinables de libre disposición, que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de aquellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse con las excepciones que la ley establece.

Esto ocurre siempre que el convenio arbitral lo celebren las partes como personas naturales; pero si lo hacen como personas jurídicas de derecho público interno o externo, las controversias deben versar sobre los contratos celebrados entre el Estado peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país o entre personas jurídicas⁴⁸⁸.

El laudo que expiden los árbitros debe ser válido tanto por su forma como por el contenido del acuerdo y una vez que queda consentido o ejecutoriado; es decir cuando el laudo queda firme, cualquiera de las partes intervinientes pueden hacer uso de la excepción de convenio arbitral⁴⁸⁹.

El laudo queda consentido por no haber interpuesto las partes el recurso de apelación para su revisión por la sala civil de la corte superior; y ejecutoriado, cuando habiéndose interpuesto los medios impugnatorios de apelación y casación, según los casos, ya sea el laudo de derecho o el laudo de conciencia producen efectos jurídicos entre las partes y de quienes deriven su derecho. En estos casos, constituyen títulos de ejecución que ordenan a la parte obligada a cumplir con el convenio arbitral, aun en rebeldía.

7.14.2. Oportunidad

En el proceso de conocimiento, el demandado debe proponer la excepción de convenio arbitral dentro del plazo de diez días de haber sido emplazado válidamente con la demanda, tal como ocurre con las demás excepciones previstas en el artículo

488 Cfr. arts. 1º y 2º de la Ley General de Arbitraje N° 26572.

489 Cfr. art. 453 inc. 2º del C.P.C.

446. En caso de no ser propuesta la excepción, el juez no puede pronunciarse sobre excepciones que son alegadas como causal de nulidad, en virtud del principio de preclusión.

7.14.3. Efectos

Si se declara fundada la excepción de convenio arbitral, se declarará la nulidad de todo lo actuado (improcedente la demanda) y se dará por concluido el proceso, disponiéndose el archivamiento del expediente. Pero si declara infundada dicha excepción, el juez procederá a resolver las demás excepciones que se hubieran propuesto.

La pretensión procesal que fue materia de la excepción de convenio arbitral no podrá, asimismo, ser intentada nuevamente en la vía judicial, salvo que el demandado en el segundo proceso no proponga la excepción de convenio arbitral.

Al respecto, RAMOS MÉNDEZ afirma: "La excepción se limita a constatar la simple existencia *prima facie* del convenio arbitral, sin que los Tribunales ordinarios puedan examinar la validez de dicha cláusula, tarea reservada expresamente a los árbitros"⁴⁹⁰.

8. PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES

8.1. Proposición

En el proceso de conocimiento, al demandado se le exige que proponga en forma conjunta y únicamente dentro del plazo de diez días todas las excepciones que pretenda hacer valer a un mismo tiempo y en un mismo escrito. Vencido el plazo, el demandado no podrá deducir excepciones, por la perentoriedad de los plazos que traen consigo la caducidad del derecho del demandado y el impedimento de hacerlo posteriormente por la naturaleza jurídica de los plazos procesales.

En la hipótesis de ser modificada la demanda, el plazo para proponer las excepciones comenzará a correr a partir del emplazamiento con la demanda, formalmente modificada, tal como hemos dejado expuesto al comentar la modificación de la demanda.

El demandado debe interponer todas las excepciones que favorezcan a su derecho en forma conjunta, tal como lo dispone el artículo 447 del Código Procesal Civil e invocar los hechos extintivos que sustentan las excepciones denunciando la existencia de una relación procesal inválida, precisando las omisiones o defectos de un presupuesto procesal o de una condición de la acción.

Propuesta cualquiera de las excepciones contenidas en el artículo 446, el juez ordenará al secretario de juzgado formar el cuaderno respectivo para sustanciarlas en cuaderno separado sin suspender la tramitación del proceso principal. Esto significa

490 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I.; p. 285.

que las excepciones propuestas no son de previo y especial pronunciamiento, sino que tanto el principal como el cuaderno de excepciones corren por separado sin interrumpir el uno al otro, y se resuelven conjuntamente; razón por la cual el demandado dentro del plazo de treinta días deberá contestar la demanda.

8.2. Medios probatorios

De acuerdo a la naturaleza jurídica de cada una de las excepciones que proponga el demandado, deberá ofrecer en el mismo escrito los medios probatorios que mejor interese al derecho de contradicción y de defensa que como justiciable tiene libre acceso a pedir la tutela jurisdiccional⁴⁹¹.

Para acreditar las excepciones que haga valer como defensas de forma, el demandado puede ofrecer como pruebas medios probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios. Solo en la excepción de convenio arbitral, se le limita permitiéndole únicamente ofrecer el documento que acredite su existencia.

En la excepción de cosa juzgada no es indispensable ofrecer como medio probatorio el expediente que concluyó con sentencia firme, si existen elementos suficientes para resolver la excepción propuesta por el demandado en el proceso.

En el escrito que absuelve el traslado de la excepción propuesta, que por disposición del juez se le ha corrido, el demandante tiene como carga procesal que ofrecer los medios probatorios que mejor convengan a su derecho de defensa, cumpliendo con los mismos presupuestos procesales respecto de la admisibilidad y de procedencia del escrito.

8.3. Traslado

Antes de dar el trámite correspondiente, el juez examinará el escrito de las excepciones deducidas por el demandado, los requisitos de admisibilidad y procedencia, si están propuestas dentro de los previstos en el artículo 446 del acotado código adjetivo, si las han interpuesto dentro del plazo establecido para cada procedimiento; si en el escrito se han ofrecido los medios probatorios pertinentes, si mediando cualquiera de esos defectos debe rechazarlas sin sustanciación⁴⁹².

Si el demandado las ha propuesto observando las formalidades señaladas en los artículos 447 y 448 del C.P.C., una vez que el secretario de juzgado da cuenta con el cuaderno de su propósito, admitirá a trámite las excepciones propuestas y correrá traslado al demandante por el plazo de diez días en el proceso de conocimiento, cinco

491 "Artículo 448º. - Medios probatorios de las excepciones. - Sólo se admitirán los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en el que se absuelven.

Para la excepción de convenio arbitral únicamente se admite como medio probatorio el documento que acredita su existencia".

492 Palacio, Lino; Op. Cit.; T. I; p. 399.

en el proceso abreviado y si se han propuesto en la contestación de la demanda en el proceso sumarísimo y en el escrito que formula contradicción en el proceso ejecutivo para que las absuelva en la audiencia única.

8.4. Absolución

Al ser notificado con la resolución que admite las excepciones propuestas por el demandado, el pretensor tiene dos alternativas:

1. Absolver el traslado expresamente; en este supuesto se pronunciará sobre la admisibilidad o procedencia de las excepciones, de los medios probatorios (documentos) anexados por el excepcionante, acompañará a su escrito de absolución los documentos que como medios probatorios los ofrece por convenir a su derecho de acción.
2. No absolver el traslado; es decir que no se pronuncia sobre las excepciones propuestas, por el contrario guarda silencio y deja que transcurra el plazo de diez días, con la finalidad de que el juez las resuelva en la audiencia respectiva.

8.5. Audiencia de saneamiento procesal

Absuelto el traslado en forma expresa o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez tiene dos alternativas:

1. Prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación. En este caso, el juez resuelve de plano sin necesidad de actuar la prueba ofrecida, por considerar que las excepciones propuestas por el demandado no tienen sustento legal; en consecuencia, por decisión debidamente motivada e inimpugnable, prescinde la actuación de los medios probatorios ofrecidos en el escrito donde las ha propuesto el demandado, declarando infundada la excepción o excepciones y saneado el proceso. En este caso, deberá estar seguro que la relación procesal es válida y que con posterioridad ya no es posible anular lo actuado.
2. Citar a una audiencia de actuación de medios probatorios. En este supuesto, el juez fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que se realizará en fecha cierta e inaplazable, en la que se actuarán los medios probatorios que, a su criterio, sean necesarios para resolver la excepción⁴⁹³.

El juez puede resolver la excepción al final de la audiencia de saneamiento, luego de escuchar los informes orales de los abogados si fueran solicitados. También tiene la potestad de reservar su decisión por un plazo que no excederá de cinco días computables desde la conclusión de la audiencia de saneamiento.

493 Cfr. art. 449 del C.P.C.

8.6. Resolución

El juez que conoce el proceso tiene la potestad de resolver en un solo auto las excepciones propuestas en la misma audiencia de saneamiento procesal o en el plazo de cinco días, si ha reservado su decisión.

Si declara infundada las excepciones propuestas, declarará además saneado el proceso.

Pero si declara fundadas las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, de falta de legitimidad para obrar del demandado, suspenderá el proceso por un plazo que no excederá de diez días en el proceso de conocimiento y cinco en el proceso abreviado y de las excepciones contenidas en el inciso 5 del artículo 451 del C.P.C., anulará todo lo actuado y dará por concluido el proceso.

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 excepciones que se hayan propuesto. Contra dicha resolución procede el recurso de apelación con efecto suspensivo y si el superior revoca aquella, devolverá lo actuado para que el inferior se pronuncie sobre las excepciones restantes⁴⁹⁴.

8.7. Recursos

Contra el auto que declara fundada una excepción que suspende el proceso y concede al demandante en el proceso de conocimiento cinco días para que subsane los defectos señalados en el auto resolutorio, procede el recurso de apelación sin efecto suspensivo y sin calidad de diferida. En esta resolución el juez precisará los actuados que deben ser remitidos al superior jerárquico considerando los propuestos por el apelante y se tramitará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 377 del C.P.C. Contra la resolución de vista, que confirma o revoca la resolución impugnada no procede el recurso de casación.

Contra el auto que declara fundada una excepción, que anula lo actuado y da por concluido el proceso, procede el recurso de apelación con efecto suspensivo, el que debe interponerse dentro del plazo de tres días, tramitarse y resolver previa vista de la causa conforme lo dispone el artículo 376 del C.P.C. Contra la resolución de vista que confirma el auto apelado procede el recurso de casación⁴⁹⁵; pero si la sala civil

494 Cfr. art. 450 del C.P.C.

495 "Artículo 385º. - Resoluciones contra las que procede el recurso. - Sólo procede el recurso de casación:

2. Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso; y..."

revoque el auto apelado, reformando la resolución apelada, declarará infundada la excepción propuesta y dispondrá que continúe el proceso de acuerdo a su estado.

En este caso, el recurso de casación resulta improcedente, porque no es una resolución que da por concluido el proceso y porque al reformar la resolución impugnada y declarar infundada la excepción propuesta, quedará saneado el proceso principal. En el caso que la sala civil superior conceda el recurso, atentaría contra el principio de celeridad y economía procesal.

9. IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN COMO NULIDAD

Cuando el demandado es emplazado con la demanda, una de las alternativas que tiene en ejercicio del derecho de contradicción es denunciar la existencia de una relación procesal inválida a través de las excepciones, que son defensas de forma. Los hechos que configuran las excepciones no pueden ser alegados por el demandado como causal de nulidad en vía impugnatoria, por consiguiente, cuando pudo oponer las excepciones dentro del plazo de diez días si se trata de un proceso de conocimiento, cinco días en los demás procesos: abreviados, sumarísimos y ejecutivos.

El artículo 454 del C.P.C.⁴⁹⁶ impide al demandado que se reserve maliciosamente ejercitar la excepción en cualquier estado del proceso, con los mismos hechos que pudo sustentar. Pues si el efecto principal de las excepciones es anular todo lo actuado, resultaría contradictorio que se privilegie al demandado que la haga valer como nulidad, atentando contra los principios de preclusión y celeridad procesal.

10. EXCEPCIONES A LA RECONVENCIÓN

En la contestación de la demanda, el demandado debe, además, ejercer el derecho de acción y de defensa, por el primero peticionando al órgano competente la tutela jurisdiccional efectiva a la pretensión que hace valer y por el segundo discutiendo y aportando medios probatorios.

Por la reconvención el demandado hace valer una pretensión procesal contra el demandante dentro del mismo proceso con la finalidad de que el juez, que está conociendo la pretensión procesal originaria, observando el mismo procedimiento resuelva en una sola sentencia. Es decir, la reconvención es una demanda autónoma que puede tener o no relación con la demanda primigenia.

Contra este derecho de acción del demandado, la ley procesal confiere al demandante que se convierte en demandado los mismos derechos procesales del primer demandado, siendo uno de estos el de poder deducir excepciones.

496 "Artículo 454º.- Improcedencia de la excepción como nulidad.- Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones".

El demandante puede hacer valer contra la reconvencción todas las excepciones contenidas en el artículo 446 del C.P.C., solamente no podrá proponer la de incompetencia, porque al interponer la demanda se ha sometido a la competencia del juez que conoce el proceso. Produciendo la prórroga de la competencia, como lo dispone el artículo 26 del C.P.C.

Para interponer las excepciones contra la reconvencción, el demandante en su condición de demandado tiene el plazo de diez días hábiles que se computará a partir del día siguiente de la notificación del traslado de la reconvencción, igualmente en el escrito que deduce las excepciones ofrecerá los medios probatorios correspondientes.

Las excepciones a la reconvencción se tramitarán en cuaderno separado sin interrumpir el procedimiento del principal. Por eso, una vez que se las ha propuesto, el juez mandará formar el cuaderno respectivo y una vez que da cuenta el auxiliar jurisdiccional, correrá traslado al reconviniendo por el plazo de diez días para que las absuelva, quien puede hacerlo en forma expresa, ofreciendo los medios probatorios o guardando silencio, dejando que transcurra el plazo de diez días.

Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez en decisión debidamente motivada e inimpugnable puede prescindir de los medios probatorios y declarar infundada las excepciones propuestas, fijando la audiencia de saneamiento procesal, la que será en fecha fija, tal como hemos sostenido (supra 8.5).

Cabe advertir que, si se declaran fundadas las excepciones contra la reconvencción, sus efectos son suspensivos en unas y en otras, anularán lo actuado solamente con respecto a la reconvencción, mas no afecta el principal que ha sido materia de la demanda. Si se declara infundada en la audiencia de saneamiento procesal correspondiente, en cambio, el juez procederá a sanear el proceso, precluyendo toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada⁴⁹⁷.

497 Cfr. art. 466 del C.P.C.



Capítulo VI

DEFENSAS PREVIAS



1. CONCEPTO

En el Código Procesal Civil encontramos tres modalidades del derecho de defensa: defensas de forma, defensas previas y defensas de fondo.

Las defensas de forma permiten al demandado hacer uso de las únicas excepciones procesales previstas en el artículo 446, por las cuales el demandado denuncia que al habersele emplazado se ha constituido una relación procesal inválida, sea porque se ha omitido por parte del demandante un presupuesto procesal o de una condición de la acción.

Por ejemplo, en el caso de proponer una excepción de incompetencia, se acusa la ausencia de un presupuesto procesal como es la competencia del juez donde se ha interpuesto la demanda; la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, convenio arbitral, desistimiento de la pretensión, cosa juzgada, conclusión del proceso por conciliación o transacción, importa la falta de interés para obrar del demandante; por el contrario las excepciones de ambigüedad u oscuridad en el modo de proponer la demanda, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado, supone la omisión de los requisitos de la demanda que es otro de los presupuestos procesales, entre otros.

Las defensas previas son los medios de los cuales se vale el demandado cuando es emplazado con la demanda, para solicitar al juez que se suspenda la tramitación del proceso hasta que el demandante realice una actividad previa que está regulada en las normas materiales o sustanciales, sin afectar la validez de lo actuado en el proceso.

A este respecto, ALSINA sostiene: "Las defensas previas son las que, fundadas en las leyes de fondo, afectan a la acción sin extinguirla como las excepciones dilatorias, pero que sólo pueden oponerse al contestar la demanda; llámense previas porque el juez deberá pronunciarse en primer término sobre ellas antes de entrar al fondo del litigio..."⁴⁹⁸.

El Código Civil regula determinadas excepciones que no extinguen el derecho, pero que impiden su ejercicio, razón por la cual el Código Procesal no las ha normado porque no se fundamentan en defectos u omisiones procesales sino en cuestiones íntimamente vinculadas a una determinada relación sustantiva.

Las defensas previas tienen su origen en el derecho material o sustancial y se ha regulado en las normas procesales, como un mecanismo de defensa de fondo del demandado que le permite denunciar ante los organismos jurisdiccionales, para que el demandante cumpla previamente con realizar determinados actos exigidos por las normas de derecho civil o derecho material o sustancial antes de haber iniciado un proceso.

El fundamento de las defensas previas es de carácter sustancial o civil, pero en determinados casos tiene carácter convencional, sin que esto signifique que se trate de alguna relación obligacional, sino más bien para darles mayor seguridad jurídica a las partes en conflicto; porque en todo caso se puede inferir que se trata de una interpretación extensiva del artículo 455 del acotado Código Procesal Civil.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Las defensas previas son de naturaleza civil, se encuentran expresamente normadas en el Código Civil; sin perjuicio de las que pueden encontrarse en leyes especiales, que el Código Procesal Civil ha regulado como medios de defensa, tendientes a paralizar el derecho de acción del demandante y que producen efectos procesales durante la tramitación de un determinado proceso. Por esta razón, el legislador las ha legislado con la denominación de excepciones y defensas previas en el Título III del C.P.C.⁴⁹⁹

498 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. I; p. 152.

499 Cfr. arts. 455, 456 y 457 del C.P.C.

3. LAS DEFENSAS PREVIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL

Las defensas previas están reguladas en normas sustanciales o materiales del Código Civil y en leyes especiales, sin embargo son instituciones que tienen efectos procesales que el demandado utiliza para paralizar el proceso que se ha iniciado en su contra hasta que el demandante cumpla previamente con las disposiciones sustanciales. Entre las defensas previas reguladas en el Código Procesal tenemos las siguientes:

3.1. Beneficio de inventario

3.1.1. Conceptos previos

Esta defensa previa la encontramos amparada en el Derecho de Sucesiones, conforme al principio de que, en ningún caso, el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes que conforman el patrimonio de su causante⁵⁰⁰.

Con esta defensa previa no se cuestiona la pretensión procesal del demandante ni mucho menos la relación jurídica procesal del proceso, sino la transmisión post mortem del patrimonio del causante a los herederos, los cuales tienen que solicitar el inventario de la herencia para acreditar muchas veces que no han heredado bienes y que por lo tanto no han recibido para pagar deudas dejadas por su causante⁵⁰¹.

Por esta defensa de fondo, el demandado tiene la facultad de pedir la suspensión del proceso que se ha iniciado en su contra hasta que se realice el inventario judicial o extrajudicial del patrimonio del causante para acreditar el valor de los bienes que ha recibido.

3.1.2. Oportunidad

La defensa previa de beneficio de inventario debe proponerse formalmente por escrito dentro del plazo perentorio de diez días de haber sido emplazado con la demanda, a fin de que se corra traslado al demandante para que se pronuncie en el cuaderno de su propósito dentro del mismo plazo, en los procesos abreviados dentro del plazo de tres días y en los procesos sumarísimos en el escrito de contestación de la demanda⁵⁰².

De no proponerse esta defensa previa dentro de los plazos establecidos para cada procedimiento habrá caducado el derecho y no podrá invocarlo posteriormente como causal de nulidad.

500 "Artículo 661º.- El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial"

501 Guzmán Espiche, Luis; En Revista Jurídica Magistri Et Doctores; Órgano Oficial de la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Año I-Nº 1; Setiembre, 1995; Lima, Perú.

502 Cfr. arts. 478 inc. 3, 491 inc. 3 y 552 del C.P.C.

3.1.3. Efectos

Cuando la defensa previa de beneficio de inventario se declara infundada, el juez en la audiencia de saneamiento procesal se pronunciará sobre la relación jurídica procesal, como se ha expuesto precedentemente. En este supuesto, el demandado en la misma audiencia puede interponer recurso de apelación o reservarlo para impugnarlo dentro del plazo de tres días, el que será concedido sin efecto suspensivo. Al formarse el cuaderno respectivo será remitido a la sala civil de la corte superior para que lo revise y resuelva ya sea confirmándolo o revocándolo.

Pero si en la audiencia de saneamiento procesal, el juez declara fundada la defensa previa que ha hecho valer el demandado como defensa de fondo, suspende la tramitación del proceso hasta que el demandante cumpla con realizar el inventario del valor de los bienes que ha recibido el demandante para determinar el monto de la alícuota hereditaria. Contra la resolución que declara fundada la defensa previa de beneficio de inventario proceden los recursos de apelación y de casación según los casos.

3.2. Beneficio de excusión

3.2.1. Conceptos previos

Este medio de defensa de fondo es un acto jurídico accesorio que deriva del contrato de fianza. En esta relación jurídica sustantiva el fiador o deudor solidario garantiza al deudor principal para responder por el eventual incumplimiento.

La garantía que consta en cláusula especial es personal y no real, razón por la cual no puede ser compelido el fiador a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor; esto es, que el fiador debe oponerla como defensa previa y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio nacional, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación⁵⁰³.

El beneficio de excusión no opera de pleno derecho, porque para su validez no requiere de cláusula expresa de los contratantes; pues, por el solo hecho de obligarse el fiador en forma solidaria o por renuncia del mismo quedará excluido, razón por la cual se trata de un medio de defensa de fondo por estar regulado por el Código Civil, que representa un requisito de procedibilidad y a la vez constituye un impedimento del ejercicio del derecho de acción del acreedor para demandar directamente al deudor solidario.

Al hacer uso de esta defensa previa, el fiador no cuestiona la pretensión procesal, no niega ser el fiador, sólo se limita a precisar un impedimento para el ejercicio del

503 Cfr. art. 1879 del C.C.

derecho de acción del demandante, oponiendo formalmente la defensa previa de beneficio de excusión⁵⁰⁴.

3.2.2. Oportunidad

La defensa previa de beneficio de excusión debe proponerla el demandado dentro del plazo perentorio de diez días de haber sido emplazado formalmente con la demanda, de cinco días en los procesos abreviados y en el escrito de contestación de la demanda en los procesos sumarísimos. De no proponerla dentro de los plazos establecidos para cada vía procedimental, su derecho habrá caducado en virtud del principio de preclusión, porque los actos procesales que realizan las partes en la prosecución del proceso de conocimiento, abreviado y sumarísimo se cumplen por etapas.

3.2.3. Efectos

Cuando la defensa previa de beneficio de excusión se declara infundada en la audiencia respectiva, el juez de inmediato se pronunciará sobre la relación jurídica procesal si es válida o inválida subsanable o insubsanable. En el supuesto de que el demandado interponga recurso de apelación deberá concederse sin efecto suspensivo en los procesos de conocimiento y abreviados y en el proceso sumarísimo sólo deberá concederlo sin efecto suspensivo con calidad de diferida.

Cuando en la audiencia correspondiente se declara fundada la defensa previa de beneficio de excusión, el juez dispondrá la suspensión del proceso principal hasta que el acreedor ejercite su derecho de acción contra el deudor principal para que cumpla con el pago total de la obligación principal más sus intereses y gastos. Contra esta resolución proceden los recursos de apelación y casación según los casos.

3.3. Otras defensas previas reguladas en las normas materiales

En el Código Civil se han regulado otras defensas que el demandado puede alegar antes de contestar la demanda como defensas de fondo:

3.3.1. Resolución del contrato de pleno derecho

Esta cuestión previa la puede hacer valer el demandado cuando ha sido emplazado con la demanda de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, sin que se le haya concedido el plazo no menor de quince días.

En los contratos con prestaciones recíprocas, antes de que se le emplace judicialmente al obligado, el perjudicado con el incumplimiento del deudor debe requerir

504 "Artículo 1880. - 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".

extrajudicialmente, mediante carta notarial para que en plazo no menor de quince días satisfaga la prestación debida, bajo apercibimiento de que, si no cumple con la prestación que se ha obligado, el contrato con prestaciones recíprocas queda resuelto. Si dentro del plazo que se le ha concedido no cumple con la prestación obligacional, el contrato queda resuelto de pleno derecho, quedando el deudor obligado a la indemnización por daños y perjuicios, por responsabilidad contractual⁵⁰⁵.

3.3.2. Donación a favor del tutor o curador.

Esta cuestión previa la propone el demandado en representación del menor sujeto a tutela o del mayor incapaz, cuando ha sido emplazado formalmente con la demanda del tutor o curador sobre entrega del bien objeto de la donación, mientras no se aprueben las cuentas materia de la rendición y pago del saldo resultante de la administración⁵⁰⁶. En este caso, mientras el pretensor no cumpla con un requisito de fondo de carácter material, el demandado válidamente le puede oponer la defensa previa de la aprobación de rendición de cuentas.

Con esta defensa previa no se cuestiona la donación realizada ni la pretensión procesal, solamente que el tutor o curador debe cumplir con una condición suspensiva; es decir una condición de derecho que para exigir el objeto de la donación debe cumplir con la presentación de cuentas, las que deben ser formalmente aprobadas y una vez pagado el saldo resultante de la administración. Esta condición suspensiva en el fondo tutela los derechos de los incapaces ante las asechanzas del tutor o curador que ejerce cargos de representación y que los bienes de los menores solamente serán enajenados con autorización judicial⁵⁰⁷.

3.3.3. Beneficio de división

Cuando se ha pactado el beneficio de división, el fiador no puede ser obligado al pago total de la obligación que ha garantizado. Si el acreedor le emplaza exigiéndole el íntegro de la obligación principal puede hacer uso de la defensa previa de beneficio de división, por cuanto sólo debió ser solo demandado el pago de la deuda en la parte que le corresponde.

505 "Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428º la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios"

506 "Artículo 1628º.- La donación a favor de quien ha sido tutor o curador del donante esta sujeto a la condición suspensiva de ser aprobadas las cuentas y pagado el saldo resultante de la administración".

507 Cfr. arts. 447, 531, 546 y 568 del C.C.

Cuando existe pluralidad de fiadores de un mismo deudor, el acreedor no puede demandar a cualesquiera de ellos, si son demandados tienen derecho hacer uso de este medio de defensa para suspender el proceso que se ha iniciado en su contra, sin que esto signifique que se cuestione la pretensión del acreedor, sólo se pide que se suspenda el proceso con respecto a él exclusivamente hasta que se demande a todos los fiadores solidarios para que respondan en partes iguales a la obligación del deudor principal⁵⁰⁸.

3.3.4. Comunicación de la revocación de la donación

El demandado puede hacer uso de esta defensa previa cuando al ser emplazado con la demanda de revocación de la donación no se le ha comunicado en forma indubitable dentro de los sesenta días de hecha tal revocación por el donante⁵⁰⁹. La donación es un contrato *intuitu personae* por el cual el donante se obliga a dar un bien determinado, el que puede ser revocada por las mismas causales de indignidad para suceder y para desheredar.

4. PROCEDIMIENTO DE LAS DEFENSAS PREVIAS

4.1. Proposición

El Código Procesal Civil dispone que las defensas previas se proponen y se tramitan como excepciones;⁵¹⁰ esto es que el demandado al ser emplazado con la demanda debe invocarlas como medios de defensa de fondo al derecho de acción del demandante, a fin de que se suspenda el proceso iniciado en su contra hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto por las normas materiales o sustanciales.

El demandado deberá proponer las defensas previas en el proceso de conocimiento dentro del plazo de diez días de haber sido emplazado formalmente, en el proceso abreviado dentro de cinco días, en el proceso sumarísimo en el escrito de contestación de la demanda y en el proceso ejecutivo solamente se propondrán las defensas previas al formular contradicción el ejecutado contra el mandato ejecutivo⁵¹¹.

Si el demandado no las propone dentro de los plazos señalados por la ley procesal, su derecho al vencimiento del plazo habrá caducado, toda vez que no puede invocarlas como nulidad en virtud del principio de preclusión.

508 Cfr. arts. 1886 y 1888 del C.C.

509 Cfr. arts. 1640 y 1637 del C.C.

510 Cfr. art. 455 del C.P.C.

511 Cfr. arts. 478 inc. 3, 491 inc. 3, 552 y 700 inc. 4 del C.P.C.

4.2. Medios probatorios

En el escrito en que se proponen las defensas previas el emplazado con la demanda ofrecerá los medios probatorios, tendientes a acreditar que el derecho de acción no está expedito para pedir la tutela jurisdiccional. Así en la defensa previa de beneficio de inventario, ofrecerá como medios probatorios los documentos que prueben el valor de lo recibido; en la defensa previa de beneficio de excusión se ofrecerán los documentos tendientes a acreditar la existencia de bienes del deudor principal realizables dentro de la república.

De esto concluimos que los medios probatorios utilizados para acreditar las defensas de fondo que el demandado alega, son documentos que contienen los actos jurídicos objeto de la pretensión procesal, y solamente en el proceso sumarísimo el demandado ofrecerá medios probatorios de actuación inmediata.

4.3. Traslado

Presentado el escrito que contiene la defensa propuesta por el demandado, el juez debe calificarlo y si lo admite correrá traslado al demandante por el plazo de diez días en el proceso de conocimiento, de cinco días en el proceso abreviado y una vez que le da cuenta el secretario de juzgado con el cuaderno respectivo, en el proceso ejecutivo cuando el ejecutado formula contradicción amparándose en defensas previas se le corre traslado al ejecutante por el plazo de tres días y en el proceso sumarísimo no se corre traslado tan pronto proponen las defensas previas en la contestación de la demanda, sino en el acto de la audiencia única.

4.4. Absolución

Una vez que es notificado el demandante en los procesos de conocimiento, abreviados, ejecutivos, debe absolver el traslado dentro de los plazos señalados expresamente por la ley procesal y en el escrito que absuelve el traslado ofrecerá los medios probatorios pertinentes, solamente en el proceso sumarísimo el demandante la absolverá oralmente en la audiencia única y ofrecerá los medios probatorios de actuación inmediata.

4.5. Audiencia de saneamiento procesal

Absuelto el traslado en forma expresa o transcurrido el plazo para hacerlo, en el proceso de conocimiento que es materia de nuestro estudio el juez tiene dos alternativas:

1. Prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación. En este caso, el juez resuelve de plano sin necesidad de actuar la prueba ofrecida, por considerar que las cuestiones previas propuestas por el demandado no tienen sustento legal, en consecuencia, por decisión debidamente motivada e inimpugnable, prescinde la actuación de los medios probatorios ofrecidos, declarando infundada la defensa previa y saneado el proceso. En este caso deberá estar seguro

que la relación procesal es válida y que con posterioridad ya no es posible anular lo actuado.

2. Citar a una audiencia de actuación de medios probatorios. Para este supuesto, el juez fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que se realizará en fecha cierta e inaplazable, se actuarán los medios probatorios que, a su criterio, sean necesarios para resolver la excepción⁵¹².

El juez puede resolver la defensa previa al final de la audiencia de saneamiento, luego de escuchar los informes orales de los abogados si fueran solicitados. También tiene la potestad de reservar su decisión por un plazo que no excederá de cinco días computables desde la conclusión de la audiencia de saneamiento.

4.6. Resolución

El juez que conoce el proceso tiene la potestad de resolver en un solo auto las defensas previas propuestas por el demandado, en la misma audiencia de saneamiento procesal o en el plazo de cinco días, si ha reservado su decisión.

Si declara infundadas las defensas previas, declarará además saneado el proceso. Pero, si las declara fundadas, suspenderá el proceso hasta que se cumpla el acto previsto o el plazo para el ejercicio del derecho de acción.

4.7. Medios impugnatorios

Contra el auto que declara fundada una defensa previa suspendiendo el proceso, procede el recurso de apelación sin efecto suspensivo y sin calidad de diferida. En esta resolución el juez precisará los actuados que deben ser remitidos al superior jerárquico considerando los propuestos por el apelante y se tramitará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 377 del C.P.C. Contra la resolución de vista, que confirma o revoca la resolución impugnada no procede el recurso de casación.

5. COSTAS, COSTOS Y MULTAS DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

Durante la prosecución del proceso las partes realizan gastos por concepto de tasas judiciales, honorarios de los órganos de auxilio judicial y todos los gastos judiciales que demande la prosecución del proceso, así como los honorarios de los abogados de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo para su fondo mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial.

Adicionalmente, y atendiendo a la falta de fundamento de las excepciones o defensas previas propuestas, el juez puede condenar al pago de una multa no menor de

⁵¹² Cfr. art. 449 del C.P.C.

tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal⁵¹³. Todos estos gastos deben ser reembolsados a la terminación del proceso por la parte vencida.

Al respecto, CARNELUTTI refiere: "La administración de justicia es esencialmente un servicio público. Por ello, en principio, agrega, los gastos de la misma deben ser soportados por el Estado. Pero cómo se procura el Estado de los fondos necesarios"⁵¹⁴.

Frente a esta interrogante que plantea el maestro italiano caben dos soluciones:

- 1) El gasto gravita sobre todos los ciudadanos, como él expresa, ya que las normas procesales son de derecho público e interés social,
- 2) gravita sobre la parte que ha sido vencida por haber dado lugar al proceso, como una sanción por entrar en la amplia noción de "riesgo procesal"⁵¹⁵.

El tratadista ALSINA, sin embargo, acota: "Son éstos, entonces, quienes deben soportar los gastos del proceso; y para su atribución pueden adoptarse tres sistemas: o cada parte carga con los suyos, o el vencido paga los suyos y los del vencedor, o se distribuyen entre ellas de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. La relación de antecedentes que sigue mostrará que los tres sistemas han tenido aplicación en la doctrina y en la ley"⁵¹⁶.

La administración de justicia es un servicio público y su acceso es gratuito, pero en la realidad se convierte en un ideal porque el Estado asume la retribución de los magistrados que deben administrarla, el pago de personal, mobiliario, útiles de escritorio, etc.; pues de no exigirse el cobro de gastos a las partes en conflicto se impondría a la colectividad pagar las consecuencias de los actos procesales que estos originan. Por esta razón, nuestro ordenamiento procesal ha regulado las costas y costos, las multas, así como la condena o la exención y exoneración en forma expresa.

513 Cfr. arts.410, 411 y 457 del C.P.C.

514 Carnelutti, Francesco; Instituciones del Proceso Civil; T. II; Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina, 1959 p. 111.

515 Ibid; p. 111.

516 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. IV.; p. 523.



Capítulo VII

CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN



1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.1. Generalidades

En aplicación del principio de contradicción, se notifican las resoluciones expedidas por los jueces en la prosecución de la instancia, con la finalidad de que el colitigante pueda pronunciarse sobre las pretensiones procesales del otro colitigante. De no existir este principio rector, el proceso sería unilateral, pero como observamos en nuestro código procesal, aun en los procesos no contenciosos se notifican las resoluciones judiciales, ya sea al Ministerio Público, a terceros legitimados, a las beneficencias públicas, como ocurren en los procesos de sucesión intestada, etc., para que el demandado haga uso de su derecho de contradicción.

El derecho de contradicción tiene fundamento constitucional, como afirma el maestro Devis Echandía: "El derecho de contradicción tiene, pues, su origen claramente constitucional y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual se va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcio-

narios judiciales; el de la contradicción o bilateralidad; el de la impugnación y el del respeto a la libertad individual⁵¹⁷.

En razón del principio de contradicción, se notifica la demanda al demandado para que este la conteste, por ser una etapa del proceso de conocimiento que tiene el carácter obligatorio, porque si no se cumple con absolver el traslado que se le ha corrido en forma expresa a petición de parte, el juez la tendrá por contestada en rebeldía.

No sucede así con las excepciones o los recursos, porque el demandado no tiene ninguna obligación de proponerlos y estos actos procesales son potestativos. El principio de bilateralidad, llamado por el maestro MONROY GÁLVEZ principio de contradicción o de audiencia bilateral⁵¹⁸, es fundamental ya que el juzgador no puede resolver definitivamente una controversia sin escuchar a las partes.

Pero si la contestación de la demanda no se produce por inactividad del demandado, se declara la contestación tácita que sirve para dar fuerza de verdad a las afirmaciones del demandante, esto es, que la rebeldía causa presunción relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se encuentren previstos en los incisos comprendidos en la segunda parte del artículo 461 del Código Procesal Civil.

1.2. Conceptos previos

Sobre la contestación de la demanda se han dado varios conceptos. Para ilustración señalamos los más importantes:

En la Enciclopedia OMEBA, Armando SILVA, conforme al sistema privatístico, la conceptúa: "En su sentido lato, comprendiendo los diversos sistemas procesales, la contestación de la demanda es el acto por el cual el demandado responde a las razones de hecho y de derecho que hace el actor en su demanda, con el fin de aclarar su situación jurídica discutida"⁵¹⁹.

A este respecto, ALSINA sostiene un amplio concepto de este acto procesal: "Como la demanda busca la tutela del órgano jurisdiccional con la contestación de la demanda queda integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales debe versar la prueba y recaer la sentencia y de cuyos términos no podrá apartarse bajo pena de nulidad y la que absolverá o condenará al demandado según el estado de cosas en la época de la demanda y la contestación, sin tener en cuenta las modificaciones que hubiesen operado durante la tramitación del juicio"⁵²⁰.

517 DEVIS ECHANDÍA, Hernando; Teoría General del Proceso; T. I.; Op. Cit.; p. 225.

518 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; p. 177.

519 Silva, Armando V.; Enciclopedia Jurídica OMEBA; T. IV.; Edit. Driscoll; Buenos Aires, Argentina; 1979; p. 80.

520 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. IV; pp. 173 y 174.

ALZAMORA VALDEZ define a la contestación de la demanda “Como la respuesta que da el demandado a la petición del actor o, más sencillamente quizás llamándola defensa directa del reo”⁵²¹.

ARAZI ROLAND refiere que “La contestación de la demanda es el acto procesal por el cual el demandado se opone a la pretensión del actor, oponiendo todas las defensas que tuviese, excepto las que debieron deducirse con carácter previo”⁵²².

RAMOS MÉNDEZ, por su parte, acota: “De la contestación a la demanda puede establecerse un concepto amplio y otro estricto. En el primer sentido, se entiende por contestación a la demanda cualquier respuesta que adopte el demandado frente a la demanda, que ni siquiera tiene por qué estar incluida en el escrito de contestación (vgr. En el caso de formular excepciones dilatorias). En el segundo sentido, se alude con dicho término precisamente al llamado escrito de contestación a la demanda, pero sin prejuzgar su contenido. En ambos casos se revela que el concepto de contestación es puramente formal, pues, a pesar de constituirse un paralelismo con el concepto de demanda, su significado es completamente diverso.

Mientras que el escrito de demanda es imprescindible para la incoación del juicio, como expresión típica de la justicia rogada en el juicio civil, el escrito de contestación es fungible: es tan sólo una expectativa procesal más que el demandado puede utilizar o no. Aunque no se presente el escrito, el juicio sigue su curso...”⁵²³

De estos conceptos, podemos afirmar que en el siglo pasado los tratadistas del proceso defendieron el sistema privatístico y procedimentalista, aunque alejándose de la influencia romanista de la *litiscontestatio*. En el fondo, sin embargo, trataron implícitamente el derecho de contradicción que tiene el demandado al comparecer ante el juez pronunciándose solamente sobre el contenido de la demanda; pero con los avances del procesalismo, las concepciones de la contestación de la demanda tienen otras orientaciones como uno de los derechos de contradicción que tiene el demandado en el desarrollo del proceso.

Así, pues, se advierte la diferencia de los conceptos. PEYRANO, por ejemplo, refiere que “La contestación de la demanda es el acto procesal por medio del cual el demandado da respuesta a la pretensión del actor”⁵²⁴.

521 Alzamora Valdez, Mario; Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario; 2ª Ed.; Edit. Facultad de Derecho de la UNMSM; Lima, Perú; 1968; p. 61.

522 ARAZI, Roland; Derecho Procesal Civil y Comercial, Parte General y Especial; Edit. Astrea; Bs. As.-Argentina; 1995; p. 263.

523 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; pp. 264 y 265.

524 Peyrano, Jorge Walter; Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe; Op. Cit.; T. I; p. 420.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA sostienen que “La contestación es la respuesta que el demandado da a la demanda del actor. Dicho de otro modo, la contestación es una de las posiciones jurídicas procesales que el demandado puede adoptar de frente a la demanda. Siendo así, la contestación participa de forma principal de las características, estructura y naturaleza de la demanda”⁵²⁵.

Nuestro sistema procesal publicístico, alejándose de aquellas teorías clásicas, sostiene que la contestación de la demanda es un acto procesal por el cual el demandado se pronuncia sobre el contenido de la demanda y la pretensión del demandante.

En la contestación de la demanda, el demandado no solamente puede pronunciarse sobre el contenido de la demanda en sus diversas modalidades, sino que puede cumplir con la obligación sin necesidad de esperar el pronunciamiento de fondo del órgano jurisdiccional, esto es la sentencia. Ejemplo: Si me demandan obligación de dar suma de dinero por el monto de un millón doscientos mil nuevos soles y tan pronto me notifican con la demanda pago la pretensión demandada, el Juez, previo traslado, dará por concluido el proceso.

Igual sucede en una demanda de reivindicación de un bien inmueble; si luego del emplazamiento con la demanda hago entrega de las llaves del inmueble para que la ocupe el demandante. En estos casos el demandado, no solamente está de acuerdo con los hechos de la demanda, si no también con el petitorio y la ejecución; de tal modo, ya no tiene objeto la sentencia que podría expedir el juez, ni siquiera dar por contestada la demanda porque el demandado no se ha allanado, sino que ha ejecutado la pretensión.

Según la doctrina, el demandado obligatoriamente debe contestar la demanda dentro del plazo que la ley procesal señala para cada vía procedimental, pues cabe señalar que no es una obligación de carácter sustantivo sino una carga procesal, que si no contesta puede crearse una situación desventajosa dentro del proceso, porque si el demandante no prueba los hechos que sustentan su pretensión, la demanda será declarada infundada⁵²⁶.

Por otra parte, se ha sostenido que no es propiamente contestación, ya que esta supone una interrogación pero en la demanda el pretensor no interroga, sino más bien afirma hechos en que se sustenta el petitorio; aunque, a veces sucede que el demandante interpone su demanda y al dictarse el auto de admisibilidad, se corre traslado de ella al demandado, el juez es quien le interroga sobre la exactitud de los hechos⁵²⁷.

525 Cortés Domínguez, Valentín, Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal civil*; 2ª Ed.; Edit. Colex; Madrid, España; 1997; p. 183.

526 “Artículo 200º.- Improbanza de la pretensión.- Si no se prueba los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”.

527 “El demandado no tiene la obligación de contestar la demanda, y tampoco es cierto que cuando el Juez corre traslado es con la finalidad de interrogarle para que manifieste su voluntad concretamente expresando su conformidad o disconformidad con las pretensiones del demandante o que su silencio

De modo que la contestación de la demanda es el estadio procedimental más importante para el demandado, donde tiene la oportunidad de ejercer no solo su derecho de defensa de fondo sino también puede negar los hechos afirmados por el demandante como sustento de su pretensión o ejecutar la pretensión demandada.

1.3. Importancia

La contestación de la demanda es de suma importancia, pues con ella queda integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales deben versar los medios probatorios y recaer la sentencia si se ha declarado la existencia de una relación jurídica procesal válida. Una vez contestada la demanda, el demandante no podrá modificarla sino solamente ampliarla si vencen nuevos plazos o cuotas de la cuantía de lo pretendido en la misma relación obligacional antes de la sentencia, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho.

Caso contrario, el demandado no tendrá oportunidad de proponer tachas, ni excepciones y defensas previas. Algunos autores continúan afirmando que aquí nace la litis, denominada por los romanos *litis contestatio*; por nuestra parte sostenemos que no es la concepción clásica, sino que hay que tomarla en su sentido institucional, que se integra la relación procesal, porque surge de la iniciativa de los sujetos de la relación procesal (juez y partes), con la finalidad de que se desarrollen normalmente las pretensiones y contrapretensiones procesales interpuestas por el demandante y demandado como titulares de los derechos de acción y de contradicción ante el ámbito jurisdiccional.

Al contestar la demanda ya sea en forma expresa o al darse por absuelta en rebeldía, el demandado prorroga la competencia por no haber hecho valer la contienda de competencia dentro del plazo de cinco días o la excepción de incompetencia dentro de diez días en el proceso de conocimiento, de cinco días en los procesos abreviados y en el acto de contestar la demanda en los procesos sumarísimos. Al haber precluido el plazo de la contestación de la demanda, el demandado ya no podrá cuestionar la competencia ni mucho menos hacer uso de la reconvencción.

Al pronunciarse sobre la pretensión del demandante, el demandado al contestar la demanda puede optar por allanarse hasta antes de que se expida sentencia (artículo 331 del C.P.C.), cumplir con la obligación contenida en las pretensiones procesales, negar los hechos y el derecho, etc. Con la contestación de la demanda quedan determinados los hechos controvertidos, que servirán para la fijación de puntos controvertidos y las partes en conflicto obligadas a continuar el proceso hasta su conclusión, sin

se tenga como reconocimiento tácito de los hechos expuestos en la demanda"; Idrogo Delgado, Teófilo; Op. Cit.; T. I; pp. 175 y 176. "Artículo 142º.- "El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuye ese significado".

permitírseles el desistimiento del mismo, salvo de las pretensiones procesales y de determinados actos procesales, cuyos efectos son de trascendencia.

A este respecto, DEVIS ECHANDÍA refiere: “La importancia de la contestación de la demanda es muy grande para la determinación del contenido u objeto del proceso y, más especialmente, del litigio que en él debe ser resuelto, formado por la pretensión y la oposición, razón por la cual en muchas legislaciones se exige al demandado formular en aquellas excepciones”⁵²⁸.

Con la contestación de la demanda se fija la cuestión litigiosa y, consecuentemente, se determinan los medios probatorios que las partes han ofrecido en virtud del principio de eventualidad. Asimismo, las cuestiones de hecho y de derecho serán resueltas por el juez en la sentencia. Es en este estadio procedimental, donde el demandado tiene la oportunidad de defenderse, usando todos los mecanismos jurídicos procesales en aplicación del principio de defensa, y porque a nadie se le puede sentenciar sin haberle prestado las mínimas garantías constitucionales del debido proceso.

1.4. Plazo

La contestación de la demanda constituye una carga procesal que el demandado puede asumir si así le parece conveniente, determinando en forma definitiva el objeto sobre el cual se debe pronunciar el órgano judicial.

El plazo para contestar la demanda está fijado expresamente en nuestro ordenamiento procesal, de acuerdo a lo normado para cada vía procedimental. En el proceso de conocimiento es de treinta días⁵²⁹, vencido el cual, si el demandado que ha sido emplazado formalmente no ha absuelto el traslado que se le ha corrido en forma expresa, se declarará la rebeldía.

El demandado tiene una serie de alternativas para pronunciarse respecto al contenido de la demanda y a la pretensión del demandante. En el proceso abreviado el demandado debe absolver el traslado de la demanda dentro del plazo de diez días y en el proceso sumarísimo el plazo para contestar la demanda es de cinco días.

1.4.1. Cuando hay modificación de la demanda

En el supuesto de modificación de la demanda en lo principal o esencial, el plazo para contestarla se computará desde la fecha de la notificación de la modificación. Debemos agregar que muchas veces el demandado se apersona, pero no contesta la demanda. En este supuesto, el demandante puede variar su demanda con relación a los sujetos, objeto y petitorio. El plazo para contestar la demanda, en consecuencia,

528 Devis Echandía, Hernando; Op. Cit.; T. I; p. 439.

529 Cfr. art. 478 inc. 5º del C.P.C.

ya no será el del emplazamiento de treinta días, sino a partir de la notificación del traslado de la alteración de la demanda, ya sea que el pretensor la haya modificado o rectificado.

1.4.2. Cuando el demandado domicilia fuera de la competencia territorial del juez

Cuando el demandado no tiene domicilio constituido en la competencia territorial del juez, aplicando las reglas generales de la competencia, la demanda tiene que notificarse en el lugar del domicilio del demandado. En este caso, el plazo legal de treinta días se aumentará con arreglo al cuadro de distancias elaborado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial⁵³⁰.

Para el cómputo del plazo para la contestación de la demanda, se contará primero el término de la distancia y luego se agregará el plazo legal de treinta días. Ejemplo: Si el demandado no ha constituido domicilio especial y tiene su domicilio real en Cajamarca; al ser demandado en Trujillo, primero se verá en el cuadro de distancias de Cajamarca a Trujillo y sin contar los días hábiles e inhábiles a partir del emplazamiento con la demanda al demandado, se agregará el plazo de treinta días.

Cuando los demandados fuesen varios y se encontraran en diferentes lugares, el plazo para contestar la demanda para todos vence al expirar el plazo que corresponde al que se encuentra a mayor distancia.

1.4.3. Cuando el demandado domicilia dentro de la competencia territorial del juzgado

El plazo para contestar la demanda cuando el demandado se encuentra domiciliado dentro de la competencia territorial del juez es de treinta días hábiles de emplazamiento formalmente con la demanda.

Cuando los demandados son varios y se encuentran domiciliados dentro de la competencia territorial del juzgado, el plazo para contestar la demanda corre a partir del emplazamiento individual de cada uno de ellos desde la fecha de la respectiva notificación.

1.4.4. Cuando el demandado se encuentra en el extranjero

La notificación de un demandado con domicilio conocido en el extranjero, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 151 del acotado código procesal, concordante con el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵³¹, se hará utilizando el con-

530 Cfr. art. 432 del C.P.C.

531 Cfr. Art. 168 de la L. O. del P.J.

ducto establecido en el respectivo tratado y, a falta de este, se realizará por medio de los tribunales del Estado donde se encuentra domiciliado el demandado, por los consulados, embajadas diplomáticas del Perú acreditadas en el respectivo país, debiendo tramitarse a través de la corte superior y el ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal.

Si la comisión la hace el juez, su firma deberá ser legalizada por el presidente de la corte superior respectiva y la de este por el ministerio de Relaciones Exteriores. Los exhortos se remiten y se devuelven por medio de correo certificado. Una vez devuelto empieza a correr el plazo para la contestación de la demanda, de los treinta días en el proceso de conocimiento, de diez en los procesos abreviados y cinco en los procesos sumarísimos.

1.4.5. Demandado indeterminado, incierto o con domicilio ignorado

El plazo para la contestación de la demanda empieza después de haberse realizado la última publicación edictal. Previamente, el juez ordenará al secretario dé una razón por escrito de las personas indeterminadas, inciertas y con domicilio o residencia ignorados.

El plazo para contestar la demanda es el siguiente:

1. En el *proceso de conocimiento*, de sesenta días si el demandado se encuentra dentro del territorio nacional y de noventa si se encuentra en el extranjero;
2. en el *proceso abreviado*, de treinta días si se encuentra en el territorio nacional y de cuarenta y cinco días si está en el extranjero; y,
3. en el *proceso sumarísimo*, de quince y veinticinco días respectivamente.

1.5. Requisitos de la contestación de la demanda

Así como la demanda, la contestación debe estar revestida de ciertas formalidades por constituir un acto procesal de igual importancia y porque en esta etapa se fijan los puntos sobre los cuales el juez se va a pronunciar y cuando el demandado hace valer en forma concreta y clara sus pretensiones a su colitigante. Al contestar la demanda, el demandado debe observar los requisitos prescritos en el artículo 442 del C.P.C. No existe dispositivo alguno, sin embargo, que faculte a los jueces a declarar la inadmisibilidad de la contestación de la demanda que carezca de algunos requisitos de forma.

Al ocuparnos del artículo 424 del C.P.C. nos hemos referido a todos los requisitos de la demanda; sin embargo, volvemos a ocuparnos de ellos a fin de hacer algunos comentarios aplicables estrictamente a la contestación de la demanda:

1.5.1. Observar los requisitos previstos para la demanda

1.5.1.1. Designación del juez

Al contestar la demanda, el demandado prorroga la competencia del juez al someterse expresamente, a comparecer directamente al juez donde ha sido demandado, aun cuando sea incompetente, por no haber promovido la contienda de competencia ni haber hecho valer la excepción de incompetencia.

1.5.1.2. Los nombres del demandado y del demandante.

Nos limitaremos a advertir que, en caso que el demandante no haya individualizado correctamente al demandado, o si ha demandado a distinta persona, el demandado en la contestación de la demanda debe hacer la respectiva corrección, a fin de que en lo sucesivo el demandante enmiende la inexactitud, o este exprese lo conveniente, ya que puede tener motivos para admitir el nombre que se le atribuye al demandado.

El demandado deberá indicar el nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal si comparece directamente y si lo hace por medio de representante o apoderado cuando no puede comparecer por sí mismo.

1.5.1.3. Indicar el petitorio por el cual ha sido demandado en forma clara y concreta

El petitorio constituye la pretensión procesal que es materia del conflicto judicial; por consiguiente, el demandado al absolver el traslado de la demanda debe hacerlo en forma clara, precisa, concreta, por constituir el objeto del proceso sobre el cual debe haber un pronunciamiento jurisdiccional. En el supuesto de acumulación de pretensiones, el demandado deberá hacer uso del derecho de contradicción y del irrestricto derecho de defensa.

1.5.1.4. Pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda

Con relación a este formalismo debemos hacer los siguientes distinguos: si el demandado está de acuerdo con todos los hechos en que se funda el petitorio, será suficiente que se allane o cumpla con la obligación materia de la pretensión procesal demandada, expresando su conformidad respecto de los hechos que estime verdaderos y discrepantes con los hechos con que no está de acuerdo, por considerarlos falsos e inexactos.

Es necesario que el demandado exponga su negación parcial o absoluta con la finalidad de que el actor la rectifique o anule, para que la prueba pueda incidir de manera exacta. Asimismo, el demandado facilitará al juez para que pueda distinguir los me-

dios probatorios apropiados al momento de expedir el fallo. Y no debe suceder, como ocurre en la praxis judicial, que el demandado se limite a hacer simples negaciones de hechos inexactos o alterándolos sin hacer la proposición de los hechos exactos y verdaderos, circunstancias que hacen pensar que el demandado solamente trata de entorpecer la secuencia del proceso.

Esto significa que el demandado puede reconocer o negar los hechos del demandante y debe hacerlo obligatoriamente respecto de cada uno de ellos, enumerándolos; porque su silencio, la contestación evasiva o la negación genérica de cada uno de los hechos expuestos en la demanda facultan al juez a apreciarlas como reconocimiento de verdad de los hechos alegados por el demandante.

1.5.1.5. 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

Cuando el demandante ha ofrecido como medios probatorios documentos públicos o privados, judiciales o extrajudiciales, el demandado al contestar la demanda, obrando con veracidad, probidad, lealtad y buena fe deberá reconocer el contenido y suscripción de los documentos que se le atribuyen convirtiéndolos en medios probatorios auténticos. Asimismo tiene la obligación de negarlos categóricamente cuando falsamente se le atribuyen en forma expresa. Incluso puede reconocer su firma pero no el contenido del documento.

En esta etapa el demandado debe pronunciarse no solamente sobre el contenido de los documentos, sino también sobre la formalidad de dichos medios probatorios, si son nulos o falsos. En caso contrario, el juez tiene la potestad de apreciar el silencio del demandado y tener los documentos por reconocidos tácitamente por no haberlos reconocido o negado expresamente.

El demandado también se pronunciará sobre la recepción de los documentos que le han sido enviados; esto es, si los ha recibido o no; inclusive puede alegar que el cargo de recepción presentado ha sido adulterado. Si el demandado expresamente no se pronuncia sobre esta recepción, su silencio faculta a los jueces a considerar que tales documentos sí los recibió, por cuanto las normas procesales les permiten hacer una apreciación razonada de la afirmación del demandante respecto a los medios probatorios.

1.5.1.6. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara

Esta norma le permite al demandado, que en el mismo escrito en que contesta la demanda exponga los hechos en forma precisa, enumerando cada uno de los hechos en que se sustenta su defensa en forma ordenada, con claridad y precisión.

Así, por ejemplo, si el demandante ha alegado hechos constitutivos como sustento de su pretensión el demandado en la contestación debe alegar hechos impeditivos como la nulidad o la anulabilidad. Asimismo puede exponer como hechos modificativos la prescripción adquisitiva y los hechos extintivos como el pago, la novación, la compensación, consolidación, etc.

Toda vez que la contestación de la demanda es redactada por técnicos en derecho, se debe evitar cualquier error o tergiversación o maliciosa de los hechos. Además, puede alegar nuevos hechos que no fueron invocados en la demanda por el pretensor⁵³².

1.5.1.7. Ofrecer los medios probatorios

En aplicación del principio de eventualidad, el demandado tiene la obligación de presentar todos los medios de ataque y de defensa simultáneamente y no consecutivamente en las respectivas etapas del proceso a desarrollarse, sean estos medios compatibles o no unos a otros. Es decir, consiste en la deducción conjunta y subsidiaria – *ad eventum* – de las pretensiones y de las defensas, de las postulaciones y de los medios de prueba⁵³³. De modo que en la contestación de la demanda se deben ofrecer y presentar todos los medios probatorios, tanto de los hechos controvertidos como de los nuevos hechos que alega; de no hacerlo ya no tendrá oportunidad de ofrecerlos o presentarlos porque habrá precluido su derecho.

1.5.1.8. Anexos de la contestación de la demanda

A la contestación de la demanda se deben acompañar los anexos exigidos en el artículo 425, en lo que corresponda⁵³⁴; esto es: copia legible del documento de identidad del demandado y, en su caso, del representante; el documento que contiene el poder para contestar la demanda cuando lo hace por medio de apoderado; la prueba que acredite la representación legal del demandado, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas; la prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandado, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses en el caso del procurador oficioso.

Además los medios probatorios destinados a sustentar el pronunciamiento respecto al petitorio materia de la demanda, indicando con precisión los datos y lo demás

532 Cfr. arts. 440 y 478 inc. 6º del C.P.C.

533 Podetti, Ramiro; Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral; Tratado de la Competencia; Ediar Editores; Buenos Aires, Argentina; 1954; p. 84.

534 Cfr. art. 425 del C.P.C.

que sea necesario para su actuación. También se acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, si este fuera el caso; y los documentos probatorios que tuviera en su poder el demandado. Si no se dispusiera de alguno de estos documentos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.

1.5.1.9. Incluir su firma o la de su representante o su apoderado, y la del abogado

El escrito de contestación de la demanda será firmado por el demandado debajo de la fecha cuando comparece directamente o por su apoderado, si a este le ha conferido poder especial o por su representante en los casos en que la ley les faculta expresamente, como en los casos de los incapaces, procuradores judiciales que comparecen en representación del Estado y las demás personas jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado⁵³⁵.

Los abogados deben autorizar la contestación de la demanda cuando la defensa está cautiva.

2. CLASES DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda es de dos clases: expresa o real y presunta o tácita, más comúnmente denominada en rebeldía.

La contestación *expresa* es la que se hace por escrito absolviendo el traslado de la demanda dentro del plazo de ley, ya sea allanándose o contradiciendo la demanda. Si bien es verdad que el artículo 442 del C.P.C. no ha previsto las clases, esto no significa que el demandado no puede proceder en otras formas como negando los hechos y el derecho, aceptando los hechos y negando el derecho, contradiciendo los hechos y el derecho y reconviniendo.

535 "Artículo 75º.- Facultades especiales.-Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvenciones, desistirse del proceso y de la pretensión..."

"Artículo 442º.- Requisitos y contenido de la contestación a la demanda.- Al contestar el demandado debe:

1. Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda;
2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;
3. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de la 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".

2.1. El allanamiento

El allanamiento es el acto procesal por el cual el demandado da su conformidad a todas las pretensiones dirigidas en su contra por el demandante al contestar la demanda o en otro momento previo a la sentencia.

Al respecto, ALZAMORA VALDEZ afirma: "El allanamiento es un acto por el cual el demandado admite la pretensión del actor reconociendo su legitimidad"⁵³⁶.

Por su parte, RAMOS MÉNDEZ refiere que "Entre las actitudes que puede adoptar el demandado frente a la demanda se ha de señalar ante todo el allanamiento. Este ciertamente es una postura que no supone oposición a la demanda, ni defensa contra la misma, sino precisamente todo lo contrario: es un reconocimiento expreso de la pretensión de la parte actora efectuada por el demandado"⁵³⁷.

Por el allanamiento, el demandado asiente a la pretensión del demandante y no disputa el posible proceso, no escucha al organismo jurisdiccional ni opone resistencia a la pretensión del demandante en la contestación de la demanda.

En nuestra legislación procesal el allanamiento contiene a la institución del reconocimiento, porque esta se rige por las normas preestablecidas para esta forma especial de conclusión del proceso.

Por el reconocimiento, el demandado además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos del demandante.

El allanamiento es una institución netamente procesal, de la cual se vale el demandado ya sea al contestar la demanda o en cualquier estado del proceso antes de que se expida sentencia en primera instancia, que afecta a todo el objeto del proceso, que pasa a integrar el contenido de una sentencia, por constituir una declaración de voluntad expresa del demandado⁵³⁸.

Entre las diferencias más notorias entre el allanamiento y el reconocimiento señalamos las siguientes:

El allanamiento es el género y el reconocimiento es la especie.

El reconocimiento está dentro del allanamiento.

El allanamiento es expreso, el reconocimiento puede ser tácito por cuanto el de-

536 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; Teoría del Proceso Ordinario; p. 65.

537 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 269.

538 Guasp, Jaime; Derecho Procesal Civil; T. I; Edit. Instituto de Estudios Políticos; Madrid, España; 1968; p. 583.

mandado además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de esta.

Con la finalidad de dar una visión sistematizada del proceso de conocimiento y de los otros procesos contenciosos, trataremos brevemente esta importante institución.

2.1.1. Características del allanamiento

Entre las principales características del allanamiento señalaremos las siguientes:

2.1.1.1. Con relación a los sujetos

Debemos tener en cuenta si los que intervienen como parte demandante o demandado actúan como personas naturales o jurídicas.

Las personas naturales o físicas o individuales pueden comparecer directamente y convenir en la demanda, siempre que sean personas con capacidad jurídica o de goce y de ejercicio.

Si estas personas comparecen al proceso para allanarse por medio de apoderado, este tiene que estar facultado expresamente de un poder especial, el mismo que debe reunir las formalidades que prescribe el artículo 75 del C.P.C., puesto que el allanamiento se encuentra dentro de las facultades especiales del mandato.

En el caso de las personas jurídicas debemos diferenciar si estas son de Derecho Privado o de Derecho Público Interno.

Las personas jurídicas de Derecho Privado pueden convenir en la demanda por medio de sus representantes, siempre que en la escritura de constitución, la ley o el respectivo estatuto estén facultados para hacerlo; con tal fin los jueces están investidos para exigir la presentación del poder especial. Ejemplo: De las asociaciones, fundaciones, sociedades comerciales, etc. sus presidentes, gerentes o administradores pueden allanarse, tal como lo dispone el artículo 64 del C.P.C.

Las personas jurídicas de Derecho Público Interno, en cambio, pueden allanarse a través de sus representantes, como los procuradores judiciales y los que están autorizados por la ley de las instituciones estatales y paraestatales, acompañando las resoluciones por las cuales son autorizados. El juez no expedirá sentencia si en la autorización no consta de modo expreso la aprobación de los poderes otorgados por el gobierno o la corporación.

Los menores y personas incapaces también se allanarán a la demanda por medio de sus representantes legales, ya sea por medio de sus tutores o curadores. El juez aprobará el allanamiento observando lo dispuesto por el artículo 1307 del C.C., esto es, previa vista del representante del Ministerio Público y escuchando al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.

2.1.1.2. Con relación al objeto

El allanamiento puede recaer sobre cualquier bien patrimonial o extrapatrimonial y este debe ser total y no parcial. En el primer caso el allanamiento debe recaer en todas las pretensiones y en el segundo cuando el demandado se allana a alguna de las pretensiones demandadas. En nuestro ordenamiento procesal, puede darse el caso que al proponer el demandante varias pretensiones acumuladas, el demandado puede convenir en alguna de ellas, pero no en todas.

En estos casos, se tendrá que continuar el proceso respecto a las pretensiones en las que el demandado no se ha allanado hasta que se expida sentencia y se resolverá conjuntamente las pretensiones que fueron materia del allanamiento y las que fueron objeto de contradicción; de lo que se concluye que el allanamiento puede ser también parcial⁵³⁹.

2.1.1.3. Con relación al modo

El allanamiento debe ser puro, simple e incondicional, no sujeto a condición, ni a plazo y referido en su totalidad al objeto del proceso, a fin de que no exista alguna posibilidad de reabrirlo. Pero no podemos dejar de lado a la jurisprudencia que admite el allanamiento puro y condicional en ciertos casos⁵⁴⁰.

El sentido del allanamiento es que quien conviene en la demanda debe hacerlo en forma absoluta, con la finalidad que la sentencia a expedirse contenga los propios términos de la avenencia del demandado a las pretensiones del actor.

2.1.1.4. Con relación al Derecho

El allanamiento debe referirse a derechos privados renunciables⁵⁴¹; es decir, que los personales, patrimoniales o extrapatrimoniales o las cuestiones referidas al orden público o que atenten contra las buenas costumbres, no son materia de allanamiento. Así, por ejemplo, en los procesos de divorcio no se puede declarar fundada la demanda por el simple allanamiento, pues son derechos irrenunciables y porque se convertiría en una separación convencional y divorcio ulterior.

2.1.2. Clases de allanamiento

El Código Procesal Civil dispone que el allanamiento puede ser total o parcial.

Es total cuando el demandado conviene expresamente a todas las pretensiones

539 Ejecutoria Suprema: "Si el allanamiento a la demanda es parcial, o sea, que sólo se refiere a determinadas cuestiones, no se incurre en nulidad al tramitar y dictar sentencia respecto de los puntos no comprendidos en el allanamiento"; en Revista de Jurisprudencia Peruana; 1966; p. 1451

540 Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; p. 66.

541 Prieto Castro, Leonardo; Derecho Procesal Civil; T. I; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, España; 1964; p. 285.

ante el auxiliar jurisdiccional legalizando su firma o sobre los hechos o fundamentación jurídica del petitorio que haya reconocido en los casos del reconocimiento.

Es parcial cuando el demandado conviene expresamente respecto de algunas pretensiones demandadas. En este caso, concluye el proceso solo respecto a las pretensiones que se allanan, mas no sobre las pretensiones que no se allanan o no se reconocen.

2.1.3. Improcedencia del allanamiento

El artículo 332 del C.P.C. ha previsto la improcedencia del allanamiento, al prescribir que el juez declarará improcedente el allanamiento y consecuentemente ordenará la continuación del proceso en los siguientes casos:

- 1) Cuando el demandado no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto.

Si el demandado no tiene capacidad jurídica no puede convenir a la demanda. Si el codeudor, por ejemplo, se allana a la demanda sin la autorización del otro deudor, el allanamiento resulta improcedente, toda vez que si no se le autorizó para allanarse a la demanda, mal puede hacerlo individualmente.

- 2) Cuando el apoderado o representante del demandado carece de facultad para allanarse.

Si una persona se presenta como apoderado ante el órgano jurisdiccional, debe acreditar la existencia del poder especial que conste en documento público para comparecer en representación de una persona natural, a fin de que los actos procesales que realiza tengan validez, máxime si se trata del allanamiento por apoderado. Si aquel documento no reviste las formalidades prescritas por nuestro ordenamiento procesal, mal haría el presunto apoderado en allanarse en nombre de otro; pero si lo hace contraviniendo la representación voluntaria, el juez declarará improcedente el allanamiento.

Tratándose de los representantes de personas jurídicas ya sea de Derecho Público o Privado es requisito sine qua non que estos estén premunidos de facultades especiales y que acrediten su representación para allanarse, en caso contrario el juez declarará de plano improcedente el allanamiento que realicen.

- 3) Cuando los hechos requieran ser probados por otros medios además de la declaración de parte.

En el inciso 3 del artículo 332 del C.P.C. se prescribe la seguridad jurídica de las partes y de terceros si se ha admitido una demanda en la cual deben ser probados los hechos que sustentan el petitorio, a fin de evitar el fraude procesal que puede ocurrir en demandas simuladas. Con nuestro nuevo ordenamiento procesal se da tranquilidad y paz social, exigiéndose al que se allana a probar que lo hace realmente no sólo con la declaración de parte, sino con otros medios

probatorios y si no se cumplen con estos presupuestos, el juez de plano declarará improcedente el allanamiento, ordenando la continuación del proceso.

- 4) Cuando el conflicto de intereses afecta al orden público y a las buenas costumbres.

El orden público está constituido por todas las personas que conforman un conglomerado social, por lo que no solamente se declara improcedente el allanamiento cuando le afecta, sino también en los casos que se celebre un acto jurídico contrario a las normas que interesen al orden público.

Las buenas costumbres son normas de conducta que regulan la vida de una sociedad; por lo tanto, si alguna persona se allana afectando a las buenas costumbres, el juez declarará improcedente el allanamiento; por cuanto, las normas que las regulan interesan al conglomerado social y no a quien se allana en forma individual.

- 5) Cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles.

Los derechos indisponibles son aquellos que no le corresponden a quien realiza un acto procesal, porque el objeto litigioso no es disponible, como sucede en los procesos de divorcio, cuando uno de los cónyuges fundamenta sus pretensiones en hecho propio, en los de invalidez del matrimonio por causales de nulidad o anulabilidad, en las demandas de prestaciones física y jurídicamente imposibles, etc.

Al referirse a los límites objetivos del allanamiento, RAMOS MÉNDEZ refiere: "La figura hay que examinarla con carácter restrictivo en los juicios no regidos por el principio dispositivo, en los que suele ser indisponible el objeto litigioso. La regla no puede extralimitarse, porque, incluso en dichos juicios, existe un margen mayor o menor de flexibilidad al libre albedrío de las partes. Baste pensar en el divorcio por mutuo consenso y en los aspectos económicos de las crisis matrimoniales"⁵⁴².

De ahí que en nuestra legislación procesal se haya previsto la improcedencia del allanamiento del demandado cuando lo hace en estos derechos indisponibles.

- 6) Habiendo litisconsorcio necesario el allanamiento no proviene de todos los demandados.

Cuando han sido emplazados formalmente los litisconsortes, para allanarse en la contestación de la demanda, deberán hacerlo todos, pues de hacerlo uno

542 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 272.

de los litisconsortes pasivos perjudicando a los demás que tienen la condición de parte, el allanamiento resultará improcedente; dado que para la validez del allanamiento deberán hacerlos todos los litisconsortes demandados.

7) Cuando se presume la presencia de fraude o dolo procesal.

Cuando advierten temeridad de la parte demandada en el allanamiento, atentando contra el principio de buena fe o cuando se allanan dolosamente para perjudicar derechos de terceros que tienen interés en el proceso, los jueces deben declarar de plano la improcedencia del allanamiento. En este caso el legislador trata de proteger los derechos de terceros que muchas veces están expuestos a las asechanzas de las partes que atentan contra los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe que debe imperar en todo proceso.

Al tratar sobre el dolo, ALSINA afirma: "Es el error provocado en cuanto determina la ejecución o inejecución de un acto en un supuesto inexistente"⁵⁴³.

El fraude es toda conducta activa u omisiva, unilateral o concertada previamente por las partes en conflicto, del juez o de los auxiliares de justicia.

De producirse el allanamiento con dolo o fraude, el juez deberá declararlo improcedente.

8) Cuando advierte que la sentencia a dictarse va a surtir efecto frente a tercero no emplazado.

Si al recibir el escrito de allanamiento, los jueces advierten que va a perjudicar derechos de terceros que no han sido notificados formalmente con la demanda, deben declarar la improcedencia del allanamiento, en virtud de que los órganos jurisdiccionales tienen perfecto conocimiento de que la sentencia a dictarse en mérito del allanamiento causaría grave daño a personas extrañas que no han comparecido, no han sido oídos ni vencidos en un debido proceso.

Esta norma protege de las asechanzas los derechos de terceros que no tienen conocimiento del proceso que se les sigue en contra; pues de expedirse la sentencia, si llegaran a ser emplazados válidamente en revisión la sentencia se declarará nula, reponiéndose al estado de que sean emplazados a fin de que puedan hacer uso del derecho de defensa.

9) Cuando el demandado es el Estado y otra persona de Derecho Público, salvo que su representante tenga autorización expresa.

Por lo general, cuando intervienen en un proceso civil el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica deter-

543 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. I; p. 611.

minante de aquel, cualquiera que sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que cualquier otra persona natural representada válidamente por el funcionario que por ley está facultado para comparecer ante el juez acompañado de autorización expresa.

En consecuencia, cualquier persona que comparezca en representación del Estado o de sus dependencias públicas, sin acompañar el documento que acredite su representación con facultades para allanarse y al contestar la demanda se allana, los jueces tienen la potestad de declarar la improcedencia del allanamiento⁵⁴⁴.

3. LA RECONVENCIÓN

3.1. Fundamento

La reconvencción se fundamenta en los principios de contradicción, celeridad y economía procesal. La reconvencción no es una parte accesorio de la demanda, sino que es una institución autónoma que de todas maneras debe resolverse, aunque el demandante se desista⁵⁴⁵, salvo que opere el abandono del proceso. Al permitir el legislador hacer uso de la reconvencción en el escrito de la contestación de la demanda, se facilita la acción de la justicia⁵⁴⁶ permitiéndose la unidad de criterio para evitar resoluciones finales contradictorias y también la acumulación sucesiva de procesos. Aunque esta exista, pero atenta contra la oportuna expedición de la sentencia poniendo fin a la instancia, porque el juez tiene que esperar que el nuevo proceso llegue al mismo estado del proceso anterior para resolver el conflicto judicial.

3.2. Conceptos previos

En el Derecho Romano antiguo de las "*legis actiones*" no fue conocida esta institución. Por primera vez, aparece esta institución en las fórmulas recíprocas (*mutuae pe-*

544 Cfr. art. 332 del C.P.C.

545 Cfr. Revista de los Tribunales: "El desestimiento de la demanda no impide sustanciar la reconvencción del demandado. Planteada ésta, su suerte no depende de la voluntad del demandante". 1932; p. 281.

546 "Hay reconvencción y no simple defensa: a) aunque la relación jurídica a que afecta la reconvencción tenga partes integrantes o elementos comunes con los que la demanda; b) cuando aun siendo uno mismo el objeto de la demanda y de la reconvencción quepa ostentar diversidad de derechos respecto a él; c) si, pidiéndose una parte de un crédito, se solicita reconvenccionalmente la declaración de inexistencia de todo el resto del mismo; d) 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; e) si, según lo expuesto, resultare una identidad de objeto, el actor podrá oponer una excepción de litispendencia"; Prieto Castro, Leonardo; Derecho Procesal Civil; Edit. Tecnos; Madrid, España; 1984; p. 247.

"Artículo 90º.- Requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos.- La acumulación sucesiva de procesos debe pedirse antes de que uno sea sentenciado hasta que se resuelva en definitiva la acumulación. El pedido impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva la acumulación.

La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los Jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que realizó el primer emplazamiento..."; MONROY GALVEZ, Juan; Código Procesal Civil; Edit. Normas Legales; Trujillo-Perú; 1993; pp. 42 y 43.

titionis, mutuas acciones) de los juicios “*bona fides*” y de algunas acciones “*pro socio*”, “*negotiorum gestio*”, etc. Posteriormente, esta institución se incorpora al ordenamiento procesal en las “*extraordinariae cognitiones*” y Justiniano la recogió para hacer posible la compensación y ordenar el pago por parte del deudor una vez que sea declarado judicialmente.

En el *Codex Iuris Canonici* del 27 de mayo de 1917, se permitió hacer uso de la reconvencción al admitirse la pretensión procesal del demandado para que se tramite conjuntamente con la del demandante, siempre y cuando no precluya la *litiscontestatio*.

En Europa, la reconvencción se ha incorporado en el *Code de Procedure Civile de Francia*, en los artículos 37 y 39, definiéndose en el artículo 64 como aquella en la que el demandado originario pretende obtener una ventaja adicional y distinta al simple rechazo de la pretensión del adversario. El artículo 33 del Código Procesal Alemán le permite al demandado presentar una reconvencción si la contrarreclamación está en relación con la pretensión alegada en la demanda o como medio de defensa.

En el derecho germánico, cuando se produce la influencia del derecho romano, se permitió la reconvencción aun contra terceros y se aumentó la competencia de los jueces al darles mayores atribuciones y facultades no solamente para conocer la demanda del pretensor si no también la reconvencción del demandado.

A este respecto, Carnelli sostiene que “La reconvencción (*Widerklage* y, también *Gegenklage*) podía incorporar cualquier cuestión, siempre que no desconociera la competencia debida a la materia. Hay que distinguir, sin embargo, entre el derecho común, que no exigía la *eodem causa*, conformándose con cierta y no determinada conexión, y algunas leyes particulares que imponían este vínculo en término más o menos vagos”⁵⁴⁷.

En España, la encontramos en las “*Siete Partidas*” que se refieren a la reconvencción en varios pasajes (Partida Tercera, Título II, Ley 32. Título X. Ley título X. Ley 4).

Esta institución ha sido tratada por varios procesalistas desde los clásicos hasta los contemporáneos. Así, CARNELUTTI sostiene: “Siempre que el demandado en lugar de defenderse contra la pretensión del actor, la contraataca proponiendo contra él una pretensión. Así en realidad el demandado se transforma en actor”⁵⁴⁸.

“Puede ocurrir — sostiene ALSINA — que el demandado, aparte de las defensas que le competan contra la acción que se le promueve, tenga a su vez una acción que ejercitar contra el actor, derivada de la misma o de distinta relación jurídica. Encamina-

547 CARNELLI, Lorenzo; *La reconvencción en el derecho argentino*, T. 24; Edit. La Ley; Bs. As. Argentina; 1996.

548 Carnelutti, Francesco; *Sistemas de Derecho Procesal*; T. II; Edit. Unión Tipográfica Hispano Americana; Buenos Aires, Argentina; 1944; p. 688.

da por ejemplo, la demanda a obtener la reivindicación de un inmueble, podría el demandado encontrarse en situación de tener que reivindicar otro inmueble que se encontrase bajo la posesión del actor; demandado por su mandante por rendición de cuentas, podría el mandatario tener derecho a reclamarle la devolución de lo gastado en el ejercicio del mandato o de un préstamo que le había efectuado; reclamado el cumplimiento de un contrato, podría el demandado tener motivos para pedir su rescisión. Se trata, en realidad de acciones distintas, donde el sujeto pasivo de una se convierte en sujeto activo de la otra, por lo que normalmente tendrían que ser substanciadas en procesos independientes, pero por las mismas razones que se permite al actor acumular en la demanda todas las acciones que tenga contra el demandado, se permite a éste acumular en las contestaciones las acciones que tenga contra su demandante⁵⁴⁹.

A este respecto, el procesalista MONROY GÁLVEZ refiere: "Si bien la sumilla de la norma hace referencia a la reconvencción, en realidad lo que se ha normado es la contrapretensión, es decir, solo se puede reconvenir una pretensión ligada por conexidad con la pretensión en la demanda. La razón para ello es que el legislador ha privilegiado el principio de celeridad procesal, entendiéndolo que solo se logra plasmar el principio de economía procesal, cuando se acumulan pretensiones conexas"⁵⁵⁰.

Finalmente, RAMOS MÉNDEZ conceptúa la reconvencción en los términos siguientes: "La reconvencción es una verdadera demanda distinta de la ya presentada. Desde un punto de vista negativo se requiere que el objeto de la reconvencción sea distinto del de la demanda primitiva y por lo tanto no una mera defensa del demandado. La reconvencción no se dirige a impedir que prospere la demanda, sino que contiene peditmentos independientes susceptibles de determinar la condena del actor. Introduce en el juicio un nuevo objeto litigioso al que ha de dársele respuesta en la sentencia. Constituye una ampliación del objeto litigioso por inserción de nuevas pretensiones y éstas, aunque en única sentencia, han de recibir el tratamiento autónomo que les corresponda". TAPIA FERNÁNDEZ, por su parte, acota: "Por todo lo anteriormente dicho y por vía negativa, se puede decir que existe propia reconvencción – independientemente de cuál sea la denominación que se dé y de la forma que adopte – cuando el demandado ejercita verdadera y propia acción contra el demandante"⁵⁵¹.

De estos conceptos podemos afirmar que la reconvencción es la pretensión procesal que el demandado propone al demandante en el acto de contestación de la demanda,

549 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 200.

550 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; p. 617.

551 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 294. Tapia Fernández, Isabel; La Reconvencción; Edit. General de Derecho, S. L.; Valencia, España; 1999; 48.

con la finalidad de que el juez que está conociendo la pretensión originaria se pronuncie en una sola sentencia; es decir es una demanda autónoma que puede tener o no relación, con la demanda primigenia.

Además de pronunciarse sobre el contenido de la demanda y la pretensión del demandante, el demandado ejerce el derecho de defensa y de acción, por el primero discutiendo y aportando medios probatorios contra la demanda y por el segundo peticionando al órgano competente la tutela jurisdiccional efectiva.

3.3. Diferencias de la reconvención con otras instituciones

Debido a que la reconvención es una institución autónoma, por su naturaleza jurídica no puede confundirse con las excepciones, con la compensación y la acumulación, como pasamos a analizar sub-examine.

3.3.1. Con las excepciones

La finalidad de las excepciones es suspender el proceso o anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso por adolecer la demanda o la reconvención de defectos de forma, que muchas veces imposibilita al demandante renovar su pretensión por los efectos que produce. La reconvención, en cambio, no afecta ni al derecho de quien lo ejercita, ni al derecho contra quien lo ejercita porque es distinto del que se invoca en la demanda; por otra parte no pretende alterar lo demandado, sino obtener una declaración que se refiere a lo demandado. Por otra parte, contra la reconvención pueden proponerse todas las excepciones menos la de incompetencia.

3.3.2. Con la compensación

La compensación es una institución civil por la cual se extinguen las obligaciones⁵⁵². Su origen se le atribuye a PAPINIANO, quien la introdujo como una medida impuesta por la equidad, perfeccionada en el Derecho Canónico y desarrollada hasta convertirse en un instituto procesal autónomo.⁵⁵³ Pero en nuestra legislación procesal no encontró aceptación y siempre se mantiene en el Derecho Civil. La reconvención, como institución propia de nuestra ley procesal, no extingue las obligaciones y, cuando la ejercita el demandado, hay acumulación objetiva sucesiva: una interpuesta por el demandante al hacer uso del derecho de acción y la otra interpuesta por el demandado al contestar la demanda haciendo uso del derecho de contradicción.

552 "Artículo 1288º.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo".

553 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. III; p. 201.

Por otro lado, contra la compensación que plantea el demandado como medio de defensa no podrán proponerse excepciones; en cambio, contra la reconvencción son admisibles las excepciones. Cuando el demandado opone la compensación, este no podrá ser condenado por algo distinto a lo demandado ni puede ser reconvenido. La compensación, además, se puede interponer en cualquier clase de procesos; la reconvencción, por el contrario, no se puede interponer en los procesos sumarísimos, cautelares y de ejecución⁵⁵⁴.

Asimismo, podemos sostener que la compensación es convencional porque puede resultar del acuerdo de dos personas para extinguir créditos recíprocos, cualquiera que sea su origen, de tal modo que si una de las partes pretendiera el cumplimiento de una obligación, la otra podría oponer la compensación como medio extintivo de la compensación convencional.

Finalmente, por la compensación el demandado reconoce el crédito del demandante, mientras que con la reconvencción no se compromete al pago de ninguna obligación. El que compensa no puede hacerlo por mayor cantidad de lo demandado, pero el demandado al reconvenir si puede demandar por mayor o menor cantidad, como un derecho independiente, etc.

3.3.3. Con la acumulación

La acumulación es una institución procesal, por la cual en un proceso puede haber más de una pretensión, o intervenir más de dos personas, ya sea que se trate de una acumulación objetiva o subjetiva originaria o sucesivas, según sean propuestas en la demanda o después de iniciado el proceso.

La acumulación objetiva permite al demandante interponer en una sola demanda dos o más pretensiones, por ejemplo la demanda de rescisión de contrato y pago de daños y perjuicios. Esta acumulación se subdivide en originaria y sucesiva.

En la acumulación objetiva originaria, el demandante propone en su demanda dos o más pretensiones desde el inicio, siempre manteniendo un criterio lógico. Por ejemplo: cuando se demanda la nulidad de un acto jurídico y se amplía pago de daños y perjuicios.

La acumulación objetiva originaria, se subdivide en subordinada, alternativa y accesoria.

- 1) En la acumulación objetiva originaria subordinada, cuando la pretensión procesal propuesta queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como prin-

554 Cfr. art. 559 inc. 1º del C.P.C.

principal sea desestimada⁵⁵⁵. En la demanda las pretensiones que se interponen tienen una relación jurídica procesal una respecto de la otra; es decir de principal a subordinada, de tal suerte que el desamparo de la pretensión principal conduce al juez a pronunciarse por la subordinada declarándola fundada.

A la acumulación objetiva originaria subordinada en la doctrina se le conoce como acumulación subsidiaria o eventual. Es subsidiaria porque tiene la función de sustituto, en caso que se declare fundada la pretensión principal ya no hay necesidad de pronunciamiento sobre la subordinada⁵⁵⁶ y es eventual, porque está sujeta al acontecimiento de que sólo habrá pronunciamiento cuando la pretensión principal reciba un pronunciamiento negativo.

La pretensión principal y la subordinada deberán ser propuestas por el demandante en forma expresa, indicando a cual pretensión la propone como principal y a cual como subordinada, porque de lo contrario la demanda será declarada improcedente por una indebida acumulación de pretensiones (artículo 427 inc. 7 del C. P. C.). Por ejemplo, si se demanda resolución de un contrato de compraventa como principal porque el demandado no ha pagado más de 50% del precio del inmueble, el pretensor en la misma demanda puede precisar como pretensión subordinada que se ordene al demandado el pago de la diferencia del precio.

En este caso, si el juez declara fundada la resolución de contrato ya no se pronunciará por la pretensión subordinada, pero si la demanda de resolución de contrato es infundada deberá pronunciarse por la pretensión subordinada declarándola fundada y ordenando el pago de la diferencia del precio⁵⁵⁷.

- 2) En la acumulación objetiva originaria alternativa, el demandante al proponer dos o más pretensiones en su demanda, le concede al demandado la facultad de elegir en ejecución de sentencia. En caso de ampararse ambas pretensiones con cual de las pretensiones va a cumplir; por ejemplo, cuando el demandado ha pagado más del 50% del precio del inmueble, se puede demandar alternati-

555 Cfr. Art. 87 del C. P. C.

556 MONROY CABRA, Marco Gerardo; Principios del Proceso Civil; Edit. Temis S. S.; Bogotá-Colombia; 1988; p. 262.

557 Cfr. Ejecutoria de la Corte Suprema, que se pronunció en sentido contrario: "Tratándose de una acumulación objetiva subordinada, la decisión sobre la pretensión subordinada depende de la suerte de la pretensión principal, de modo que si la pretensión principal no prospera, la subordinada corre la misma suerte. El Juez no puede examinar y pronunciarse primeramente sobre la pretensión subordinada, ni en forma conjunta con ambas pretensiones" (Ej. 14 de julio 1998, en: ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder; Código Procesal Civil; T. I.; Edit. Rodhas; Lima-Perú; 2006; p.174).

En el ejemplo de acumulación objetiva originaria subordinada, sobre resolución de contrato de compraventa cuando el demandado no ha pagado más del 50% del valor del precio, si se declara infundada la demanda de resolución de contrato de compraventa como pretensión principal, el Juez deberá pronunciarse sobre la pretensión subordinada declarándola fundada el pago del saldo del precio de la enajenación. En la ejecutoria se confunde la acumulación objetiva originaria alternativa con la acumulación objetiva originaria accesoria; porque sólo en esta clase, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

vamente la resolución del contrato o el pago de saldo del precio, propuesta así, se pueden amparar ambas pretensiones, a pesar de ser contradictorias, quedando a criterio del demandado, en ejecución de sentencia, escoger la pretensión que va a cumplir. Si el demandado renuncia a elegir la pretensión con la cual va a cumplir, la elección la podrá hacer el demandante.

- 3) En la acumulación objetiva originaria accesoria, el demandante deberá interponer en su demanda más de dos pretensiones, precisando que una de ellas es la pretensión principal y las otras son accesorias de la anterior. Esta relación jurídica de pretensiones permite al juez si declara fundada la pretensión principal, determinará esa decisión sobre las demás. Por ejemplo, si el demandante propone en su demanda la resolución del contrato de compraventa, la entrega del bien y el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización, lo que el juez decida de la resolución contractual determinará el amparo o rechazo de las otras pretensiones⁵⁵⁸.

La acumulación subjetiva cuando en un proceso comparecen más de dos personas como demandantes o demandados; por ejemplo si se demanda reivindicación contra dos o más poseedores. Esta acumulación puede ser, a su vez, acumulación subjetiva originaria y acumulación subjetiva sucesiva.

En la primera, cuando la demanda se dirige contra dos o más personas en calidad de parte demandante o demandada (artículo 89 del C. P. C.). Por ejemplo cuando se demanda reivindicación por dos copropietarios contra una sociedad conyugal; y, en la acumulación subjetiva sucesiva, cuando se incorporan con posterioridad a la notificación de la demanda de alguna persona al proceso y en otros casos hay pluralidad de demandantes o demandados ejercitando pluralidad de pretensiones procesales o también puede haber varios demandantes contra un demandado, un demandante contra varios demandados o varios demandantes contra varios demandados, respectivamente⁵⁵⁹.

Así, por ejemplo, Pedro demanda a José para que se le declare propietario de un inmueble por ser copropietario de Raúl y Mario, pero resulta que Mario desconociendo este proceso interpone demanda por la misma pretensión contra José iniciándose un segundo proceso. Al ser emplazado con esta nueva demanda, José solicita se acumulen los dos procesos, el juez que conoció la

558 Esto no ocurre en las pretensiones tributarias acumuladas, de una pretensión principal y las demás están tácitamente demandadas.

559 "Artículo 83º.- Pluralidad de pretensiones y personas.- En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente".

primera demanda dispondrá la acumulación subjetiva sucesiva de procesos (artículo 89 inc. 2 del C. P. C.).

De lo expuesto se concluye que la acumulación es una institución creada para el demandante y la reconvención se ha instituido como un derecho del demandado para ejercitar una o más pretensiones en el acto de contestar la demanda.

La acumulación sucesiva de procesos se produce cuando existe conexión entre los procesos y la cuestión jurídica que se ventila, se trata en realidad de una sola, aunque sean diferentes pretensiones, pero que tienen elementos comunes entre sí (artículo 84 del C.P.C.). Esto no sucede con la reconvención, no se puede reconvenir contra personas que no son parte en el proceso, o sea que no tienen la condición de demandante.

El fundamento de la acumulación sucesiva de procesos se sustenta en que ha sido creada para evitar resoluciones contradictorias; en cambio, la reconvención ha sido instituida con la finalidad de resolver separadamente dos pretensiones del demandante y del demandado.

Para determinar la competencia por la cuantía en la acumulación objetiva originaria de pretensiones, se tiene que sumar el valor de todas las pretensiones. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, solo se atenderá a la de mayor valor y si son varios los demandados, la competencia también se determina por el valor total de lo demandado (artículo 11 del C.P.C.); en cambio, cuando el demandado reconviene dos o más pretensiones, no se suman las cantidades que son objeto de la reconvención para determinar si el proceso es de conocimiento, abreviado o sumarísimo, porque esta no debe afectar la competencia ni la vía procedimental originales.

3.4. Requisitos

3.4.1. La reconvención debe o no tener relación con la pretensión procesal que se demanda

Al respecto han surgido dos corrientes:

1. El sistema francés sustenta que la reconvención debe tener estrecha relación con la demanda, esto es que debe provenir de ella; por ejemplo, en la demanda de cumplimiento de contrato se puede reconvenir la rescisión, en una demanda de pago de soles se puede reconvenir la nulidad de la obligación.

Estas limitaciones confunden a la reconvención con la compensación o las excepciones, que constituyen medios de paralización o conclusión del proceso.

2. El sistema español sustenta que la reconvención no debe tener ninguna relación con la demanda.

Nuestro ordenamiento procesal ha optado por los dos sistemas, porque la reconvención debe o no tener relación con la pretensión procesal ejercitada por el deman-

dante, por ser una institución autónoma que plantea el demandado en el acto de contestar la demanda.

3.4.2. Competencia

Tanto la demanda como la reconvencción por la materia deben ser de la misma naturaleza procesal; porque para que proceda la reconvencción en los procesos civiles debe estar sometida a la misma competencia. Por razón de la materia no procede la reconvencción en los procesos de competencia de los jueces de trabajo o del juez penal. El artículo 445 segunda parte del C.P.C. expresamente dispone que la reconvencción es admisible si no afecta la competencia. Igualmente, no procede la reconvencción tratándose de competencia territorial distinta; pues aunque esta es prorrogable, esta prorrogabilidad está sujeta a que el demandado la admita, circunstancia que no puede saberse con anticipación.

Si se trata de competencia por la cuantía, en los *procesos de conocimiento* el demandado sólo puede reconvenir cuando el monto de la pretensión excede de 1000 URP y en los procesos abreviados cuando es mayor de 100 hasta 1000 URP y en los procesos sumarísimos es improcedente la reconvencción.

Al tratar de la competencia como requisito de la reconvencción, RAMOS MÉNDEZ refiere: "El contenido de la reconvencción ha de respetar la competencia objetiva del Juez, es decir, la competencia por razón de la materia y por razón de la cuantía: No procederá la reconvencción cuando el juez no sea competente para conocer de ella por razón de la materia"⁵⁶⁰.

3.4.3. Que la pretensión procesal de la reconvencción se refiera a la obligación que el demandado interponga contra el demandante

No se puede reconvenir por un derecho que el demandado se atribuye como titular de la obligación de la cual ha sido demandado; por ejemplo, si el demandado litiga a nombre o en representación de otro, no puede reconvenir por derecho propio, ni a la inversa. Si el demandante ejerce el derecho de acción por medio de otra persona, el demandado no puede reconvenir por obligaciones que no se interpongan contra él o contra su representante. Por consiguiente, la reconvencción debe versar sobre obliga-

560 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 295. "Para que la reconvencción sea admisible el juez que está conociendo de la pretensión inicial debe ser también competente para conocer de la pretensión acumulada. Este es el principio general a matizar:

1º) La competencia objetiva del juez por la materia no puede ser alternada por la reconvencción.

2º) La competencia objetiva por la cuantía puede ser alterada, pero sólo a favor del juez más competente: Suele decirse que, atendiendo a la cuantía, el juez que puede lo más puede lo menos, pero no al revés. Si la competencia inicial ha dado lugar a un juicio de menor cuantía puede formularse reconvencción por la cuantía de juicio verbal, pero no a la inversa. A su vez, y con relación a la clase de juicio, aquél apto para tramitarse lo más puede ser utilizado para conocer de lo menos, pero no al revés.

3º) La competencia territorial si puede ser alterada: Para conocer de la reconvencción es competente el juez que está conociendo de la pretensión inicial". MONTERO AROCA, Juan; Derecho Jurisdiccional; T. II. Proceso Civil 1º; J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1991; p. 191.

ciones que le pertenezcan al demandado, aunque originariamente ha podido pertenecer a un tercero y aún haber sido adquirido con posterioridad a la interposición de la demanda de la obligación por la que se reconviene.

3.4.4. Por las personas

Pueden reconvenir los que comparecen directamente como demandados, ejercitando sus derechos civiles. Si comparecen como apoderados a nombre de otros, sólo podrán reconvenir si están premunidos de un poder especial. Si se trata de personas jurídicas de Derecho Privado o Público Interno, podrán hacerlo si están autorizadas las primeras de un poder especial, porque éstas solamente tienen facultades generales para realizar funciones de administración; y las segundas acompañarán las resoluciones por las cuales les autorizan expresamente. Igual sucede con los incapaces, quienes podrán reconvenir por medio de sus tutores o curadores si están autorizados judicialmente.

Si son varios los demandantes, puede el demandado reconvenir contra cualquiera de ellos o contra todos y se les confiere traslado de la reconvenición solamente contra uno de los demandantes o contra todos los que tienen condición de parte demandante. Por ejemplo: Si se da el caso que uno de los demandantes ha otorgado poder a determinada persona, el apoderado no podrá absolver el traslado de la reconvenición por no tener poder expreso para contestar nuevas demandas, salvo que al tener conocimiento el reconvenido amplíe el poder para que su apoderado conteste la reconvenición.

No compartimos las afirmaciones de la profesora TAPIA FERNÁNDEZ, quien sostiene: “En otros casos, se ha desestimado la acción reconvenicional precisamente por no haber dirigido la demanda contra todos los implicados directamente en la relación jurídica deducida; porque la nueva acción que se ejercita por vía reconvenicional debe respetar todos los requisitos de validez de la relación jurídico procesal; por lo que si no están llamados al pleito todos los que puedan verse afectados de modo directo por la resolución de la acción reconvenicional, ello supone un obstáculo formal infranqueable para que se pueda resolver sobre la acción reconvenicional”⁵⁶¹.

La reconvenición no es admisible cuando se dirige contra persona distinta de la parte demandante, pues conceptualmente la reconvenición siempre debe interponerse contra las personas que tienen la condición de parte en un conflicto judicial.

3.4.5. Por el procedimiento

El artículo 445 del C.P.C., en la segunda parte, en forma expresa dispone que la re-

561 Tapia Fernández, Isabel; Op. Cit.; p. 66.

convencción es admisible cuando no afecta la vía procedimental originaria; esto quiere decir, que la reconvencción debe estar sometida al mismo procedimiento de la demanda.

Puede darse el caso que las pretensiones de la demanda y la reconvencción no son tramitables en la misma vía procedimental, pero el juez como director del proceso con la finalidad de mantener la continuidad del proceso y en virtud del principio de economía procesal, a fin de evitar resoluciones contradictorias, puede admitir la reconvencción, toda vez que tiene la potestad de adecuar la vía procedimental como lo disponen los artículos 426 inciso 4, 486 inciso 8 y 546 inciso 6 del Código Procesal Civil.

Por otra parte, puede ocurrir que en una pretensión de conocimiento se reconvengan pretensiones de la vía abreviada o sumarísima. En estos supuestos, no se afecta el derecho de defensa de las partes, por el contrario se les concede plazos más amplios y, por consiguiente, tienen la posibilidad de debatir los hechos y actuar los medios probatorios y el juez tiene la posibilidad de resolver el conflicto de intereses que vincula a ambas partes resolviendo en una sola sentencia la demanda y la reconvencción.

Cuando la demanda tiene como vía procedimental la de procesos sumarísimos o abreviados, consideramos que la reconvencción de pretensiones tramitables en la vía de conocimiento es improcedente por mandato expreso del artículo 559 inciso 1 del acotado Código y por atentar contra los principios de celeridad y economía procesal.

Además, la reconvencción debe hacerse valer en el mismo escrito de la contestación de la demanda, cumpliendo las mismas formalidades y requisitos, siempre que la pretensión contenida en ella fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.

La conexidad jurídica en la reconvencción se produce cuando hay elementos comunes entre las distintas pretensiones que se interponen en la demanda o cuando por lo menos hay elementos afines entre ellas⁵⁶². Es decir, que la reconvencción tenga una relación jurídica sustancial o material hechas valer en las pretensiones procesales contenidas en la demanda.

Al comentar los requisitos especiales de la reconvencción, TICONA POSTIGO afirma: "La conexidad jurídica de pretensiones importa establecer previamente la perfecta individualización de la pretensión, y a tal efecto se requiere determinar con precisión en cuáles de los elementos de las pretensiones implicadas – real o supuestamente en la conexidad se produce la vinculación. De la confrontación y relación de los elemen-

562 Cfr. art. 84° del C. P. C.

tos de las pretensiones implicadas podemos concluir la identidad, la conexidad, la afinidad o la neutralidad de ellas”⁵⁶³.

Admitida la reconvencción se corre traslado al demandante por el plazo de treinta días (artículo 478 inc. 7 del C.P.C).

El traslado que se confiere al demandante puede ser absuelto en forma expresa o tácita.

El demandante antes de absolver el traslado de la reconvencción, ejerciendo el derecho de contradicción, puede proponer tachas u oposiciones contra los medios probatorios ofrecidos por el reconviniendo dentro del plazo de cada proceso de acuerdo a la vía procedimental que se tramita. Así, debe proponerlas en el plazo de cinco días en el proceso de conocimiento, de tres días en el proceso abreviado, ofreciendo sus respectivos medios probatorios. Admitidas las tachas u oposiciones se corre traslado por el plazo de cinco y tres días respectivamente, según se trate del proceso de conocimiento o abreviado.

Las tachas u oposiciones serán resueltas cuando el juez no ha logrado conciliar en la audiencia respectiva, después de fijar los puntos controvertidos actuará las cuestiones probatorias antes de admitir los medios probatorios para actuarlos en la audiencia de pruebas.

El demandante también puede proponer todas las excepciones y las defensas previas contenidas en los artículos 446, 455 y 456 del C.P.C., dentro del plazo de diez y cinco días en el proceso de conocimiento y abreviado respectivamente, menos la de incompetencia toda vez que al contestar la demanda queda prorrogada la competencia. Las tachas u oposiciones serán absueltas dentro del plazo de diez en el proceso de conocimiento y cinco días en el proceso abreviado.

El demandante dentro del plazo de treinta días absolverá el traslado de la reconvencción en forma expresa, pronunciándose sobre todos los hechos en que se funda el petitorio y la pretensión procesal de la reconvencción, observando lo prescrito en el artículo 442 del acotado código adjetivo.

El reconvenido también puede allanarse; en este caso, si el allanamiento reúne los requisitos que se han expuesto líneas arriba, se reserva para ser resuelto en la sentencia conjuntamente con la demanda.

Cuando el demandante no contesta la reconvencción, es decir no absuelve el traslado que se le ha corrido, el juez dará por absuelto el traslado en rebeldía.

563 Ticona Postigo, Víctor; *La Reconvencción en el Proceso Civil*; Edit. Rodhas; Lima, Perú; 1999; p. 91.

La reconvencción se resuelve conjuntamente con la demanda en la sentencia, el demandado puede desistirse de la reconvencción sin necesidad del asentimiento del demandante aplicándose las reglas del desistimiento del proceso, siempre que no perjudique el derecho del demandante.

3.5. Contrapretensión

3.5.1. Conceptos previos

Es la demanda que plantea el demandado contra el demandante en el acto de pronunciarse sobre el contenido de la demanda y la pretensión del demandante siempre que tenga relación fáctica y jurídica. Por ejemplo: si se demanda cumplimiento de contrato el demandado puede contrademandar la rescisión del contrato.

Al promulgarse el Código Procesal Civil a los procesalistas se les ocurrió hablar de contrademanda, cuando en realidad en sentido estricto debemos denominarla contrapretensión, porque están relacionados los hechos y el derecho que son materia de las pretensiones del demandante y demandado.⁵⁶⁴

Por eso, siguiendo al maestro CARNELUTTI y a RAMÍREZ ARCILA⁵⁶⁵, podemos afirmar que no se puede hablar de contrademanda sino de contrapretensión, porque el demandado, en la contestación de la demanda, en ejercicio de su derecho de acción, puede interponer contra el demandante una contrapretensión procesal o en forma acumulada, siempre que guarde conexidad con la pretensión principal del demandante.

El esclarecido maestro Juan Monroy Gálvez, al analizar la reconvencción en el Código Procesal Civil, sostiene: "Si bien la sumilla de la norma hace referencia a la reconvencción, en realidad lo que se ha normado es la contrapretensión, es decir, sólo se puede reconvenir una pretensión ligada por conexidad con la pretensión contenida en la demanda. La razón para ello es que el legislador ha privilegiado el principio de celeridad procesal, entendiendo que sólo se logra plasmar el principio de economía procesal, cuando se acumulan pretensiones conexas"⁵⁶⁶.

Era lógico, pues, que la reconvencción se mantuviera como institución propia del demandado, porque la contrapretensión surgía como uno de los derechos de contradicción del demandado contra la pretensión del demandante y como institución

564 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; pp. 513 y 514.

565 Carnelutti, Francesco; Op. Cit.; T. II; pp. 15 y 16. "La pretensión, o sea, "lo que se pretende", el *petitum*, no es más que un elemento de la demanda, uno de sus contenidos, el más importante, pero, al fin y al cabo, no es más que un elemento. Al estar contenido en la demanda, forma parte del proceso y por eso se lo designa como pretensión procesal"; Ramírez Arcila, Carlos; La Pretensión Procesal; Edit. Temis; Bogotá, Colombia; 1986; p. 129.

566 MONROY GALVEZ, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; p. 517.

procesal que surgía del sistema publicístico, que reemplazaba al sistema privatístico del abrogado código de 1912.

3.5.2. Diferencias entre la contrapretensión y la reconvencción

La contrapretensión es la especie y la reconvencción es el género, porque en la primera el demandado frente a la pretensión del demandante además de pronunciarse sobre los hechos puede interponer una demanda siempre que tenga relación jurídica; en cambio, en la reconvencción el demandado puede ejercer el derecho de acción aunque no tenga relación siempre que exista conexidad con la relación jurídica invocada en la demanda.

Al comentar la contrapretensión, CARNELUTTI afirma: "a) Puede ocurrir que, frente a la pretensión, la contraparte, en lugar o además de discutirla, formule, a su vez, respecto al mismo conflicto de intereses una pretensión. Esta es la contrapretensión.

La característica peculiar de la contrapretensión consiste en que una pretensión se refiera al mismo conflicto de intereses respecto del que se deduzca una pretensión opuesta. Hay, por tanto, dos pretensiones en un mismo conflicto y, por ello en un mismo litigio. La pretensión es condición *sine qua non* para que exista el litigio, pero este puede presentar también dos pretensiones (recíprocas).

Cuando hay adhesión a la pretensión, una parte reconoce el derecho afirmado por la otra. Cuando hay discusión, una parte desconoce la propia obligación y, por tanto, el derecho de la contraparte, pero no afirma el derecho propio. Cuando hay contrapretensión, una de las partes no solo desconoce la propia obligación, sino que afirma el propio derecho y, por tanto, la obligación de la contraparte.

b) La contrapretensión está, por consiguiente, en el mismo plano que la pretensión y que la discusión, por lo tanto, en plano distinto de la defensa y de la excepción. A estas corresponde la razón de la contrapretensión, que no es más que razón de una pretensión"⁵⁶⁷.

3.6. Ventajas de la reconvencción

La reconvencción permite al demandado contestar la demanda que se ha iniciado y también introducir en el proceso nuevas pretensiones, con el fin de que se sustancien juntas en la misma vía procedimental y se resuelvan ambas en una sola sentencia.

Se evita la acumulación de procesos, porque sino existiera esta institución el demandado tendría que iniciar un nuevo proceso atentando contra los principios de celeridad y economía procesal.

567 Carnelutti, Francesco; Op. Cit.; T. II; pp. 15 y 16.

Asimismo, evita que los jueces emitan pronunciamientos contradictorios que resultarían inejecutables, facilitando la acción de la justicia.

3.7. La reconvención en el Código Procesal Civil

En nuestro ordenamiento procesal, la reconvención ha sido regulada en el artículo 445 Título II de la Sección Cuarta y se ha mantenido la denominación porque “incidió también el hecho de que el concepto reconvención estaba lo suficientemente difundido en el quehacer forense nacional, como para su uso”⁵⁶⁸. Por este dispositivo se faculta al demandado proponer la reconvención en el mismo escrito en que contesta la demanda cumpliendo con las formalidades y los presupuestos procesales propios de esta institución.

3.7.1. Procedimiento de la reconvención

3.7.1.1. Oportunidad

La reconvención sólo puede proponerla el demandado en el escrito de la contestación de la demanda, en caso de no hacerlo precluye su derecho para interponerla con posterioridad.

3.7.1.2. Inadmisibilidad

La reconvención se declara inadmisibile si afecta la competencia del juez y la vía procedimental originales (artículo 445 2da. parte del C.P.C.). Esto quiere decir que el juez no puede admitir en la reconvención pretensión o pretensiones que no sean de su competencia, la que ha prevenido al admitir la demanda originaria y que tampoco se tramiten en la misma vía procedimental.

El juez asimismo declarará inadmisibile la reconvención si esta no cumple con los requisitos formales exigidos para todas demandas prescritas en los artículos 424 y 425 del C.P.C.

En estos supuestos, el juez debe expedir el auto de inadmisibilidat y conceder al demandado que subsane los defectos formales dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de rechazarse la reconvención y si el demandado no cumple con lo dispuesto por el juez, este expedirá el auto de rechazo de la reconvención continuando el proceso solamente con la pretensión procesal de la demanda original.

3.7.1.3. Improcedencia

Si la pretensión contenida en la reconvención no tiene conexión con la relación jurídica invocada en la demanda, el juez la declarará improcedente (artículo 445 3ª

⁵⁶⁸ Monroy Gálvez, Juan, Op. Cit.; p. 517.

parte del C.P.C.). Esto significa que la reconvencción debe guardar conexión con las pretensiones procesales que contiene la demanda.

Igualmente, el juez declarará de plano la improcedencia de la reconvencción si no reúne los requisitos de fondo contenidos en el artículo 427 del C.P.C.; pero si no los advirtiera, puede hacerlo al sanear el proceso o al expedir sentencia.

Las reglas que señala el Código Procesal Civil son claras; sin embargo, en la práctica judicial podrían darse muchos casos como en la acumulación objetiva originaria, ya sea subordinada, alternativa o accesorio (artículo 87 del C.P.C.). En estos casos, si la reconvencción se interpone con este carácter, consideramos que deben declararse improcedentes; por cuanto las pretensiones que se ejerciten en la reconvencción deben tener el carácter de principales.

Tampoco el demandado puede interponer reconvencción condicional, por cuanto la reconvencción importa el ejercicio de una o más pretensiones procesales contra el demandante siempre y cuando exista conexión jurídica, como puede ocurrir en una reconvencción sujeta a condición resolutoria, que quedará extinguida de pleno derecho al producirse el evento futuro e incierto; y en la reconvencción supeditada a condición suspensiva, deberá ser declarada improcedente por el juez al calificar la reconvencción.

3.7.1.4. Admisibilidad y traslado

Al recibir el escrito de contestación de la demanda que contiene la reconvencción, el juez califica la admisibilidad y procedencia y si reúne los requisitos de forma y de fondo expide el auto por el cual da por absuelto el traslado de la demanda y admite la reconvencción, dando por ofrecidos los medios probatorios y corriendo traslado de ella al demandante por los plazos prescritos para cada vía procedimental (artículos 430 y 445 in fine del C.P.C.).

Expedido el auto de admisibilidad de la reconvencción y antes del emplazamiento al demandante (demandado), puede el reconviniendo modificar en lo principal y accesorio o ampliar la contrapretensión, en aplicación del principio de igualdad de partes, porque la reconvencción es una demanda autónoma del demandado contra el demandante, como dejamos expuesto ut supra 9 y 10.

3.7.2. Contestación de la reconvencción

3.7.2.1. Plazos

Los artículos 478 inc. 7 y 491 inc. 7 de la ley procesal permiten al demandante absolver el traslado de la reconvencción dentro de los plazos de 30 días, cuando se trata de un proceso de conocimiento y de diez días en algunos procesos abreviados en los que la ley permite la reconvencción.

3.7.2.2. Tachas u oposiciones

La reconvencción es una demanda del demandado contra el demandante; por consiguiente, el demandante se convierte en demandado y por lo tanto tiene derecho a hacer uso de las tachas u oposiciones a los medios probatorios ofrecidos en el escrito de reconvencción, dentro de los plazos de 5 días si se trata de un proceso de conocimiento y de 3 días si es un proceso abreviado, tal como lo disponen los artículos 478 inc. 1 y 491 inc. 1 del C.P.C.

Admitidas las tachas u oposiciones, el juez corre traslado al reconviniendo por el plazo de 5 y 3 días respectivamente en los procesos de conocimiento y abreviado para que las absuelva (artículos 478 inc.2 y 491 inc.2 del C.P.C.), absuelto el traslado, las tachas serán resueltas como cuestiones probatorias, después de haberse fijado los puntos controvertidos y antes de la admisión de los medios probatorios relativos a las cuestiones de fondo que serán actuadas en la audiencia de pruebas.

3.7.2.3. Excepciones y defensas previas

Antes de absolver la reconvencción, el demandante puede proponer cualesquiera de las excepciones como medios de defensa de forma, denunciando la existencia de una relación procesal inválida con la finalidad de que se suspenda el proceso; y en otros casos se anule y se dé por concluido todo lo actuado con relación a la reconvencción; así como las defensas previas con el objeto de que se suspenda la reconvencción hasta que el reconviniendo cumpla con una actividad previa que la ley sustantiva regula.

Las excepciones y defensas previas deben proponerse dentro del plazo de 10 y 5 días según se trate de un proceso de conocimiento o abreviado.⁵⁶⁹ Igual plazo tiene el reconviniendo para absolverlas.

3.7.3. Clases de contestación de la reconvencción

3.7.3.1. Expresa

De acuerdo con los artículos 478 inc. 5 y 491 inc. 5 del C.P.C., en los procesos de conocimiento y abreviado el demandante tiene 30 y 10 días, respectivamente, para pronunciarse sobre los fundamentos de hecho y la pretensión del reconviniendo, eligiendo cualquiera de las formas de la contestación de la demanda que se le ha interpuesto y ofrecer los medios probatorios que más convengan a su derecho de contradicción y de defensa. En este acto procesal el demandante debe cumplir con las formalidades dispuestas en el artículo 442 del Código Adjetivo, pero ya no se le permitirá interponer reconvencción. Si no lo hace dentro de estos plazos, en rebeldía se dará por absuel-

⁵⁶⁹ Cfr. arts. 478 inc. 3º y 491 inc. 3º del C. P. C.

to el traslado, que muchas veces tendrá consecuencias adversas para el pretensor de la demanda originaria.

3.7.3.2. Tácita o en rebeldía

Cuando el demandante no absuelve el traslado de la reconvención dentro del plazo de 30 días en el proceso de conocimiento y de diez días en el proceso abreviado, el juez de oficio o a petición de parte dará por contestada la reconvención y dispondrá que el proceso se siga en rebeldía del demandante.

En este supuesto se notificará al demandante por cédula en la dirección domiciliaria señalada en la demanda de la resolución que lo declara rebelde, el auto de saneamiento procesal, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia y la que requiera su cumplimiento⁵⁷⁰.

3.8. Hechos nuevos

En el acto de absolver el traslado de la reconvención, el demandante puede alegar nuevos hechos que no han sido invocados en la reconvención y ofrecer los medios probatorios que sustenten sus argumentaciones; de los cuales se le corre traslado al reconviniente por el plazo perentorio de diez y cinco días, respectivamente, según se trate de proceso de conocimiento o abreviado para que los absuelva en forma expresa, a fin de que pueda ofrecer los medios probatorios para quitarle eficacia a los hechos nuevos que han surgido en la relación procesal⁵⁷¹.

En caso que no absuelva el traslado de los hechos nuevos y de los medios probatorios que se le ha corrido dentro del plazo, se da por absuelto en rebeldía; y, de mediar excepciones y defensas previas, el juez señalará fecha para la audiencia de saneamiento procesal.

3.9. Resolución

La reconvención se resuelve conjuntamente con la demanda en la sentencia poniendo fin a la instancia, salvo que se produzcan las formas especiales de conclusión del proceso las que no necesariamente terminan por la sentencia.

3.10. Efectos de la reconvención

3.10.1. Con relación a las partes

Interpuesta la reconvención las partes quedan vinculadas durante todo el proceso; pues de producirse el desistimiento por parte del demandante, el proceso continúa

570 Cfr. art. 459 del C.P.C.

571 Cfr. arts. 440 y 491 inc. 6º del C.P.C.

hasta que se resuelva definitivamente la reconvencción. En este caso, si se declara fundada la reconvencción, el demandante quedará obligado al pago de costas y costos, salvo que el juez lo exonere por haber tenido razones atendibles para iniciar el proceso; y, si se produce el desistimiento del reconvenccionista, también el demandado pagará los gastos que ha ocasionado al demandante por no haber cumplido con su obligación una vez que fue emplazado con la demanda.

3.10.2. Con relación a terceros

Se puede reconvenir contra el demandante que tiene condición de parte, mas no contra terceros o extraños a la relación procesal; pues estos solamente pueden ser demandados en proceso aparte y se procederá la acumulación sucesiva de procesos siempre que se cumpla con las formalidades que la ley procesal establece al respecto.

3.10.3. Con relación al juez

El juez que conoce la demanda también deberá conocer la reconvencción, siempre que no se afecte con su interposición la competencia objetiva, debiendo tramitarla con plena independencia de la demanda principal, pues de no hacerlo así comete violación al derecho de acción y de defensa reconvenccional. Asimismo, la sentencia que resuelva la reconvencción deberá considerarla como una institución autónoma, no sólo porque la más lógica mecánica procesal aconseja sino por las consecuencias negativas que ello acarrea, sobre todo a efectos de la vinculación con otro posible proceso posterior.

4. CONTESTACIÓN TÁCITA O EN REBELDÍA

Además de contestar la demanda, el demandado puede adoptar frente a la demanda dos alternativas inmediatas: de una parte, permanecer en silencio no compareciendo al proceso; de otra, aun apersonándose, puede no contestar la demanda.

La contestación tácita denominada también contestación presunta, se produce cuando el demandado no contesta la demanda dentro del plazo de haber sido emplazado con el traslado de la demanda, por lo que de oficio o a petición de parte se da por absuelto el traslado en rebeldía del demandado.

A la rebeldía del demandado también se le denomina incomparecencia procesal, que se produce cuando el demandado no se ha apersonado en las actuaciones judiciales dentro del plazo del emplazamiento; por consiguiente, la incomparecencia del litigante en segunda instancia o en casación no puede ser equiparable a la rebeldía, su ausencia es una simple actividad que debe considerarse en la preclusión de los actos procesales que debe realizar o al hacer uso de algún medio impugnatorio.

La incomparecencia del demandado puede ser voluntaria, la cual se conoce como rebeldía propia, o involuntaria que se produce por la incomparecencia del demandado debido a diversas situaciones: falta de emplazamiento o citación o debido a fuerza

mayor, lo que tiene incidencia en el derecho del demandado a la tutela jurisdiccional efectiva que debe prestarle el Estado.

4.1. Origen de la rebeldía

Cuando el juez citaba al demandado a comparecer conjuntamente con el actor (*in ius vocatio*), procedía conforme a lo prescrito en las XII Tablas, es decir, hacía comparecer ante su despacho por medio de la fuerza en caso que el demandado ofreciera resistencia.

Durante el período formulario no hay referencias sobre si podía constituirse válidamente un proceso de conocimiento de no concretarse la *in ius vocatio*, razón por la cual, frente a la incomparecencia del demandado, se iniciaba un proceso ejecutivo de derecho pretorio, por el cual se le permitía al actor pedir al magistrado para que le pongan en posesión en los bienes del ausente (*missio in possessionem*), a cuya venta eventualmente podía procederse a (*venditio bonorum*) si no se realizaba la comparecencia del demandado dentro de los plazos que se le confería. En el *in iudicio*, en los primeros tiempos la ausencia del demandado era causa suficiente para que se le condenara, y si era el actor se le absolvía al demandado.

En el período extraordinario existen dos variantes: una consistía en la invitación que mediante tres edictos se le hacía al demandado, a fin de que comparezca a juicio (*denuntiatio*); la otra se refería a la opción que se acordaba al actor, en caso que no comparezca el demandado cuando se trataba de una pretensión real.

En este caso, se abría el proceso en rebeldía o el actor requería la posesión de la cosa litigiosa. Una vez obtenida la posesión, al demandado le quedaban dos caminos: presentarse dentro del plazo de un año, obtener mediante fianza la restitución de la cosa y asumir su defensa o, transcurrido ese lapso, interponer una pretensión autónoma frente al actor. No debemos perder de vista que, durante el procedimiento extraordinario, existía la posibilidad de conducir al demandado a la sede del tribunal por la fuerza.

VERGER GRAU afirma: "En cualquier caso en el derecho justiniano se contempla expresamente en el Digesto (4.1.7.) y en el Codex (c.2.52.7) en donde se reconoce su aplicación, no sólo a los menores de edad, sino también a los mayores ausentes y a los asistidos de tutor o curador"⁵⁷².

En el Derecho Germánico, con respecto a la rebeldía del demandado existen dos sistemas: el que se encuentra en el procedimiento francés y el del derecho canónico, los que prescribían que cuando no cumplía el demandado con realizar un determinado acto procesal se le coaccionaba con la excomunión, proscripción, la colocación del

572 Verger Grau, Joan; La rebeldía en el proceso civil; en Revista Peruana de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima, Perú, Setiembre de 1997; p. 192.

actor en posesión de sus bienes (*posesio tediatis*) y otros análogos. El otro sistema es el observado en las ciudades de Italia, conforme al derecho romano clásico, que le permitía al accionante en forma unilateral llevar el proceso hasta la resolución final. Estos dos sistemas imperaron en el procedimiento alemán hasta 1654. En el proceso actual, la inobservancia del acto procesal tiene como consecuencia general que la parte queda excluida con el acto procesal a realizar⁵⁷³.

En el derecho español encontramos la *restitutio in integrum* a favor de los menores en la Partida VI, Título XIX, así como de los ausentes que han sido juzgados en rebeldía, muy parecido a la *restitutio*, que puede interponer el ausente, desde su regreso, durante los diez días siguientes al conocimiento de la sentencia o del pleito (Partida Tercera, Título 23, L. XI).

4.2. Conceptos previos

Es la sanción que se le impone a las partes o a terceros por su incomparecencia procesal al no cumplir con una resolución judicial. En el fondo, el rebelde es la persona desobediente, renuente, que pese a estar debidamente notificado se muestra indiferente y prefiere que el proceso se siga en rebeldía.

Al respecto, Humberto CUENCA afirma: "Incurre en rebeldía todo aquel que desacata la autoridad del Juez, bien desobedeciendo la orden de comparecencia o dejando de cumplir las resoluciones dictadas por el magistrado en el propio recinto del Tribunal"⁵⁷⁴.

RÁZURI MEJÍA, por su parte, sostiene: "Generalmente se considera rebeldía a la conducta procesal que adopta el demandado con domicilio conocido debidamente citado, de no intervenir en el proceso desde un principio, es decir, de no comparecer durante el plazo de citación; diferenciándose de la simple omisión de actos concretos del procedimiento verificada luego de apersonado y que sólo origina la pérdida de la oportunidad de realizarlos, por virtud del principio de preclusión"⁵⁷⁵.

A este respecto, VERGER GRAU refiere: "La llamada rebeldía del demandado (incomparecencia procesal) viene de haberse persona en las actuaciones dentro del término

573 "Artículo 230. Consecuencias de la rebeldía.- La no observancia de un acto procesal tiene como consecuencia general que la parte es excluida con el acto procesal a efectuar".

"Artículo 231. Comienzo de las consecuencias de la rebeldía. No es necesaria la advertencia de las consecuencias legales de la rebeldía; éstas se realizan por sí mismas, a menos que la ley requiera una solicitud dirigida al establecimiento del perjuicio jurídico.

En este último caso, mientras no esté presentada la solicitud y la vista oral sobre esta no esté concluida, el acto procesal no observado puede ser recuperado". EIRANOVA ENCINAS, Emilio y LOURIDO MIGUEZ, Miguel; Código Procesal Alemán; Ediciones Jurídicas y Sociales; Madrid, España; 2001; p. 69.

574 Cuenca, Humberto; Proceso Civil Romano; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina; 1973; p. 166.

575 Rázuri Mejía, Benjamín; En Revista Jurídica Magistri et Doctores; Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Vol. I. (Año I); Setiembre de 1995; Lima Perú; p. 127.

del emplazamiento. De ahí que, una vez comparecido, el demandado ya no puede ser rebelde, aunque se halle inactivo"⁵⁷⁶.

Finalmente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA afirman: "Al ser la rebeldía la situación procesal contraria a la comparecencia, es evidente que el actor nunca puede estar en situación de rebeldía, pues el simple hecho de demandar implica la comparecencia o *personación* ante el órgano judicial, y no hay posibilidad de entender que el proceso se ha iniciado si no es con la personación del actor al momento de presentar la demanda"⁵⁷⁷.

En el proceso de conocimiento, al no absolver el traslado de la demanda, el demandado rebelde queda en una situación desfavorable, porque ya no tendrá oportunidad de contestar la demanda. Muchas veces el rebelde desobedece la resolución judicial para evitar los gastos que le podrían ocasionar; otras veces porque no tiene nada que cumplir con el demandante.

Así, por ejemplo, si X demanda a Z sobre pago de nuevos soles y este no absuelve el traslado de la demanda y no continúa en esa situación hasta la sentencia, si el juez declara fundada la demanda tiene la oportunidad de interponer el recurso de apelación y, en la etapa de absolución de agravios, la de alegar nuevos hechos: falsificación de la firma en el documento que se ha ordenado tener por reconocido. Si el demandado demuestra en revisión en la Sala Civil, a través de los diferentes medios probatorios, que se ha falsificado el documento, se establecerá que se ha cometido ilícito penal y, en este caso, se suspenderá el proceso civil por existir indicios razonables de comisión de un delito perseguible de oficio en la vía penal⁵⁷⁸.

Pero, por lo general, cuando se trata de la contestación de la demanda, si el demandado no cumple con absolver el traslado de la demanda, el proceso se sigue en rebeldía hasta la sentencia.

También será declarado rebelde aquel que se apersona señalando domicilio procesal y no contesta la demanda dentro del plazo de treinta días cuando se trata de un proceso de conocimiento, de diez días en el proceso abreviado y cinco en el proceso sumarísimo, con las consecuencias que produce su declaración, como las referidas a las notificaciones, presunciones, medidas cautelares. Asimismo se declarará la rebel-

576 Verger Grau, Joan; La rebeldía en el proceso civil; en Revista Peruana de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima, Perú, Setiembre de 1997; p. 191.

577 Cortés Domínguez, Valentín, Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor; Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Edit. Colex, Madrid, España; 1997; p. 176.

578 "Artículo 3º.- Cuando en la sustanciación de un procedimiento civil aparezcan indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el Juez dará conocimiento al Representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente. En este caso, el Juez suspenderá la tramitación civil siempre que juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. El auto que suspende un juicio civil es susceptible de apelación en ambos efectos y de recurso de nulidad".

día del demandado, cuando este se apersona proponiendo tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones o defensas previas, pero sin contestar la demanda.

Igual podría suceder cuando el demandante no contesta la reconvencción dentro del plazo de treinta días en los procesos de conocimiento y de diez días en algunos procesos abreviados, limitándose solamente a proponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones o defensa previas sin absolver el traslado de la reconvencción.

El efecto de esta situación es que el juez puede considerar como presunción legal relativa de verdad los hechos alegados por la otra parte, por reconocidos los documentos que se alega le fueron enviados, toda vez que el pretensor se convierte en demandado cuando en uso del derecho de contradicción el demandado ha hecho uso de la reconvencción.

Sin compartir las afirmaciones del procesalista español MONTERO AROCA, sostenemos que el demandante sí incurre en rebeldía cuando estando en la obligación no absuelve el traslado de la reconvencción o de algún acto procesal expresamente señalado en nuestro ordenamiento procesal⁵⁷⁹.

4.3. Requisitos de la rebeldía

Para la declaración de rebeldía, el juez debe tener en cuenta los presupuestos procesales siguientes:

4.3.1. Emplazamiento válido

Tanto la demanda como la reconvencción deben notificarse válidamente al demandado como al demandante para garantizar el derecho de contradicción y de defensa de quien tiene la condición de parte demandada. En el supuesto que el demandado no hubiera conocido el proceso iniciado en su contra, se establecerá que no pudo decidir si comparece o no contesta la demanda o la reconvencción en el proceso del cual no tuvo conocimiento.

Al declararse la rebeldía indebidamente, porque se ha señalado domicilio falso, el demandado tan pronto la parte tenga conocimiento y en el primer escrito que presente al juez apersonándose deberá solicitar la nulidad de lo actuado o del acto jurídico procesal que limita a su derecho.

579 "El actor no puede incurrir en rebeldía; ésta es una situación exclusiva del demandado. La presentación de la demanda supone que el demandante ha comparecido, por lo que ya no puede existir respecto de él inactividad inicial y total. La inactividad posterior del actor puede ser parcial o total. Si el actor no realiza un acto concreto, estaremos ante la pérdida del mismo por la preclusión, ya que hemos dicho que es algo distinto de la rebeldía. La inactividad total posterior a la presentación de la demanda recibe tratamientos procesales muy distintos, según se trate de procedimientos escritos u orales, y la distinción atiende a la interposición completa o no de la pretensión en la demanda". Montero Aroca, Juan; Op. Cit.; T.II; Proceso Civil 1º; p. 175.

En el hipotético caso de haberse expedido sentencia, al ser notificado puede interponer el recurso de apelación; de haber quedado consentida o ejecutoriada (cosa juzgada) hará uso de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta siempre que se den los presupuestos contenidos en el artículo 178 del C.P.C., por no habersele emplazado legalmente en su domicilio real o no haberse notificado en la forma prevista por la ley procesal.

Como afirma VERGER GRAU, este requisito es "El primer presupuesto objetivo es la comprobación previa de la regularidad del emplazamiento o de la citación; es decir, que se han practicado correctamente y en el lugar u personas adecuados"⁵⁸⁰.

4.3.2. Transcurso del plazo

El vencimiento del plazo concedido para contestar la demanda es otro presupuesto para la declaración de la rebeldía. Si el demandado no contesta la demanda o el demandante no contesta la reconvención dentro del plazo establecido para cada vía procedimental, en aplicación del principio de dirección del proceso e impulso procesal de oficio, el juez se convierte en un verdadero conductor del proceso con los poderes de jurisdicción y plenas facultades de decisión, que le permite cumplir con la función pública propia del nuevo sistema procesal que se implantó a partir de 1993⁵⁸¹.

El juez dará por absuelto el traslado de la demanda en rebeldía de la parte que no cumplió con esta carga procesal, siendo responsable por cualquier demora ocasionada por su negligencia. Sin embargo, no nos explicamos por qué, si la ley procesal confiere a los órganos jurisdiccionales facultades de impulso procesal de oficio, ha mantenido la institución del abandono del proceso, a pesar de que se le faculta aun declararlo de oficio⁵⁸², cuando en realidad sólo debió legislarse para los procesos que se impulsan a instancia de parte, como los de separación de cuerpos o divorcio por causal, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, responsabilidad civil de jueces, etc.

El artículo 458 del C.P.C. parte de una presunción de rebeldía verdadera, porque el demandado no contesta la demanda en forma voluntaria dentro del plazo que se le ha concedido. Tal como refiere MONROY GÁLVEZ: "Es el caso del código vigente, éste, manteniendo el esquema tradicional, sanciona la rebeldía como una contestación negativa del demandado a los hechos expuestos en la demanda. En la práctica, esto significa que el código actual sólo le otorga a la rebeldía un efecto impulsorio del

580 Verger Grau, Joan; Op. Cit.; p.196.

581 Idrogo Delgado, Teófilo; Principios Fundamentales de Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Marsol Perú Editores; Lima, Perú; 1999; p. 34.

582 Cfr. art. 346 del C.P.C.

proceso; incluso se pasa a otra etapa, pero manteniéndose intacto el deber del demandante de probar lo que afirma⁵⁸³.

4.3.3. Incomparecencia o no contestación

Al ser notificado el demandado con la demanda tiene muchas alternativas: comparecer al proceso personalmente o designar apoderado que lo represente o no comparecer.

En el primer caso, el demandado puede cumplir con la pretensión procesal, allanarse, reconocerla, proponer tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, negar los hechos y el derecho sustancial. Podrá también no contestarla, no obstante haberse apersonado e incluso haber propuesto tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones y defensas contra los defectos de forma y de fondo de la demanda.

En esta hipótesis, mientras que ALSINA afirma que si comparece sin contestar la demanda no es considerada como un caso de rebeldía⁵⁸⁴, PEYRANO sostiene que "En sentido más genérico existe también rebeldía cuando esa inactividad procesal ocurre en el curso del proceso, como cuando el demandado no contesta la demanda o no asiste a una audiencia. No obstante, esta es una rebeldía menor, no relacionada con la totalidad del proceso sino con el acto incumplido"⁵⁸⁵.

En conclusión, la carga procesal que tiene el demandado es absolver el traslado que se le ha hecho con el emplazamiento, pronunciándose sobre el contenido de la demanda y la pretensión procesal del demandante y si no lo hace en forma expresa incurre en rebeldía.

Cuando el demandado no se apersona ante el juez, su no comparecencia tiene que tomarse como un acto de desobediencia a cumplir con las resoluciones judiciales; y, por lo tanto, si no contesta la demanda o la reconvencción, el juez como director del proceso de oficio o a petición de parte tiene que declarar la rebeldía como sanción legal contra el omiso a la absolución de un trámite, cuya declaración de rebeldía necesita de una resolución que la declare expresamente.

La segunda parte del artículo 458 del C.P.C. ha normado otra hipótesis sobre la declaración de rebeldía, que se refiere al litigante que es notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado en la prosecución del proceso o con la renuncia de su apoderado cuando ha comparecido al proceso valiéndose de la representación voluntaria, si aquel no comparece dentro del plazo máximo de treinta días, el proceso se

583 Monroy Gálvez, Juan; Comentarios al Código Procesal Civil; Op. Cit.; pp. 284 y 285.

584 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T.T. III; p.368

585 Peyrano, Jorge W.; Op. Cit.; T.I; p. 298.

seguirá en rebeldía del litigante que ha omitido su comparecencia, siempre y cuando se le haya notificado con la resolución correspondiente observando las formalidades legales, en la cual se ha tenido que precisar el apercibimiento de continuar el proceso en *rebeldía* en caso de no comparecer al proceso.

4.4. Diferencias entre la rebeldía, el apercibimiento y el apremio

El apercibimiento es el requerimiento a cualquiera de las partes o a terceros para realizar algún acto procesal y en caso de no cumplirse aquellos se harán merecederos de una sanción, que está contemplada taxativamente en la ley.

El apremio es el acto de compeler a las partes o a terceros para ejecutar algún acto procesal, como en el caso de los testigos que no comparecen a prestar sus declaraciones en la audiencia de pruebas, se les conducirá al juzgado con el auxilio de la fuerza pública y serán sancionados con multa no mayor de cinco unidades de referencia procesal⁵⁸⁶; en los apremios de multa compulsiva establecida discrecionalmente por el juez, con detención hasta por veinticuatro horas la que se hará efectiva por mandato judicial a quien se resiste sin justificación (artículo 53 del C.P.C.).

La *rebeldía* solamente tiene sanciones procesales, en cambio el apremio tiene sanción corporal o pecuniaria.

La detención como apremio debe estar expresamente contenida en la ley y la hará efectiva la autoridad política en virtud de un mandato judicial. La rebeldía, en cambio, es una sanción legal que se impone al desobediente o renuente a cumplir las resoluciones judiciales.

Finalmente, la rebeldía se diferencia del apercibimiento en que este último es una anticipación de una sanción pecuniaria o corporal, mientras que la rebeldía es una situación especial dentro del proceso donde no se encuentra el apremio o el apercibimiento. Como se ve son tres instituciones distintas, con su propia naturaleza procesal.

4.5. Notificación de la rebeldía

Al rebelde que tiene dirección domiciliaria dentro de la competencia territorial del juez, se le notificará por cédula las resoluciones siguientes: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento; porque las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte.

El legislador de 1993 estableció que al demandado que se ha apersonado señalando domicilio real y procesal, pero que no ha contestado la demanda, y luego abandona

586 "Artículo 232º. - Efectos de la incomparecencia. - El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario".

su domicilio en el cual se le ha notificado con la demanda, ignorándose el nuevo domicilio que ha fijado, no se le puede designar curador procesal para que ejerza su representación, pues hubo emplazamiento válido con la demanda y se ha apersonado al proceso, lo único que no ha contestado la demanda. Al juez, en consecuencia, solamente le queda declararlo rebelde de oficio o a petición de parte.

Al rebelde que no tiene domicilio conocido se le notificará por edictos⁵⁸⁷; en consecuencia, la parte demandante debe manifestar bajo juramento o promesa de decir la verdad que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se va a notificar. Si se prueba que la afirmación hecha es falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado y el juez condenará a la parte que falseó la verdad al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de 50 unidades de referencia procesal, que se impondrá según la naturaleza de la pretensión procesal y la cuantía del proceso (artículo 165 del C.P.C.).

Al demandado con domicilio o residencia ignorados se le notificará por edictos bajo apercibimiento de nombrarsele curador procesal (artículo 435 concordante con el art. 61 inc. 1 del C.P.C.). No procede declarar rebelde a quien se encuentra representado en el proceso por un abogado que es su curador procesal, cuyo nombramiento debe ser realizado por el juez a pedido del demandante.

4.6. Efectos de la declaración de rebeldía

Con relación a la contestación de la demanda, la declaración de rebeldía produce los efectos siguientes:

4.6.1. Con relación a las notificaciones

Se tendrán por notificadas todas las resoluciones el mismo día que fueron notificadas a la otra parte, salvo la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencias, la citación para sentencia, la sentencia y la que requiera su cumplimiento, las que se notificarán observando las mismas formalidades del emplazamiento del demandado con la demanda. Asimismo, no habrá notificación que cite a audiencia cuando el juez comunique a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando se den los casos del artículo 460 del C.P.C., salvo las excepciones previstas en el artículo 461 del acotado código.

587 "Artículo 459. - Notificación de la rebeldía. - La declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos.

De la misma manera se le notificarán las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento. Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte."

4.6.2. Sobre el curso del proceso

Declarada la rebeldía, el juez procede al saneamiento procesal, siempre y cuando no concurran las excepciones previstas en el artículo 461; es decir, si la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda, una vez consentida o ejecutoriada la resolución que declara la relación jurídica procesal válida, el juez procederá a expedir sentencia (artículo 460 del C.P.C.), con tal fin comunicará previamente a las partes su decisión de expedirla sin admitir otro trámite realizando un juzgamiento anticipado del proceso, conforme lo dispone el artículo 473 inc. 2 del C.P.C.

4.6.3. Apreciación de los hechos expuestos en la demanda

La presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, se refiere a la presunción *juris tantum*, en la que la carga de la prueba se invierte a favor del demandante por el principio de inversión de la prueba. Empero, de ser el caso este ha de acreditar la realidad del hecho que a esta parte le sirve⁵⁸⁸.

Tratándose de una presunción, de producirse la comparecencia del rebelde, este tiene todo el derecho de aportar pruebas tendientes a desvirtuar las de la otra parte, siempre y cuando el ofrecimiento se haya realizado *ad eventum*, como en el caso del demandante cuando se le declara rebelde y no absuelve el traslado de la reconvencción, pero tiene sus pruebas ofrecidas en la demanda.

Otras veces la presunción legal de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda es relativa, como ocurre en el proceso abreviado de expropiación, en que la declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con la tasación acompañada en la demanda por el Estado (artículo 524 del C.P.C.).

Sin embargo, la admisión de hechos es facultad del juez y no una presunción vinculante. Nuestro ordenamiento procesal ha dispuesto excepciones en los casos siguientes respecto a que no toda declaración de rebeldía causa presunción relativa de verdad:

4.6.3.1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda

El Código ha normado para los casos de un litisconsorcio necesario mas no para un litisconsorcio facultativo⁵⁸⁹, donde es suficiente que uno de los codemandados conteste la demanda negando los hechos que sustentan el petitorio de la demanda, aportando los medios probatorios que contribuyan a enervar el valor probatorio del derecho

588 Cfr. art. 279 del C.P.C.

589 Cfr. arts. 93 y 94 del C.P.C.

de acción del demandante en ejercicio del derecho de contradicción y de defensa, que de ninguna manera solo puede perjudicar con la rebeldía a esta única parte que no cumplió con contestar la demanda; pues, si el juez con el aporte de las pruebas del demandado que compareció declara infundada la demanda, favorece a todos los co-demandados y no sólo al que contestó la demanda.

4.6.3.2. Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible

Los derechos indisponibles son aquellos de carácter personal o personalísimos. Se trata de derechos no negociables, no *cesibles*⁵⁹⁰, aun podríamos afirmar que se trata de derechos que no dependen de la autonomía de la voluntad y no pueden ser objeto de negocio jurídico por ser intrasmisibles en determinados casos, como por ejemplo las acciones que protegen al nombre (contestación, usurpación, exclusión, cambio o adición, impugnación judicial del cambio o adición del nombre), de negación de la paternidad matrimonial (artículo 363 del C.C.), de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (artículo 402 del C.C.), invalidez de matrimonio por las causales de nulidad absoluta o de anulabilidad (artículos 274, 277 del C.C.), divorcio (artículo 349 del C.C.), etc.

4.6.3.3. Cuando la ley exige que la pretensión demandada se pruebe con documento

En determinadas pretensiones procesales que se demandan, las partes deben acreditar con documento, el que se debe acompañar a la demanda. Los hechos que se sustentan no solamente deben ser alegados por las partes sino también deben estar contenidos en prueba documental, que le permita al juzgador llegar a la convicción para expedir una sentencia con certeza⁵⁹¹.

En determinadas pretensiones como en la demanda de reivindicación, no solamente se debe acreditar el derecho de propiedad sino también el dominio que ejerce su titular con documento público debidamente registrado. En estos casos las normas sustantivas establecen una formalidad *ad probationem* o *ad solennitatem* para probar el derecho que invocan⁵⁹².

590 Monroy Gálvez, Juan, Carrión Lugo, Jorge y Ramírez Jiménez, Nelson; Comentarios al Código Procesal Civil; Op. Cit.; p. 285.

591 "... el juez declara que los hechos sustento de la demanda no le producen convicción, anotamos que ellos se justifican en la necesidad de cumplir a través del proceso con el principio de justicia. Debe buscar el juez la justificación del fallo que va a dictar, no únicamente en las afirmaciones de una parte, sino por lo menos en la tranquilidad de que esas afirmaciones tengan siquiera la posibilidad de ser ciertas. Ya que si la ley ha establecido una sanción tan severa para la rebeldía, la aplicación de esas normas debe concretarse a aquellos casos en los que la demanda y sus anexos satisfacen la natural inquietud del magistrado, aunque sostenemos que el Código debería establecer la exigencia de la comprobación de los hechos afirmados por la parte actuante (rebeldía unilateral total), suprimiendo la vigencia de la presunción legal relativa y el art. 460, con su carga extinguidora del proceso, que son contrarios al principio de equidad". Montenegro Cannon, Marcela; La Rebeldía en el Nuevo Proceso Civil; en Revista de Derecho Vox Juris; Año 5; 1995; Lima, Perú; p. 227.

592 Ramírez Jiménez, Nelson; Postulación del proceso; en revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima; Año LXXXI; Julio-Diciembre; 1993; Lima, Perú;

4.6.3.4. Cuando el juez declara en resolución motivada que los hechos no le producen convicción

Cuando el juez por resolución motivada declara que los hechos expuestos en la demanda no le producen convicción, no hay presunción legal relativa de verdad por cuanto está buscando acercarse a la verdad y para lograrlo tiene que verificarlos con los medios probatorios aportados por el demandante. De esta manera está eliminando la presunción legal relativa que produce la declaración de rebeldía, convirtiéndola en una presunción judicial a fin de expedir una sentencia con plena certeza y con toda eficacia.

4.6.4. Preclusión de contestar la demanda

Declarada la rebeldía del demandado, para éste precluye toda posibilidad de realizar los actos procesales que como titular del derecho de contradicción pudo ejercitar dentro del plazo de la contestación de la demanda; es decir, ya no podrá proponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones y defensas previas y aun no podrá contestar la demanda.

La preclusión, sin embargo, no le impide al rebelde incorporarse al proceso en cualquier momento respetando el estado en que este se encuentre⁵⁹³. Como se observa, la rigurosidad de nuestro ordenamiento procesal es tal, que parte de la presunción de que la rebeldía es voluntaria, pues se advierte que aun compareciendo con posterioridad no se le puede favorecer al demandado y perjudicar al demandante permitiéndole realizar los actos que precedían a la declaración de rebeldía.

Al respecto, MONTERO AROCA afirma: "La rebeldía y el dar por contestada la demanda se hace equivaler a que el demandado niega los hechos alegados por el actor y se opone a la petición de éste. El actor para que sea estimada su pretensión tendrá que realizar todo lo que tendría que hacer si el demandado hubiera contestado negando. La rebeldía supone así una resistencia implícita"⁵⁹⁴.

4.6.5. Medidas cautelares

El efecto de la declaración de rebeldía es que le permite al demandante solicitar medidas cautelares, porque la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda o en la reconvencción da la verosimilitud del derecho invocado (*El fumus bonis iuris*).

p. 62.

593 "Artículo 462º.- Ingreso del rebelde al proceso.- El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre.

594 Montero Aroca, Juan; Op. Cit.; T. I; p. 176.

Tal como afirma MANRESA Y NAVARRO, el demandado no tiene razones para defenderse de las pretensiones del demandante o procede de mala fe⁵⁹⁵. El Código Procesal Civil no menciona si en estos procesos en rebeldía se tiene que ofrecer la contracautela; sin embargo, hay que tomar en cuenta la presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda en aplicación de los artículos 460 y 461.

Por eso, el juez procederá a declarar el saneamiento procesal y a expedir sentencia. Expedida la resolución que pone fin a la instancia, permite ya la adopción de las medidas cautelares, aunque fuera impugnada, sin cumplir con los presupuestos procesales exigidos para solicitar una medida cautelar⁵⁹⁶.

4.6.6. Costas y costos

Los gastos que causan la prosecución del proceso, así como el pago de honorarios del abogado, son de cargo del rebelde⁵⁹⁷. Esta sanción impuesta a la parte demandada por su rebeldía al no haber cumplido con absolver el traslado de la demanda o de la reconvencción es por la presunción de la voluntariedad. Pero si la demanda se declara infundada, a pesar de que el demandado se encuentra en rebeldía, las costas y costos no corresponderán a este sino al demandante, en aplicación del principio de la condena en costas y costos a que se refiere el artículo 412 del C.P.C.

El demandado tampoco será condenado al pago de estos gastos cuando se aperciba deduciendo la nulidad del emplazamiento y se declara la nulidad de todo lo actuado reponiéndose al estado de volverse a notificar con la demanda.

4.6.7. Incorporación del rebelde al proceso

El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, pero continuará en el estado en que lo encuentre por haber precluido su derecho a realizar actos procesales que pudo ejercer antes de contestar la demanda (artículo 462 del C.P.C.). Sin embargo, pueden darse muchos supuestos, siempre y cuando el demandado no hubiera contestado la demanda involuntariamente o se hubiera afectado el derecho al debido proceso. En estos casos tiene la facultad de solicitar la nulidad de los actos procesales anteriores a la declaración de rebeldía, amparándose en la nulidad del emplazamiento:

- En la notificación por edictos, se anulará todo lo actuado cuando el demandante juró o prometió falsamente que ignoraba el domicilio del demandado o

595 Manresa y Navarro, José María; Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada; T. III; Edit. Reus; Madrid, España; 1944; p. 558.

596 "Artículo 615º.- Caso especial de procedencia.- Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del artículo 610º".

597 "Artículo 464º.- Costas y costos de la rebeldía.- Son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía"

que había agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio real de las personas a las que se debió notificar (artículo 165 del C. P. C).

- Cuando el emplazamiento no se hizo en el domicilio real o no se hizo por medio de exhorto, cuando el demandado se encuentra fuera de la competencia territorial del juez o se encuentra en el extranjero, cuando hay varios demandados con domicilios distintos y no se computó el plazo correctamente, en el caso de las personas indeterminadas o inciertas o con domicilio o residencia ignorados, en que se les tenía que prevenir que nombren curador procesal, emplazamiento del apoderado, etc.⁵⁹⁸, se declarará la nulidad de todo lo actuado.

Cuando se vulnera el derecho al debido proceso. En este supuesto, si ya se ha expedido sentencia que ha quedado firme, en el mismo proceso ya no puede pedir la nulidad de lo actuado por haber adquirido categoría de cosa juzgada, solamente hasta dentro de los seis meses se podrá demandar – nulidad de la cosa juzgada fraudulenta –, siempre y cuando se den los presupuestos contenidos en el artículo 178 del C.P.C.

598 Cfr. arts. 431, 432, 433, 434, 435, 436 del C.P.C.



Capítulo VIII

SANEAMIENTO DEL PROCESO



1. GENERALIDADES

Esta institución tiene su origen en el derecho procesal portugués con la denominación de despacho regulador del proceso, como se advierte en el decreto del 29 de mayo de 1907 y en el código vigente se regula en el artículo 510 con la denominación de despacho saneador. El artículo 24 del decreto N° 12353, del 22 de setiembre de 1926, prescribe que el juez emitirá despacho saneador para resolver cualquier nulidad, legitimación de las partes y su representación y de cualquier otra cuestión que pudiese afectar el fondo del conflicto judicial.

ALZAMORA VALDEZ reconoce que el profesor DOS REIS fue quien lo denominó *Despacho saneador*, y que esta institución tiene por finalidad “limpiar el proceso de las cuestiones que puedan obstar el conocimiento del mérito de la causa”⁵⁹⁹.

599. Alzamora Valdez, Mario; Op. Cit.; Teoría del Proceso Ordinario; p. 81.

El Código Procesal Civil del Brasil de 1939, en el artículo 294 reguló el Despacho Saneador con la finalidad de eliminar los vicios y defectos de forma que pudiese encontrarse en el proceso.

Por la Ley N° 5,869 de 1973 se promulgó el Código Procesal Civil de Brasil y en la Sección III, en el inc. 9 del artículo 331 modificado por la Ley N° 8952/94, se dispuso que si resulta infructuosa la conciliación, el juez deberá en la misma audiencia declarar saneado el proceso⁶⁰⁰.

En Colombia por el Decreto N° 2289 de 1989 se modificó el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, con relación a la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio. Ese dispositivo faculta al juez a adoptar las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias en el acto de sanear el proceso⁶⁰¹, como un sistema de prevención de nulidades procesales.

Con la nueva concepción del proceso en el Perú, con respecto al saneamiento procesal, el juez como director del proceso está provisto de la autoridad que careció en otros tiempos para legitimar la actividad de las partes haciéndola más dinámica, funcional y directriz, con tal fin debe exigir preliminarmente el cumplimiento de los requisitos de una relación procesal válida; esto es, cuando califica la demanda debe controlar los requisitos de admisibilidad y procedencia⁶⁰²; pues, de advertir algún defecto de forma, tiene la potestad de declarar la inadmisibilidad subsanable y conceder un plazo al demandante de acuerdo a la clase de proceso para su subsanación y si no cumple con lo ordenado dentro del plazo de diez días en los procesos de conocimiento, cinco en los procesos abreviados y tres en los procesos sumarísimos, deberá rechazar la demanda.

En la legislación procedimentalista derogada, los que estuvimos inmersos en la augusta tarea de impartir justicia, observamos con mucha ironía la actividad pasiva del juez, razón por la cual se hizo urgente un código que reconozca los poderes de la jurisdicción que otorga a un juez director, sin que esto signifique que sea para dirigir y conducir un proceso civil como un juez inquisidor como muchos creen sino con rostro humano dotado de autoridad.

Tal como afirma MONROY GÁLVEZ, "Una de las causas más importantes del desprestigio de la justicia civil, se origina en el considerable número de procesos que, luego de un penoso y largo transcurso, acaban en una decisión que no resuelve el conflicto,

600 Cfr. art. 331 inc. 9° del C.P.C. de Brasil.

601 Cfr. art. 101 inc. 5° del C. de P. C. de Colombia.

602 "Artículo 128°.- Admisibilidad y Procedencia.- El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo".

sino que simplemente exige se vuelva a iniciar el proceso, subsanándose los vicios cometidos”⁶⁰³.

Con esta regulación procesal, se evitan los fallos inhibitorios que no resolvían el fondo de las pretensiones procesales demandadas y al haber conferido al juez potestades directrices contribuirá a que en el Perú haya seguridad jurídica, se expidan sentencias de mérito que resuelvan el fondo de la controversia, haciendo posible lograr la paz social en justicia⁶⁰⁴.

2. CONCEPTOS PREVIOS

Un Estado de Derecho reposa en la organización del Poder Judicial, con la finalidad de dar seguridad jurídica interna y externa, y ésta a su vez en un buen sistema procesal que asegure que la justicia impartida sea eficiente, oportuna y dinámica; porque si no ofrece estas garantías, la justicia no es justicia sino injusticia.

Con tal propósito, el proceso civil está revestido de todas las garantías para que se expida una sentencia de mérito con plena certeza, alejada de toda sospecha, evitando las maniobras dilatorias que fueron ritual del procedimiento civil abrogado.

Asimismo, con el saneamiento procesal, un buen juez en este estadio procedimental verificará los presupuestos procesales, las condiciones de la acción o como lo llamarían los procedimentalistas españoles los vicios, defectos y todos los actos procesales que desnaturalizan el proceso para evitar un pronunciamiento inhibitorio, sino por el contrario para resolver un conflicto judicial pronunciándose sobre el fondo con imparcialidad⁶⁰⁵ y con plena certeza.

603 Monroy Gálvez, Juan, Carrión Lugo, Jorge y Ramírez Jiménez, Nelson; Op. Cit.; pp. 268 y 269.

604 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

605 “En el drama que es el proceso no se pueden representar por una misma persona el papel de juez y el de parte. El que el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del Derecho objetivo por la Jurisdicción en el caso concreto.

Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la Jurisdicción de que ha de conocer de asuntos de otros. Naturalmente no es lo mismo referir a la alienta a la Jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto, lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la Jurisdicción, la denominada *parcialidad*.

La verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso de que está conociendo, sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso, esto es, que su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión. Advértase que, así como la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juez de circunstancia ajena al cumplimiento de la función es algo subjetivo, afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad”. MONTERO AROCA, Juan; Sobre la Imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia, España; 1999; pp. 187 y 188. WACCH, Adolfo; Manual de Derecho Procesal Civil; T. II. Traducción de Tomás A Banzahaf; Buenos Aires, Argentina; 1936; p. 36

La verdad es que el saneamiento procesal, conforme a las corrientes modernas, reviste gran importancia porque persigue declarar la relación jurídica procesal válida, precluyendo cualquier petición tendiente directa o indirectamente a invalidar tal relación, haciéndose efectivos los altos fines del proceso.

A este respecto, TICONA POSTIGO afirma: "El saneamiento procesal puede concebirse como una fase necesaria del proceso y también como una actividad razonada y decisoria del juez. Como fase necesaria, el saneamiento procesal podemos ubicarlo luego de la contestación de la demanda y antes de la fase conciliatoria.

Consideramos, entonces, que el saneamiento procesal es la actividad del juzgador, en la fase procesal pertinente, por la cual inmacula, expurga o purifica el proceso de todo vicio, defecto, omisión o nulidad que pueda obstaculizar ulteriormente o un pronunciamiento (de mérito) sobre el fondo del litigio o, en su caso, da por concluido el proceso si constata la presencia de un defecto insubsanable"⁶⁰⁶.

3. EL SANEAMIENTO PROCESAL

La institución del despacho saneador ha sido diseñada por el legislador para cumplir finalidades en la tramitación del proceso sin ningún defecto de forma y de fondo. Como bien lo señala CARRIÓN LUGO: "Los doctrinarios que comentan la institución del 'despacho saneador' señalan como sus finalidades y funciones importantes:

- a) Fijación de la legitimatio *ad procesum*, es decir, de la capacidad de presentarse al proceso por sí o por representación,
- b) Fijación de la legitimatio *ad causam*, es decir, para que exista legitimidad para obrar del demandante y del demandado, deben ser las mismas personas que conformaron la parte material o sustancial con la parte procesal; por otro lado, que la persona contra quien se ejercita el derecho de acción se identifique como la persona que tiene capacidad procesal a cuyo favor está la ley y la persona del demandado se identifique con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley,
- c) Regulación formal del proceso, declarando y suprimiendo nulidades,
- d) Rechazo de demandas ineptas o que recarguen la labor judicial o que atenten contra la seguridad jurídica de las decisiones que han adquirido la calidad de cosa juzgada,
- e) Orientar los medios probatorios a la materia en controversia"⁶⁰⁷.

606 Ticona Postigo, Víctor; Op. Cit.; T. I; pp. 535 y 536.

607 Monroy Gálvez, Juan. Carrión Lugo, Jorge y Ramírez Jiménez, Nelson; Op. Cit.; pp. 369 y 370

Lo que se persigue con el saneamiento procesal es volver a revisar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, con la finalidad de declarar la relación jurídica procesal válida y, de este modo, se impone al juez volver a revisar los defectos de forma o de admisibilidad y de los defectos de fondo o de procedencia de la demanda para evitar la tramitación de los procesos con vicios de nulidad, en detrimento del servicio justicia y de este modo expedir una sentencia de mérito que ponga fin al conflicto judicial sin mayores gastos y causando frustración para el justiciable, evitando así un pronunciamiento inhibitorio⁶⁰⁸.

3.1. El juez civil y el saneamiento procesal

En ejercicio de la función jurisdicción, el juez deberá revisar y analizar si el proceso ha sido tramitado válidamente y observando las normas que garantizan el debido proceso, si se han cumplido con los presupuestos procesales: competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda y con las condiciones de la acción: interés para obrar y legitimidad para obrar; si no está afectado de alguna causal de nulidad sustancial que convierta a la relación jurídica procesal en insubsanable, si concurren las condiciones de la acción como legitimidad e interés para obrar y que interesa al Estado que los jueces en la impartición de justicia presten buen servicio para la seguridad jurídica de las partes, del juez y de terceros en la relación procesal.

Con la nueva concepción del proceso, el juez ya no es simple espectador de la actividad procesal, sino que se le ha conferido potestades para ejercer la dirección del proceso, a fin de evitar un proceso inexistente, porque si está plagado de defectos insubsanables no se puede pronunciar sobre el fondo de la controversia.

Cuando el juez en la conducción del proceso permite una relación procesal inválida insubsanable, por ejemplo cuando se ha admitido a trámite una demanda de rescisión de contrato por lesión después de seis meses y no la ha declarado improcedente por caducidad; asimismo, cuando se permite una relación procesal inválida subsanable como por ejemplo cuando se ha admitido una demanda de nulidad de contrato presentada por un incapaz cuando este debió comparecer por medio de su representante.

En este supuesto, en el saneamiento procesal se le concederá un plazo de diez días al demandante para que lo subsane presentando la demanda debidamente representado y si no cumpliera con tal disposición, en el saneamiento procesal declarará la relación procesal inválida insubsanable, nulo lo actuado y por concluido el proceso.

Al comentar el saneamiento procesal, AYARRAGARAY afirma: "Pero esta institución procesal aún puede repetirse, luego de dispuestas las diligencias, por otros nuevos saneamientos; lo esencial es ventear atentamente el proceso, para que así llegue a su fin libre de impurezas. Esta institución llena de una función semejante a la cuidadosa

608 Ibid; p. 289.

revisión mecánica de una maquinaria, para su eficiente rendimiento. Y así se llega, sin preocupación ni temores de los litigantes, a la sentencia de mérito. Dado el despacho a que nos referimos, queda decretado el regulador prosequimiento del proceso, contrariamente se resuelve el mérito del mismo con carácter definitivo"⁶⁰⁹.

Con el saneamiento procesal, al juez se le impone el deber de preservar la validez de la relación procesal del proceso, alejado de todo vicio o defecto que pudiera convertirlo en un proceso nulo e insubsanable. Por eso se le exige el deber al momento de calificar la demanda de examinar los requisitos de forma y de fondo; y, si adoleciera de algún defecto declarar la inadmisibilidad o la improcedencia; pero si hubiesen pasado inadvertidos estos vicios o defectos, en el saneamiento procesal, como un estadio procedimental, el juez tiene la potestad de limpiar de cualquier defecto o vicio procesal de carácter insubsanable.

3.2. Examen de los presupuestos procesales

El juez para sanear el proceso tendrá en cuenta tres presupuestos procesales: la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes y los requisitos de la demanda.

3.2.1. Examen de la competencia

El conocimiento de los diferentes procesos civiles depende de la naturaleza o la cuantía de la pretensión del demandante. A este tipo de potestad jurisdiccional se denomina competencia objetiva, tal como lo hemos dejado expuesto precedentemente.

Al haberse normado las distintas etapas del proceso y varios grados de la competencia, se tendrá que determinar qué órgano judicial está llamado a conocer y resolver los recursos, aplicándose debido a que los órganos judiciales están jerárquicamente predeterminados el criterio de la competencia funcional.

Finalmente, en la mayoría de los casos existen juzgados de primera instancia encargados de conocer y resolver los conflictos en un proceso civil, debido a que muchas veces surgen conflictos entre ellos (juez civil de Lima, Trujillo, Tumbes, Tacna). En este caso se trata de la competencia territorial, la que será dirimida por la sala civil de la corte suprema.

De la combinación de estos tres criterios de competencia, es indispensable saber con anterioridad al proceso qué órgano jurisdiccional debe conocer para que pueda comparecer el demandante; esto es lo que da derecho al juez natural, denominado juez ordinario, que está predeterminado por la ley.

609 Ayarragaray, Carlos; *El Despacho Saneador*; Edit. Juris; Buenos Aires, Argentina; 1989; p. 147.

El derecho al juez natural exige el cumplimiento de las normas sobre el repartimiento cuando existan varios juzgados de la misma competencia, distribución de asuntos y composición de los órganos jurisdiccionales que garanticen la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión requiere, que muchas veces puede ser burlado si se mantiene inescrupulosamente el órgano jurisdiccional.

La competencia objetiva puede ser por razón del domicilio de la persona del demandado, por la materia, por la cuantía y por el territorio, que deben tener un tratamiento especial sobre los conflictos negativos de competencia⁶¹⁰, porque puede ser el juez el que se declara incompetente y en el conflicto negativo de competencia, como la contienda de competenciaa sólo puede ser interpuesta por el demandado ante el juez que considera competente dentro de cinco días⁶¹¹.

Si el juez al sanear el proceso, luego de analizar la competencia, concluye que es incompetente por razón de la materia, cuantía y territorio, con las potestades que le confiere el artículo 427 inciso 4 del C.P.C. declarará nulo todo lo actuado, por concluido el proceso e improcedente la demanda.

Si del examen del proceso el juez tiene la firme convicción de que es competente para conocer el conflicto judicial, no puede dar por concluido el proceso, ni tampoco conceder un plazo de subsanación; pues debe declarar la relación jurídica procesal válida.

3.2.2. Examen de la capacidad procesal de las partes

La capacidad procesal permite comparecer en un proceso personalmente o ejerciendo la representación voluntaria de personas naturales o en ejercicio de la representación legal cuando se trata de personas jurídicas o de otras que la ley expresamente les faculta; es decir, que la capacidad procesal de las partes se fundamenta en la aptitud legal de ellas (capacidad para el ejercicio de todos los derechos civiles) de comparecer válidamente al proceso ya sea en nombre propio, o en representación de otra persona, o ejerciendo la representación legal, convencional o judicial, tal como lo hemos comentado *ut supra* al ocuparnos sobre la representación procesal⁶¹².

610 Cfr. art. 38 del C.P.C.

611 Cfr. art. 523 del C.P.C.

612 "Artículo 58º.- Capacidad para comparecer en un proceso.- Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculta.

Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos.

Pueden continuar un proceso quien durante su transcurso cambia de nombre, sin perjuicio de la causa que motivó tal hecho".

La capacidad procesal permite a las partes el ejercicio de todos los derechos civiles cuando hacen uso del derecho de acción y de contradicción, es decir, la capacidad de ejercer el derecho material que sustenta la pretensión procesal del demandante y del demandado cuando ha interpuesto reconvención.

Al referirse a la capacidad procesal, ALVARADO VELLOSO expresa: "Sin embargo, cabe reiterar aquí que el tópico en cuestión se vincula con la aptitud que debe tener el sujeto (gente o ente jurídicamente capaz) que asume el carácter de parte procesal para ejercer por sí mismo los derechos, deberes, obligaciones y cargas que genera todo proceso"⁶¹³.

Cuando falta este presupuesto procesal, el demandado puede cuestionar la capacidad procesal a través de las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado⁶¹⁴.

El demandante también hará uso de estas excepciones cuando al contestar la demanda el demandado ha hecho uso de pretensiones procesales en la reconvención, porque en este caso tiene la condición de parte demandada.

Si la parte demandada no ha propuesto ninguna de las excepciones, el juez al sanear el proceso deberá verificar la capacidad procesal de las partes, pues si faltara este presupuesto procesal o fuese defectuosa suspenderá el proceso y le concederá un plazo de diez días para que el incapaz comparezca legalmente asistido o representado o subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante, bajo apercibimiento de darse por concluido el proceso; pero si no cumpliera con lo ordenado, declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, por tratarse de una relación procesal inválida subsanable⁶¹⁵.

También puede darse en el caso de la procuración oficiosa, cuando una persona comparece por otra sin tener la representación y sin cumplir los requisitos previstos por el artículo 81⁶¹⁶. En estas hipótesis previstas, el procurado está impedido de

613 Alvarado Velloso, Adolfo, Op. Cit.; Segunda Parte; p. 90.

614 Cfr. art. 446 incs. 2 y 3 del C.P.C.

615 Cfr. art. 451 del C.P.C.

616 "Artículo 81º. - Procuración oficiosa. - Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.
2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del Juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de dos meses siguientes de comparecer éste.

comparecer de hecho, cuando se desconozca a su representante con poder suficiente y también a pedido de la parte contraria preste garantía a criterio del juez y que su gestión sea ratificada por el procurado dentro de los dos meses siguientes a su comparecencia.

Consecuentemente, si no hay ratificación del procurado sobre la actuación del procurador, se establecerá que este ha actuado sin tener la representación, por lo que hay ausencia del presupuesto procesal de la capacidad procesal. Por lo tanto, el juez en el saneamiento procesal, puede anular todo lo actuado en el proceso, dar por concluido el proceso y ordenar el pago de daños y perjuicios, pago de costas y costos una vez vencido el plazo de dos meses, cuando su intervención ha sido manifiestamente injustificada y temeraria.

3.2.3. Examen de los requisitos de la demanda

En el saneamiento procesal el juez examinará los requisitos de forma y de fondo de la demanda, con la finalidad de que la sentencia a expedir no adolezca de alguna causal de nulidad.

Cuando la demanda adolece de requisitos de forma, como se ha dicho, el juez al calificarla deberá declarar su inadmisibilidad y ordenar al demandante que la subsane dentro del plazo de diez días en los procesos de conocimientos; pero si éste no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente⁶¹⁷.

Sin embargo, pese a lo dispuesto, si el juez al calificar la demanda o el demandado al proponer las excepciones no advirtieron la falta de algún requisito de forma de la demanda, los organismos jurisdiccionales tienen el deber de volver nuevamente examinar los requisitos de forma de la demanda en el saneamiento procesal. Si se advierte que no se ha cumplido con los requisitos de forma de la demanda, no obstante que no se atenta contra el derecho de defensa del demandado, la relación procesal es inválida subsanable.

Si la demanda adolece de requisitos de fondo, es decir de los denominados en la doctrina requisitos sustanciales o esenciales, como el nombre del demandante y el del demandado que en el escrito de demanda deben estar perfectamente individualiza-

Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del Juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.

Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de la comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros".

617 Cfr. art. 426 in fine del C.P.C.

dos aun con sus direcciones domiciliarias, el petitorio debe ser claro y concreto, por constituir el *petitum* que expresa la exigencia jurídica de la parte que solicita al juez la tutela jurisdiccional efectiva para no incurrir en defecto legal en el modo de proponer la demanda, los hechos en que se funda el petitorio deben ser expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad, sin prestarse a la ambigüedad u oscuridad, por constituir la *causa petendi*.

Cuando se trata de pretensiones procesales por la cuantía, el monto del petitorio es importante porque puede darse el caso de que un proceso de conocimiento se esté tramitando como proceso abreviado; el lugar y fecha de la demanda para determinar la competencia territorial y la caducidad de la pretensión procesal, la autorización del letrado⁶¹⁸.

Si en la calificación de la demanda, el juez advierte que faltan requisitos de fondo que afectan el derecho de la defensa para evitar sentencias inhibitorias declarará la improcedencia de la demanda; pero si no lo advirtiera estos defectos de fondo, ni el demandado hubiese hecho uso de las excepciones, el juez en el saneamiento procesal vuelve a examinar los requisitos de fondo de la demanda y si advierte tal omisión del demandante, declarará la relación procesal inválida insubsanable, por estar afectado de un a causal de nulidad insubsanable, disponiendo la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, como puede ocurrir en los casos de caducidad del derecho, no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio, el petitorio fuese jurídica y físicamente imposible, una indebida acumulación de pretensiones⁶¹⁹.

El procesalista español RAMOS MÉNDEZ afirma: "Por último hay que señalar que el contenido subjetivo y objetivo de la demanda es el dato que se toma en consideración para diferenciar un juicio de otro, extremo también de la mayor importancia práctica. Identifican a un juicio las personas, el *petitum* y la *causa petendi*. Esta triple identidad cualifica definitivamente a un juicio. Sin embargo, en instituciones concretas, se tiene en cuenta la coincidencia parcial entre los elementos de un juicio en orden a determinados efectos"⁶²⁰.

Al sanear el proceso, el juez debe examinar los requisitos de la demanda prescritos en los artículos 424 y 425 del C.P.C. Si son de forma, cuando el demandado ha denunciado la existencia de una relación jurídica procesal inválida por alguna omisión o defecto de algún requisito formal de la demanda proponiendo una excepción y si

618 "Si el Juez al calificar la demanda, o el demandado al proponer excepciones, no advirtieron que a la demanda le falta un requisito de ley, el juzgado en vía de saneamiento debe examinar si se ha cumplido con los requisitos de la demanda, y en caso negativo, procederá a emitir la resolución correspondiente". Ticona Postigo, Víctor; *El debido proceso y la demanda civil*; Op. Cit.; p. 555.

619 Cfr. art. 427 del C. P. C.

620 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; p. 203.

declara fundada suspenderá el proceso concediendo un plazo de diez días en el proceso de conocimiento para que el demandante subsane la omisión o defecto dentro del plazo que le ha concedido en el auto de saneamiento procesal.

Si son defectos de fondo, como en los casos en que no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio, el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible, la demanda contenga un indebida acumulación de pretensiones⁶²¹, si el juez no ha declarado improcedente la demanda cuando la ha calificado, deberá hacerlo en el saneamiento procesal por resolución motivada declarando que la relación procesal es inválida insubsanable, nulo todo lo actuado y concluido el proceso.

Cuando el juez declara la nulidad de lo actuado al sanear el proceso lo hará desde el auto de admisibilidad de la demanda hasta cuando expide el auto de saneamiento procesal. En estos supuestos no opera el principio de convalidación procesal, por consentimiento de las partes, por no tratarse de una nulidad formal sino de una nulidad sustancial que está sancionada expresamente por el artículo 465 inc. 2 de la ley procesal⁶²² y por consiguiente el demandante no puede alegar que el demandado ha consentido los actos procesales inválidos.

3.3. Examen de las condiciones de la acción

Antes de expedir la resolución de saneamiento procesal, el juez además de examinar los presupuestos procesales deberá verificar que concurren las dos condiciones de la acción: legitimidad para obrar e interés para obrar, para lograr la finalidad concreta y abstracta del proceso; esto es, resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales o materiales y lograr la paz social en justicia⁶²³.

Si el juez no ha advertido la omisión de cualquiera de las dos condiciones de la acción, ni al calificar la demanda, ni en el saneamiento procesal, en la etapa decisoria no habrá un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto judicial sino que se expedirá una sentencia inhibitoria. En consecuencia, si falta una de las condiciones de la acción para el ejercicio válido de una pretensión procesal dentro de un proceso, el juez declarará la nulidad de todo lo actuado. Por eso se le impone al juez el deber de examinar de oficio las condiciones de la acción no sólo en el acto de calificar la demanda sino también en el saneamiento procesal.

621 Cfr. art. 427 incs. Inc. 5, 6, 7 del C.P.C.

622 "Artículo 173º.- Extensión de la nulidad.- La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél.

La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario".

623 Cfr. art.III del T. P. del C. P. C.

3.3.1. Examen de la legitimidad para obrar en el saneamiento del proceso

Cuando al calificar la demanda, el juez no la ha declarado improcedente por adolecer de requisitos de fondo o de procedibilidad, ni el demandado en el ejercicio de su derecho de contradicción ha opuesto la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante (legitimidad activa) ni la de falta de legitimidad para obrar del demandado (legitimidad pasiva), en el saneamiento procesal el juez deberá nuevamente examinar la falta de legitimidad para obrar del demandante como la falta de legitimidad para obrar del demandado.

Como hemos sostenido *ut supra* (7.1. Improcedencia de la demanda por falta de legitimidad para obrar del demandante y 7.6. en excepción de falta de legitimidad para obrar), la legitimidad para obrar es la relación jurídica material y procesal entre el demandante y demandado; es decir, que son las mismas personas que conforman la parte material o sustancial y la parte procesal, de modo que habrá legitimidad activa (del demandante) y legitimidad pasiva (del demandado).

La legitimidad de obrar es activa, cuando el demandante tiene relación material o sustancial contra quien interpone la demanda, no estamos afirmando que ese pretensor sea realmente el verdadero titular del derecho material o sustancial alegado en la demanda sino simplemente que existe esa relación material de correspondencia entre la persona del demandante y la persona a quien la norma civil abstractamente le favorece.

Es suficiente, por ejemplo, que se afirme que están legitimados Pedro y Juan en la compra del inmueble "Los Sauces" a Alberto, pero resulta que Pedro demanda resolución del contrato de compraventa. En este supuesto, el juez advierte que el demandante no tiene legitimidad de obrar, consecuentemente declarará la improcedencia de la demanda, porque Pedro no tiene representación voluntaria como apoderado de su hermano Juan, que procesalmente se trata de un litisconsorcio necesario.

La legitimidad para obrar será pasiva cuando el juez constata que el demandado no es la misma parte material y procesal del demandante; esto no quiere decir, que está concluyendo que este sea el que responde de la obligación demandada, sino que advierte la no existencia de la relación material de correspondencia entre el demandado y la persona a quien la ley le atribuye la calidad de demandante.

Así, por ejemplo, los hermanos Pedro, Luis y Juan compran un inmueble a los esposos David y Salomón y sólo demandan al cónyuge Salomón y no a su esposa. En esta hipótesis Salomón no interpone la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado; por lo que el juez de oficio en el saneamiento procesal suspenderá el proceso hasta que la parte demandante establezca la relación procesal contra todos los que son parte material los esposos David y Salomón dentro del plazo de diez días (Art. 465 inc. 3 y 451 inc. 4).

Si el demandante cumple con subsanar el defecto advertido por el juez dentro del plazo concedido, declarará la relación jurídico procesal válida, por saneado el proceso y proseguirá el proceso hasta el final, precluyendo cualquier petición de nulidad. Pero si el demandante no subsana la falta de legitimidad pasiva dentro del plazo concedido por el juez, en el saneamiento procesal declarará la relación jurídica procesal inválida insubsanable, nulo lo actuado en el principal y dará por concluido el proceso.

La legitimidad para obrar no se debe tomar como sinónimo de titularidad de derechos sustantivos, como si se tratara de en un contrato de compra-venta, donde hay un comprador y un vendedor, como puede verse en este ejemplo que se trata de una relación eminentemente civil. En esta relación, sin embargo, puede surgir un conflicto de intereses o una incertidumbre, por lo que la parte afectada puede comparecer ante el juez solicitando tutela jurisdiccional para que solucione el conflicto o termine con esa incertidumbre con relevancia jurídica.

En este caso, el juez hace saber al demandado la pretensión del demandante y se entabla la relación procesal, surgiendo así una nueva relación jurídica que es de naturaleza puramente procesal, donde el demandante afirma ser el titular del derecho y al demandado se le atribuye la calidad de obligado como demandado. En esta relación procesal demandante y demandado son las mismas personas de la relación jurídica material o sustancial y que necesariamente deben estar legitimados para que tengan expedito su derecho a la tutela jurisdiccional.

Al respecto, Ticona Póstigo afirma: "Si la falta de legitimidad para obrar, sea pasiva o activa, no es manifiesta, en aplicación del principio <In dubio pro pretensor>, el Juez dará por saneado el proceso, en este aspecto, sin perjuicio de que al sentenciar la causa pueda examinar nuevamente esta condición de la acción y, puede ocurrir que, después de la actividad probatoria plena -cognición plena- aparezca que el actor no tiene legitimidad para obrar, situación en la que declarará en la sentencia, improcedente la demanda o, en otro supuesto, ante la constatación de la carencia de legitimidad para obrar del demandado, no fallará la causa sino que dispondrá en un auto que se integre la relación procesal con la persona que precise en la resolución"⁶²⁴.

3.3.2. Examen del interés para obrar en el saneamiento del proceso

Desde el punto de vista sustantivo, el interés para obrar es la actividad que desarrolla la parte material o sustancial para exigir, requerir, amenazar a fin de que la otra parte cumpla con lo que se ha obligado.

Por su parte, Parra Quijano sostiene: "El interés es el motivo particular. Motivo significa causa o razón que mueve para hacer alguna cosa, es decir, que se utiliza

624 TICONA POSTIGO, Victor; El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil; Op. Cit.; p. 975.

en forma teleológica y corresponde más al campo de la psicología que al del derecho; ninguna importancia tiene para este caso el motivo que mueve al particular a solicitar la tutela del Estado; en cambio, cuando la ley legitima a alguien para pretender, o soportar una pretensión, materializa ese interés. No es que se niegue la iniciativa que tiene toda persona para realizar la más simple actividad; lo que se discute es que ese motivo se considere de tal manera que sea distinto y que exista por sí mismo, sin la legitimación en la causa, Cuando la ley determina quien está legitimado para intervenir en un proceso, cualifica a priori ese interés, independientemente del móvil, motivo o interés jurídico subjetivo”⁶²⁵.

Como se observa, este tratadista colombiano se refiere al interés en la pretensión material u oposición para la sentencia de mérito o de fondo y no al interés para obrar o interés procesal como lo trata nuestro Código Procesal Civil.

Para entender el interés procesal, ilustraremos con un ejemplo: en el caso del contrato de arrendamiento, habiendo agotado todos los medios para que el arrendatario pague las mensualidades vencidas, si este se niega a cumplir con su obligación, el arrendador no tiene otra alternativa que recurrir al juez demandando desalojo por falta de pago.

En este supuesto se trata de una necesidad de la intervención judicial para que el incumplimiento no siga perjudicando al demandante. Este interés procesal debe ser personal, directo, propio; es decir, quien pide tutela al órgano jurisdiccional, debe tener la condición de parte. Además este interés debe ser concreto, inminente y actual; esto es: a) que se refiera a una pretensión específica contenida en la demanda, b) que necesite la intervención urgente de la tutela de los órganos jurisdiccionales por estar amparada y protegida por una norma jurídica, c) el interés para obrar no se ha legislado para proteger a derechos futuros e inciertos y d) el pretensor no tiene otra alternativa de solución del conflicto judicial surgido. Este interés no se refiere al interés económico o moral, prescrito en el art. VI del T. P. del C.C., por cuanto esta norma tiene un contenido material, sustancial, civil y no un contenido procesal⁶²⁶.

625 PARRA QUIJANO, Jairo; Op. Cit.; pp. 11 y 12.

626 “El interés para obrar tiene las siguientes características:

- a. No tiene contenido patrimonial, económico ni moral. El art. VI del Título Preliminar del Código Civil actual dispone: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral”. Esta norma no tiene relación con el interés procesal sino con el interés material o sustancial, es decir el que está referido a la cosa misma.
- b. Es por naturaleza egoísta. Implica que quien invoca, es decir, quien recurre al órgano jurisdiccional debe solicitar la solución de un conflicto propio, es decir, en el que él es parte. No podrá solicitar la solución de un conflicto que padece un tercero, salvo casos específicos en los que la ley lo permite.
- c. Es inminente y actual. Es decir, se presenta cuando no existe otra alternativa para la solución del conflicto, se han agotado todas las posibilidades civilizadas”. MONROY GALVEZ, Juan; Op. Cit.; p. 226.

Si en la calificación de la demanda, el juez no advierte la manifiesta falta de interés para obrar del demandante, debe expedir el auto de admisibilidad de la demanda, corriendo traslado de la demanda al demandado siempre que cumpla con los demás requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del C. P. C., en aplicación de los principios de dirección, celeridad y economía procesales.

Cuando no se ha declarado la improcedencia de la demanda en la calificación, el juez de oficio lo hará en el saneamiento procesal, donde nuevamente volverá a revisar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción y si advierte la manifiesta falta de interés para obrar del demandante, declarará la relación jurídica procesal inválida insubsanable, nulo todo lo actuado, por concluido el proceso e improcedente la demanda ordenando el archivo del proceso.

La improcedencia de la demanda también puede ser declarada por el juez en la audiencia de saneamiento procesal en otras hipótesis: cuando de la demanda y sus anexos aparece indudablemente que no se agotó la vía administrativa, que el proceso concluyó por transacción cuando las partes con anterioridad se han hecho concesiones recíprocas decidiendo extrajudicial o judicialmente poner fin a un proceso iniciado, que el conflicto ha terminado por conciliación, que ambas partes siguieron un proceso con el mismo petitorio y que ha terminado por sentencia consentida o ejecutoriada, cuando se trata de resolver las excepciones propuestas por el demandado, de cosa juzgada, caducidad, prescripción, convenio arbitral, etc.

La improcedencia de la demanda los jueces también pueden declararla en la sentencia de primera instancia, en revisión o en casación, según sean los casos.

3.4. Resoluciones de saneamiento procesal

Contestada la demanda y la reconvención por el demandado, el juez de oficio debe expedir resoluciones respecto a la relación procesal, a fin de que el proceso se desarrolle sin ningún defecto que pudiera generar problemas como los que se crearon hasta 1993 con el derogado Código de Procedimientos.

Como hemos afirmado, el proceso es el conjunto de actos procesales coordinados, sistematizados y lógicos que realizan el juez, las partes y terceros (intraprocesales o extraprocesales), que para su validez no deben estar afectados de causales de nulidad, ni de vicios, defectos u omisiones que pudieran evitar a producir sus efectos. Es decir que la relación jurídica procesal no debe ser además incongruente.

3.4.1. Relación jurídica procesal válida

Cuando el demandado es emplazado con la demanda que contiene una o más pretensiones procesales, se origina la relación jurídica procesal entre el juez y las partes. Antes que se interponga la demanda puede darse que las partes tengan una relación jurídica sustantiva o material, la cual una vez que se inicia el proceso se traslada a la relación jurídica procesal, si el pretensor tiene manifiesto interés para obrar y el juez

con las potestades que le confiere la jurisdicción procede a calificar si existe una relación jurídica procesal válida, con tal objeto en la audiencia de saneamiento procesal vuelve a examinar todos los presupuestos procesales y si lo encuentra conforme procederá a expedir la resolución pertinente.

CARRIÓN LUGO, citando a Eduardo CARLOS, afirma: "El complejo de actividades que realiza el Juez y las partes que en el proceso intervienen establece nexos y ligámenes de carácter jurídico que los vincula entre sí, porque es la ley la que les atribuye derechos y deberes recíprocos. Se crea así una relación jurídica de carácter público, autónomo y complejo. La intervención del Juez, órgano de Estado, por cuyo intermedio se presta la función jurisdiccional, singulariza particularmente a esta teoría y la desplaza hacia la zona de derecho público"⁶²⁷.

Lo que interesa a la concepción publicista de nuestro ordenamiento procesal es que el juez en el saneamiento procesal expida una resolución declarando la relación jurídica procesal válida e independiente del derecho sustancial o material, porque el proceso debe llegar al estado de sentencia sin ningún defecto para pronunciarse sobre el derecho material que pudieran tener las partes. De ahí que, para declarar la relación jurídica procesal válida, se tiene que examinar la capacidad procesal de las partes, la de sus representantes si hubiesen comparecido por medio de ellos, si el juez es competente para conocer válidamente las pretensiones procesales que se han interpuesto, etc. Y si confluyen todos los presupuestos procesales, podemos afirmar que la relación jurídica procesal es válida⁶²⁸.

El maestro mexicano Humberto Briceño Sierra nos habla de la irregularidad de la relación sustantiva y de la relación procesal: "Probablemente la irregularidad de la relación no sea advertida sino en la sentencia y, consecuencia, la sustanciación de diversos procedimientos por todas sus fases e incidencias, convierta en doblemente penosa la derrota. Por el contrario, si la relación sustantiva es regular, pero la irregularidad se presenta en el procedimiento, la pérdida de una esperanza que puede llegar a ser seguridad en el derecho del accionante, provoca una reacción contra el instrumento legal. Es forzoso tener presente, en cada proceso, los múltiples aspectos de la actividad, su fórmula principal, sus condiciones y hasta sus modos, para anticiparse a la posible irregularidad. Aunque también es conveniente expedir una legislación que permita graduar las irregularidades por su trascendencia mayor o menor, y disponer los mecanismos adecuados a su corrección. La tarea del legislador es en este ámbito, difícil, porque la irregularidad no está sistematizada doctrinariamente con toda la precisión que le permita encontrar los remedios idóneos. Pero la irregularidad ha se-

627 Carrión Lugo, Jorge; Op. Cit.; T. II; p. 520

628 Cfr. art. 465 inc. 1º del C.P.C.

guido caminos de clasificación que la doctrina tiene implementados férreamente. No es posible olvidar la separación entre inexistencia y nulidad, anulabilidad e inoponibilidad; por ello es apenas obligado a estudiar el cuadro clasificatorio⁶²⁹.

De lo que se establece que las nulidades no son producto de cualquier irregularidad en la forma sino se produce cuando no se puede subsanar, convalidar o cuando el acto procesal realizado no puede llegar a cumplir la finalidad a que estaba destinado. Lo que se procura evitar son las nulidades que afecten las vías procedimentales en cualquier proceso, a fin de garantizar el derecho a un debido proceso y otorgar a las partes seguridad jurídica.

3.4.2. Relación jurídica procesal inválida insubsanable

Cuando en el acto de sanear el proceso, el juez advierte que la relación jurídica procesal es insubsanable, debe expedir la resolución correspondiente precisando los defectos que no podrían subsanarse, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso⁶³⁰.

Las excepciones que tienen efectos anulatorios como la caducidad, falta de legitimidad para obrar del demandante, conciliación, transacción, cosa juzgada, litispendencia, entre otras, si el juez al calificar la demanda no las ha declarado improcedentes, ni el demandado las ha propuesto como excepciones o si las ha propuesto extemporáneamente o al contestar la demanda, el juez al sanear el proceso de oficio en el saneamiento procesal las resolverá.

En la audiencia de saneamiento procesal o cuando se ha contestado la demanda en forma expresa o en rebeldía, el juez tiene que proceder sin necesidad de audiencia a sanear el proceso si advierte que se ha emplazado al demandado con la demanda y el pretensor no tiene legitimidad de obrar, hay caducidad de la pretensión, etc. y el demandado no ha propuesto las excepciones correspondientes como medios de defensa.

En estos supuestos y otros, el juez por resolución debidamente motivada declarará que la relación jurídico procesal es inválida insubsanable, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, disponiendo el archivo del proceso.

La resolución que declara la relación jurídica procesal inválida insubsanable es apelable con efecto suspendido, por tratarse de una resolución que pone fin al proceso y si el superior jerárquico en revisión al reexaminar la resolución impugnada la confirma procede el recurso de casación. Pero si la revoca dispondrá que el *a quo* proceda a declarar la relación jurídica procesal válida o inválida subsanable; contra esta resolución no procede el recurso de casación.

629 BRISEÑO SIERRA, Humberto; Derecho Procesal; T. III; Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor; México; 1969; pp. 318 y 319.

630 Cfr. art. 465 inc. 3º del C.P.C.

3.4.3. Relación jurídica procesal inválida subsanable

Al expedir la resolución de saneamiento procesal por la cual declara que la relación procesal es inválida subsanable, el juez debe conceder un plazo para la subsanación. Así en los procesos de conocimiento concederá un plazo perentorio de diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal⁶³¹ y en el proceso abreviado deberá conceder el plazo perentorio de cinco días para subsanar los defectos que se hubiesen advertido en la audiencia de saneamiento y conciliación, procederá a propiciar la conciliación entre las partes⁶³².

Si el demandante dentro del plazo concedido cumple con el mandato de subsanación, el juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida; pero en el caso que el demandante no hubiese cumplido con subsanar los defectos advertidos o transcurrido el plazo sin que se haya subsanado, resolverá declarar la nulidad de todo lo actuado y por concluido el proceso, imponiendo al demandante la condena de costas y costos.

Esta resolución es apelable con efecto suspensivo y si por auto de vista se confirma la resolución recurrida, es procedente el recurso de casación⁶³³. En los procesos sumarisimos o llamados también procesos de urgencia no se concede plazo alguno para subsanar los defectos formales que se pudieran haber advertido.

4. EFECTOS DEL SANEAMIENTO PROCESAL

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación procesal⁶³⁴. En consecuencia, no solamente tendrá efectos preclusivos sino también tiene efectos de cosa juzgada, porque no solamente existirá la imposibilidad jurídica de petitorios con relación a los actos procesales anteriores o posteriores a la declaración de la validez de la relación procesal, es decir que las partes no podrán realizar actos que si pudieron ejercer hasta antes y después de que el juez haya declarado la relación procesal válida.

Aunque consentida o ejecutoriada la resolución que declara el saneamiento procesal precluye toda petición tendiente a cuestionar la relación jurídica procesal, consideramos que esto no limita los poderes que confiere la jurisdicción al juez para volver

631 Cfr. art. 478 inc. 8º del C.P.C.

632 Cfr. art.493 inc. 1º del C.P.C.

633 Cfr. arts. 465 inc. 3º y 467 del C.P.C.

634 Cfr. art. 466 del C.P.C.

a revisar dicha relación y pronunciarse expresamente sobre dicha relación procesal siempre y cuando se advierta una nulidad sustancial.

Esto puede ocurrir cuando la pretensión procesal ha caducado y ni el juez de oficio ha declarado la improcedencia de la demanda ni tampoco el demandado ha denunciado la omisión o defecto formal de la demanda a través de la excepción de caducidad, a fin de que el juez al sanear el proceso o en la audiencia de su propósito obligatoriamente se hubiera pronunciado sobre la improcedencia de la demanda.

En los casos de nulidad sustancial que afecta la relación procesal válida, también puede el juez declararla, reponiendo el proceso a su estado donde se cometió el vicio que invalida todo lo actuado, porque en estos casos de ineficacias por nulidad no son aplicables los principios de convalidación, subsanación e integración del proceso.

5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LA RELACIÓN PROCESAL

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la invalidez de la relación procesal o vencido el plazo sin que el demandante subsane los defectos que la invalidan, el juez declara concluido el proceso imponiendo al demandante el pago de las costas y costos⁶³⁵.

El numeral en comentario tiene dos supuestos: 1) cuando el juez declara la relación jurídico procesal inválida insubsanable y 2) cuando el demandante no lo subsana dentro del plazo que le confiere el juez de acuerdo a cada procedimiento.

En el primer caso, la resolución que expide el juez deberá quedar consentida o ejecutoriada, con la finalidad de que pueda condenar al demandante con el pago de costas y costos.

En el segundo supuesto, cuando el juez ha conferido un plazo al demandante, como en el proceso de conocimiento el plazo de diez días para que subsane los defectos formales de la demanda y no ha cumplido con lo ordenado; no le quedará otra alternativa que declarar la relación jurídica procesal inválida insubsanable, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso; y una vez que quede consentida o ejecutoriada la referida resolución se le impondrá la condena de costas y costos al demandante.

En los casos de litisconsortes pasivos, por ejemplo, cuando no se han demandado a todos los intervinientes en una relación jurídica sustancial o material, no existe identidad de partes en la relación procesal, por lo que se está frente a la ausencia de legitimidad de obrar del demandado, que el Juez está obligado a conceder un plazo

⁶³⁵ Cfr. art. 467 del C.P.C.

al demandante para que se subsane esa relación jurídico procesal en el plazo de diez días en el proceso de conocimiento y si no cumple dentro del plazo que le concede anulará todo lo actuado y dará por concluido el proceso.

La condena de costas y costos se le impone al demandante, porque es renuente al mandato judicial y porque su actuación no se sujeta a los principios de probidad, lealtad, y buena fe que deben imperar entre los sujetos de la relación procesal.



Capítulo IX

JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO



1. GENERALIDADES

En el derogado Código de Procedimientos Civiles no se conoció esta institución tan importante y necesaria, que contribuye a que la tutela jurisdiccional que presta el Estado antes y durante el desarrollo del proceso sea oportuna, eficaz e idónea; es decir, esta institución proporciona a los justiciables de los elementos materiales y humanos indispensables dotando de “un acceso al servicio de justicia gratuito”⁶³⁶.

Como sostiene el esclarecido constitucionalista BIDART CAMPOS: “El derecho a la tutela jurisdiccional es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme”⁶³⁷, haciendo que ante la eventualidad de un conflicto judicial el servicio de justicia sea el más adecuado.

636 Cfr. art. VIII del T. P. del C.P.C.

637 Bidart Campos, Germán; Régimen legal y jurisprudencia del amparo; Ediar Editores; Buenos Aires, Argentina, 1969; p. 17

Durante el proceso, la tutela jurisdiccional debe ser efectiva. A este respecto, MONROY GÁLVEZ afirma: "El derecho en el proceso, llamado también debido proceso objetivo o garantía de defensa en juicio, es en realidad el derecho a recibir del Estado prestación de justicia al caso concreto. Para expresarlo de manera distinta, es el derecho a que un juez natural (competente) resuelva un conflicto con conocimiento, imparcialidad, aplicando el derecho que corresponda al caso concreto y cumpliendo con el procedimiento establecido"⁶³⁸.

Al expedir una sentencia realizando un juzgamiento anticipado, creemos que el juez cumple con el debido proceso al que tiene derecho todo justiciable. No hay razón para cumplir con todos los estadios procedimentales dispuestos en cada proceso que retardan la solución del conflicto de intereses o eliminan una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales⁶³⁹; pues, si ya hay presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda cuando el demandado (rebelde) se ha mostrado renuente a pronunciarse sobre el contenido de la demanda y la pretensión del demandante al no haber absuelto el traslado de la demanda, al juez no le quedará otra alternativa que proceder a expedir sentencia de mérito.

De esta institución necesaria y muy útil, creada en nuestro ordenamiento procesal, dependerá en gran medida la eficiencia procesal de los jueces especializados en lo civil para satisfacer la pretensión procesal del demandante expidiendo pronunciamientos de certeza generadores de cosa juzgada, antes del estadio procedimental fijado por la ley sin descuidar la tutela del rebelde, cuando así se considere o cuando la ley le permita o ya ha reunido todos los medios probatorios para formar su propia convicción, porque en ciertos casos se resisten aplicar el sistema procesalista, abandonando las ritualísticas prácticas propias de un sistema procedimentalista ya abrogado, que tanto daño hizo a la justicia peruana.

2. SENTENCIA

Constituye el fallo anticipatorio definitivo que expide el juez poniendo fin a la instancia, sin realizar un mayor desarrollo del proceso porque terminará en ese momento y tendrá efectos de cosa juzgada una vez que queda consentida o ejecutoriada.

Al respecto, los maestros españoles CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA afirman: "Sea cual sea la posición doctrinal que se tenga de los grandes conceptos del Derecho Procesal, la sentencia es, ante todo, un acto del juez (y, por consiguiente, un acto del Estado) que supone una declaración de voluntad del Estado en la

638 Monroy Gálvez, Juan; Teoría General del Proceso; p. 458.

639 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

que se afirma existente o inexistente el efecto jurídico pedido en la demanda. Desde este punto de vista, la sentencia es un mecanismo aplicador del Derecho, ya se entienda el Derecho como resultante de la propia sentencia, ya sea entendido aquél como el elemento determinante de sentencia⁶⁴⁰.

Como acto de voluntad, la sentencia es fundamentalmente también un acto de pensamiento. Esta dualidad nunca se podrá entender, que la sentencia es la esencia de la jurisdicción, pero tampoco se podrá entender el qué y el porqué del proceso si no analizamos la sentencia como acto de pensamiento que proviene del propio juez⁶⁴¹.

La sentencia que expida el juez, ya sea en juzgamiento anticipado o como acto final que pone término al proceso, no solamente está condicionada a las pretensiones procesales de la demanda y la contestación, sino que el juez debe pronunciarse sobre las pretensiones procesales que han hecho valer las partes, en aplicación del principio de congruencia del proceso. La sentencia no se podrá pronunciar más allá de la pretensión ejercitada por el demandante (o por el demandado), porque se atentaría contra el principio de la tutela jurisdiccional efectiva y la imparcialidad del juez, porque éste se pronunciaría sobre puntos no demandados, no controvertidos y no probados.

Expedida la sentencia en esas condiciones, está dotada de autoridad para poner fin al conflicto judicial; pero no se trata sólo de eso, las partes y la comunidad esperan ser convencidas mediante una sustentación dilucidadora la cual oriente, informe, instruya para enfrentar una realidad que en cada época presenta características particulares, como un trasunto fiel de la realidad, de parte del juez, que conociendo el espíritu de la ley, la aplica, para resolver el conflicto judicial sometido a su competencia, en la ardua tarea de una certera interpretación para cumplir a cabalidad con la sublime misión que el Estado le ha encomendado.

Al tratar este asunto, MONROY GÁLVEZ afirma: "En armonía con los postulados de la doctrina contemporánea, el Código Procesal Civil exige la presencia de un juez creativo, con el criterio jurídico suficiente como para administrar con solvencia la discrecionalidad que la nueva normatividad le otorga. Es necesario un juez que esté en condiciones de advertir que la experiencia jurídica es un fenómeno de conducta que es calificado de antemano a través de una norma que no siempre refleja o se identifica con el sistema de valores predominantes en una sociedad, específicamente en un contexto histórico determinado"⁶⁴².

640 Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor; Op. Cit.; p. 299.

641 Ibid; pp. 299 y 301.

642 Monroy Gálvez, Juan; A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil; En Revista Peruana de Derecho Procesal; T. III; Estudio De Belaunde & Monroy Abogados; Diciembre 1998; Lima, Perú; p. 192.

Por eso en el artículo 473 del C.P.C., el legislador facultó al juez a expedir sentencia sin admitir otro trámite, cuando sea innecesario en los casos siguientes.

2.1. Cuando la cuestión debatida es sólo de derecho

En el proceso de conocimiento, declarada la relación jurídico procesal válida el juez, cuando advierte que la cuestión debatida sólo es de derecho, comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia pronunciándose sobre los puntos controvertidos⁶⁴³, toda vez que no hay nada que probar ni mucho menos necesidad de realizar otros actos de procedimiento que el informe oral cuando lo soliciten las partes, porque las cuestiones de derecho no son objeto de prueba.

En aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, el juez deberá realizar un juzgamiento anticipado del proceso pronunciándose sobre la pretensión procesal demandada, la que tendrá efectos de cosa juzgada una vez que queda consentida o ejecutoriada la sentencia expedida.

2.2. Cuando la cuestión debatida es de hechos

Este supuesto, igual que el caso glosado precedentemente, ocurre cuando el juez advierte que la cuestión controvertida es de hechos, y que no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia de pruebas, por lo que comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia previo informe oral si es que lo solicitan las partes⁶⁴⁴ porque la demanda y su eventual anexo le han producido convicción de que la demanda es fundada.

Así ocurre, por ejemplo, si se ha demandado reivindicación y el pretensor ha acompañado a su demanda el testimonio de escritura pública debidamente registrada, el juez procederá a expedir sentencia con plena certeza pronunciándose sobre los puntos controvertidos que han originado el conflicto judicial a través de un juzgamiento anticipado que pone fin a la instancia, cuya decisión generará efectos de cosa juzgada con relación a las partes, al juez y a terceros una vez que queda firme.

3. DECLARACIÓN DE REBELDÍA

Cumplido con los presupuestos procesales para la declaración de la rebeldía — emplazamiento válido, transcurso del plazo para contestar la demanda e incomparecencia del demandado al proceso —, el juez después de verificar la regularidad formal de todos estos actos procesales, ya que el hecho de que el demandado no comparezca

643 Cfr. art. 546 inc. 1º del C.P.C.

644 Cfr. art. 473 inc. 1º del C.P.C.

puede deberse a que ha advertido algún vicio de procedimiento, no le queda otra alternativa que declarar la rebeldía del demandado⁶⁴⁵.

Declarada válidamente la rebeldía, el juez procederá al saneamiento procesal, tal como hemos sostenido precedentemente: si se han propuesto excepciones y defensas previas señalará día y hora para la audiencia de saneamiento procesal y cuando no fuese el caso, expedirá la resolución pertinente al saneamiento procesal, para lo cual previamente volverá a revisar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción; es decir que la demanda haya cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia, a fin de que se expida la resolución correspondiente debidamente fundamentada, para evitar cualquier fraude procesal a que hace referencia RAMÍREZ JIMÉNEZ en el acucioso artículo *Saneamiento del proceso*⁶⁴⁶ o la invalidez de lo actuado.

En ambos casos, tanto en la audiencia de saneamiento procesal o sin esta deberá expedir la resolución debidamente motivada, declarando la relación jurídica procesal válida.

Expedido el auto de saneamiento procesal, el juez procederá a expedir sentencia, siempre y cuando no se den los cuatro casos previstos en el artículo 461 de nuestra Ley Procesal, emitiendo un juzgamiento anticipado en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, terminando los procesos con oportunidad y eficiencia.

La sentencia que expida el juez no tiene efectos de cosa juzgada mientras no sea notificada formalmente al demandado rebelde, quien al comparecer y apersonarse al proceso tiene expedito su derecho de contradicción y de defensa, para hacer uso del recurso de apelación, toda vez que esta resolución que expide el juez haciendo uso de la institución del juzgamiento anticipado no es inimpugnable.

En este medio impugnatorio no solamente cuestionará los agravios que le causan tal sentencia sino también la validez del emplazamiento, el saneamiento procesal y cualquier defecto de forma o de fondo de los actos procesales realizados por las partes y por el juez en la postulación del proceso.

645 "Consignientemente, en caso de que se produzca una discordancia entre la declaración del juez, y la situación real acaecida en el proceso, la que prevalecerá será ésta última. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que se produzca una contestación a la demanda fuera de plazo, pero antes de que se haya llegado a dictar la resolución declarando la rebeldía. O al contrario, que por ser nula la diligencia de emplazamiento, el juez declare irregularmente la rebeldía del demandado. Tal declaración será nula. Y, si concurriendo los presupuestos de la rebeldía, el juez no la declara, no por ello se producirá la nulidad del resto del proceso". Samanes Ara, Carmen; *La tutela del rebelde en el proceso civil*; J.M. Bosch Editor, Barcelona, España; 1993, p. 87.

646 "Un tercer tema que hemos detectado es que el despacho saneador busca no solo sanear el proceso también intenta un elemento muy importante: evitar el fraude en el proceso. Normalmente, fijense el fraude más grave, el de difícil control (porque los fraudes cuando son unilaterales tienen contrapesos en la contradicción que generan la defensa contraria, el contradictorio de este dialecto tiene evidentemente una síntesis final que ayuda que el juez detecte donde está el entuerto) es el del proceso simulado—como especie de proceso fraudulento—. Allí tenemos un serio problema, ¿cómo detectarlo si las dos partes están en la lógica del fraude?. Pues bien para eso, está la astucia del juez, que le permita encontrar que en efecto el fraude está presente ante sí y que por tanto pudiera desarrollar una tesis que le permitan algunas instituciones del propio Código. Por ejemplo, el artículo 106, el "llamamiento en caso de fraude". Un momento culminante para integrar la litis en protección de un tercero que posiblemente se vea afectado por este proceso fraudulento, es justamente la audiencia de saneamiento o despacho saneador"; Ramírez Jiménez, Nelson; *Saneamiento del Proceso*; En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, T. II; Marzo 1998; Lima, Perú; pp. 530 y 531.



Capítulo X

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO



Dentro del sistema publicista en que se diseñó los procedimientos del nuevo Código Procesal Civil, el juez como director del proceso tiene el papel fundamental de ser el promotor de la paz social en justicia, razón por la cual se le confirió la potestad de concluir los procesos con celeridad, oportunidad y certeza resolviendo los conflictos judiciales aun antes de pronunciarse sobre el fondo, valiéndose de esta institución que no tiene precedentes en la legislación procesal latinoamericana.

1. CONCLUSIÓN DEL PROCESO SIN DECLARACIÓN SOBRE EL FONDO

Con la finalidad de divulgar a los operadores del derecho y más que todo a los jueces encargados de la aplicación correcta del Código Procesal Civil, trataremos brevemente sobre la conclusión del proceso civil sin pronunciamiento sobre el fondo del conflicto judicial.

Conforme se ha diseñado esta institución, el Estado es el que está más interesado en que los procesos terminen, de ahí que hace sentir más directa su presencia en el proceso. El juez deja de ser un simple espectador como lo fue en el Código de Procedimientos Civiles para convertirse en un verdadero director del proceso interviniendo

con un amplio criterio de justicia y equidad. Desde esta perspectiva, la conclusión anticipada del proceso debe convertirse en un instrumento eficaz de defensa de los derechos del ciudadano.

Someramente, analizaremos los casos que nuestra legislación procesal ha previsto.

1.1. Cuando la pretensión procesal se sustrae del ámbito jurisdiccional

Como hemos sostenido, la pretensión procesal se hace valer al interponerse la demanda ejercitando el derecho de acción, ya sea como persona natural o como persona jurídica. Al tratar la petición de la tutela jurisdiccional del Estado, DEVIS ECHANDÍA expone que “Nace el Derecho Procesal, incipiente, desde el momento en que en los primitivos grupos sociales se prohíbe a sus miembros aplicarse justicia por propia mano, en busca de la armonía y la paz social que es el fin primordial de esta rama del Derecho. Fue la primera contribución del Derecho Procesal a esa labor civilizadora: la tutela del individuo frente a los individuos mediante la intervención de la autoridad en la solución de los conflictos.

Pero la propia autoridad constituye frecuentemente una amenaza para la libertad y la dignidad de las personas y para sus derechos subjetivos, pues el abuso del poder o su desviación indebida ha sido una constante calamidad para todos los pueblos. El Derecho Procesal dio entonces su segunda gran contribución a los fines expuestos: la protección del individuo frente a sus protectores; es decir, respecto a las actividades incorrectas o ilegales de la autoridad que debe tutelarlos, sometiendo a ésta a procedimientos preestablecidos para el desempeño de su función de administrar justicia, con el fin de evitar la arbitrariedad y otorgar la oportunidad para ejercer el derecho de defensa”⁶⁴⁷.

La pretensión procesal que se ha materializado en la demanda no necesariamente importa la existencia del derecho sustancial o material, porque muchas veces la demanda también puede ser declarada infundada, improcedente, inadmisibles e infundada, porque el derecho de acción no necesariamente será declarado fundado sino también puede ser declarado infundado.

También ese derecho de acción puede concluir sin pronunciamiento sobre el fondo; porque puede darse el caso que la pretensión procesal se sustraiga del ámbito jurisdiccional, como puede ocurrir cuando se demanda reivindicación de propiedad y al ser emplazado el demandado cumple con desocuparlo y pone a disposición del juez el bien inmueble.

En este caso, la pretensión procesal de reivindicación se ha sustraído del ámbito jurisdiccional y, por lo tanto, no hay necesidad de la prosecución del proceso y de que

647 Devis Echandía, Hernando; El Derecho Procesal como tutela de los derechos humanos; En Revista de Derecho Procesal; T. II; Marzo 1998; Lima, Perú; p. 379.

el juez expida sentencia, pronunciándose sobre el fondo de la controversia. Si lo hiciera carecería de objeto, se atentaría contra los principios de celeridad, oportunidad y economía procesales.

Esta forma de conclusión anticipada del proceso⁶⁴⁸ contribuye a que los procesos se desarrollen con mayor eficiencia y que el servicio de justicia sea más oportuno, en beneficio de los justiciables.

1.2. Cuando por ley el conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los justiciables derechos materiales o sustanciales, que se conocen con el nombre de casos justiciables para que a través de su derecho de acción pidan, exijan al Estado la tutela jurisdiccional y hagan prevalecer sus derechos frente a su adversario que ejerce el derecho de contradicción; pero, por otro lado también se les niega ante los organismos jurisdiccionales su ejercicio por considerarlos como casos no justiciables.

Carnelutti los denomina derechos inertes al afirmar: "... la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene derecho y, por tanto, puede ser fundada o infundada. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber pretensión sin derecho, así también puede haber derecho sin pretensión; al lado de la pretensión infundada tenemos, como fenómeno inverso, el derecho inerte"⁶⁴⁹.

Un caso deja de ser justiciable cuando se trata de conflictos de intereses que por más relevancia jurídica que tengan, el propio ordenamiento jurídico, esto es la ley civil le sustrae la posibilidad de ser exigidos judicialmente ante los organismos jurisdiccionales, como puede ocurrir en el caso de una deuda derivada del juego y la apuesta no autorizada, que reconoce la existencia de la obligación del deudor, pero por norma expresa se le niega el derecho de crédito al acreedor⁶⁵⁰.

Igual sucede en el contrato de fianza sin plazo determinado, que el fiador puede pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación⁶⁵¹.

648 Cfr. art. 321 inc. 1º del C.P.C.

649 CARNELUTTI, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*; T. I.; Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América; Bs. As. Argentina; 1959; p. 31.

650 "Artículo 1943.- El Juego y la apuesta no autorizados.- El Juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen el carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz".

651 Cfr. art. 1899 del C. C.

Asimismo, un conflicto de intereses que se somete a la potestad jurisdiccional deja de ser un caso justiciable, única y exclusivamente por ley de los organismos competentes para promulgar una disposición legal, por razones socioeconómicas, de guerra o de cualquier emergencia nacional, como ocurrió con la promulgación del Decreto Ley N° 21168 en 1975 que dispuso el corte de los procesos de desahucio y aviso de despedida de casas habitación en el estado en que se encuentren, con excepción de los procesos de desahucio por falta de pago y de casa habitación única cuando el propietario la necesite para ocuparla de inmediato. A la promulgación de este dispositivo legal se dieron por concluidos los procesos de desahucio y de aviso de despedida relativos a casa habitación.

Como se aprecia en estos casos expuestos, no obstante encontrarse la pretensión procesal tutelada por el derecho y por los organismos jurisdiccionales, mediante una ley un conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable⁶⁵².

La ley procesal de 1993 ha previsto la conclusión de los procesos civiles cuando durante su tramitación se promulga una ley poniendo fin a los conflictos judiciales que se han promovido, por carecer de objeto su pronunciamiento por haber dejado de ser casos justiciables.

1.3. Cuando se declara el abandono del proceso

El abandono es una institución jurídica que extingue la relación procesal en el estado en que se encuentre, por inactividad de las partes y del juez que no realizan actos de prosecución de la instancia, cuyo efecto es que pone fin al proceso sin afectar la pretensión.

A esta institución, la doctrina ha denominado perención y caducidad.

Para Carnelutti: "El procedimiento se extingue por perención, cuando habiendo asignado un plazo perentorio, por la ley o por el Juez, para el cumplimiento de un acto necesario a la prosecución dicho acto no es realizado dentro del plazo"⁶⁵³. De Igual parecer en la denominación fueron Parry⁶⁵⁴, Alsina⁶⁵⁵, entre otros.

652 Cfr. art. 321 inc. 2º del C.P.C.

653 CARNELUTTI, Francesco; Instituciones del Proceso Civil; T. II; Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América; Bs. As. Argentina; 1959; 174.

654 "La perención de la instancia es la paralización de los procedimientos judiciales mediante los cuales quedan sin efecto alguno"; PARRY, Adolfo; Perención de la Instancia; 3ra. Edic.; Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L.; Bs. As. Argentina; 1964; p. 19.

655 "El proceso se extingue, entonces, por el sólo transcurso del tiempo cuando los litigantes no instan su prosecución dentro de los plazos establecidos por la ley. Este modo anormal de extinción se designa con el nombre de perención o caducidad de la instancia"; ALSINA, Hugo; Derecho Procesal Civil y Comercial; T. IV.; 2da. Edic.; Edit. Ediar Sociedad Editores; Bs. As. Argentina; 1961; mpp. 424 y 425.

Chiovenda la denomina caducidad, al sostener: “es un modo de extinción de la relación procesal, y que se produce después de cierto período de tiempo, en virtud de la inactividad de los sujetos procesales”⁶⁵⁶.

Maurino, siguiendo a Carlos Fenochietto y a Francisco Carnelutti, afirma: “En general, la perención o caducidad de la instancia es un modo anormal de la conclusión del proceso, a causa de la inactividad de los sujetos procesales cuando tenían la facultad de actuar, después de transcurrido el plazo establecido por la ley”⁶⁵⁷.

En el Código Procesal Civil, el abandono es una forma especial de conclusión del proceso sin pronunciarse sobre el fondo, que se produce cuando las partes dejan de hacer — dentro de los plazos y formas requeridas por la ley — un acto procesal imprescindible y el juez no hace uso del impulso procesal de oficio que como director del proceso le confiere el artículo II del T. P. del C.P.C.

El abandono es una institución procesal autónoma, razón por la cual nuestro Código Procesal Civil en el artículo 348 dispone que opera de pleno derecho, por el solo transcurso del plazo computable desde la última actuación procesal o desde que es notificada la última resolución.

Esto significa que iniciado un proceso con la demanda, incluso expedido el auto admisorio, si transcurre más de cuatro meses sin que el demandante inste al órgano jurisdiccional para que disponga la notificación, puede el juez de oficio o a petición de parte o de tercero legitimado declarar el abandono de la instancia.

Asimismo, opera el abandono de la instancia si notificada la resolución que admite la demanda, el demandado no la absuelve dentro de los plazos legales y el demandante no acusa la correspondiente rebeldía, si transcurre los cuatro meses se declara el abandono.

Declarado el abandono del proceso se extingue la jurisdicción y, si por segunda vez y después de haber transcurrido un año, pagando las costas y costos que ha ocasionado al demandado inicia el nuevo proceso entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, pero resulta que nuevamente queda paralizado el proceso por iniciativa de las partes, que no instan el procedimiento ni el juez la impulsa, se declarará el abandono, en consecuencia, se extinguirá el derecho pretendido y se ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ello hubiera lugar⁶⁵⁸.

656 CHIOVENDA, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; T. III.; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid-España; 1940; p. 310.

657 MAURINO, Alberto Luis; *Perención de la Instancia en el Proceso Civil*; 2da. Edición e Impresión; Edit. ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA SRL; Bs. As. Argentina; 2008; p. 4.

658 Cfr. art. 351 segunda parte del C.P.C.

Esta es una de las formas de conclusión anticipada del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, porque el demandante ya no tendrá la posibilidad de ejercer el derecho sustancial que tenía porque la pretensión que hizo valer cayó en abandono en el segundo proceso.

1.4. Cuando queda consentida la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa

Cuando se trata de las excepciones de 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, o falta de legitimidad para obrar del demandado, el juez le concede un plazo de diez días en los procesos de conocimiento⁶⁵⁹, de cinco en el proceso abreviado⁶⁶⁰ para que lo subsane el demandante, vencido el plazo sin que lo haga, declarará la nulidad de todo lo actuado y por concluido el proceso.

Como se advierte, esta clase de excepciones tienen que ver con la validez de la relación procesal, pues si falta alguno de esos requisitos constitutivos de la relación no habrá relación jurídica procesal válida. Igualmente sucede cuando se declaran fundadas las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso⁶⁶¹. En estos supuestos, el proceso concluye sin pronunciarse sobre el fondo.

1.5. Cuando el juez declara la caducidad del derecho

Al ser incorporada al Código Procesal Civil, la caducidad ha contribuido eficientemente a la culminación de los procesos de conocimiento, abreviados y sumarísimos en forma oportuna y eficiente, permitiendo al juez declarar la improcedencia de la demanda y al demandado proponerla como excepción cuando el juez al calificar la demanda en cada vía procedimental no haya declarado la improcedencia.

La caducidad constituye un medio de extinción de la pretensión procesal del demandante cuando el juez no ha declarado la improcedencia de la demanda que ha interpuesto solicitando la tutela jurisdiccional efectiva.

659 Cfr. art. 478 inc. 8 del C.P.C.

660 Cfr. art. 493 inc. 1º in fine del C.P.C.

661 Cfr. art. 451 del C.P.C.

La caducidad importa extinción, pérdida del derecho de acción por no haberse interpuesto la demanda antes del vencimiento del plazo señalado expresamente en la ley. Al haber caducado el derecho material del demandante da lugar a que el juez declare la improcedencia de la demanda y si no lo hiciera de plano, el demandado tiene la oportunidad para proponerla como excepción.

Cuando el juez declara improcedente la demanda por caducidad, en el fondo ya no hay proceso; pero si el demandado la hace valer como excepción en la audiencia de saneamiento procesal en el proceso de conocimiento, si el juez la declara fundada anulará todo lo actuado y dará por concluido el proceso anticipadamente. Cuando se declara la caducidad, se extingue el derecho y la acción pertinente⁶⁶².

Tampoco hay prohibición para que el juez declare la caducidad al expedir sentencia, de igual manera si no lo hubiere hecho de oficio, puede declararla al expedir sentencia en revisión y en casación.

Cuando los jueces tengan conocimiento cabal de la caducidad, la excepción de caducidad no tendrá utilidad práctica, porque con las potestades que le confiere la jurisdicción declararán de oficio la improcedencia de la demanda por haber caducado el derecho y la acción del demandante

1.6. Cuando hay desistimiento del proceso o de la pretensión

El desistimiento, como una de las formas anticipadas de conclusión del proceso, es la renuncia voluntaria y expresa que hace el demandante de la prosecución de un determinado proceso o de un acto procesal o un recurso o de una pretensión procesal que ha interpuesto en ejercicio del derecho de acción.

El maestro DEVIS ECHANDÍA, citando a FAIREN GUILLÉN, afirma: "El desistimiento es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual se elimina los efectos jurídicos de otro acto procesal"⁶⁶³.

Por su parte, ALSINA acota: "El desistimiento es el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar el proceso"⁶⁶⁴.

Por el desistimiento se da por concluido el proceso sin afectar la pretensión procesal. Por este medio, el demandante se separa de la prosecución del proceso para evitar los alcances de un pronunciamiento definitivo.

Para que sea una forma de conclusión anticipada del proceso sin declaración sobre el fondo, el desistimiento del proceso debe ser total, pero este no afecta a la preten-

662 Cfr. art. 2003 del C.C.

663 Devis Echandía, Hernando; Teoría General del Proceso; T. II; Edit. Universidad; Buenos Aires, Argentina; 1985; p. 654.

664 Alsina, Hugo; Op. Cit.; T. IV; p. 483.

sión, en caso que medie oposición del demandado no tiene eficacia y el proceso continúa como si no se hubiese desistido el demandante.

El desistimiento del proceso debe realizarse antes del emplazamiento al demandado con la demanda y una vez que expide el juez el auto que aprueba el desistimiento no se necesita conformidad del demandado y se tiene por concluido el proceso; pero una vez emplazado el demandado y con posterioridad se desiste requerirá su consentimiento para que tal acto produzca sus efectos de cosa juzgada.

El desistimiento del proceso puede hacerse hasta antes de la contestación de la demanda, cuando ha sido válidamente notificado esta y el demandado no se opone y de haberlo hecho dentro del tercer día o vencido ese plazo en rebeldía se tiene por concluido el proceso; es decir, que el desistimiento del proceso el demandante puede hacerlo hasta antes de que se entable la relación procesal.

Entablada la relación procesal el demandado puede oponerse al desistimiento del proceso, en razón de que el demandante puede renovar su demanda y proseguir realizando actos de procedimiento hasta que se expida la sentencia definitiva.

De ahí que el art. 343 del C.P.C. exija la conformidad del demandado en caso de desistimiento de la demanda que es el primer acto procesal del proceso, la cual debe hacerlo dentro del tercer día de notificado con la resolución que aprueba el desistimiento; de no oponerse en forma expresa dentro de ese plazo o vencido el plazo en rebeldía, el desistimiento del proceso tendrá eficacia; de lo contrario, si media oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso hasta su conclusión.

En el Código General del proceso colombiano se ha regulado el desistimiento de las pretensiones que pueden ser total cuando la renuncia proviene de todos los demandantes y parcial si sólo proviene de alguno de ellos, que debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes y que afecta al que lo hace y a sus sucesores y que el desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvención cualquiera que fuera su cuantía⁶⁶⁵.

665 Artículo 314. Desistimiento de las pretensiones. El demandante podrá desistirse de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que corresponde el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepta el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El efecto principal que produce el desistimiento del proceso es la conclusión del mismo sin afectar el fondo de la pretensión. Esta puede hacerla valer interponiendo un nuevo proceso, siempre que no haya operado la prescripción extintiva o la caducidad, porque con el desistimiento del proceso se tendrá por no interrumpida la prescripción, se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares dispuestos sobre los bienes del demandado, los intereses moratorios, compensatorios, etc.

El desistimiento de la pretensión es la renuncia expresa del derecho material o sustancial que hace el demandante, por la cual no solamente manifiesta su voluntad de extinguir el proceso, sino la posibilidad de reproducir su derecho en otro proceso.

En la doctrina y en el Código Procesal Civil se advierte que no hay necesidad de la conformidad del demandado, por cuanto no va a sufrir ningún perjuicio; por el contrario se concede la facultad de hacer valer la excepción de desistimiento de la pretensión⁶⁶⁶, porque la resolución que la aprueba tiene efectos de cosa juzgada⁶⁶⁷. El juez debe revisar únicamente la capacidad de quien realiza el desistimiento de la pretensión.

Toda persona que goza de capacidad puede renunciar a la pretensión o pretensiones procesales, siempre que intervenga personalmente en el proceso. Si una persona lo hace en nombre de otra ejercitando la representación convencional, legal o judicial debe estar facultada expresamente por su representado.

Para expedir el auto aprobando el desistimiento, el juez deberá revisar la capacidad de quien lo realiza, la naturaleza del derecho que sustenta el fundamento de la pretensión. Así ocurre cuando, por ejemplo, el demandante no tiene facultad para desistirse, el apoderado o representante del demandante carece de la facultad expresa para desistirse, etc.⁶⁶⁸

La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los siguientes efectos:

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez cualquiera fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo". Código General del Proceso; publicado el 12 de Julio del 2012 por el Ministro de Justicia y del Derecho. Firmado Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

666 Cfr. art. 446 inc. 9 del C. P. C.

667 Cfr. art. 344 del C.P.C.

668 Cfr. art. 332 del C.P.C., por interpretación extensiva, dispone: "El Juez declarará improcedente el desistimiento y ordenará la continuación del proceso cuando: 3. Los hechos admitidos requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte; 4. El conflicto de intereses afecta el orden público o las buenas costumbres; 5. El conflicto de intereses comprende derechos indisponibles; 6. Habiendo litisconsorcio necesario, el allanamiento no proviene de todos los demandantes; 7. Presume la existencia de fraude o dolo procesal; 8. Advierte que la sentencia a dictarse va a surtir efecto frente a tercero no emplazado; o 9. El demandado es el Estado u otra persona de derecho público, salvo que su representante tenga autorización expresa".

1. De una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada; en consecuencia, ni sus sucesores pueden interponerla nuevamente contra la misma persona, ni contra los que de ella deriven su derecho;
2. Produce la excepción de desistimiento de la pretensión; porque al haber quedado consentida la resolución que aprueba el desistimiento se dan los presupuestos de identidad de partes, objeto e interés para obrar;
3. El desistimiento de la pretensión sólo perjudica a la persona que lo hace⁶⁶⁹.

En el desistimiento de la pretensión, hay que tener presente la retractación, que consiste en el desistimiento que hace el demandante hasta antes de que el demandado la acepte por ser a quien beneficia. En este sentido hay que tener presente lo que afirma JOFRE, que la renuncia expresa del demandante puede ser retractada, mientras no haya sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace⁶⁷⁰.

Cuando el demandado ha interpuesto reconvencción y el demandante se desiste de la pretensión, el proceso continuará hasta que el mismo juez expida sentencia respecto a ella, cualquiera que fuera la cuantía, toda vez que la reconvencción (contrapretensión) es una institución autónoma que puede o no tener relación con la pretensión desistida.

Cuando el juez expide sentencia omitiendo pronunciarse sobre alguna de las pretensiones demandadas acumulativamente en primera instancia, el demandante puede desistirse de la pretensión no resuelta antes de que se expida la sentencia de vista⁶⁷¹.

1.7. Cuando sobreviene consolidación en los derechos de los litigantes

Como un modo de extinción de las obligaciones, a la consolidación se le denomina también confusión, en la cual no puede existir en una sola persona las calidades de acreedor y de deudor. A este respecto, el ilustre jurista Felipe Osterling Parodi sostiene: "Cuando se reúnen en una misma persona las cualidades contradictorias de acreedor y de deudor, la obligación se extingue, pues nadie puede ser acreedor deudor de sí mismo. Al faltar uno de los sujetos de la relación obligacional, esta no puede subsistir"⁶⁷².

Con mucho acierto, el Código Procesal Civil ha previsto la consolidación de los derechos de los litigantes, como cuando un padre demanda a su hijo pago de nuevos

669 Cfr. art. 341 in fine del C.P.C.

670 Jofre, Tomás; Manual de Procedimiento Civil; T. III; 5ª Ed.; Edit. La Ley; Buenos Aires, Argentina; 1942; p. 240.

671 Cfr. art. 345 del C. P. C.

672 Osterling Parodi, Felipe; Las Obligaciones; 3ª Ed.; Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; 1988; Lima, Perú; p. 185 y Cfr. arts. 1300 y 1301 del C.C.

soles y durante el proceso fallece, por lo que en este se suman las calidades de acreedor y deudor, y dado que resulta incompatible que la misma persona sea acreedor de sí misma, se produce la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo del litigio⁶⁷³.

La consolidación de los derechos de los litigantes se da en todos los derechos materiales o sustanciales que se ejerciten, así cuando se plantea una pretensión procesal de reivindicación de propiedad en un proceso que siguen dos hermanos, si durante la tramitación se produce la sucesión intestada por la cual el demandado es el único heredero y por lo tanto propietario de todos los bienes de su causante. Dada esta situación no tiene razón de ser la continuación del proceso, este concluye por consolidación anticipada de los derechos de las partes en conflicto judicial y no hay necesidad de que el juez pronuncie sentencia resolviendo la demanda de reivindicación de propiedad.

La conclusión anticipada sin declaración sobre el fondo del litigio por consolidación en los derechos de los litigantes, no solamente se da en el proceso de conocimiento sino también puede darse en el proceso abreviado, como en los de prescripción adquisitiva, rectificación de áreas, delimitación de linderos, etc., en los procesos sumarisimos como en los de alimentos, desalojo, interdicción de incapaces, rehabilitación de incapaces, interdictos de recobrar, de retener, etc.

1.8. En los casos previstos en las disposiciones legales

En el artículo 321 inc. 8 del C.P.C., en virtud del principio de legalidad, el proceso concluye sin pronunciamiento sobre el fondo, cuando así lo disponga la ley expresamente, como ocurre cuando se declara fundada una excepción (artículo 451 inc. 5 del C.P.C.), si el juez declara la relación jurídico procesal inválida insubsanable (artículo 465 inc. 2 del C.P.C.), cuando ambas partes no comparecen a la audiencia de pruebas, en segunda citación estando debidamente convocadas. Si no comparecen a la primera citación, estando debidamente notificadas dará por concluido el proceso (artículo 203 in fine del C.P.C.).

En el proceso de retracto, si el retrayente en su demanda ha indicado que desconocía la prestación pagada o debida y el enajenante o adquirente acredita que la conocía o que estaba en razonable aptitud de conocerla, el juez puede dar por concluido el proceso y en la misma resolución se 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 (artículo 502 del C.P.C.), etc. En estos casos y otros concluye anticipadamente el proceso sin declaración sobre el fondo del litigio⁶⁷⁴.

673 Cfr. art. 321 inc. 7º del C.P.C.

674 Cfr. art. 321 inc. 8º del C.P.C.

2. COSTAS Y COSTOS

Siguiendo la implantación del principio del vencimiento objetivo⁶⁷⁵, el reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida⁶⁷⁶.

Cuando concluye el proceso sin declaración sobre el fondo del litigio, el pago de las costas y costos del proceso se fija atendiendo a la institución acogida y a la parte que dio motivo a la declaración de la conclusión⁶⁷⁷.

La condena de costas y costos no depende de consideraciones subjetivas, salvo en los casos de exención de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, el Ministerio Público, los organismos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales y en los procesos en que el juez en forma expresa y por resolución motivada los exonere, apreciándose en estos casos el matiz subjetivo de la mala fe o temeridad de la conducta procesal observada por la parte.

3. CONCLUSIÓN DEL PROCESO CON DECLARACIÓN SOBRE EL FONDO

Ordinariamente, el proceso termina por sentencia; sin embargo, el legislador de 1993 ha normado otras formas de conclusión apartándose de este procedimiento normal propio del denominado juicio ordinario. Es importante poner de relieve, estas otras formas de conclusión del proceso, que satisfacen las expectativas de la parte demandante y la parte demandada: una que ejerce el derecho de acción y la otra el derecho de contradicción. Estas partes muchas veces con la intervención del juez llegan a la conciliación; otras veces transigen y otras renuncian al derecho que sustenta su pretensión.

3.1. Cuando las partes concilian

Por la conciliación las partes sin renunciar a sus derechos se avienen o aceptan una fórmula propuesta por el conciliador o por juez para poner fin al proceso anticipadamente.

La finalidad de la conciliación como acto procesal es alcanzar un acuerdo voluntario en las diferentes pretensiones sin necesidad de terminar una instancia judicial, en la que muchas veces no se puede lograr la paz social con justicia. Por eso, en nuestro ordenamiento procesal se ha normado la conciliación como una forma especial de conclusión del proceso a través de la cual se logra el avenimiento de las partes en

675 Ramos Méndez, Francisco; Op. Cit.; T. I; pp. 496 y 497.

676 "Artículo 412º. - Principio de la condena en costas y costos. - El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración..."

677 Cfr. art. 321 in fine del C.P.C.

conflicto, evitando una decisión judicial. La conciliación es, en suma, un proceso en el que interviene un tercero que tiende a eliminar otro proceso ulterior.

La Ley de Conciliación N° 26872, promulgada el 13 de noviembre de 1997, declara de interés nacional la institucionalización de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El artículo 1 de la Ley N° 27398, del 13 de enero 2001, implementa la conciliación extrajudicial, los centros de conciliación y de conciliadores acreditados por el sector justicia en Lima y Callao a partir del primero de marzo del 2001, excluyendo temporalmente las materias de derecho de familia y laboral.

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1070, del 28 de junio del 2008, complementa la Ley de Conciliación Extrajudicial disponiendo que entrará en vigencia a los sesenta días de su publicación en los distritos de Lima, Trujillo y Arequipa, distrito judicial del cono norte de Lima, salvo la provincia de Canta, y en el resto del país entrará en vigencia de acuerdo a un calendario oficial.

El 30 de agosto del 2008 se reglamenta la Ley de Conciliación Extrajudicial mediante el Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, por el cual se regula los principios de la conciliación, el procedimiento conciliatorio, los operadores del sistema conciliatorio, el centro de conciliación, del capacitador, del centro de formación y capacitación de conciliadores, medios impugnatorios, etc.⁶⁷⁸

La conciliación extrajudicial es más propiamente denominada conciliación preprocesal, porque el demandante en determinadas pretensiones antes de interponer una demanda previamente recurre a un centro de conciliación extrajudicial en la búsqueda de una solución consensual del conflicto⁶⁷⁹.

Por eso afirmamos que la conciliación es un instituto eminentemente procesal, en nuestro Código Procesal Civil constituye una forma especial de conclusión del proceso; por lo que las partes sin renunciar a sus derechos se avienen ante un conciliador extrajudicial⁶⁸⁰ para poner fin a sus conflictos; y, por otro lado, recurren ante los organismos jurisdiccionales hasta antes de que se expida sentencia de vista en segunda instancia solicitando la homologación de la conciliación para poner fin a sus pretensiones.

678 Cfr. Ley de Conciliación N° 26872, Ley N° 27398, Dec. Leg. N° 1070 y el D. S. N° 014-2008-JUS.

679 Cfr. Art. 1° in fine del D. Leg. 1070.

680 "Artículo 18°.- Mérito y Ejecución del Acta de Conciliación.- (D. Leg. 1070, del 28 de junio del 2008. Art. 1°).- 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".

En tal virtud, las partes presentarán al juez el acta de conciliación expedida por el centro de conciliación extrajudicial para su aprobación y si se trata de derechos disponibles, adecuados a la naturaleza jurídica del derecho en litigio, expedirá la resolución debidamente motivada y dará por concluido el proceso, con efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada⁶⁸¹.

Como se aprecia, la conciliación extrajudicial como la judicial son procesos de negociación regulada y conducida por un tercero, que puede ser un conciliador o un juez, con la finalidad de solucionar un conflicto de intereses. El acuerdo que adopten las partes es vinculante.

A este respecto, PALACIOS afirma: "La conciliación no requiere que las partes se hagan mutuas concesiones, sino que cada litigante conozca a su adversario lo que haya de justo en su demanda, por el convencimiento de que su oposición es injusta"⁶⁸².

La conciliación como forma especial de conclusión del proceso es personal, en consecuencia no está sujeta a condición, plazo o modalidad alguna que haga variar sus efectos jurídicos.

Cuando media conciliación entre las partes ya sea judicial o extrajudicial, por los efectos que produce ya no podrán iniciar un nuevo proceso por el mismo objeto que fue materia de la conciliación. Con relación al derecho, la conciliación tiene efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada; por lo tanto, si cualquiera de las partes iniciara un nuevo proceso el demandado tiene la facultad de proponer la excepción de conclusión del proceso por conciliación.

Tanto se ha escrito sobre esta institución, ya sea como forma especial de conclusión del proceso o como uno de los medios alternativos de resolución de conflictos. De ahí que existan en América muchos estudios avanzados. En el Perú existe hasta la mal denominada conciliación extrajudicial⁶⁸³.

Tras considerar a la conciliación procesal como uno de los modos alternativos de solución de conflictos de intereses, ORMACHEA sostiene: "La conciliación es un proceso

681 "Artículo 327º. Conciliación y proceso.- Si habiendo proceso abierto, las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el Acta de Conciliación respectiva, expedida por un Centro de Conciliación Extrajudicial.

Presentada por las partes el acta de conciliación, el Juez la aprobará previa verificación de los requisitos establecidos en el artículo 325 y, declarará concluido el proceso.

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

682 Palacios, Luis Enrique; Derecho Procesal Civil, Actos Procesales; T.V.; Edit. Abelardo Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1990; p. 557.

683 Cfr. Ley de Conciliación Nº 26872 y su Reglamento.

de negociación conducida, impulsada y regulada por un tercero. Este tercero puede ser un juez o un conciliador⁶⁸⁴.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 324 del Código Procesal Civil, la conciliación se llevará a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes o puede ocurrir ante el juez del proceso cuando ambas partes lo solicitan, quien les convocará a una audiencia en cualquier etapa del proceso antes de que se expida sentencia en segunda instancia.

El juez procurará que las partes se pongan de acuerdo y termine el proceso por conciliación siempre y cuando se trate de derechos disponibles, que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio y no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia⁶⁸⁵.

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

Presentada por las partes el acta de conciliación para su aprobación, el juez convocará a una audiencia donde evaluará el pedido, si este se adecua a la naturaleza jurídica del derecho en conflicto, si se trata de derechos disponibles como lo dispone el artículo 325, dará por concluido el proceso, por cuanto no hay nada que discutir por haberse puesto de acuerdo las partes que son titulares del derecho de acción y del derecho de contradicción.

Pero si la aceptan parcialmente, el proceso continuará respecto de las pretensiones procesales no conciliadas o de las personas no afectadas hasta la conclusión del proceso por sentencia, teniendo en cuenta la intervención de terceros⁶⁸⁶.

Cuando se trata de intervención de terceros se tendrá en cuenta si son coadyuvantes o litisconsorciales.

Los terceros coadyuvantes son los que tienen con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deben extenderse los efectos de la conciliación que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida. Igual sucede cuando se trata de intervención litisconsorcial y la conciliación afecta a uno de los litisconsortes que no hubiese intervenido en ella.

684 Ormachea Choque, Iván; Manual de Conciliación Procesal y Pre Procesal; En Revista de la Academia de la Magistratura N° 3; Marzo del 200; Lima, Perú; p. 61.

685 Cfr. art. 325 del C.P.C.

686 Cfr. art. 327 del C. P. C.

En estos dos casos el proceso continuará contra los terceros coadyuvantes y los litisconsortes, porque la conciliación no produce efectos contra sus derechos.

La conciliación produce los mismos efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, alcanza también a terceros cuando estos continúan la personalidad jurídica de las partes que han intervenido como causahabientes o cualquier otro título que provenga de las mismas.

En el caso del coheredero perjudicado tiene en la sucesión legal la acción de petición de herencia⁶⁸⁷. La conciliación de las partes origina la conclusión del proceso con declaración sobre el fondo del proceso y su incumplimiento permite al perjudicado iniciar un proceso de ejecución de resolución judicial por la trascendencia jurídica de la inamovilidad de la sentencia con efectos de cosa juzgada.

3.2. Cuando las partes transigen

La transacción judicial es un negocio jurídico procesal por el cual las partes se hacen concesiones recíprocas y deciden poner término a un proceso judicial que se había iniciado con declaración sobre el fondo.

La transacción judicial puede ser realizada únicamente por las partes o por quienes representen legalmente a sus derechos sustanciales, siempre que estén facultados expresamente (poder especial), además deberán presentarlo por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario respectivo⁶⁸⁸.

En cualquier estado del proceso – inclusive durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia – las partes tendrán oportunidad para transigir su conflicto de intereses decidiendo sobre el fondo de su conflicto judicial⁶⁸⁹.

La transacción del Estado y otras personas de derecho público, como de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el ministerio público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales y las universidades, sólo pueden celebrarla sus representantes legales, previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente⁶⁹⁰.

El juez aprobará la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres y declarará concluido el proceso si alcanza a todas las pretensiones procesales propues-

687 Cfr. art. 664 del C. C.

688 Cfr. art. 335 del C. P. C.

689 Cfr. art. 334 del C.P.C.

690 Cfr. art. 336 del C.P.C.

tas. El proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en la transacción, sin perder de vista, aplicándose supletoriamente lo normado sobre intervención de terceros⁶⁹¹, porque si es parcial solamente afectará a las partes que transigen mas no a los extraños a la relación procesal.

Los efectos que produce la conclusión anticipada del proceso por transacción con declaración sobre el fondo del litigio, son los mismos de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción faculta a la parte perjudicada a iniciar un proceso de ejecución de resolución judicial; por cuanto el documento que contiene la transacción judicial es uno de los títulos de ejecución.

De ahí que el Código Procesal Civil haya previsto que su incumplimiento no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de esta⁶⁹², sino que permite a la parte perjudicada demandar la ejecución de resolución judicial como si se tratara de una sentencia firme. Asimismo, con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso⁶⁹³; pues, como afirma PEYRANO: "Mediante la intervención judicial materializada en el acto homologatorio, la transacción adquiere la eficacia obligatoria que ya estaba acordada por las partes interesadas, en forma análoga a la que se adquiere a través del dictado de una sentencia. De tal forma, dicho procedimiento se agota con el acto jurisdiccional homologatorio firme, y eventualmente cumplido a través del procedimiento de ejecución de sentencia, mas no pueden las partes prolongar sin término la vida del proceso agotado por haberse cumplido con la presentación que le dio origen"⁶⁹⁴.

La transacción judicial se realiza cuando el proceso se encuentra pendiente de sentencia definitiva y tiene por finalidad concluir todas las actividades procesales, se presenta con todos los presupuestos procesales (por escrito, precisando el contenido de la transacción y con firmas legalizadas ante el secretario respectivo) por ambas partes y está sometida a la correspondiente aprobación del Juez.

Al ser aprobada por resolución fundamentada que debe contener los derechos que disponen, los efectos que produce son de una sentencia con autoridad de cosa juzgada y son vinculantes entre las partes respecto a las concesiones recíprocas que expresaron en el escrito que contiene la transacción y la han presentado al secretario respectivo para su aprobación por el juez.

691 Cfr. art. 337 del C.P.C.

692 Cfr. art. 337 segunda parte del C.P.C.

693 Cfr. art. 337 in fine del C.C.

694 Peyrano, Walter; Código Procesal Civil y Comercial; T. 1; Edit. Juris; Rosario- Provincia de Santa Fe; 1997; pp. 636 y 637.

3.3. Cuando el demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión

A simple vista, pareciera que el legislador hubiese confundido la renuncia al derecho que sustenta su pretensión con el desistimiento de la pretensión procesal, tal como lo refiere CARRIÓN LUGO⁶⁹⁵.

Pero, no es así, debido a que en materia procesal nos encontramos en un sistema procesal publicista fuera de las concepciones del derogado Código de Procedimientos Civiles, en el cual no se hicieron estas distinciones. Por eso la aparente confusión; pues la renuncia al derecho que sustenta la pretensión se refiere al derecho material o sustancial que pudo haber hecho valer el demandante, por ejemplo en el ejercicio de una pretensión procesal de reivindicación, pero resulta que en la tramitación de tal proceso renuncia al derecho de propiedad que generó esta pretensión procesal.

En este supuesto, no solamente concluirá el proceso de reivindicación sino también terminará toda posibilidad que pudiera derivarse del derecho de propiedad, porque se trata de una conclusión del proceso con declaración sobre el fondo, pues la resolución que aprueba la renuncia determinará el contenido de la sentencia, con efectos de cosa juzgada y el derecho no podrá volver a demandarse en ulterior proceso.

Al comentar la renuncia del derecho, MONTERO AROCA refiere: "El concepto de renuncia como acto de terminación del proceso, tiene, de entrada algunos elementos claros: es un acto del demandante o actor (del que hubiera interpuesto inicialmente la demanda o del demandado que, al interponer reconvencción, es actor en cuanto a ésta), y su efecto es, si concurren sus requisitos, la inmediata terminación del proceso y que se dicte sentencia desestimatoria de la demanda"⁶⁹⁶.

Por su parte, el maestro RAMOS MÉNDEZ acota: "La renuncia es un concepto general aplicable a muchas instituciones y que incluso en el ámbito procesal puede tener diversas significaciones, según cual sea su contenido. En ocasiones, aun siendo una declaración de voluntad positiva, su único efecto es la preclusión"⁶⁹⁷.

Los procesalistas españoles consideran que la renuncia es un acto estrictamente procesal y no un acto jurídico propio del derecho privado, toda vez que por la renuncia se deja de pedir el derecho sustancial por el cual se pudiera litigar; esto es, que tampoco se podrá hacer uso de la pretensión material.

695 Monroy Gálvez, Juan; Carrión Lugo, Jorge y Ramírez Jiménez, Nelson; Comentarios al Código Procesal Civil; Op. Cit.; p. 393.

696 Montero Aroca, Juan; Derecho Jurisdiccional; T. II; Op. Cit.; p. 339.

697 Ramos Méndez, Francisco; Enjuiciamiento Civil; Op. Cit.; p. 481.

Para poder entender esta institución como una de las formas de conclusión del proceso, establezcamos algunas diferencias entre la renuncia y el desistimiento de la pretensión:

1. Por la renuncia el demandante se separa unilateralmente del fondo del conflicto judicial; el desistimiento de la pretensión, en cambio, es bilateral, porque requiere el consentimiento del demandado, pues de mediar oposición no hay conclusión.
2. El escrito de renuncia no necesita de resolución que la apruebe, en cambio en el desistimiento si se necesita la aprobación por el juez dando por concluido el proceso que ha iniciado en ejercicio del derecho sustancial.
3. La renuncia al derecho que sustenta la pretensión impide interponer una nueva demanda en otro proceso que versa sobre el objeto del litigio (res litigiosa); el desistimiento de la pretensión no impide iniciar un proceso con la interposición de una nueva demanda, porque este sólo versa sobre el proceso que ha sido materia del desistimiento de la pretensión y no está prohibido el pretensor que se desistió de iniciar un nuevo proceso con nuevas pretensiones procesales.



BIBLIOGRAFÍA



ALESANDRI, FERNANDO (1949). *Curso de Derecho Procesal Civil.* 3ª Ed. Edit. Nascimento. Santiago de Chile.

ALSINA, HUGO (1956). *Derecho Procesal Civil y Comercial.* T. I. II. III y IV. 2ª Ed. Ediar Editores. Buenos Aires-Argentina.

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO (1998). *Introducción al estudio del Derecho Procesal.* Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires-Argentina.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO (1966). *Derecho Procesal Civil, teoría general del proceso.* 7ª Ed. Edit. Tipografía Peruana. Lima-Perú.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO (1968). *Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario.* 2ª Ed. Edit. Facultad de Derecho de la UNMSM. Lima-Perú.

ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. T. XX. Publicación Oficial. Lima-Perú 1983.

- ANDRIOLI, VIRGILIO (1961).** *Commento al Codice di Procedura Civile.* 4 Vol. 3ª. Edic. Edit. Napoli. Jovene-Italia.
- ARAZI, ROLAND (1995).** *Derecho Procesal Civil y Comercial, parte general y especial.* Edit. Astrea. Buenos Aires- Argentina.
- ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (1997).** *Derecho Procesal Civil.* Edit. Tirant lo Blanch Libros. Valencia-España.
- AYARRAGARAY, CARLOS (1989).** *El despacho saneador.* Edit. Juris. Buenos Aires- Argentina.
- BENABENTOS, OMAR A. (1999).** *Excepciones y Defensas Procesales.* Edit. Juris. Rosario-Santa Fe-Argentina.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN (1969).** *Régimen legal y jurisprudencia del amparo.* Ediar Editores. Buenos Aires- Argentina.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO (1969).** *Derecho Procesal.* T. III. Edit. Cárdenas editor y distribuidor. México.
- CABANELLAS, GUILLERMO (1979).** *Diccionario de Derecho Usual.* T. II. 6ª Ed. Edit. Bibliográfica OMEBA. Buenos Aires-Argentina.
- CALAMANDREI, PIERO (1962).** *Derecho Procesal Civil.* T. I y II. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires- Argentina.
- CALAMANDREI, PIERO (1960).** *Demasiados abogados.* Edit. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires - Argentina.
- CALAMANDREI, PIERO (1980).** *El elogio de los jueces escrito por un abogado.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina.
- CAPPELLETTI, MAURO (1993).** *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo.* Traducción de Héctor Fix Fierro. Edit. Porrúa. México.
- CAPPELLETTI, MAURO Y GARTH, BRYANT (1996).** *El acceso a la justicia.* Edit. Fondo de Cultura Económica. México.
- CAPPELLETTI, MAURO (1993).** *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo.* Edit. Porrúa. México.

- CARNELUTTI, FRANCESCO (1959).** *Instituciones del Proceso Civil*. T. I. 4ª Ed. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina.
- CARNELUTTI, FRANCESCO (1959).** *Instituciones del Proceso Civil*. T. II. 4ª Ed. Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires-Argentina.
- CARNELUTTI, FRANCESCO (1944).** *Sistemas de Derecho Procesal*. Unión Tipográfica Hispano Americana. Buenos Aires-Argentina.
- CARNELLI, LORENZO (1996).** *La reconvencción en el derecho argentino*. T. 24. Edit. La Ley. Bs. As. Argentina.
- CARRIÓN LUGO, JORGE (2000).** *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Edit. Grijley. Lima-Perú.
- CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO (1996).** *Código Civil*. 3ª Ed. Edit. Imprenta Amauta. Lima-Perú.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE (1999).** *Curso de Derecho Procesal Civil*. Edit. Oxford University Press. México DF.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE (1947).** *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Edit. EJEA. Buenos Aires-Argentina.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE (1948).** *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid- España.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE (1940).** *Principios de Derecho Procesal Civil*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid- España.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE (1992).** *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción de José Casais y Santoló. Edit. Reus. Madrid-España.
- CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR (1970).** *Derecho familiar peruano*. T. III. Edit. Talleres Gráficos de la Oficina de Publicaciones de la Universidad Católica del Perú. Lima- Perú.
- CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTÍN, GIMENO SENDRA, VICENTE Y MORENO CATENA, VÍCTOR (1997).** *Derecho Procesal Civil*. 2ª Ed.. Edit. Colex. Madrid-España.
- COUTURE, EDUARDO (1973).** *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3ª Ed. Edit. Depalma. Buenos Aires-Argentina.

- CUENCA, HUMBERTO (1973).** *Proceso civil romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina.
- DE SANTO, VÍCTOR (1981).** *La demanda y la defensa en el proceso civil*. Edit. Universidad. Buenos Aires-Argentina.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1986).** *Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso*. 14ª Ed. Edit. ABC. Santa Fe de Bogotá-Colombia.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1998).** *El derecho procesal como tutela de los derechos humanos*. En Revista de Derecho Procesal. T. II. Marzo 1998. Lima-Perú.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1984).** *Teoría general del proceso*. Edit. Universidad S.R.L. Buenos Aires- Argentina.
- ENNECCERUS, LUDWING (1935).** *Derecho Civil*. Vol. II. Traducciones de Blas Pérez González y José Alguer. 2ª Ed. J.M. Bosch Editor. Barcelona-España.
- ERRAZURIZ, MAXIMILIANO (1993).** *Apuntes de Derecho Romano*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago-Chile.
- ESCOBAR FORNOS, IVÁN (1990).** *Introducción al proceso*. Edit. Temis. Bogotá-Colombia.
- GOLDSCHMIDT, JAMES (1936).** *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Edit. Labor. Barcelona-España.
- GOLDSCHMIDT, JAMES (1936).** *Derecho Procesal Civil*. 2ª Ed. Edit. Labor. Barcelona-España.
- GONZALEZ, ATILIO CARLOS (1994).** *Estudios de Derecho Procesal*. T. IV. Edit. Ad-hoc S. R. L. Buenos Aires-Argentina.
- GUASP, JAIME (1968).** *Derecho Procesal Civil*. Edit. Instituto de Estudios Políticos. Madrid-España.
- GUZMÁN ESPICHE, LUIS.** En Revista Jurídica Magistri Et Doctores. Órgano Oficial de la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año I-Nº 1. Setiembre, 1995. Lima-Perú.
- HERNÁNDEZ LOZANO, CARLOS Y VASQUEZ CAMPOS, JOSÉ (1995).** *Código Procesal Civil*. T. I. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú.

- IDROGO DELGADO, TEÓFILO (1988).** *Derecho Procesal Civil. Juicio ordinario. T. I;* Marsol Perú Editores. Lima-Perú.
- IDROGO DELGADO, TEÓFILO (1991).** *Derecho Procesal Civil. Proceso ordinario. T. II.* Marsol Perú Editores. Trujillo- Perú.
- IDROGO DELGADO, TEÓFILO.** En Revista Jurídica, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. Año N° Enero a diciembre, 1995. Trujillo-Perú.
- IDROGO DELGADO, TEÓFILO (1994).** *Principios fundamentales de Derecho Procesal.* Marsol Perú Editores. Trujillo- Perú.
- IDROGO DELGADO, TEÓFILO (1999).** *Principios fundamentales de Derecho Procesal Civil. 2ª Ed..* Marsol Perú Editores. Lima-Perú.
- IDROGO DELGADO, TEÓFILO (1993).** *Teoría del acto jurídico.* Marsol Perú Editores. Trujillo-Perú.
- IHERING, RODULF VON (1962).** *El espíritu del Derecho Romano. 2ª Ed. Edit. Revista de Occidente. Madrid-España.*
- JOFRE, TOMÁS (1942).** *Manual de Procedimiento Civil. T. III. 5ª Ed. Edit. La Ley. Buenos Aires-Argentina.*
- KISCH, W. (1940).** *Elementos de Derecho Procesal Civil.* Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid-España.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA (1944).** *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada. T. III. Edit. Reus. Madrid-España.*
- MAURINO, ALBERTO LUIS (2008).** *Perención de la instancia en el proceso civil. 2da. edición e impresión. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL. Bs. As. Argentina.*
- MILLAR, ROBERT WYNESS (1956).** *Los principios formativos del procedimiento.* Ediar Editores. Buenos Aires-Argentina.
- MONROY CABRA (1988), Marco Gerardo.** *Principios del proceso civil.* Edit. Temis S. S. Bogotá-Colombia..
- MONROY GÁLVEZ, JUAN, CARRIÓN LUGO, JORGE Y RAMÍREZ JIMÉNEZ, NELSON (1994).** *Comentarios al Código Procesal Civil.* Edit. Cultural Cuzco. Lima-Perú.

- MONROY GÁLVEZ, JUAN.** En Revista Jurídica; Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. Año XXXVI N° 130. Enero 1991/ Diciembre 1992. Trujillo-Perú.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN (2000).** Para mi otro corazón. Sobre derecho, proceso y otras angustias. Palestra Editores. Lima-Perú.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN.** *A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil.* En Revista Peruana de Derecho Procesal. T. III. Estudio De Belaunde & MONROY Abogados. Diciembre 1998. Lima-Perú.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN (1998).** Curso de capacitación en materia procesal civil. Para los abogados del Registro Público de Minería. Material de lectura. Primera parte. T. I. Estudio De Belaunde & MONROY. Lima-Perú.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN.** En Diario Oficial "El Peruano", publicado el 1º de Julio de 1992.
- MONROY GALVEZ, JUAN (2010).** *La formación del proceso civil peruano.* 3ra. Ed. Edit. COMMUNITAS. Lima-Perú.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN (1996).** *Introducción al proceso civil.* Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá-Colombia.
- MONROY GALVEZ, JUAN (2007).** *Teoría general del proceso.* Edit. PALESTRA. Lima-Perú.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN (1987).** *Temas de proceso civil.* Edit. Librería Studium. Lima-Perú.
- MONTENEGRO CANNON, MARCELA.** *La rebeldía en el nuevo proceso civil.* En Revista de Derecho Vox Juris. Año 5. 1995. Lima-Perú.
- MONTERO AROCA, JUAN. ORTELLS RAMOS, MANUEL Y GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (1991).** *Derecho jurisdiccional.* T. II. Proceso Civil. Vol. 1. J.M. Bosch Editor. Barcelona- España.
- MONTERO AROCA, JUAN (1998).** *La prueba en el proceso civil.* 2ª Ed. Edit. Civitas. Madrid-España.
- MONTERO AROCA, JUAN (1999).** Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia-España.

- MORELLO, AUGUSTO (1970).** Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación. T. II. Edit. Abelardo Perrot. Buenos Aires-Argentina.
- ORMACHEA CHOQUE, IVÁN.** *Manual de conciliación procesal y preprocesal.* En Revista de la Academia de la Magistratura N° 3. Marzo del 2000. Lima-Perú.
- OSSORIO Y GALLARDO, ANGEL (2001).** *El alma de la toga.* 3ra. Edic. Edit. EDIAL. Lima-Perú.
- OSTERLING PARODI, FELIPE (1988).** *Las obligaciones.* 3ª Ed. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú.
- PALACIO PIMENTEL, GUSTAVO (1982).** *Elementos de Derecho Civil Peruano.* T. I. 3ª Ed. Edit. Tipografía Sesator. Lima-Perú.
- PALACIO, LINO. (1991).** *Derecho Procesal Civil.* T. III. 5ª Ed. Edit. Abelardo-Perrot. Buenos Aires-Argentina.
- PALACIOS, LUIS ENRIQUE (1990).** *Derecho Procesal Civil, actos procesales.* TV. Edit. Abelardo Deprot. Buenos Aires-Argentina.
- PARRA QUIJANO, JAIRO (2000).** *Manual de Derecho Probatorio.* 11ª. Ed. Ediciones Librería del Profesional. Santafé de Bogotá, D.C.-Colombia.
- PARRY, ADOLFO (1964).** *Perención de la instancia.* 3ra. Ed. Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires- Argentina.
- PEREIRA MONSALVE, LUIS CÉSAR (2000).** *Código de Procedimiento Civil.* Edit. Poligráficas. Medellín-Colombia.
- PERLA VELAUCHAGA, ERNESTO (1979).** *Juicio ordinario.* 5ª Ed. Edit. Lumen. Lima-Perú.
- PEYRANO, JORGE (2000).** *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, análisis doctrinario y jurisprudencial.* Edit. Juris. Rosario-provincia de Santa Fe, Argentina.
- PEYRANO, JORGE (1978).** *El proceso civil. Principios y fundamentos.* Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- PICO I JUNOY, JEAN (2011).** *La buena fe procesal.* Edit. Depalma. Bogotá, D.C.- Colombia.

- PODETTI, RAMIRO (1995).** *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Ediar Editores. Buenos Aires - Argentina.
- PODETTI, RAMIRO (1947).** *Teoría y técnica del proceso civil*. Edit. Ideas. Buenos Aires-Argentina.
- PRIETO CASTRO, LEONARDO (1989).** *Derecho Procesal Civil*. 5ª Ed. Edit. Tecnos. Madrid-España.
- PRIETO CASTRO, LEONARDO (1964).** *Derecho Procesal Civil*. T. I. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid-España.
- PRIORI POSADA, GIOVANNI Y BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO (1997).** *Estudios de Derecho Procesal*. Ara Editores. Lima-Perú.
- RAMÍREZ ARCILA, CARLOS (1986).** *La pretensión procesal*. Edit. Temis. Bogotá, Colombia.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, NELSON.** *Postulación del proceso*. En Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXI. Julio-diciembre, 1993. Lima-Perú.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, NELSON.** *Saneamiento del proceso*. En Revista Peruana de Derecho Procesal. T. II. Marzo 1998. Lima-Perú.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (1997).** *Enjuiciamiento civil*. T. I. J.M. Bosch Editor. Barcelona-España.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (1974).** *La sucesión procesal*. Edit. Hispano Europea. Barcelona-España.
- RÁZURI MEJÍA, BENJAMÍN.** En Revista Jurídica Magistri et Doctores. Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. I. (Año I). Setiembre de 1995. Lima-Perú.
- REDENTI, ENRICO (1997).** *Derecho Procesal Civil*. T. I. Traducción Santiago SENTIS MELENDO y Marino AYERRE REDIN. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires- Argentina.
- RICCI, FRANCISCO (1965).** *Tratado general de las pruebas*. T. V. Edit. España Moderna. Madrid-España.
- Roco, Ugo (1959).** *Teoría general del proceso civil*. Edit. Porrúa. Madrid-España.

- RODRÍGUEZ DE REZENDE FILHO, GABRIEL JOSÉ (1959).** *Curso di Dereito Procesual Civil*. Vol. II. 2ª Ed. Edit. Saraiva. Sao Paulo-Brasil.
- SAMANES ARA, CARMEN (1993).** *La tutela del rebelde en el proceso civil*. J.M. Bosch Editor. Barcelona-España.
- SILVA, ARMANDO V. (1979).** *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. T. IV. Edit. Driscskill. Buenos Aires-Argentina.
- TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL (1999).** *La reconvención*. Edit. General de Derecho. Valencia-España.
- TICONA POSTIGO, VÍCTOR (2009).** *El derecho al debido proceso en el proceso civil*. T. I. Edit. GRIJLEY. Lima-Perú.
- TICONA POSTIGO, VÍCTOR (1999).** *La reconvención en el proceso civil*. Edit. Rodhas. Lima-Perú.
- VERGER GRAU, JOAN.** *La rebeldía en el proceso civil*. En Revista Peruana de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú. Setiembre de 1997.
- VESCOVI, ENRIQUE (1984).** *Teoría general del proceso*. Edit. Temis. Bogotá-Colombia.
- WACCH, HANDBUCH (1985).** *Des deutschen Civil Prozessrechts*. T. I. Leizig-Alemania.
- ZAVALETA CARRUITERO WILVELDER (2006).** *Código Procesal Civil*; T. I. Edit. Rodhas; Lima-Perú.

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Abandono del proceso	228
Absolución	285, 296
Abstenerse de usar expresiones agraviantes	88
Aceptación del poder	59
Acompañar los anexos exigidos	309
Actos de disposición de derechos sustantivos	49
Acumulación indebida de pretensiones	207
Admisibilidad y traslado	332
Allanamiento	311
Allanarse a la pretensión	70
Ampliación de la demanda	214
Anexos de la contestación de la demanda	309
Anexos de la demanda	186
Apreciación de los hechos expuestos en la demanda	344
Apremios	171
Audiencia de saneamiento procesal	285, 296
Autorización de la demanda por un letrado	169
Auxiliares jurisdiccionales	58

B

Beneficio de división	294
Beneficio de excusión	292
Beneficio de inventario	291

C

Caducidad del Derecho	202
Caducidad y derechos temporales	277
Calificación de la demanda	212
Capacidad para comparecer en un proceso	28
Capacidad para ser parte material en un proceso	26
Características del allanamiento	312
Características del proceso de conocimiento	131
Casos de designación obligatoria de apoderado	62
Casos de prevención	142
Casos previstos en las disposiciones legales	385
Cese de la representación	75
Clases de allanamiento	313
Clases de contestación de la demanda	310
Clases de demandas	164
Clases de facultades atendiendo a la extensión del poder	68
Clases de modificación de la demanda	212
Clases de partes	25
Clases de poder atendiendo a la formalidad empleada	65
Clasificación de las excepciones	237
Código Civil	60
Código Procesal Civil	60
Comparecencia al proceso de las personas naturales	27
Comparecencia personal	27
Competencia	137
Competencia del Estado	150
Competencia facultativa	146

Competencia funcional o de grado	139
Competencia objetiva	138
Competencia por la cuantía	139
Competencia por la materia	139
Competencia territorial	143
Comunicación de la revocación de la donación	295
Concebido	29
Concepto de modificación de la demanda	212
Concepto de proceso de conocimiento	102
Conciliar las pretensiones controvertidas	71
Conclusión anticipada del proceso	375
Conclusión del proceso con declaración sobre el fondo	386
Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo	375
Conexión lógica entre los hechos y el petitorio	205
Conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable	377
Conflictos señalados expresamente en la ley	154
Consolidación en los derechos de los litigantes	384
Contenido de la demanda	301
Contestación de la demanda	287
Contestación de la reconvención	332
Contestación tácita o en rebeldía	335
Contrapretensión	329
Controversia	97
Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial	188
Copia de los escritos y anexos	170
Copia legible del documento de identidad	186
Costas y costos	347, 386

Cuestión debatida es de hechos	372
Cuestión debatida es sólo de derecho	372
Cuestiones debatidas sean de derecho	153
Curadoría procesal	40
Curso del proceso	344

D

Deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales	89
Deber de respeto al órgano judicial y a los auxiliares de justicia	88
Deber de veracidad, lealtad, probidad y buena fe	86
Deberes de las partes procesales	85
Deberes y responsabilidades de las partes, de sus abogados y de sus apoderados en el proceso	85
Declaración de rebeldía	372
Defensas previas en el código procesal	291
Demanda	167
Demanda debe presentarse por escrito	167
Demandado domicilia dentro de la competencia territorial	305
Demandado domicilia fuera de la competencia territorial del juez	305
Demandado indeterminado, incierto o con domicilio ignorado	306
Demandado que se encuentra en el extranjero	305
Demandante carece de interés para obrar	200
Demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión	392
Demandante y demandado	24
Demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones	70
Denominaciones del proceso	95
Derecho de sucesiones	35

Derecho subjetivo y demanda	161
Designación de apoderado judicial	54
Designación del juez	307
Designación del juez ante quien se interpone la demanda	172
Desistimiento del proceso	227
Desistimiento del proceso o de la pretensión	381
Desistirse del proceso y de la pretensión	70
Determinación de la competencia	137
Determinación de la competencia funcional	141
Diferencias con la transacción	269
Diferencias de la demanda con otras instituciones	161
Diferencias de la reconvención con otras instituciones	320
Diferencias entre la caducidad y la prescripción extintiva	276
Diferencias entre la contrapretensión y la reconvención	330
Diferencias entre la rebeldía, el apercibimiento y el apremio	342
Diferencias entre sustitución y sucesión procesal	39
Documento que acredite el poder invocado por el representante	186
documentos probatorios que tuviese el actor en su poder	188
Domicilio conyugal	148
Donación a favor del tutor o curador	294

E

Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal	367
Efectos de la declaración de rebeldía	343
Efectos de la inadmisibilidad	194
Efectos de la reconvención	334
Efectos del cese de la representación	77

Efectos del emplazamiento	225	
Efectos del saneamiento del proceso	366	
Emplazamiento a demandado con domicilio o residencia ignorados		224
Emplazamiento a demandado incierto	223	
Emplazamiento a demandado indeterminado	223	
Emplazamiento de demandados con domicilios distintos		222
Emplazamiento defectuoso	224	
Emplazamiento del apoderado	224	
Emplazamiento del demandado	217	
Emplazamiento del demandado en la competencia territorial del juzgado		219
Emplazamiento fuera de la competencia territorial del juzgado		221
Emplazamiento fuera del país	222	
Emplazamiento válido	339	
Entrega de copias y constancia de recepción	172	
Estado como parte	21	
Etimología de la excepción	234	
Examen de la capacidad procesal de las partes	355	
Examen de la competencia	354	
Examen de los presupuestos procesales	354	
Examen de los requisitos de la demanda	357	
Excepción de caducidad	274	
Excepción de conciliación	267	
Excepción de convenio arbitral	282	
Excepción de cosa juzgada	262	
Excepción de desistimiento de la pretensión	266	
Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa		251
Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado		254

Excepción de incapacidad del demandante o de su representante	246
Excepción de incompetencia	243
Excepción de litispendencia	259
Excepción de oscuridad o ambigüedad	250
Excepción de prescripción extintiva	279
Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado	247
Excepción de transacción	271
Excepciones a la reconvención	287
Excepciones y defensas previas	333
Excepción y derecho de acción	236
Expediente	98
Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara	308
Extensión de la demanda	165
Extensión de la representación	49
Extranjeros	32

F

Facultades especiales	69
Facultades generales	69
Falta de legitimidad de obrar del demandante	197
Falta de requisitos legales	190
Fijación de día y hora para audiencia especial	172
Fin de la representación	50
Firma del demandante o de su representante o apoderado, y la de su abogado	185
Firma de los escritos	169
Forma de la demanda	164

Forma de los escritos	168
Forma involuntaria (fin de la representación)	51
Formas de emplazamiento	218
Formas de la representación	49
Forma voluntaria (fin de la representación)	50
Fundamentación jurídica del petitorio	181
Fundamento jurídico de la excepción	236

H

Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda	344
Hechos en que se funde el petitorio	179
Hechos nuevos	334

I

Identidad del interés para obrar	261
Identidad del petitorio	261
Identidad de partes	260
Importancia de la contestación de la demanda	304
Importancia del emplazamiento	218
Improcedencia de la demanda	195
Improcedencia de la excepción como nulidad	287
Improcedencia de la excepción de incompetencia	244
Improcedencia del allanamiento	314
Improcedencia de la reconvenición	331
Inadmisibilidad de la demanda	188
Inadmisibilidad de la reconvenición	331
Inapreciable en dinero o duda sobre monto	152

Incluir su firma o la de su representante o su apoderado, y la del abogado	310
Incomparecencia o no contestación	341
Incorporación del rebelde al proceso	347
indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda	183
Indicar el petitorio por el cual ha sido demandado en forma clara y concreta	307
Ineficacia de la interrupción	227
Interrupción de la prescripción	226

J

Juez	335
Juez civil y el saneamiento procesal	353
Juez del domicilio del demandante	148
Juez del lugar del cumplimiento de la obligación	148
Juez del lugar del hecho generador de la obligación	149
Juez del lugar donde ocurrió el daño	149
Juez del lugar donde se desempeña la administración	150
Juez incompetente	243
Juez que declara en resolución motivada que los hechos no le producen convicción	346
Juez que declara la caducidad del derecho	380
Juicio	95
Juzgamiento anticipado del proceso	369

L

Ley de la situación de los bienes	33, 147
Ley del domicilio	33
Ley del lugar rige los actos	34
Litis	96
Litispendencia	225

M

Magistrados del poder judicial	56
Medidas cautelares	346
Medios impugnatorios	297
Medios probatorios	184, 284, 296
Miembros del ministerio público	58
Ministerio Público como parte	23
Modificación de la demanda	212, 304
Modificación en lo accesorio	213
Modo	313
Monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse	183

N

Naturaleza jurídica de la demanda	163
No actuar temerariamente	88
Nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante	173
Nombres del demandado y del demandante	307
Nombre y dirección domiciliaria del demandado	175
Nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo	174
Notarios públicos	58
Notificación de la rebeldía	342
Notificaciones	343
Nulidad del proceso	228
Nulidad y excepción	240

O

Objeto de la demanda	181
Obligaciones de los apoderados	60
Observar los requisitos previstos para la demanda	307
Ofrecer los medios probatorios	309
Origen de la rebeldía	336
Otras defensas previas reguladas en las normas materiales	293

P

Parte material y parte procesal	19
Partes	17, 260
Partes que concilian	386
Partes que transigen	390
Patrocinio de intereses difusos	80
Personas	326
Personas absoluta y relativamente incapaces	55
Personas prohibidas de ser apoderados	55
Petitorio	261
Petitorio incompleto o impreciso	192
Petitorio jurídica o físicamente imposible	206
Petitorio que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide	177
Plazo para la contestación de la demanda	247
Plazos de la caducidad	278
Plazos de la reconvención	332
Pleito	96
Poder otorgado en el extranjero	68
Poder por acta	67

Poder por escritura pública	66
Postulación del proceso	155
Preclusión de contestar la demanda	346
Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales	90
Presupuestos	271
Pretensión demandada se pruebe con documento	345
Pretensiones procesales	213
Pretensión material y pretensión procesal	162
Pretensión procesal de la reconversión referida a la obligación que el demandado interponga contra el demandante	325
Pretensión procesal se sustrae del ámbito jurisdiccional	376
Pretensión se sustente en un derecho indisponible	345
Principal	212
Principales excepciones en el código procesal civil	242
Principales y accesorias	165
Principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias del proceso	131
Principio de carga de la prueba	119
Principio de concentración	112
Principio de conducta procesal	129
Principio de congruencia	123
Principio de contradicción	109
Principio de dirección del proceso	105
Principio de doble instancia	127
Principio de economía procesal	112
Principio de escrituralidad	116
Principio de eventualidad	115
Principio de impulso procesal	106

Principio de inmediación	111
Principio de integración	128
Principio de motivación de las resoluciones judiciales	124
Principio de oralidad	116
Principio de preclusión	114
Principio de publicidad	117
Principio de socialización del proceso	107
Principio de valoración de los medios probatorios	120
Principio dispositivo	88
Principios orientadores del proceso de conocimiento	102
Procedimiento	100, 283
Procedimiento de la demanda	327
Procedimiento de la reconvención	331
Procedimiento de las defensas previas	295
Procedimiento de las excepciones	283
Proceso	98
Proceso común	131
Proceso de conocimiento	102
Proceso de revisión y casación	135
Proceso escrito y oral	134
Proceso modelo	132
Proceso preclusivo	132
Proceso que produce efecto de cosa juzgada	136
Procuración oficiosa	79
Procuradores generales de la república	58
Pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda	307
Proposición	283, 295

Prórroga convencional de la competencia territorial	145
Prórroga de la competencia	144
Prórroga tácita de la competencia territorial	145
Prueba que acredite la calidad con que interpone la demanda	187
Prueba que acredite la representación legal de quien interpone la demanda	186

R

Rebeldía	171, 336
Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados	308
Reconvención	317
Reconvención debe o no tener relación con la pretensión procesal que se demanda	324
Reconvención en el código procesal civil	331
Recursos	286
Registradores de los registros públicos	58
Reglas generales de la competencia	150
Reglas que determinan la competencia en el proceso de conocimiento	151
Relación de las excepciones con otras instituciones	240
Relación jurídica procesal invalida insubsanable	365
Relación jurídica procesal inválida subsanable	366
Relación jurídica procesal válida	363
Representación de las personas jurídicas extranjeras	51
Representación judicial por abogado	77
Representación judicial por abogado, procuración oficiosa y representación de los intereses difusos	77
Representación por apoderado judicial	53
Representación procesal	42

Representación procesal de las personas jurídicas	47
Representación procesal del incapaz	46
Representación procesal del patrimonio autónomo	52
Representantes legales	42
Requisitos de la contestación de la demanda	306
Requisitos de la rebeldía	339
Requisitos para ser apoderado	55
Resolución	286, 297, 334
Resolución del contrato de pleno derecho	293
Resoluciones de saneamiento procesal	363
Resolución que declara fundada una excepción o defensa previa	380
Responsabilidad de las partes	90
Responsabilidad de los abogados	91
Responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y terceros legitimados	90

S

Sanción por juramento falso	229
Saneamiento del proceso	349
Saneamiento procesal	352
Sentencia	370
Señalamiento o suspensión de vistas	172
Solicitud y demanda	161
Someter la controversia a arbitraje	73
Sucesión procesal	36
Sujeto de la demanda	165
Sujetos	312

Sustitución procesal	35
Sustitución y delegación del poder	74
Sustituir o delegar la representación procesal	73

T

Tachas u oposiciones	333
Temeridad o mala fe	91
Terceros	335
Transar pretensiones controvertidas	72
Transcurso del plazo	340
Traslado	284, 296
Traslado de la demanda	215

V

Ventajas de la reconvención	330
Vía procedimental no corresponda a la naturaleza de la pretensión o al valor de esta, salvo que la ley permita su adaptación	192

CONTENIDO

PRÓLOGO	7
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

COMPARECENCIA AL PROCESO **15**

1. DISPOSICIONES GENERALES	15
1.1. Las partes	17
1.2. Parte material y parte procesal	19
1.2.1. El Estado como parte	21
1.2.2. El Ministerio Público como parte	23
1.3. Demandante y demandado	24
1.4. Clases de partes	25
2. CAPACIDAD PARA SER PARTE MATERIAL EN UN PROCESO	26
3. COMPARECENCIA AL PROCESO DE LAS PERSONAS NATURALES	27
3.1. Comparecencia personal	27
3.2. Capacidad para comparecer en un proceso	28
3.2.1. Del concebido	29
3.2.2. De los extranjeros	32
3.2.2.1. Ley del domicilio	33
3.2.2.2. Ley de la situación de los bienes	33
3.2.2.3. Ley del lugar rige los actos	34
3.2.2.4. Derecho de sucesiones	35
4. SUSTITUCIÓN PROCESAL	35
5. SUCESIÓN PROCESAL	36
5.1. Diferencias entre sustitución y sucesión procesal	39
6. CURADORÍA PROCESAL	40

7. REPRESENTACIÓN PROCESAL	42
7.1. Representantes legales	42
7.2. Representación procesal del incapaz	46
7.3. Representación procesal de las personas jurídicas	47
7.3.1. Formas de la representación	49
7.3.2. Extensión de la representación	49
7.3.3. Fin de la representación	50
7.3.3.1. En forma voluntaria	50
7.3.3.2. En forma involuntaria	51
7.3.4. Representación de las personas jurídicas extranjeras	51
8. REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO	52
9. REPRESENTACIÓN POR APODERADO JUDICIAL	53
9.1. Designación de apoderado judicial	54
9.2. Requisitos para ser apoderado	55
9.3. Personas prohibidas de ser apoderados	55
9.3.1. Personas absoluta y relativamente incapaces	55
9.3.2. Los magistrados del Poder Judicial	56
9.3.3. Los auxiliares jurisdiccionales	58
9.3.4. Los notarios públicos	58
9.3.5. Los registradores de los Registros Públicos	58
9.3.6. Los miembros del Ministerio Público	58
9.3.7. Los procuradores generales de la República	58
9.4. Aceptación del poder	59
9.5. Obligaciones de los apoderados	60
9.5.1. En el Código Civil	60
9.5.2. En el Código Procesal Civil	60
9.6. Casos de designación obligatoria de apoderado	62
9.7. Clases de poder atendiendo a la formalidad empleada	65
9.7.1. Poder por escritura pública	66
9.7.2. Poder por acta	67
9.8. Poder otorgado en el extranjero	68
9.9. Clases de facultades atendiendo a la extensión del poder	68
9.9.1. Facultades generales	69
9.9.2. Facultades especiales	69

a. Realizar todos los actos de disposición de derechos sustanciales	69
b. Para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones.	70
c. Desistirse del proceso y de la pretensión	70
d. Allanarse a la pretensión	70
e. Conciliar las pretensiones controvertidas	71
f. Transar pretensiones controvertidas	72
g. Para someter la controversia a arbitraje	73
h. Sustituir o delegar la representación procesal	73
i. Y para los demás actos que exprese la ley.	73
9.10. Sustitución y delegación del poder	74
9.11. Cese de la representación	75
9.11.1. En forma voluntaria	75
9.11.2. En forma involuntaria	76
9.12. Efectos del cese de la representación	77
10. REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO, PROCURACIÓN OFICIOSA Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS	77
10.1. Representación judicial por abogado	77
10.2. Procuración oficiosa	79
10.2.1. Primer caso	79
10.2.2. Segundo caso	80
10.3. Patrocinio de intereses difusos	80
10.4. Deberes y responsabilidades de las partes, de sus abogados y de sus apoderados en el proceso	85
10.4.1. Deberes de las partes procesales	85
10.4.1.1. Deber de veracidad, lealtad, probidad y buena fe	86
10.4.1.2. No actuar temerariamente	88
10.4.1.3. Abstenerse de usar expresiones agraviantes	88
10.4.1.4. Deber de respeto al órgano judicial y a los auxiliares de justicia	88
10.4.1.5. Deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales	89
10.4.1.6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales	90
10.4.2. Responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y terceros legitimados	90
10.4.2.1. Responsabilidad de las partes	90
10.4.2.2. Responsabilidad de los abogados	91
10.4.2.3. Temeridad o mala fe	91

CAPÍTULO II

PROCESO DE CONOCIMIENTO 95

1. DENOMINACIONES DEL PROCESO	95
1.1. Juicio	95
1.2. Pleito	96
1.3. Litis	96
1.4. Controversia	97
1.5. Causa	97
1.6. Expediente	98
1.7. Proceso	98
1.8. Procedimiento	100
2. CONCEPTO DE PROCESO DE CONOCIMIENTO	102
3. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO	102
3.1. Principio de iniciativa de parte	102
3.2. Principio de la defensa privada	104
3.3. Principio de dirección del proceso	105
3.4. Principio de impulso procesal	106
3.5. Principio de socialización del proceso	107
3.6. Principio de contradicción	109
3.7. Principio de inmediación	111
3.8. Principio de concentración	112
3.9. Principio de economía procesal	112
3.10. Principio de preclusión	114
3.11. Principio de eventualidad	115
3.12. Principio de oralidad	116
3.13. Principio de publicidad	117
3.14. Principio de carga de la prueba	119
3.15. Principio de valoración de los medios probatorios	120
3.16. Principio de congruencia	123
3.17. Principio de motivación de las resoluciones judiciales	124
3.18. Principio de impugnación	125
3.19. Principio de doble instancia	127

3.20. Principio de integración	128
3.21. Principio de conducta procesal	129
3.22. Principio de adaptabilidad del procedimiento a las exigencias del proceso	131
4. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO	131
4.1. Es un proceso común	131
4.2. Es un proceso modelo	132
4.3. Es un proceso preclusivo	132
4.4. Es un proceso escrito y oral	134
4.5. Es un proceso de revisión y casación	135
4.6. Es un proceso que produce efecto de cosa juzgada	136
5. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA	137
5.1. Competencia objetiva	138
5.1.1. Competencia por la materia	139
5.1.2. Competencia por la cuantía	139
5.2. Competencia funcional o de grado	139
5.2.1. Determinación de la competencia funcional	141
5.2.2. Casos de prevención	142
5.3. Competencia territorial	143
5.3.1. Prórroga de la competencia	144
5.3.1.1. Prórroga convencional de la competencia territorial	145
5.3.1.2. Prórroga tácita de la competencia territorial	145
5.3.2. Competencia facultativa	146
5.3.2.1. Ley de la situación de los bienes	147
5.3.2.2. Domicilio conyugal	148
5.3.2.3. Juez del domicilio del demandante	148
5.3.2.4. Juez del lugar del cumplimiento de la obligación	148
5.3.2.5. Juez del lugar donde ocurrió el daño	149
5.3.2.6. Juez del lugar del hecho generador de la obligación	149
5.3.2.7. Juez del lugar donde se desempeña la administración	150
5.3.3. Competencia del Estado	150
5.3.4. Reglas generales de la competencia	150
5.4. Reglas que determinan la competencia en el proceso de conocimiento	151
5.4.1. Los que no tengan una vía procedimental propia	151
5.4.2. Cuando la cuantía excede de mil unidades de referencia procesal	152

5.4.3. Cuando es inapreciable en dinero o hay duda sobre su monto	152
5.4.4. Que las cuestiones debatidas sean de derecho	153
5.4.5. Los conflictos señalados expresamente en la ley	154

CAPÍTULO III

POSTULACIÓN DEL PROCESO 155

1. INTRODUCCIÓN	155
2. LA DEMANDA	158
2.1. Conceptos previos	158
2.2. Diferencias de la demanda con otras instituciones	161
2.2.1. Con el derecho de acción	161
2.2.2. Con el derecho subjetivo	161
2.2.3. Con la solicitud	161
2.3. Pretensión material y pretensión procesal	162
2.4. Naturaleza jurídica	163
3. CLASES DE DEMANDAS	164
3.1. Por la forma	164
3.2. Por su extensión:	165
3.2.1. Principales y accesorias	165
3.3. Por el sujeto	165
3.4. Por el objeto	166
3.5. Por el procedimiento	166
3.6. Por la cuantía	167
4. REQUISITOS DE LA DEMANDA	167
4.1. La demanda debe presentarse por escrito	167
4.1.1. Forma de los escritos	168
4.1.2. Firma de los escritos	169
4.1.3. Autorización de la demanda por un letrado	169
4.1.4. Copia de los escritos y anexos	170
A. Apremios	171
B. Rebeldías	171

C. Fijación de día y hora para audiencia especial	172
D. Señalamiento o suspensión de vistas	172
4.1.5. Entrega de copias y constancia de recepción.	172
4.2. Designación del juez ante quien se interpone la demanda	172
4.3. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante	173
4.4. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo	174
4.5. El nombre y dirección domiciliaria del demandado	175
4.6. El petitorio que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide	177
4.7. Los hechos en que se funde el petitorio	179
4.8. La fundamentación jurídica del petitorio	181
4.9. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse	183
4.10. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda	183
4.11. Medios probatorios	184
4.12. La firma del demandante o de su representante o apoderado, y la de su abogado. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto	185
5. ANEXOS DE LA DEMANDA	186
5.1. Copia legible del documento de identidad	186
5.2. Documento que acredite el poder invocado por el representante	186
5.3. Prueba que acredite la representación legal de quien interpone la demanda	186
5.4. Prueba que acredite la calidad con que interpone la demanda	187
5.5. Los medios probatorios que el actor quiera hacer valer	187
5.6. Los documentos probatorios que tuviese el actor en su poder	188
5.7. Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial	188
6. INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA	188
6.1. Falta de requisitos legales	190
6.2. Por no acompañarse los anexos exigidos por ley	191
6.3. Petitorio incompleto o impreciso	192
6.4. Cuando la vía procedimental no corresponda a la naturaleza de la pretensión o al valor de esta, salvo que la ley permita su adaptación	192
6.5. Efectos de la inadmisibilidad	194
7. IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA	195
7.1. Por falta de legitimidad de obrar del demandante	197

7.2. Porque el demandante carece de interés para obrar	200
7.3. Caducidad del Derecho	202
7.4. Cuando el juez es incompetente	203
7.5. No existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio	205
7.6. Petitorio jurídica o físicamente imposible	206
7.7. Acumulación indebida de pretensiones	207
8. CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA	212
9. MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA	212
9.1. Concepto	212
9.2. Clases	212
9.2.1. En lo principal	212
9.2.1.1. Con relación a las partes	213
9.2.1.2. Con relación al objeto	213
9.2.1.3. Con relación a las pretensiones procesales	213
9.2.2. Modificación en lo accesorio	213
9.2.2.1. Con relación a las partes	214
9.2.2.2. Con relación al objeto	214
9.2.2.3. Con relación a las pretensiones procesales	214
10. AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA	214
10.1. Concepto	214
11. TRASLADO DE LA DEMANDA	215

CAPÍTULO IV

DEL EMPLAZAMIENTO 217

1. EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO	217
1.1. Concepto	217
1.2. Importancia del emplazamiento	218
2. FORMAS DE EMPLAZAMIENTO	218
2.1. Emplazamiento del demandado en la competencia territorial del juzgado	219

2.2. Emplazamiento fuera de la competencia territorial del juzgado	221
2.3. Emplazamiento fuera del país	222
3. EMPLAZAMIENTO DE DEMANDADOS CON DOMICILIOS DISTINTOS	222
4. EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO INDETERMINADO	223
5. EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO INCIERTO	223
6. EMPLAZAMIENTO A DEMANDADO CON DOMICILIO O RESIDENCIA IGNORADOS	224
7. EMPLAZAMIENTO DEL APODERADO	224
8. EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO	224
9. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO	225
9.1. Con relación a la competencia	225
9.2. Con relación al petitorio	225
9.3. Con relación a la litispendencia	225
9.4. Interrupción de la prescripción	226
9.4.1. Ineficacia de la interrupción	227
9.4.1.1. Desistimiento del proceso	227
9.4.1.2. Abandono del proceso	228
9.4.1.3. Nulidad del proceso	228
10. SANCIÓN POR JURAMENTO FALSO	229

CAPÍTULO V

LAS EXCEPCIONES **231**

1. FUNDAMENTO JURÍDICO	231
2. ETIMOLOGÍA	234
3. CONCEPTOS PREVIOS	235

4. EXCEPCIÓN Y DERECHO DE ACCIÓN	236
5. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES	237
6. RELACIÓN DE LAS EXCEPCIONES CON OTRAS INSTITUCIONES	240
6.1. Con la nulidad	240
6.2. Con los presupuestos procesales	241
6.3. Con las condiciones de la acción	242
7. PRINCIPALES EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL	242
7.1. Excepción de incompetencia	243
7.1.1. Improcedencia de la excepción de incompetencia	244
7.1.2. Oportunidad	245
7.1.3. Efectos	245
7.2. Excepción de incapacidad del demandante o de su representante	246
7.2.1. Oportunidad	246
7.2.2. Efectos	247
7.3. Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado	247
7.3.1. Oportunidad	249
7.3.2. Requisitos	249
7.3.3. Efectos	249
7.4. Excepción de oscuridad o ambigüedad	250
7.4.1. Oportunidad	250
7.4.2. Efectos	250
7.5. Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa	251
7.5.2. Efectos	253
7.6. Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado	254
7.6.1. Oportunidad	257
7.6.2. Efectos	257
7.7. Excepción de litispendencia	259
7.7.2. Requisitos	260
7.7.2.1. Identidad de partes	260
7.7.2.2. Identidad del petitorio	261
7.7.2.3. Identidad del interés para obrar	261
7.7.3. Efectos	262
7.8. Excepción de cosa juzgada	262

7.8.1. Oportunidad	265
7.8.2. Requisitos	265
7.8.3. Efectos	265
7.9. Excepción de desistimiento de la pretensión	266
7.9.1. Oportunidad	267
7.9.2. Requisitos	267
7.9.3. Efectos	267
7.10. Excepción de conciliación	267
7.10.1. Fundamento	269
7.10.2. Diferencias con la transacción	269
7.10.3. Oportunidad	271
7.10.4. Presupuestos	271
7.10.5. Efectos	271
7.11. Excepción de transacción	271
7.11.1. Requisitos	272
7.11.2. Oportunidad	272
7.11.3. Efectos	273
7.12.1. Fundamento jurídico	275
7.12.2. Concepto y definición	275
7.12.3. Diferencias entre la caducidad y la prescripción extintiva	276
7.12.4. Caducidad y derechos temporales	277
7.12.5. Plazos de la caducidad	278
7.12.6. Oportunidad	278
7.12.7. Efectos	279
7.13. Excepción de prescripción extintiva	279
7.13.1. Conceptos previos	279
7.13.2. Fundamento	281
7.13.3. Oportunidad	281
7.13.4. Efectos	282
7.14. Excepción de convenio arbitral	282
7.14.1. Conceptos previos	282
7.14.2. Oportunidad	282
7.14.3. Efectos	283
8. PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES	283
8.1. Proposición	283

8.2. Medios probatorios	284
8.3. Traslado	284
8.4. Absolución	285
8.5. Audiencia de saneamiento procesal	285
8.6. Resolución	286
8.7. Recursos	286
9. IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN COMO NULIDAD	287
10. EXCEPCIONES A LA RECONVENCIÓN	287
CAPÍTULO VI	
DEFENSAS PREVIAS	289
<hr/>	
1. CONCEPTO	289
2. NATURALEZA JURÍDICA	290
3. LAS DEFENSAS PREVIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL	291
3.1. Beneficio de inventario	291
3.1.1. Conceptos previos	291
3.1.2. Oportunidad	291
3.1.3. Efectos	292
3.2. Beneficio de excusión	292
3.2.1. Conceptos previos	292
3.2.2. Oportunidad	293
3.2.3. Efectos	293
3.3. Otras defensas previas reguladas en las normas materiales	293
3.3.1. Resolución del contrato de pleno derecho	293
3.3.2. Donación a favor del tutor o curador.	294
3.3.3. Beneficio de división	294
3.3.4. Comunicación de la revocación de la donación	295

4. PROCEDIMIENTO DE LAS DEFENSAS PREVIAS	295
4.1. Proposición	295
4.2. Medios probatorios	296
4.3. Traslado	296
4.4. Absolución	296
4.5. Audiencia de saneamiento procesal	296
4.6. Resolución	297
4.7. Medios impugnatorios	297
5. COSTAS, COSTOS Y MULTAS DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS	297

CAPÍTULO VII

CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN 299

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	299
1.1. Generalidades	299
1.2. Conceptos previos	300
1.3. Importancia	303
1.4. Plazo	304
1.4.1. Cuando hay modificación de la demanda	304
1.4.2. Cuando el demandado domicilia fuera de la competencia territorial del juez	305
1.4.3. Cuando el demandado domicilia dentro de la competencia territorial juzgado	del 305
1.4.4. Cuando el demandado se encuentra en el extranjero	305
1.4.5. Demandado indeterminado, incierto o con domicilio ignorado	306
1.5. Requisitos de la contestación de la demanda	306
1.5.1. Observar los requisitos previstos para la demanda	307
1.5.1.1. Designación del juez	307
1.5.1.2. Los nombres del demandado y del demandante.	307
1.5.1.3. Indicar el petitorio por el cual ha sido demandado en forma clara y concreta	307
1.5.1.4. Pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda	307
1.5.1.5. 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	308

1.5.1.6. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara	308
1.5.1.7. Ofrecer los medios probatorios	309
1.5.1.8. Anexos de la contestación de la demanda	309
1.5.1.9. Incluir su firma o la de su representante o su apoderado, y la del abogado	310
2. CLASES DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	310
2.1. El allanamiento	311
2.1.1. Características del allanamiento	312
2.1.1.1. Con relación a los sujetos	312
2.1.1.2. Con relación al objeto	313
2.1.1.3. Con relación al modo	313
2.1.1.4. Con relación al Derecho	313
2.1.2. Clases de allanamiento	313
2.1.3. Improcedencia del allanamiento	314
3. LA RECONVENCIÓN	317
3.1. Fundamento	317
3.2. Conceptos previos	317
3.3. Diferencias de la reconvención con otras instituciones	320
3.3.1. Con las excepciones	320
3.3.2. Con la compensación	320
3.3.3. Con la acumulación	321
3.4. Requisitos	324
3.4.1. La reconvención debe o no tener relación con la pretensión procesal que se demanda	324
3.4.2. Competencia	325
3.4.3. Que la pretensión procesal de la reconvención se refiera a la obligación que el de-	325
mandado interponga contra el demandante	
3.4.4. Por las personas	326
3.4.5. Por el procedimiento	326
3.5. Contrapretensión	329
3.5.1. Conceptos previos	329
3.5.2. Diferencias entre la contrapretensión y la reconvención	330
3.6. Ventajas de la reconvención	330
3.7. La reconvención en el Código Procesal Civil	331
3.7.1. Procedimiento de la reconvención	331

3.7.1.1. Oportunidad	331
3.7.1.2. Inadmisibilidad	331
3.7.1.3. Improcedencia	331
3.7.1.4. Admisibilidad y traslado	332
3.7.2. Contestación de la reconvención	332
3.7.2.1. Plazos	332
3.7.2.2. Tachas u oposiciones	333
3.7.2.3. Excepciones y defensas previas	333
3.7.3. Clases de contestación de la reconvención	333
3.7.3.1. Expresa	333
3.7.3.2. Tácita o en rebeldía	334
3.8. Hechos nuevos	334
3.9. Resolución	334
3.10. Efectos de la reconvención	334
3.10.1. Con relación a las partes	334
3.10.2. Con relación a terceros	335
3.10.3. Con relación al juez	335

4. CONTESTACIÓN TÁCITA O EN REBELDÍA **335**

4.1. Origen de la rebeldía	336
4.2. Conceptos previos	337
4.3. Requisitos de la rebeldía	339
4.3.1. Emplazamiento válido	339
4.3.2. Transcurso del plazo	340
4.3.3. Incomparecencia o no contestación	341
4.4. Diferencias entre la rebeldía, el apercibimiento y el apremio	342
4.5. Notificación de la rebeldía	342
4.6. Efectos de la declaración de rebeldía	343
4.6.1. Con relación a las notificaciones	343
4.6.2. Sobre el curso del proceso	344
4.6.3. Apreciación de los hechos expuestos en la demanda	344
4.6.3.1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda	344
4.6.3.2. Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible	345
4.6.3.3. Cuando la ley exige que la pretensión demandada se pruebe con documento	345
4.6.3.4. Cuando el juez declara en resolución motivada que los hechos no le	

producen convicción	346
4.6.4. Preclusión de contestar la demanda	346
4.6.5. Medidas cautelares	346
4.6.6. Costas y costos	347
4.6.7. Incorporación del rebelde al proceso	347

CAPÍTULO VIII

SANEAMIENTO DEL PROCESO **349**

1. GENERALIDADES	349
2. CONCEPTOS PREVIOS	351
3. EL SANEAMIENTO PROCESAL	352
3.1. El juez civil y el saneamiento procesal	353
3.2. Examen de los presupuestos procesales	354
3.2.1. Examen de la competencia	354
3.2.2. Examen de la capacidad procesal de las partes	355
3.2.3. Examen de los requisitos de la demanda	357
3.4. Resoluciones de saneamiento procesal	363
3.4.1. Relación jurídica procesal válida	363
3.4.2. Relación jurídica procesal inválida insubsanable	365
3.4.3. Relación jurídica procesal inválida subsanable	366
4. EFECTOS DEL SANEAMIENTO PROCESAL	366
5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LA RELACIÓN PROCESAL	367

CAPÍTULO IX

JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO **369**

1. GENERALIDADES	369
2. SENTENCIA	370
2.1. Cuando la cuestión debatida es sólo de derecho	372
2.2. Cuando la cuestión debatida es de hechos	372
3. DECLARACIÓN DE REBELDÍA	372

CAPÍTULO X

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO **375**

1. CONCLUSIÓN DEL PROCESO SIN DECLARACIÓN SOBRE EL FONDO	375
1.1. Cuando la pretensión procesal se sustrae del ámbito jurisdiccional	376
1.2. Cuando por ley el conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable	377
1.3. Cuando se declara el abandono del proceso	378
1.4. Cuando queda consentida la resolución que declara fundada una excepción o defensa previa	380
1.5. Cuando el juez declara la caducidad del derecho	380
1.6. Cuando hay desistimiento del proceso o de la pretensión	381
1.7. Cuando sobreviene consolidación en los derechos de los litigantes	384
1.8. En los casos previstos en las disposiciones legales	385
2. COSTAS Y COSTOS	386
3. CONCLUSIÓN DEL PROCESO CON DECLARACIÓN SOBRE EL FONDO	386
3.1. Cuando las partes concilian	386
3.3. Cuando el demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión	392

BIBLIOGRAFÍA	395
ÍNDICE ANALÍTICO	405

El presente esfuerzo académico del profesor Teófilo Idrogo Delgado supone una obra realizada en la madurez de su pensamiento, lo que permite que las reflexiones –lejos de los aires juveniles inquietantes y muchas veces innovadores- puedan ser sopesadas a través de aquello que no suele encontrarse en los textos, es decir, por la experiencia que, a través de los años, genera un terreno fértil para la producción científica.

Este libro se ubica en un punto crucial entre el presente y el pasado, entre el cambio hacia una tutela procesal más justa y una tutela conservadora y divorciada del mundo real. Como dice Galeano, las revoluciones parten de saber reconocer los aciertos del enemigo y, en esa línea, ninguno de los nuevos aires con los que se nutre nuestra ciencia debe estar encaminado a destruir lo bueno que ya se ha avanzado. Al igual de lo que ocurre con las demás sistemas procesales de Occidente, el proceso de conocimiento tiene un lugar privilegiado en nuestra justicia civil y, cómo negarlo, muchas de las reformulaciones de la actualidad toman como punto de partida su análisis. Esto resulta relevante pues no se trata de exiliar a ese mecanismo de tutela de nuestra justicia, sino de saber otorgarle su verdadera dimensión.

JUAN MONROY GÁLVEZ



UPAO

FONDO EDITORIAL

